Contratos Associativos

Vinícius Marques de Carvalho
Presidente do Cade

Setembro de 2014

Contratos Associativos na Lei nº 12.529/2011

"Art. 90. **Para os efeitos do art. 88** desta Lei, **realiza-se um ato de concentração** quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - **2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo**, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes. "

Contratos Associativos em outras jurisdições

- Estados Unidos
  - Não há notificação prévia
  - Principais critérios de análise de contratos entre concorrentes (*Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors*):
    - Cláusulas de exclusividade
    - Transferência de recursos
    - Distribuição de controle sobre processo decisório
    - Compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis
    - Duração do contrato
  - Ausência de guia para contratos entre empresas verticalmente relacionadas, mas as *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* evidenciam o risco de efeitos anticompetitivos de tais operações → critérios de análise semelhantes àqueles empregados para contratos entre concorrentes

Contratos Associativos em outras jurisdições

- União Europeia
  - Não há notificação prévia
  - Principais critérios de análise de contratos entre concorrentes (*Guidelines on the Applicability of Article 101 of the TFEU to Horizontal Cooperation Agreements*):
    - Exclusividade
    - Exigência de contribuição via ativos que pode comprometer independência
    - Compartilhamento de informações
    - Fatia de mercado dos agentes
  - Contratos entre empresas verticalmente relacionadas que não oferecem riscos à concorrência desde que, cumulativamente (Resolução 330/2010):
    - Digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços.
    - Envolvam grupos econômicos com valor total anual de negócios que não exceda 50 milhões de euros.
    - Não envolvam compradores ou fornecedores que detenham mais que 30% do mercado relevante.
    - Não contenham qualquer obrigação de não concorrência direta ou indireta, cuja duração seja indefinida ou ultrapasse cinco anos.

Proposta de Resolução para Contratos Associativos

"Art. 1º Esta resolução disciplina as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo, de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529 de 2011.

Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se **associativo qualquer contrato celebrado**:

I – **entre concorrentes**; ou

II – **entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado**, sempre que **pelo menos um deles detenha** vinte por cento **(20%) ou mais** do respectivo **mercado relevante**, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:

a) o contrato estabeleça o **compartilhamento de receitas e prejuízos** entre as partes;

b) do contrato decorra **relação de exclusividade**, seja ela **jurídica ou fática**.

Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4° da Resolução"

Contratos Associativos: Contribuições à Consulta Pública

- Total de 24 contribuições
- Manifestações no sentido de que:
  - Maior problema é a abrangência do que constitui contrato associativo (54% das contribuições)
  - Receio de que de aumente muito número de contratos notificáveis (67% das contribuições)
- Principais critérios sugeridos para definir ou qualificar “contratos associativos” chegam a 18

Contratos Associativos: Contribuições à Consulta Pública

	PRINCIPAIS CRITÉRIOS SUGERIDOS PARA "CONTRATOS ASSOCIATIVOS"
1	Empreendimento ou organização comum/exercício de atividade econômica conjunta/ comunhão de interesses comerciais/ elemento integrativo (integração de vontade ou bens)
2	Atividade econômica autônoma
3	Modificações estruturais decorrentes do contrato
4	Contratos têm por objeto mercados em que as partes estão horizontal ou verticalmente relacionadas
5	Contratos de prestação continuada/ exploração duradoura de atividade econômica
6	Compartilhamento de informações /bens/ direitos concorrencialmente sensíveis
7	Solidariedade de interesses/ a cooperação/ o fim comum corresponde à própria prestação do contrato
8	União de centros decisórios distintos
9	Definir o que são empresas verticalmente relacionadas: uma fornece à outra os insumos usados na etapa seguinte da cadeia produtiva ou de distribuição
10	Critérios "compartilhamento de receitas e prejuízos" "relação de exclusividade fática ou jurídica" também para concorrentes
11	Cumulatividade dos critérios "compartilhamento de receitas e prejuízos" e "relação de exclusividade fática ou jurídica"
12	Excluir contratos em que a "exclusividade" e o "compartilhamento de receitas e prejuízos" são impostos normativamente
13	Exclusividade que caracteriza os contratos associativos é recíproca
14	Exclusividade que caracteriza os contratos associativos tem uma duração mínima
15	Exclusividade de fato não deve ser considerada um critério para caracterizar o que é um contrato associativo
16	Critério de percentual de mercado relevante para concorrentes
17	Critério de percentual de mercado detido por empresa verticalmente relacionada de 30% (e não 20%)
18	Contratos no curso ordinário dos negócios

Contratos Associativos: Contribuições à Consulta Pública

- Sistematização da consulta:
  - Organização dos critérios
  - Levantamento da jurisprudência (86 casos de contratos notificados como AC julgados pelo Cade)
  - Identificação dos critérios na jurisprudência
  - Comparação entre frequência com que critério é proposto e frequência com que aparece na jurisprudência

Contratos Associativos: Contribuições à Consulta Pública

Critérios por "tipo"							
	Empreendimento ou organização comum/exercício de atividade econômica conjunta/ comunhão de interesses comerciais/ elemento integrativo (integração de vontade ou bens)/ celebração de parceria ou cooperação	Atividade econômica autônoma	Modificações estruturais decorrentes do contrato	Contratos de prestação continuada/ exploração duradoura de atividade econômica	Compartilhamento de informações/bens/ direitos concorrencialmente sensíveis	Solidariedade de interesses/a cooperação/ o fim comum corresponde à própria prestação do contrato	União de centros decisórios distintos
Percentual de interessados que sugeriram o critério	71%	4%	29%	17%	21%	17%	33%
Percentual de vezes que elemento aparece em relação à quantidade de casos analisados	26%	1%	7%	3%	2%	0%	1%

Contratos Associativos: Contribuições à Consulta Pública

Critérios por "tipo"			
	Critérios “compartilhamento de receitas e prejuízos” “relação de exclusividade fática ou jurídica” <u>também para concorrentes</u>	<u>Cumulatividade</u> dos critérios “compartilhamento de receitas e prejuízos” “relação de exclusividade fática ou jurídica”	<u>Excluir</u> contratos em que a “exclusividade” e o “compartilhamento de receitas e prejuízos” são <u>impostos normativamente</u>
Percentual de interessados que sugeriram o critério	75%	67%	29%
Percentual de vezes que elemento aparece em relação à quantidade de casos analisados	2%	6%	0%

Critérios por "tipo"			
	Exclusividade que caracteriza os contratos associativos é reciproca	Exclusividade que caracteriza os contratos associativos tem uma duração mínima	Exclusividade de fato não deve ser considerada um critério para caracterizar o que é um contrato associativo
Percentual de interessados que sugeriram o critério	4%	42%	8%
Percentual de vezes que elemento aparece em relação à quantidade de casos analisados	1%	5%	3%

Contratos Associativos: Contribuições à Consulta Pública

Critérios por "tipo"		
	Critério de percentual de mercado relevante para concorrentes	Critério de percentual de mercado detido por empresa verticalmente relacionada de 30% (e não 20%)
Percentual de interessados que sugeriram o critério	46%	33%
Percentual de vezes que elemento aparece em relação à quantidade de casos analisados	5%	2%

Contratos Associativos: Contribuições à Consulta Pública

Critérios por "tipo" (outros)			
	Contratos tem por objeto mercados em que as partes estão horizontal ou verticalmente relacionadas	Empresas verticalmente relacionadas: uma fornece à outra os insumos usados na etapa seguinte da cadeia produtiva ou de distribuição	Não são contratos associativos contratos no curso ordinário dos negócios
Percentual de interessados que sugeriram o critério	54%	21%	42%
Percentual de vezes que elemento aparece em relação à quantidade de casos analisados	84%	72%	5%

Gun Jumping

Lei Antitruste e *Gun Jumping*

- Controle prévio de estruturas na nova Lei.
  - Operação não pode ser consumada antes da aprovação do Cade
- *Gun jumping*: "troca indevida de informações e/ou integração prematura entre empresas em processo de concentração econômica".
- Pena de nulidade e multa pecuniária:
  - Art. 88, §3º, Lei 12.529/11
    - Independência dos efeitos negativos no mercado (art. 88, §3º x art. 88, 5º)
    - Independência de julgamento de mérito no caso concreto

Gun Jumping: desafios

- Limites entre o processo de concentração econômica e a prática de *gun jumping:*
  - Atos operacionais ou de mera administração?
  - Atos rotineiros que não alteram a concorrência?
  - Efeitos da operação?

O que pode (ou não) ser feito antes da aprovação do Cade?

Experiência internacional

- **EUA:**
  - Hart-Scott-Rodino Act: usufruto de ativos e de valores mobiliários com direito de voto
  - Sherman Act (Section 1): proibição à restrição desarrazoada ao comércio
    - Manutenção de identidades separadas e de competição
    - Razoabilidade e contexto prévio
  - FTC Act (Section 5): regra geral sobre proibição de métodos desleais de competição
    - Efeitos anticompetitivos e troca de informações

Experiência internacional (cont.)

- **EU**:
  - Compatibilidade com mercado comum europeu
  - São ilícitos os acordos/trocas de informações sobre:
    - Preços
    - Investimentos ou produção
    - Alocação territorial e de clientes
    - Troca de informações

Experiência nacional

- *Gun jumping* no Brasil:
  - 1º caso: AC nº 08700.005775/2013
    - Assunção imediata de direitos e obrigações pela empresa no ato da assinatura
    - Efetiva participação de uma empresa nas decisões da outra
    - Troca de informações e decisões concorrencialmente relevantes
  - Decisão do Tribunal:
    - Reconhecimento da consumação prematura
    - recolhimento de multa de R$ 3 milhões
    - Política dissuasória do CADE

Possíveis critérios – (i) cláusulas no intrumento formal

- Cláusulas de acordo "preocupantes":
  - cláusula de não concorrência
  - cláusula de fixação de preços
  - cláusula de divisão de mercado
  - cláusula sobre a emissão, venda, penhora ou oneração de valores mobiliários da empresa a ser adquirida
- Cláusulas, em tese, "neutras":
  - cláusula de curso normal ("ordinary course business provision")
  - cláusula que proibe alterações materiais adversas
  - cláusula de indenização por despesas judiciais

Possíveis critérios – (ii) atividades das partes

- Atividades “preocupantes”:
  - restrição de negócios da empresa adquirida
  - restrição da políticas de descontos da empresa adquirida
  - assumir o poder de decisão sobre estratégias de marketing
  - exigir autorização prévia da adquirente para decisões de rotina
- Atividades, em tese, “neutras”:
  - ações de divulgação sobre os benefícios da operação
  - continuação de acordos de negócios anteriores à operação

Possíveis critérios – (iii) troca ou transferência de informações

- "Preocupantes":
  - preço atual ou futuro
  - margem de lucro atual ou futura ou meta de lucratividade
  - estratégias ou políticas competitivas
  - Identidade de clientes ou fornecedores em potencial
- Em tese, "neutras":
  - previsões sobre ganhos futuros ou prospectos
  - agregadas ou antigas sobre clientes que não revelem detalhes
  - organização operacional gerencial e de pessoal
  - Informações financeiras gerais (ex: balanço patrimonial)

Desafios

- *Clean rooms*:
  - equipe especializada e pré-selecionada com acesso a informações concorrencialmente sensíveis
  - "protocolo antitruste"
- *Parlor rooms*:
  - encontro entre executivos e funcionários das empresas para discutir questões financeiras ou relativas a recursos humanos e tecnologia
  - não há protocolo → há supervisão antitruste
- Elaboração de Guia

FIM