



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

CONSULTA Nº 08700.002393/2014-14

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

CONSULTA PÚBLICA Nº 03/2014

MEMO 20/2014/PRES

7

MOVIMENTAÇÕES:

SEQ	SIGLA	CÓDIGO	DATA	SEQ	SIGLA	CÓDIGO	DATA
01			/ /	15			/ /
02			/ /	16			/ /
03			/ /	17			/ /
04			/ /	18			/ /
05			/ /	19			/ /
06			/ /	20			/ /
07			/ /	21			/ /
08			/ /	22			/ /
09			/ /	23			/ /
10			/ /	24			/ /
11			/ /	25			/ /
12			/ /	26			/ /
13			/ /	27			/ /
14			/ /	28			/ /

AS MOVIMENTAÇÕES DEVERÃO SER COMUNICADAS AO PROTOCOLO

ANEXOS:

SENAPRO



Memorando nº 27/2014/Pres/CADE

Brasília, 19 de março de 2014.

Ao Senhor Paulo Eduardo Silva Oliveira
Chefe da COGEAP

Assunto: Autuação e Abertura de volume

Solicito a autuação dos documentos anexos e a abertura de volume referente tipo de processo "Consulta Pública nº 03/2014".

Atenciosamente,



ANA CAROLINA LOPES DE CARVALHO

Assessora

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE/MJ
PROTODJL - 08700 - 2014-03-19-15-002393-1/2



Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

DESPACHO VMC 76/2014

O Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade torna pública, para fins de abertura de consulta pública, nos termos do art. 31 da Lei nº 9.784 de 1999 e do art. 230, *caput* e §1º, do Regimento Interno do Cade, a seguinte proposta de regulamentação do art. 90, inciso IV da Lei nº 12.529 de 2011:

RESOLUÇÃO Nº 8

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.

O PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 9º, XV da Lei nº 12.529 de 2011, nos termos do art. 53, *caput*, e do art. 54, inciso I da mesma lei, RESOLVE:

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.

CAD
Fls. 03

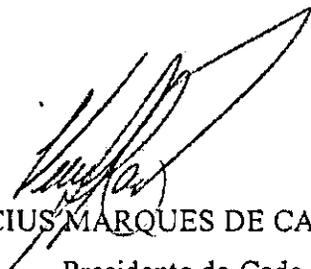
Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2.

Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

O período de consulta pública será de 30 (trinta) dias, com início no dia 19 de fevereiro de 2014, quando a minuta proposta de alteração será publicada no sítio eletrônico do Cade, e término no dia 21 de março de 2014.

As contribuições devem ser enviadas, por escrito, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no endereço SEPN, 515, Conjunto D, Lote a, Ed. Carlos Taurisano, Cep: 70770-504 – Brasília/DF, contendo referência expressa no envelope ‘Consulta Pública nº 03/2014’, ou ainda pelo endereço eletrônico ‘consulta032014@cade.gov.br’.

Brasília, 19 de fevereiro de 2014.



VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO
Presidente do Cade



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

DESPACHO DA PRESIDÊNCIA

Em 18 de março de 2014

Ref.: Prorrogação do prazo para envio de contribuições às Consultas Públicas nº 01/2014, nº 02/2014 e nº 03/2014.

DESPACHO nº 097/2014/PRES/CADE

Tendo em vista as diversas solicitações de prorrogação de prazo para a apresentação de contribuições às Consultas Públicas nº 01/2014, nº 02/2014 e nº 03/2014, bem como que a dilação do prazo permitirá que mais entidades e interessados possam apresentar suas sugestões, prorrogo por 30 (trinta) dias o prazo para a apresentação de sugestões às referidas Consultas.

Diante do exposto, o período de consulta pública se encerra no dia 22 de abril de 2014.

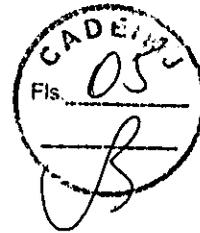
Ao Plenário para homologação.

Publique-se.

É o despacho.



VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO
Presidente



São Paulo, 17 de março de 2014
Pres. F000148

Ilmo. Sr.
Vinícius Marques de Carvalho
DD. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

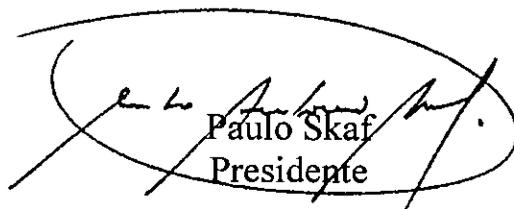
Prezado Presidente,

A FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo solicita a V. Sa. a prorrogação do prazo para entrega de contribuições às Consultas Públicas nº 1, 2 e 3/2014, que estão em andamento, cujo encerramento está previsto para o próximo dia 21 de março de 2014.

Tal pleito se justifica em razão da necessidade de termos tempo hábil para recebimento das sugestões que serão encaminhadas a esta Federação pelos integrantes do Grupo de Estudos de Direito Concorrencial da FIESP/CIESP em relação à: (i) Consulta Pública nº 1, no que tange às propostas de alteração do texto da Resolução nº 2, de 29/05/2012, e seus respectivos Anexos; (ii) Consulta Pública nº 2, relativa à proposta de Resolução que altera dispositivos do Regimento Interno do CADE; (iii) Consulta Pública nº 3 referente à proposta de Resolução que regulamenta o art. 90, inciso IV da Lei nº 12.529/2011.

Diante do exposto, a FIESP requer a V. Sa. a prorrogação do prazo, por mais 15 (quinze) dias, das Consultas Públicas 1, 2 e 3/2014.

Certo de poder contar com o acolhimento desta solicitação, antecipo agradecimentos e renovo a V. Sa. protestos de estima e consideração.


Paulo Skaf
Presidente



FIESP
Federação
das Indústrias
do Estado
de São Paulo

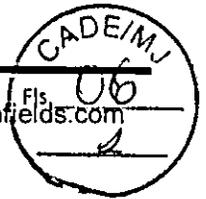
SESI
Serviço
Social
da Indústria

SENAI
Serviço Nacional
de Aprendizagem
Industrial

IRS
Instituto
Roberto Simonsen

Avenida Paulista 1313
01311-923 São Paulo SP
Tel.: (11) 3549 4499
Fax: (11) 3284 3611
www.fiesp.com.br

Luiza Kharmandayan



De: kelli.cousins@freshfields.com em nome de andrea.gomesdasilva@freshfields.com
Enviado em: segunda-feira, 24 de março de 2014 07:30
Para: Consulta 012014; Consulta 022014; Consulta 032014
Assunto: Consultas Públicas nº 01/2014, 02/2014, 03/2014
Anexos: FBD Commentarios Consultas Publicas N 01 02 03 2014.pdf

Ao
Sr. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Ref.: Consulta Pública nº 01/2014: alteração do texto da Resolução nº 2/2012 e anexos.
Consulta Pública nº 02/2014: alteração de dispositivos do Regimento Interno do CADE.
Consulta Pública nº 03/2014: proposta de Resolução regulamentando o artigo 90, IV, da Lei nº 12.529/2014.

Prezado Senhor,

Vimos pela presente apresentar o anexo documento contendo os nossos comentários e contribuições em relação às propostas submetidas pelo CADE por meio das Consultas Públicas em referência. Agradecemos pela oportunidade de contribuir de alguma forma e colocamo-nos à disposição para prestar quaisquer esclarecimentos que as autoridades brasileiras entendam necessários.

Atenciosamente,

Andrea Gomes da Silva

Andrea Gomes da Silva
Partner

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

65 Fleet Street
London EC4Y 1HS
T +44 20 7427 3105
M +44 7976 366 267
andrea.gomesdasilva@freshfields.com
www.freshfields.com

This email is confidential and may be legally privileged. If you have received it in error, please notify us immediately and then delete it. Please do not copy it, disclose its contents or use it for any purpose.

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC334789. We are authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority and a list of our members (and of the non-members who are designated as partners) and their qualifications is available for inspection at our registered office, 65 Fleet Street, London EC4Y 1HS. Any reference to a partner means a member, or a consultant or employee with equivalent standing and qualifications, of Freshfields Bruckhaus Deringer LLP or any of its affiliated firms or entities. Please refer to www.freshfields.com/support/legalnotice for regulatory information (including in relation to the provision of insurance mediation services).

Email secured by Check Point



COMENTÁRIOS ÀS CONSULTAS PÚBLICAS Nº 01/2014, 02/2014 E 03/2014 DO CADE

1. INTRODUÇÃO

1.1 Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (*Freshfields*) agradece pela oportunidade para apresentar seus comentários em relação às Consultas Públicas nº 01/2014, 02/2014 e 03/2014 (*Consultas Públicas*), lançadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (*CADE*) em 19 de fevereiro de 2014.

1.2 Acreditamos que as presentes Consultas Públicas representam uma boa oportunidade para dividirmos nossas impressões a respeito das modificações normativas propostas pelo CADE, pela perspectiva de um escritório estrangeiro que representa clientes de diversos países. Os comentários submetidos a seguir são baseados em nossa significativa experiência com o Direito da Concorrência, mais especificamente com relação ao controle de estruturas, acumulada em diversas jurisdições em que atuamos tanto independentemente quanto em próxima colaboração com escritórios locais, como fazemos no Brasil, na representação de clientes dos mais diferentes setores econômicos.¹

1.3 Ao longo dos últimos anos, estivemos indiretamente envolvidos em inúmeros assuntos de nossos clientes perante o CADE, principalmente em casos de controle de concentrações. Isso nos possibilitou acompanhar o desenvolvimento da defesa da concorrência no país e o fortalecimento de suas autoridades e instituições, de um lado, e angariar conhecimento suficiente para ter uma visão compreensiva a respeito dos mecanismos e procedimentos previstos nas normas brasileiras, de outro.

1.4 Os comentários contidos no presente documento são do próprio Freshfields. Eles não necessariamente representam as visões individuais de quaisquer de nossos clientes ou advogados.

2. COMENTÁRIOS GERAIS

2.1 É muito bem-vinda a iniciativa do CADE de aprimorar as normas aplicáveis ao controle de estruturas por meio de modificações que buscam esclarecer determinados pontos controvertidos, aperfeiçoar os procedimentos de análise e eliminar a necessidade de notificações de operações que reconhecidamente não criam preocupações concorrenciais. Modificações com esse objetivo são louváveis e bem recebidas na medida em que proporcionam maior segurança jurídica e maior eficiência na utilização de recursos públicos e privados.

2.2 Entendemos que as modificações propostas buscam esses objetivos, i.e., prover maior clareza a determinadas práticas que vinham sendo adotadas pelo CADE, disciplinar questões trazidas pela Lei nº 12.529/11, esclarecer sobre necessidade e momento de submissão de determinadas operações, aprimorar as hipóteses de enquadramento no procedimento sumário e aperfeiçoar aspectos de cunho processual.

¹ Vide: [http://www.freshfields.com/en/global/what we do/our services/Competition and antitrust/](http://www.freshfields.com/en/global/what_we_do/our_services/Competition_and_antitrust/)



Freshfields Bruckhaus Deringer

COMENTÁRIOS ÀS CONSULTAS PÚBLICAS Nº 01/2014, 02/2014 E 03/2014

CONTRIBUIÇÃO DE FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER LLP

20 DE MARÇO DE 2014



2.3 Tendo em vista esses objetivos, acreditamos que alguns cuidados e ajustes pontuais seriam úteis para assegurar que as modificações que efetivamente venham a ser implementadas não venham a se tornar novas fontes de incertezas.

Isso dito, os comentários ora apresentados visam abordar os pontos que consideramos merecer especial atenção do CADE para garantir que os objetivos propostos sejam alcançados.

3. CONSULTA PÚBLICA Nº 01/2014: PROPOSTA DE ALTERAÇÕES À RESOLUÇÃO CADE Nº 2/2012: DEFINIÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO, CONSOLIDAÇÃO DE CONTROLE, PROCEDIMENTO SUMÁRIO E DEBÊNTURES

3.1 A primeira modificação colocada na Consulta Pública em referência diz respeito à definição de grupo econômico para cálculo de faturamento para os fins do artigo 88 da Lei nº 12.529/11, especialmente em relação aos fundos de investimento. Essa questão é reconhecidamente complexa e sujeita a muito debate em nível internacional, principalmente diante das inúmeras formas que os fundos de investimento podem apresentar de acordo com as leis dos países em que estes são constituídos.

3.2 Nessa linha, muito embora existam formas mais simples de enfrentar a matéria sem prejudicar ou dificultar a função de controle concorrencial, entendemos que o CADE fez bem (i) em diferenciar a definição de grupo econômico para fins de cálculo do faturamento e (ii) ao colocar de forma expressa aquilo que vinha aplicando na prática. Nesse tocante, vale ressaltar a importância que se deve atribuir à clareza e precisão da norma para que se evite situações de incerteza e que gerem dúvidas e complicações desnecessárias para a própria autoridade concorrencial e aos investidores nacionais e internacionais.

3.3 Com relação às hipóteses de enquadramento no procedimento sumário, é muito bem-vinda a iniciativa de aproximar o critério de participação de mercado nos casos de integração vertical a padrões internacionalmente aceitos.

3.4 Também é muito bem recebida a proposta de inclusão da possibilidade de aplicação do procedimento sumário para casos de ausência de nexo de causalidade, tendo em vista a baixa, ou até mesmo insignificante, probabilidade de efeitos concorrenciais sensíveis na estrutura dos mercados afetados. Contudo, deve-se ponderar se não seria o caso de aprimorar os critérios ora propostos de forma a eliminar a necessidade de notificação de operações em que o incremento de participação de mercado for reconhecidamente pequeno.

3.5 A alteração submetida para consulta pública permite interpretações no sentido de que não seria possível aplicar o procedimento sumário para toda e qualquer operação que resulte em acréscimo de participação de mercado quando esta envolver uma parte cuja participação seja igual ou superior a 50%. Tal como proposto, as partes envolvidas terão o elevadíssimo ônus de apresentar um série de informações de mercado exigidas no formulário do rito ordinário ainda que o acréscimo de participação de mercado seja inferior a 1%.

3.6 Nesse sentido, uma alternativa plausível seria eliminar a trava imposta por um critério cumulativo que envolva determinada participação de mercado por outro baseado somente no Índice Herfindahl–Hirschman (*HHI*). Uma modificação como esta (i) estaria completamente alinhada com práticas internacionais, (ii) continuaria a atender os objetivos perseguidos pelo CADE e (iii) permitiria o rito sumário para operações que resultem em aumentos insignificantes de participação de mercado.

3.7 Também é louvável a iniciativa de eliminação da necessidade de notificação da hipótese prevista no artigo 11 da Resolução CADE nº 2/2012, i.e., consolidação de controle que resulte na condição de maior acionista individual. Por outro lado, destaca-se o fato de que a nova redação proposta para o artigo 9º da referida resolução pode vir a gerar dúvidas, pois demanda a notificação para todo e qualquer tipo de alteração de controle. Nessa linha, de forma a afastar possíveis incertezas jurídicas, o CADE andaria bem se qualificasse as hipóteses compreendidas como sendo alterações de controle de notificação obrigatória ou propusesse uma definição de controle para tais fins.

3.8 No que toca o último ponto desta Consulta Pública, entendemos como bem-vinda a regulamentação das hipóteses de notificação de operações de notificação de debêntures. Muito embora existam discussões sobre a necessidade de notificação de operações como essas, o CADE acerta ao regular aquilo que de certa forma vem aplicando em suas decisões.

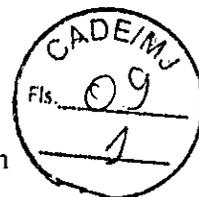
4. CONSULTA PÚBLICA Nº 02/2014: PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DE OPERAÇÕES REALIZADAS EM BOLSA DE VALORES E PROCEDIMENTO DE AVOCAÇÃO PELO TRIBUNAL DO CADE

4.1 Em relação à Consulta Pública em referência, limitamo-nos a comentar que, indiscutivelmente, o CADE contribui muito para a segurança jurídica ao regular a forma como devem ser notificadas as operações realizadas em bolsa de valores. Sem dúvida essa iniciativa elimina dúvidas de muitos investidores, principalmente se considerada a dinamicidade dos mercados de valores mobiliários.

4.2 Como meio de tornar a questão ainda mais segura, seria proveitoso esclarecer que operações em bolsa de valores realizadas para investimento de curto prazo sem exercício de direitos políticos não demandariam notificação ao CADE. Ainda que isso possa ser inferido da mudança proposta, a adoção desse cuidado adicional afastaria por completo qualquer dúvida sobre investimentos de curtíssimo prazo, num ambiente em que bancos e investidores realizam inúmeras operações no mesmo dia.

5. CONSULTA PÚBLICA Nº 03/2014: ADOÇÃO DE RESOLUÇÃO DISPONDO SOBRE A CELEBRAÇÃO DE CONTRATO ASSOCIATIVO, DE QUE TRATA O INCISO IV DO ARTIGO 90 DA LEI Nº 12.529/11

5.1 De todas as questões colocadas sob Consulta Pública, a regulamentação das notificações envolvendo contratos associativos provavelmente é a mais aguardada nacional e internacionalmente. Também é aquela que pode gerar o maior impacto sobre o número de notificações atualmente submetidas ao CADE. Considerando a data de entrada em vigor da Lei nº 12.529/11, parece ter corrido tempo suficiente para maturação da ideia daquilo que se deve considerar como contrato associativo de



notificação obrigatória. Portanto, a proposta de regulamentação chega em bom momento.

5.2 Ainda que a regulamentação da matéria seja extremamente necessária e esperada, o texto normativo contido na proposta aparenta conter uma linguagem que pode levar ao incremento substancial de notificações ao CADE de operações incapazes de gerar quaisquer problemas concorrenciais.

5.3 A adoção de critérios objetivos e precisos em relação à obrigatoriedade de notificação de operações é sempre recebida com louvor. Entretanto, é fundamental que esses critérios encontrem respaldo nos objetivos perseguidos pela Lei por meio do controle de estruturas. Logo, ao menos em tese, a autoridade concorrencial deve analisar aqueles atos e contratos capazes de alguma forma alterar a estrutura de mercado. Contratos nitidamente incapazes de gerar problemas dessa ordem não deveriam estar, ao menos *a priori*, sujeitos à notificação obrigatória.

5.4 Isso dito, parece prudente associar a necessidade de submissão à verificação de efeitos concorrenciais das relações verticais e horizontais no contexto do contrato em questão. Do contrário, será potencialmente de notificação obrigatória qualquer relação contratual que envolva partes cujos grupos econômicos mantenham entre si alguma forma de relação vertical ou horizontal, mesmo que estanque do próprio contrato em questão.

5.5 Essa delimitação mostra-se especialmente importante no caso do artigo 2º, I, da proposta de Resolução nº 8/2014, pois tal como colocado todo e qualquer contrato entre empresas de grupos que eventualmente concorram em algum mercado estará sujeito à notificação CADE; até mesmo simples contratos de fornecimento, prestação de serviço e de compra e venda poderiam ensejar uma submissão.

5.6 Acreditamos que seja saudável buscar que a Resolução a ser implementada contenha um conceito apropriado de contrato associativo e que adote critérios que vinculem a necessidade de submissão (i) aos mercados relevantes associados às relações verticais e horizontais decorrentes dos próprios contratos e (ii) conseqüentemente, a modificações estruturais. Isso certamente impedirá um aumento substancial do número de notificações ao CADE de operações absolutamente irrelevantes concorrencialmente, permitindo que a autoridade e as partes façam um uso mais eficientes de seus recursos.

5.7 Nessa linha, acreditamos que a experiência de outras jurisdições e suas respectivas normas vigentes a respeito de operações sujeitas ao controle de estruturas, eventuais exceções aplicáveis e guias de análise podem apresentar sugestões interessantes para servir de inspiração para a adoção de um conceito de contrato associativo que atenda tanto a Lei nº 12.529/11 como as preocupações do CADE.²

² Vide, por exemplo: Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas; Orientações relativas à aplicação do artigo 81 do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia; Regulamento (CE) nº 772/2004, de 27 de Abril de 2004 relativo à aplicação do nº 3 do artigo 81 do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia;

5.8 O emprego de critérios mais restritivos não representam um aumento de eventuais riscos, tendo em vista que a própria Lei nº 12.529/11 dispõe de outros mecanismos para reprimir abusos concorrenciais. Nessa linha, o controle de condutas possui instrumental jurídico suficiente para coibir práticas que atentem contra a ordem econômica, sejam aquelas decorrentes do abuso de poder dominante como aquelas relacionadas à coordenação entre agentes econômicos.

5.9 Esses são os nossos comentários e contribuições em relação às propostas submetidas pelo CADE por meio das Consultas Públicas. Agradecemos pela oportunidade de contribuir de alguma forma e colocamo-nos à disposição para prestar quaisquer esclarecimentos que as autoridades brasileiras entendam necessários.

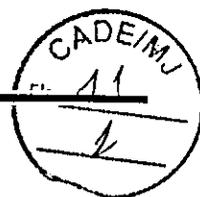


BARROS

• **PIMENTEL**

• **ADVOGADOS**

Luiza Kharmandayan



De: Maria Alice [maria.alice@barrospimentel.adv.br]
Enviado em: quarta-feira, 16 de abril de 2014 18:29
Para: Consulta 032014
Assunto: Contribuição - Consulta pública 03/14
Anexos: Contribuição Consulta Pública Cade 3_2014.pdf

Prezado Sr.,

Com nossos cumprimentos, vimos apresentar contribuição à minuta de Resolução nº 8 do Cade, disponibilizada na Consulta Pública nº 03/2014.

Grata,

Maria Alice Rodrigues
maria.alice@barrospimentel.adv.br

Barros Pimentel, Alcantara Gil, Rodriguez e Vargas Advogados

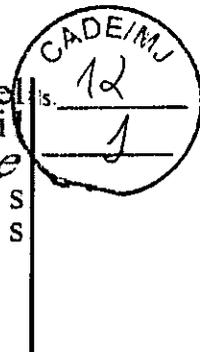
Alameda Ministro Rocha Azevedo, 456, 8º andar
0410-000 São Paulo - SP Brasil
Tel.: +55.11.3896-1607
Fax: +55.11.3896-1608
www.barrospimentel.adv.br

Esta mensagem destina-se apenas à pessoa a quem foi endereçada e pode conter informação confidencial, para conhecimento exclusivo do destinatário. Caso a mensagem tenha sido recebida por engano, favor comunicar ao remetente e apagá-la. A leitura, revelação, divulgação ou qualquer outro uso desta mensagem por pessoas distintas de seu destinatário é estritamente proibida.

This message is intended only for the person to which it was addressed and may contain confidential and/or proprietary information. If you received this message in error, please contact the sender and delete it. Any review, disclosure, dissemination or any other use of this message by persons or entities other than the intended recipient is strictly prohibited.

Email secured by Check Point

Barros Pimentel
Alcantara Gil
Rodriguez e
Vargas
Advogados



São Paulo, 16 de abril de 2014.

Ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
Por e-mail

Ref.: Consulta Pública nº 03/2014

Prezado Sr.,

Com nossos cumprimentos, vimos apresentar contribuição à minuta de Resolução nº 8 do Cade, que disciplina as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529/2011, disponibilizada na Consulta Pública nº 03/2014.

A Lei 12.529/2011 tratou da definição de “atos de concentração” de forma mais detalhada do que a legislação anterior, esclarecendo que será assim qualificada a hipótese de 2 (duas) ou mais empresas celebrarem “contrato associativo, consórcio ou joint venture” (inciso IV do art. 90 da nova Lei). A minuta da Res. 8 especifica que será “associativo” qualquer contrato, observados os critérios objetivos legais, realizado entre agentes econômicos que tenham relação de mercado horizontal ou vertical nas formas ali descritas (incluindo, portanto, os próprios consórcios e joint ventures).

O objetivo da obrigatoriedade da notificação, estabelecida na forma da Lei 12.529/11 e da Res. 8, é observância, pelos órgãos de defesa da concorrência, dos efeitos do ato sobre as atividades desses agentes econômicos do ponto de vista concorrencial, para determinar as providências cabíveis. Por essa razão, atos de concentração que, de nenhuma forma, possam produzir impactos sobre a estrutura de mercado relevante não são de notificação obrigatória – sob esse fundamento, a própria lei apresenta exceção na hipótese de os contratos associativos, consórcios ou joint ventures serem “destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes” (parágrafo único do art. 90).

A exceção fundamenta-se no fato de que as associações (contratos associativos, consórcios ou joint ventures) destinadas a licitações com vistas à realização pontual de um projeto específico (por exemplo, uma obra, um serviço, etc.) não constituem unidades econômicas autônomas, como as empresas. Não há formação de um agente que atue no mercado relevante, explorando de forma duradoura uma determinada atividade econômica, ao lado de e em competição com outros agentes, mas apenas a combinação provisória e restrita de alguns ativos e capacidades com um objetivo bastante definido. Essas características não necessariamente se aplicam a concessionárias prestadoras de serviço público – daí a jurisprudência do Cade, construída sob a vigência da legislação anterior e consolidada na Súmula 03, de 19/09/2007, estabelecer a obrigatoriedade de submissão de atos de concentração “após a assinatura do contrato de concessão”.

Nesse sentido, a ressalva do parágrafo único do art. 90 da Lei 12.529/2011 justifica-se não em razão do caráter público da licitação, mas sim em razão do objeto restrito da associação – a

execução de uma obra ou serviço específico (que não caracterize prestação continuada de serviços públicos) que não implica desenvolvimento de atividade econômica de forma autônoma e não tenha impactos sobre a estrutura do mercado. Por isso, entendemos que o espírito da ressalva não se limitaria a contratos associativos, consórcios ou joint ventures "destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes", mas também a contratos associativos, consórcios ou joint ventures de caráter transitório, com prazo de duração determinado ou determinável, firmados para a execução de obras ou serviços específicos, quer decorrentes de licitações ou contratações privadas ou licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

No mercado de infraestrutura é muito comum a constituição de consórcios entre empresas de engenharia e construtoras e/ou montadoras industriais para a execução de empreendimentos específicos de grande porte, seja para clientes públicos ou privados.

A mesma lógica que move empresas a constituir consórcios para a participação em licitações públicas (complementariedade de competências, divisão de riscos, soma de capacidades financeiras, etc) leva empresas a constituir consórcios para a prestação de serviços e a execução de empreendimentos a clientes privados, não se justificando a exceção em função da natureza pública ou privada do cliente.

Há que se considerar, ainda, que, no mercado privado, os prazos para a apresentação de proposta costumam ser mais exíguos do que aqueles concedidos em licitações públicas, de sorte que não haveria tempo hábil para a negociação entre as consorciadas de um Compromisso de Constituição de Consórcio para a participação em determinada oportunidade, sua submissão ao CADE, respectiva análise por este órgão, elaboração da orçamentação do empreendimento e elaboração da proposta para, só então, apresentar a proposta ao cliente privado para a execução do empreendimento em consórcio.

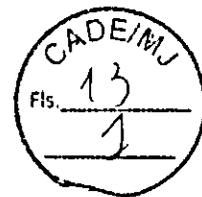
Diante do exposto, sugerimos seja incluído um novo dispositivo na Res. 8 para esclarecer que não serão considerados atos de concentração os contratos associativos, consórcios ou joint ventures cujo objeto seja executado em prazo determinado ou determinável, destinados à realização pontual de obra, serviço ou empreendimento específico, decorrente de licitações ou contratações privadas ou promovidas pela administração pública direta e indireta, desde que não implique (i) a constituição de uma unidade econômica autônoma que atue em determinado mercado relevante, explorando de forma duradoura uma determinada atividade econômica, ao lado de e em competição com outros agentes, ou (ii) a combinação de ativos e capacidade com caráter não transitório e não restrita apenas a tal projeto.

Atenciosamente,

Maria Alice Rodrigues

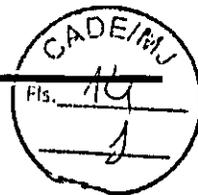
OAB/SP nº 300.684

Barros Pimentel, Alcantara Gil, Rodriguez e Vargas Advogados



IBP

Luiza Kharmandayan



De: Luiza Kharmandayan
Enviado em: quarta-feira, 16 de abril de 2014 19:57
Para: Consulta032014@cade.gov.br
Assunto: ENC: IBP - Contribuições à Consulta Pública CADE nº 03/2014
Anexos: Proposta IBP - Consulta 3 - 2014.pdf; JUR_BR_1147166_1.doc

De: Luiza Kharmandayan **Em nome de** Consulta 012014
Enviada em: quarta-feira, 16 de abril de 2014 19:52
Para: Ana Carolina Lopes de Carvalho
Assunto: ENC: IBP - Contribuições à Consulta Pública CADE nº 03/2014

De: Matias Lopes [<mailto:matias.lopes@ibp.org.br>]
Enviada em: quarta-feira, 16 de abril de 2014 15:50
Para: Consulta 012014
Assunto: IBP - Contribuições à Consulta Pública CADE nº 03/2014

Prezados Senhores,

O IBP, entidade voltada para a promoção do desenvolvimento do setor nacional de petróleo, gás e biocombustíveis, visando uma indústria competitiva, sustentável, segura e socialmente responsável, ao longo de seus 50 anos, construiu reconhecida credibilidade junto à sociedade e ao Estado não apenas por seu singular conhecimento técnico, mas também por fomentar as discussões de grandes temas para a constante estruturação do perfil do setor afim.

Por isso o IBP sada a iniciativa do CADE de compartilhar previamente com os diversos segmentos da sociedade, as minutas de normatizações que acabam por afetar a todos os agentes econômicos.

O IBP, através dos arquivos anexos (mesmo contedo em PDF e Word), encaminha seus comentários e sugestões elaborados para a Consulta Pblica CADE n 03/2014.

Vale observar que os comentários ora encaminhados representam, em termos gerais, a posição dos associados do IBP e sua integralidade, sem prejuízo do envio individual de pontos específicos pertinentes a cada empresa.

Atenciosamente,

Matias de Oliveira Lopes
IBP – Gerente Jurídico e Tributário
Av Almirante Barroso, 52 – 26 andar
Rio de Janeiro, RJ
Tel.: +5521 21129013
Cel.: +5521 974275886

Email secured by Check Point

CONSULTA PÚBLICA Nº 3/2014

SUGESTÕES E JUSTIFICATIVAS
DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO, GÁS E BIOCOMBUSTÍVEIS - IBP

Consulta Pública

ARTIGO DA MINUTA	REDAÇÃO DA MINUTA	PROPOSTA DE ALTERAÇÃO	JUSTIFICATIVA
Art. 2º - Alteração na redação do caput do Art. 2º	Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:	Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado por livre iniciativa das partes, tendo em vista o interesse na exploração conjunta de atividade econômica:	A definição de "contrato associativo" posta em consulta pública está demasiadamente ampla, razão pela qual justifica-se a qualificação proposta.
Art. 2º - Alteração do parágrafo único	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	Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado por livre iniciativa das partes, tendo em vista o interesse na exploração conjunta de atividade econômica: 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. §1º. Em qualquer das hipóteses previstas no caput deverão ser preenchidas, ainda, as seguintes condições: a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes; e b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.	Recomenda-se fortemente a introdução de mais condições para a notificação obrigatória de determinados contratos associativos, sob pena de se gerar a notificação compulsória de contratos comerciais neutros do ponto de vista da concorrência, como, por exemplo, um contrato de aluguel de escritórios entre empresas que atuam na fabricação de medicamentos.

CA
Fb 15
1

<p>Art. 2º - Inclusão do parágrafo 2º</p>	<p>e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2.</p>	<p>§2º. Não serão considerados contratos associativos de notificação obrigatória:</p> <p>I - os negócios jurídicos de pesquisa ou cooperação técnico-científica entre os agentes econômicos e/ou concorrentes, inclusive os destinados à inovação, pesquisa e desenvolvimento.</p> <p>II - os acordos de confidencialidade, incluídos aqueles que visem apenas ao estudo de oportunidades de negócio entre concorrentes e/ou agentes econômicos.</p> <p>III - os acordos exigidos pelo órgão regulador por força da legislação aplicável.</p>	<p>Com o objetivo de gerar mais segurança jurídica, recomenda-se que seja considerado explicitar também quais contratos <u>não</u> serão considerados "contratos associativos" de notificação obrigatória, da forma proposta.</p>
---	--	---	---



SOUZA

• CESCO

• ADVOGADOS

Luiza Kharmandayan



De: Guilherme Missali [Guilherme.Missali@scbf.com.br]
Enviado em: quinta-feira, 17 de abril de 2014 19:10
Para: Consulta 032014
Cc: Fabíola C. L. Cammarota de Abreu; Joyce Honda; Ricardo Gaillard; Luciano Souza
Assunto: Comentários SCBF sobre a Consulta Pública No. 03/2014 [GED-SP.FID26806]
Anexos: Consulta Pública No. 03_Carta ao CADE.pdf; Consulta Pública No. 03_Comentários SCBF.pdf

Prezados:

Em atenção à Consulta Pública No. 03/2014, apresentamos carta de encaminhamento e comentários de Souza, Cescon, Barrieu & Flesch Advogados.

Atenciosamente,
Guilherme

Guilherme Teno Castilho Missali | Souza, Cescon, Barrieu & Flesch Advogados

Rua Funchal, 418 11º andar | 04551 060 | São Paulo SP | Brasil | www.scbf.com.br

55 11 3089 6121 | F 55 11 3089 6565 | guilherme.missali@scbf.com.br

Esta mensagem pode conter informações confidenciais e sujeitas a sigilo. A sua utilização, cópia e divulgação não autorizadas são proibidas. Caso tenha recebido esta mensagem por engano, por favor informe ao remetente e apague-a juntamente com seus anexos. | This message may contain confidential and privileged information. Unauthorized use, disclosure or copying is prohibited. If you are not the intended recipient, please advise the sender and delete this message and any attachments.

Email secured by Check Point

SOUZA, CESCON, BARRIEU & FLESCH
ADVOGADOS

Rua Funchal 418 - 11º andar - 04551-060 São Paulo SP Brasil
T. 55 11 3089.6500 F. 55 11 3089.6565

São Paulo Rio de Janeiro Belo Horizonte Brasília Salvador
www.scbf.com.br



São Paulo, 17 de abril de 2014

Ao

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

At.: Dr. Vinícius Marques de Carvalho (Presidente do CADE)

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Taurisano.

CEP 70770-504

Brasília/DF

(via e-mail: consulta032014@cade.gov.br)

Ref.: Comentários do Souza, Cescon, Barriou
& Flesch Advogados sobre a Consulta Pública
No. 03/2014.

Excelentíssimo Senhor Presidente do E. CADE,

O escritório de advocacia Souza, Cescon, Barriou & Flesch Advogados (“SCBF”), em atenção às Consultas Públicas Nos. 01, 02 e 03 de 2014, vem perante esta autarquia federal, com o intuito de contribuir para a melhoria e o desenvolvimento das regras aplicadas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tecer breves comentários e sugestões no que tange à alteração vislumbrada pela Consulta Pública No. 03/2014.

Preliminarmente, cumpre observar que os comentários ora apresentados são resultado de inúmeras discussões que os signatários tiveram com empresas, gestores de fundos de investimento e demais destinatários das normas a serem alteradas ou implementadas por este E. CADE. Em razão da importância do procedimento de consulta pública, instrumento de efetivação da democracia direta e participativa, e tendo em vista a pertinência e relevância do tema e das preocupações trazidas pelo grupo com o qual os signatários tiveram a oportunidade de debater, encaminhamos o resultado de tais discussões à apreciação deste Conselho.

Diante do objeto tratado nas três Consultas Públicas, reconhecemos a clara intenção de melhoria do texto normativo, enaltecendo a iniciativa por sua natureza procedimental e, também, por sua substância.

A seguir, tratou-se de cada ponto da Consulta por meio de tabelas para facilitar a visualização, abordando (i) a redação atual, (ii) a redação proposta pela Consulta Pública, (iii) a eventual sugestão do SCBF, indicando, em marcas, as alterações ao texto

SOUZA, CESCUN, BARRIEU & FLESCH
ADVOGADOS

proposto na Consulta, e (iv) eventuais explicações e comentários para as alterações sugeridas.

Feitos os devidos apontamentos, o SCBF gostaria de reiterar seus protestos de elevada estima e distinta consideração, colocando-se à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários.

Atenciosamente,

Fabíola Carolina Lisboa Cammarota de Abreu
OAB/SP No. 146.392

Joyce Midori Honda
OAB/SP No. 195.358

Ricardo Lara Gaillard
OAB/SP No. 247.513

Luciano Inácio de Souza
OAB/DF No. 30.164



SOUZA, CESCUN, BARRIEU & FLESCCH
ADVOGADOS

COMENTÁRIOS À CONSULTA PÚBLICA NO. 03/2014

RESOLUÇÃO NO. 8: 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.

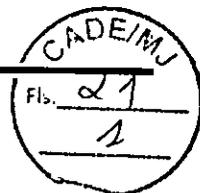
Redação Atual	Redação Consulta Pública	Sugestão SCBF	Explicações/ Comentários
Não há.	<p>Art. 1º. Esta resolução disciplina as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo, de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529 de 2011.</p> <p>Art. 2º. Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes; ou</p> <p>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:</p>	<p>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.</p> <p>Art. 2º. Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato <u>que tenha por objetivo a comunhão de interesses comerciais e/ou o exercício de empreendimento comum, mediante a celebração de parceria ou associação, de fato ou de direito, entre as partes contratantes, seja ou não mediante a constituição de uma nova sociedade, e que, cumulativamente, seja celebrado:</u></p> <p>I – entre concorrentes; ou</p> <p>II – entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha</p>	<p>A alteração no artigo 2º tem por objetivo limitar a definição de “contratos associativos” cuja submissão ao CADE é obrigatória. Da forma como está, entendemos que contratos do dia-a-dia empresarial podem ser enquadrados como atos de concentração, o que não parece estar de acordo com o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529 de 2011.</p> <p>Alternativamente, definir a <i>contrario sensu</i>, isto é, o que não se enquadraria como “contrato associativo” (vide exemplos contidos nos comentários do IBRAC).</p> <p>Isto porque certos contratos são simples e do curso</p>

<p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>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 4º da Resolução nº 2.</p> <p>Art. 3º. Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>	<p>vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante. desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:</p> <p><u>§1º Em qualquer das hipóteses elencadas nos incisos I e II acima, pelo menos uma das seguintes condições deverá ser preenchida:</u></p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes; <u>ou</u></p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo único. §2º. 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 4º da Resolução nº 2.</p> <p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>	<p>ordinário dos negócios empresariais (e.g. contratos de locação - lojas em <i>shopping center</i>, marketing e publicidade, transferência de tecnologia, franquia, fornecimento de insumos, prestação de serviços, etc.) que, a rigor, não deveriam ser de notificação obrigatória, sob o risco de desvirtuar o sentido da lei.</p> <p>Nesse contexto, apenas os contratos que implicarem determinada forma de ingerência e/ou unificação de centros decisórios seriam reportáveis.</p>
---	--	---



OAB

Luiza Kharmandayan



De: vicentebagnoli@gmail.com em nome de Vicente Bagnoli
[bagnoli@vicentebagnoli.com.br]
Enviado em: sexta-feira, 18 de abril de 2014 13:26
Para: Consulta 032014
Assunto: Consulta Pública nº 03/2014
Anexos: Comentários à Consulta Pública do Cade CECORE-OAB-SP_Conсульта3_2014.pdf

Excelentíssimo Senhor Presidente do E. CADE,

A Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP ("CECORE") gostaria de fazer breves ponderações e sugestões sobre a Consulta Pública nº 03/2014 conforme documento anexo.

Respeitosamente,

Vicente Bagnoli / Daniel Andreoli

São Paulo, 17 de abril de 2014.

À
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
At: Dr. Vinícius Marques de Carvalho, Presidente do CADE
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Taurisano.
CEP 70770-504
Brasília – DF
(via *email*: consulta032014@cade.gov.br)

Ref.: Manifestação da CECORE sobre a
a Consulta Pública nº 03/2014 que traz uma
minuta de resolução que disciplina quais
são as hipóteses em que contratos
associativos celebrados entre empresas que
preenchem os critérios de faturamento da
Lei nº 12.529/11 deverão ser notificados ao
CADE.

Excelentíssimo Senhor Presidente do E. CADE,

A Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP (“CECORE”) gostaria de fazer breves ponderações e sugestões sobre a Consulta Pública nº 03/2014 que traz uma minuta de resolução que disciplina quais são as hipóteses em que contratos associativos celebrados entre empresas que preenchem os critérios de faturamento da Lei nº 12.529/11 deverão ser notificados ao CADE. Entende-se que o momento é bastante oportuno para revisitar tais temas, uma vez transcorrido aproximadamente dois anos da entrada em vigor da lei de defesa da concorrência.

É sempre válido notar que o procedimento de consultas públicas, realizado por órgãos da Administração Pública em diversos países, entre eles o Brasil, é um instrumento utilizado para que os cidadãos possam opinar, conforme regras e prazos estipulados, sobre matérias que os órgãos pretendem normatizar. Trata-se de instrumento essencial para o exercício da democracia.

Nesse sentido, a CECORE procura contribuir com todas as consultas públicas abertas pelo CADE, em atenção aos seus objetivos de fomentar o debate sobre questões relacionadas à defesa da concorrência no Brasil e de contribuir para o aperfeiçoamento institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC. Para tanto, geralmente são criados grupos de estudo para cada consulta pública, que ficam encarregados de minutar a manifestação a ser apresentada pela CECORE.

OABSP

Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Secção de São Paulo

Especificamente na presente consulta, a CECORE considera necessário enaltecer a iniciativa e a intenção do CADE em criar critérios mais objetivos sobre as hipóteses em que contratos associativos celebrados entre empresas que preencham os critérios de faturamento da Lei nº 12.529/11 deverão ser notificados à análise da autoridade de defesa da concorrência.

Passa-se a tratar cada um dos pontos da consulta, sempre que necessário, sugerindo alterações no texto (redação proposta), com exclusões e inclusões, e apresentando os comentários pontuais da CECORE para cada ponto que entende pertinente, de modo a contribuir com uma análise mais apurada pelo CADE.

De modo a facilitar a apresentação de suas sugestões e comentários, a CECORE elaborou a sua Manifestação em tabelas, conforme se observa a seguir.

Sendo o que se apresentava para o momento, a CECORE reitera seus protestos de elevada estima e consideração, e coloca-se à disposição para quaisquer esclarecimentos, inclusive por meio de reunião, se esse E. CADE entender necessário.

Atenciosamente,

PRESIDENTE DA CECORE/OAB-SP
Vicente Bagnoli

VICE- PRESIDENTE DA CECORE/OAB-SP
Daniel Oliveira Andreoli

PARTICIPARAM DA MANIFESTAÇÃO DA CECORE/OAB-SP

André Franchini Giusti
Antonio Garbelini Junior
Barbara Rosenberg
Bruno Lanna Peixoto
Bruno Peres Carbone
Leda Batista
Lilian Barreira Spina
Marcelo Henrique Lapolla A. Andrade
Murilo Sampaio Ferraz
Olavo Zago Chinaglia
Patrícia Agra Araújo
Patricia Bandouk Carvalho

Contratos Associativos (Consulta Pública nº 03/2014)			
Redação Original	Redação da Consulta Pública	Redação Proposta	Comentários
	<p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes; ou</p> <p>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:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>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 4º da Resolução nº 2.</p>	<p>Art. 2º. Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes, que caracterizam a união de centros decisórios distintos, com objetivo comum de desenvolver um empreendimento, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante; ou</p> <p>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 cumulativamente uma das seguintes condições:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes; e</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>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 4º da Resolução nº 2.</p>	<p>A maior precisão no inciso I da definição de contrato associativo entre concorrentes, bem como a inclusão do critério objetivo dos 20% de participação de mercado, trazem maior segurança jurídica para a submissão de tais contratos, bem como filtra aqueles com maior potencial de alterar a concorrência no mercado.</p> <p>As hipóteses descritas pelas alíneas “a” e “b” no inciso II sendo cumulativas, tende a restringir a submissão daqueles atos de concentração vertical com maior potencial de alterar a concorrência no mercado. Com isso, também se evita que o CADE analise praticamente toda e qualquer relação vertical, o que significaria aprovar e chancelar um comportamento que posteriormente poderia se revelar anticoncorrencial e haveria contradição ao buscar uma eventual punição. Assim, eventuais abusos seriam tratados como conduta passível de punição.</p>



FIESP

São Paulo, 17 de abril de 2014
Pres. F000255

Ilmo. Sr.
Vinícius Marques de Carvalho
DD. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Prezado Presidente,

CADE/MJ
08700.003382/2014-51

Agradeço o atendimento do pleito de prorrogação do prazo de apresentação de sugestões para as Consultas Públicas do CADE.

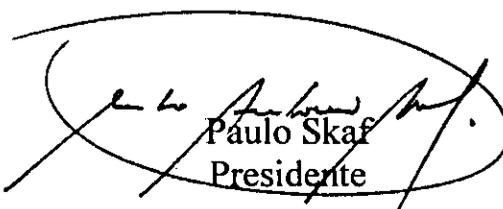
A FIESP, através do Grupo de Estudos de Direito Concorrencial, solicitou aos seus membros contribuições para as Consultas Públicas de nºs 1, 2 e 3, em encontro realizado com especialistas para debate do tema.

Encaminho as sugestões apresentadas no encontro, que se concentraram na Consulta nº 3, e foram feitas com o espírito de cooperar com os trabalhos desse Conselho, as quais, todavia, não retratam a opinião da FIESP ou do seu “Grupo de Estudos de Direito Concorrencial”.

Algumas delas vieram acompanhadas de pedidos de “confidencialidade”, que foram respeitados, preservando-se apenas o nome da empresa, porém, é fácil identificar os setores ou mercados relacionados.

Certo de poder contar com o exame atento destas sugestões, antecipo agradecimentos.

Atenciosamente,


Paulo Skaf
Presidente



Contribuições recebidas quanto à Consulta Pública n.º 3:

**CONTRIBUIÇÃO N.º 1 (ata da reunião realizada pelo "Grupo de Estudos"
Resposta à Consulta Pública 03-2014 do CADE)**

Reunião na FIESP em 10.04.2014 a respeito das vigentes Consultas Públicas do CADE. Síntese das discussões:

Presentes, entre os advogados especializados em Direito Concorrencial: Celso Campilongo, Fernando de Oliveira Marques, Laércio Farina, Maria Cecília de Andrade, Pedro Dutra, Priscila Brólio Gonçalves, Ricardo Inglez de Souza, Sônia Döbbler, Vicente Bagnoli, José Leça e outros ouvintes.

A discussão resumiu-se à Consulta Pública nº 3, relativa a uma possível resolução do CADE que venha a tratar do contrato associativo. Vale lembrar que a lei estabeleceu que contratos associativos (não definidos pela própria lei) precisam de aprovação do CADE; a edição de uma resolução visa esclarecer o que é contrato associativo.

Houve duas posições que, no curso dos debates, mostraram-se antagônicas:

1. Uma posição entende aplicável a redução, por resolução, dos poderes do CADE para apreciar atos de concentração com base na existência de contrato associativo. O CADE, segundo esta posição, diria que, aplicando-se uma determinada porcentagem do mercado, os negócios que porventura abrangessem parcela do mercado relevante acima dessa porcentagem, mesmo que o requisito do faturamento não tivesse sido cumprido, precisariam de aprovação. Estaria cumprido com isso o princípio da segurança jurídica, pois as empresas saberiam em que situações a submissão ao CADE é necessária, ao passo que a menção isolada do contrato associativo não é suficiente. A limitação por resolução pode ocorrer, para esta posição, porque o regulamento pode inovar desde que dentro do espírito da lei.
2. Outra posição entende que essa autolimitação não é função do CADE e que só a jurisprudência deve esclarecer as dificuldades de interpretação, até porque o escopo da lei não pode ser limitado por meio de resolução. Os advogados é que devem ter a função de dizer aos seus clientes quais casos devem ser notificados. A definição do contrato associativo passaria pelo exame da possível (ainda que parcial) integração das empresas como resultado do contrato; em não havendo integração, não haveria contrato associativo. Outra forma de ver se o contrato é associativo é verificar se ele está dentro do objeto social da empresa e no curso de sua atividade normal (em caso positivo, não há integração e assim não se aplica a necessidade de aprovação).

REUNIÃO DO GRUPO DE ESTUDOS DE DIREITO CONCORRENCIAL DA FIESP

Na abertura, o Prof. Celso Campilongo agradeceu a presença de todos e esclareceu que as três consultas públicas têm gerado muita polêmica e discussões pouco conclusivas em razão dos temas serem controvertidos. Com isto em vista, a FIESP pretende, não necessariamente apresentar um texto fechado, mas sim oferecer um mosaico de contribuições.

Embora já haja outras sugestões circulando, a ideia é trabalhar com base neste material, apresentando ao CADE um conjunto de sugestões. Assim, não se trata de defender uma ou outra bandeira.

A reunião de hoje está sendo gravada e quando alguém fizer uso da palavra, tem a possibilidade de não se identificar, se assim preferir.

Ademais, o que se pretende é registrar as sugestões e apresentar ao CADE o documento em nome do grupo, não retratando a opinião de ninguém pessoalmente.

A Consulta Pública n. 8 sobre contratos associativos é a mais polêmica, de modo que começaremos discutindo as contribuições relacionadas a ela:

Pedro Dutra:**Observações gerais:**

- A proposta de resolução menciona que qualquer contrato associativo celebrado seria notificável (isso já é o primeiro problema) - a Resolução não pode considerar associativo um contrato sem elemento associativo (ex: prestação de serviços)
- Dentro dos contratos com elemento integrativo, mais do que associativo, o CADE deveria averiguar se há integração de bens, vontades, etc. Verificar onde há um elemento integrativo relevante a ser analisado.
- a questão dos 20% remete a um problema da nova lei, que excluiu esse critério de 20% de mercado e adotou apenas o critério de faturamento, que foi deturpado pela lei.
- Relação de exclusividade: ou há cláusula de exclusividade ou não há.
- A Resolução está entendendo o sentido de associativo para além do que está na lei (que não é nenhum).
- a Resolução visa definir quais atos serão revistos previamente pelo CADE, portanto é importante definir qual o elemento integrativo (se não tem integrativo forte, não precisa ser revisto pelo CADE)

- A relação jurídica estabelece integração entre 2 empresas antes independentes? Há milhares de contratos celebrados cotidianamente e que integram empresas, dentro do business de cada empresa.

- Entende que não pode colocar 20% porque não está na lei - a Lei não dá poder ao CADE pra fazer isso.

- questões inerentes ao dia-a-dia da empresa: o CADE não poderia ver (ex: estudos pré-licitação para consórcios, empresas com efeito de rede, etc)

- o elemento de integração tem que ser fora da execução ordinária do objeto social. Deve incluir na resolução que contratos conduzidos ordinariamente não precisam ser notificados

Mauro Grimberg:

- A lei fala em contrato associativo, e, portanto, a Resolução não pode contrariar o que a lei disse.

- Mais fácil criar lista negativa do que positiva, mas temos que tomar cuidado pra não criar isenções em bloco.

- Na parte vertical até tem os limites, mas na horizontal não, e de alguma maneira tem que haver alguma limitação. Definir o que é ou não integração é altamente subjetivo, causando dificuldades inclusive para orientar os clientes.

- O regulamento vai dizer o que o CADE considera que não precisará ser submetido a ele.

Fernando Marques:

- A lei limitou o radar de percepção do órgão antitruste quando estabeleceu exclusivamente o critério do faturamento e a Resolução foi a oportunidade de aumentar esse espectro.

- O órgão antitruste não pode querer ver todos os contratos porque (i) vai ter que rever previamente uma série de questões privadas; e (ii) traz um volume brutal de contratos sem nenhuma relevância.

- isto prejudicará, portanto, a análise dos ACs e também os casos de conduta.

- Critérios para contratos associativos:

(i) Horizontal = 20% de mercado relevante

(ii) Vertical = condições técnico-econômicas relevantes para antitruste: exclusividade, fornecimento, fechamento de mercado

No mais, é exercício regular de um direito por parte das empresas.

- Fernando vai disponibilizar pesquisa que foi feita na Faculdade (PUC) e doutrina por ele compilada a respeito do tema.
- Os agentes econômicos devem ter uma relação de segurança jurídica mínima e o contrato precisa ter efeitos no mercado relevante
- o critério precisa ser aberto, e não fechado. Não é desejável chegar a conceitos fechados e precisos. Devemos ter, sim, um critério para avaliar a necessidade de notificação - jurisprudência internacional: empresas que tenham ou possam ter relevância concorrencial. São os critérios que devem ser postos aqui.
- Agências reguladoras: procedimentos entre a agência e o CADE – Possibilidade de análise conjunta por meio da elaboração de consultas. Segurança para o agente privado e pela autoridade.

Maria Cecília Andrade:

- Atos de cooperação industrial também não deveriam ser notificáveis.
- Seria interessante pegar todo o histórico desta questão e contar ao CADE o porquê destes 20% na União Europeia, bem como mostrar exemplos de acordos entre concorrentes que não tem relevância antitruste. Assim, levar até eles a experiência europeia pode ser uma forma de definir o conceito.
- Na Europa há 3 categorias de contratos associativos verticais. (*de minimis*, com *market share* inferior a 15% e entre 15% e 30 % há uma lista de possibilidades, podendo ser solicitado um "waiver" e mostrar que o contrato traz eficiências para o mercado e para o consumidor).

Priscilla Brólio:

- Conversou com o Ragazzo sobre o inciso I, ele disse que não foi intenção do CADE deixar a resolução ampla do jeito que está, mas que eles ainda não estudaram detidamente a matéria e querem ver os comentários que virão pelas consultas públicas. Delegaram as críticas, comentários e justificativas para a iniciativa privada (esta questão foi confirmada, ainda, pela Cecília, que teve conversa neste mesmo sentido com o Vinícius)
- Na OAB/IBRAC estão muito focados em definir o que é o contrato associativo.
- Contrato associativo deveria ser uma exceção à análise prévia.

- exclusividade: o que se concluiu na reunião é que é inerente a contrato entre concorrentes - nessa espécie de contrato não é esse o aspecto que deveria ser levado em conta. Na sugestão do IBRAC não teria mais exclusividade.

Vicente Bagnoli:

- Acha positivo os 20% porque dá algum limite. (Alternativa menos pior)
- Para as concentrações verticais, as condições deveriam ser cumulativas e não alternativas.
- Criar listas positivas ou negativas não seria viável. Um dos exemplos é criar situações em que precisa submeter ao CADE e, depois do CADE aprovar, daqui a um determinado período de tempo, pode dele decorrer um problema concorrencial.
- SOBRE A AVOCAÇÃO: fruto de um pleito do CECORE, o que demonstra que o CADE está atento às sugestões da iniciativa privada.

- aquisição de debêntures: deveria ser notificável só por ocasião da conversão
- avocação: prazo de 15 dias deve ser da decisão do tribunal e não do conselheiro

Ricardo Inglez:

- Não vê como criar isenções
- Hoje é muito complicado se desvencilhar das dúvidas que os contratos associativos têm causado e a resolução busca evitar esta insegurança.
- o que devemos buscar são critérios razoáveis, expostos de forma clara. Tudo que pudermos trazer de critérios estruturais seria melhor, senão vai continuar um conceito vago e será difícil estabelecer o que deve ou não ser submetido.
- O CADE está com medo de abrir mão de poder, muito embora abrir mão de ato de concentração não significa abrir mão de PA.

Laércio Farina:

- Contrato associativo não existe no nosso sistema jurídico, não está delimitado na lei.
- sugestão para restringir um pouco mais o leque aberto: relações verticais: seria útil que as disposições dessas alíneas se aplicassem a ambos os incisos, entre concorrentes ou verticais (compartilhamento de receitas ou prejuízos e exclusividade) – semelhante à sugestão do IBRAC

José Leça:

- Não concorda que a antiga lei fosse mais clara.
- A resolução deve estabelecer o escopo do contrato associativo
- Na resolução o critério "entre concorrentes" é muito relacionado ao mercado de telecomunicações. (ex; construir uma rede com concorrentes, e no dia-a-dia precisa de insumos em outras regiões em que a relação com seu concorrente é vertical - não está analisando a relação em si)
- teria que falar do mercado, mas não somente do agente (podem ser concorrentes sem estarem se associando horizontalmente)
- a Telefonica levantou 20 classes de contratos em que relaciona a dia a dia com concorrentes - interconexão, compartilhamento de fibra, etc. São muitos contratos por mês. - pela proposta, teriam de apresentar muitos atos de concentração por dia útil para o CADE. E, na maioria esmagadora dos casos, atos sem a mínima relevância concorrencial.
- Em que medida os contratos que decorrem de obrigações regulatórias deveriam ser submetidos?
- *market share* nem sempre resolve a questão das indústrias muito concentradas, a exemplo do setor de telecomunicação.

Sonia Dobler:

- Contrato associativo: semelhante à *joint venture*.
- estabelecer que qualquer contrato entre concorrentes deveria ser notificado é extremamente amplo. Restrições não são tão bem-vindas, mas são necessárias para ter segurança jurídica.
- item II - manter o percentual e colocar exclusividade E compartilhamento de receitas.

Aluno da PUC:

- Muitos contratos não têm integração relevante. O CADE está preocupado com integração relevante ou tão somente integrações? Já houve contrato de co-marketing sem exclusividade ou cláusula restritiva que foi conhecido pelo CADE.

Oziel Estevão:



Para a FIESP/CIESP é importante dar enfoque a 2 questões na proposta a ser apresentada ao CADE:

- não engessar as atividades das empresas; e
 - conceder a elas segurança jurídica
- muitas leis estão sendo feitas de forma a prejudicar as atividades das empresas em vários aspectos

Guilherme:

- volumes de contratos com postos de combustíveis já seria absurdo
- condições que desestimulam a concretização de negócios e investimentos
- exceção de exclusividade para os contratos vinculados + prazo. Ex: exclusividade superior a 2 anos devia ser notificada

CONTRIBUIÇÃO N.º 2
Resposta à Consulta Pública 03-2014 do CADE

Prezados Senhores,

Em atendimento à solicitação realizada por V.Sas. aos associados desta entidade, segue a proposta de alteração da Resolução nº 8, objeto da Consulta Pública em referência.

Incluir na Resolução, como parágrafo do artigo 2º, o que segue:

Não serão considerados contratos associativos para efeitos da Lei 12.529 de 2011:

- a) os contratos entre fornecedores e seus canais de distribuição, ainda que prevejam exclusividade, desde que não sejam capazes de produzir os efeitos previstos no artigo 36 desta lei,
- b) os contratos de fornecimento, incluindo mas não se limitando os de marca própria, cuja especificação tenha sido desenvolvida com a colaboração do adquirente, e/ou não contenham condições de exclusividade, ou ainda que contenham condições de exclusividade, não sejam capazes de impedir o acesso de novas empresas no mercado.

Sendo tudo o que tínhamos a propor, permanecemos à disposição.

Atenciosamente,

CONTRIBUIÇÃO N.º 3
Resposta à Consulta Pública 03-2014 do CADE

Redação da Consulta Pública	Redação Proposta	Justificativa
<p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei no 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes; ou</p> <p>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:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>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 4º da Resolução nº 2.</p>	<p>*Art. 2º. Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato em que exista, entre as partes, a intenção de realizar conjuntamente um empreendimento comum, com o compartilhamento de receitas e prejuízos derivados diretamente do empreendimento comum e o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis, e que do contrato decorra uma relação de exclusividade superior a 2 (dois) anos, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo Primeiro. Considera-se também associativo o contrato celebrado entre concorrentes quando, cumulativamente: (i) as partes sejam concorrentes no mercado específico objeto do contrato; (ii) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos derivados diretamente do empreendimento comum; (iii) do contrato decorra relação de exclusividade superior a 2 (dois) anos, seja ela jurídica ou fática; e (iv) pelo menos uma das partes detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante.</p> <p>Parágrafo Segundo. Considera-se também associativo o contrato celebrado entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que atendidos, cumulativamente, os seguintes critérios: (i) as duas partes detenham vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante; (ii) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos derivados diretamente do empreendimento comum; e (iii) do qual decorra relação de exclusividade superior a 2 (dois) anos, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo Terceiro. Para aferir as relações horizontais que determinam o enquadramento das operações no parágrafo primeiro deste artigo, devem ser consideradas as atividades das</p>	<p>Ao congregarem as hipóteses de joint venture, consórcio e contrato associativo sob o art. 90-IV da Lei 12.529/11, resta claro que há um denominador comum entre essas três hipóteses; tal elemento parece ser a noção de comunhão de objetivo (ou fim comum), típica dessas três hipóteses e que as opõem aos contratos de permuta em sentido amplo.</p> <p>Nos contratos associativos, o propósito da relação é estabelecer uma finalidade comum entre as partes, que será perseguida em conjunto, seja via uma atividade em comum, seja pela realização de um empreendimento conjunto. Diferentemente do que ocorre em contratos de permuta, nos contratos associativos o cumprimento das obrigações de cada pólo contratual passa a ser, na verdade, um pressuposto para que se possa começar a perseguir o propósito do contrato (finalidade comum). Nos contratos associativos, a cooperação apenas se inicia com o adimplemento do contrato; e é justamente pela necessidade de alinhamento entre as partes e de conjugação de esforços comuns que esses negócios ganham certa permanência e estabilidade a justificar o seu controle em sede de concentrações.</p> <p>Por esse motivo, sugere-se a revisão da redação proposta para o art. 2º da Resolução. O texto normativo deve respeitar a distinção fundamental entre contrato associativo como contraposto aos contratos de permuta, e definir as hipóteses contempladas no art. 90-IV pela característica de perseguição em conjunto de uma finalidade comum. Importante frisar: a Lei 12.529/11 expressamente usou o termo contrato associativo – que tem significado próprio no direito privado – e o alocou consistentemente a esse significado próprio em inciso que contempla outras hipóteses com a mesma característica: a perseguição em conjunto de uma finalidade comum.</p> <p>Essa postura mais restritiva parece ter sido uma opção consciente da Lei 12.529/11. Ao usar uma redação muito mais restritiva quanto às hipóteses de controle de concentrações quando comparada à Lei 8.884/94, especialmente no que se refere às operações não clássicas de concentração. Basta, para isso, opor a leitura do revogado art. 54, caput, da Lei 8.884/94 – que falava de maneira ampla em “atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes” – ao texto dos atuais art. 88 e 90 da Lei 12.529/11 – que focam o controle nos negócios de concentração clássicos, além das hipóteses de joint venture, consórcio e contrato associativo.</p>

	<p>partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2, desde que tais atividades constituam o objeto do contrato celebrado. Para aferir as relações verticais que determinam o enquadramento das operações no parágrafo segundo deste artigo, devem ser consideradas como verticalmente relacionados apenas os mercados diretamente relacionados ao contrato sob análise em que um seja insumo para o elo subsequente de uma mesma cadeia produtiva.</p>	<p>Notificar qualquer contrato entre grupos concorrentes, ou contratos verticais com grupos dominantes que contenham exclusividade ou outras cláusulas contratuais não parece consistente com o texto legal.</p> <p>Além disso, surgem dúvidas, especialmente em relações verticais: ativos fixos e insumos genéricos (energia elétrica, água, combustível etc.) são, em certo sentido, verticalmente relacionados a vários mercados; um contrato para fornecimento de energia elétrica (ou para fornecimento de material de escritório) teria que ser notificado ao CADE, caso seja exclusivo e uma das partes tenha 20% de participação de mercado?</p> <p>É importante restringir as relações verticais e horizontais pertinentes àquelas que são objeto do contrato; deve-se considerar não se os grupos envolvidos concorrem entre si, mas se concorrem entre si no mercado objeto do contrato, ou se os grupos envolvidos são verticalmente relacionados ao mercado objeto do contrato. Além disso, é importante consignar que apenas os produtos integrantes da própria cadeia produtiva (insumos típicos para a etapa subsequente) devem ser considerados como verticalmente relacionados.</p>
--	--	--

CONTRIBUIÇÃO N.º 4**Resposta à Consulta Pública 03-2014 do CADE**

Em que pese o esforço do CADE em definir contratos associativos, entendemos que a definição proposta desencadeia uma série de consequências negativas para a indústria.

Sabemos que grande parte dos contratos entre concorrentes são corriqueiros e não afetam, de modo algum, a concorrência. Contratos que têm por objetivo o desenvolvimento de estudos, parcerias, franquias, compra e venda simples de bens, fornecimento de insumos, licenciamento de marca, de tecnologia, entre diversos outros, não são capazes de afetar a concorrência, desde que não estabeleçam o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes.

Em sendo simples acordos sem qualquer potencialidade anticompetitiva, não vemos como podem ser considerados como “associativos” e, conseqüentemente, serem considerados como atos de concentração. Dessa forma, entendemos que a Resolução proposta deve ser alterada, de modo a estabelecer um critério limitador ao inciso I.

Não havendo o referido limitador, haverá um aumento significativo dos contratos notificados, gerando, muito provavelmente, ineficiências ao sistema e até mesmo o engessamento dos negócios na indústria, o que, com certeza, não é o objetivo da referida Autoridade.

Além disso, apenas a título de comparação, as autoridades concorrenciais dos Estados Unidos e Europa, as quais também possuem o regime de notificação prévia,

também não entendem necessária a notificação de contratos celebrados entre concorrentes, independentemente da sua natureza.

No tocante ao inciso II, entendemos necessário estabelecer um critério temporal relacionado à cláusula de exclusividade. Havia jurisprudência pacífica do próprio CADE no sentido de que contratos com cláusulas de exclusividade inferiores a cinco anos não são capazes de produzir efeitos anticompetitivos.

Abaixo, segue sugestão de cláusula:

Sugestão:

RESOLUÇÃO 8 – REDAÇÃO DA CONSULTA PÚBLICA	RESOLUÇÃO 8 – SUGESTÃO DE REDAÇÃO
<p>Art. 2º: Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei n.º 12.529/2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>i) Entre concorrentes; 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:</p> <p>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</p> <p>Parágrafo Único: Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos deste artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução n. 2.</p>	<p>Art. 2º: Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei n.º 12.529/2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>i) Entre concorrentes; 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:</p> <p>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</p> <p>Parágrafo Único: Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos deste artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução n. 2.</p>

CONTRIBUIÇÃO N.º 5**Resposta à Consulta Pública 03-2014 do CADE**

Ilmo. Sr. Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Consulta Pública n.º 03/2014

Em atenção à Consulta Pública n.º 03/2014, proposta de Resolução que regulamenta o art. 90, inciso IV da Lei nº 12.529 de 2011, a, vem apresentar, em nome de cada uma e de suas afiliadas, as seguintes considerações.

Sobre os tipos de contratos

Para consecução das suas atividades, a ... e suas afiliadas celebram diariamente contratos de naturezas diversas inerentes às suas atividades sucroenergética e de distribuição de combustíveis.

Trata-se, na atividade sucroenergética, de contratos de compra e venda de cana-de-açúcar, arrendamentos, parcerias agrícolas, compra e venda de açúcar etc., e, na distribuição, contratos de fornecimento de produtos combustíveis, contratos de franquia, contratos de cessão de espaço em bases de distribuição, contratos de parceria comercial, entre outros, em sua maioria regulados pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

Parte desses contratos, sobretudo na distribuição de combustíveis, dada a natureza dessa atividade e por **força das normas regulamentadoras**, é celebrada entre concorrentes (ex. contrato de cessão de espaço) ou prevê condição de exclusividade (ex. contrato de fornecimento de produto combustível para posto de marca determinada). Na atividade sucroenergética também é comum a celebração de contratos entre concorrentes, sobretudo em vista da natureza perecível da matéria-prima utilizada pelas usinas (cana-de-açúcar) e pelo fato de algumas empresas desse setor também explorarem o mercado de *trading* dos produtos beneficiados.

Desta forma, a Resolução 8, se aprovada tal como consta da Consulta Pública n.º 3/2014, qualificaria como "associativos" a grande maioria dos contratos celebrados diariamente pelas empresas do setor, que seriam de notificação obrigatória sempre que o grupo econômico a que pertence a respectiva contraparte tenha registrado faturamento superior a R\$ 75 milhões no ano anterior, o que se verifica com frequência nas operações brevemente descritas neste documento. Esta realidade é provavelmente semelhante para diversas outras empresas que atuam no segmento sucroenergético e de distribuição de combustíveis no Brasil¹.

¹ Atualmente, no Brasil, 210 empresas estão autorizadas a exercer a atividade de distribuição de combustíveis líquidos. Fonte: ANP.

A acredita na importância da atuação preventiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE a fim de coibir a celebração de negócios jurídicos que tenham o condão de limitar ou falsear a concorrência, no entanto, esta atuação não deve impor aos administrados altos custos financeiros e administrativos para execução de atividades inerentes ao curso normal de seus negócios e sem qualquer impacto concorrencial, de outra forma a Administração Pública estaria atuando para desestimular a realização de negócios e o desenvolvimento da economia do país, o que certamente não é o que se pretende.

A fim de ilustrar os efeitos da proposta para a Resolução 8 constante da Consulta Pública n.º 3/2014 sobre os negócios da , destacamos a seguir alguns dos contratos que seriam alcançados pela norma:

Contratos com condição de exclusividade

1. Contrato com Posto Revendedor de Combustíveis Automotivos. Contrato regulado pela Resolução ANP n.º 41, 2013, que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos e concede ao revendedor a opção de exibir ou não a marca comercial do distribuidor de combustíveis.

Os revendedores que optam pela exibição da marca comercial de uma empresa distribuidora de combustíveis, de acordo parágrafo segundo do artigo 25 da mencionada Resolução, ficam obrigados a adquirir, armazenar e comercializar somente combustível automotivo fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial.

Note-se que a exclusividade neste tipo de relação contratual visa principalmente assegurar ao consumidor a procedência e qualidade dos produtos combustíveis adquiridos nos postos revendedores, em absoluta consonância com as normas de proteção do consumidor.

2. Contrato de Revenda de Combustíveis de Aviação. Regulado pela Resolução ANP n.º 18, de 2006, que disciplina o exercício da atividade de revenda de combustíveis de aviação.

De acordo com a mencionada resolução, existem dois tipos de revendedores: o “revendedor independente”, autorizado pela ANP a comercializar combustíveis de aviação, podendo ter vínculo comercial com mais de um distribuidor, sem obrigatoriedade de ostentação de sua(s) marca(s) comercial(is); ou o “revendedor vinculado”, aquele autorizado pela ANP a comercializar combustíveis de aviação, que guarde vínculo comercial com um único distribuidor do qual ostente sua marca comercial.

Pelo artigo 9º da Resolução, o revendedor vinculado deverá adquirir combustíveis de aviação somente de um único distribuidor de combustíveis de aviação do qual ostente sua marca comercial.

3. Contratos de Fornecimentos – Grandes Consumidores e Aviação Comercial e Executiva. Trata-se de uma relação de fornecimento de produtos combustíveis automotivos ou de aviação (*business to business*) entre a distribuidora e uma pessoa: (a) detentora de equipamentos e sistemas destinados ao armazenamento de combustíveis e abastecimento de equipamentos móveis, veículos automotores terrestres, aeronaves, embarcações ou locomotivas, conforme regulado pela Resolução ANP n.º 12, de 2007; ou (b) afretadora, intermediária de operação comercial ou que utiliza combustíveis de aviação para abastecimento de aeronaves próprias, afretadas ou arrendadas.

Os contratos de fornecimento que regulam essas relações são em geral de curto prazo (raramente superior a 2 anos), sem condição de exclusividade e com cláusula de denúncia a qualquer tempo.

Entretanto, em algumas negociações com alto volume e/ou comodato de equipamentos, é possível a negociação de condição de exclusividade e aquisição de volume mínimo em contrapartida à oferta de condições especiais e investimentos em equipamentos realizados pela distribuidora.

4. Contratos de Franquia e assemelhados. Pela lei 8.955, de 1994, que disciplina os contratos de franquia empresarial, a franquia é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta.

Pela natureza deste tipo de negócio, que compreende a licença de uso de marca, compartilhamento de *know how*, oferta de produtos e serviços únicos e padronizados, a franquia pressupõe uma relação de exclusividade entre franqueado e franqueador.

A ... , assim como as outras distribuidoras de combustíveis, adota este tipo contratual para regular a operação das lojas de conveniência por terceiros, possuindo atualmente uma rede com aproximadamente 900 lojas.

Destaca-se que em 2012, as lojas de conveniência atingiram o patamar de 6.904 unidades no Brasil, sendo 3.099 franquias de lojas de conveniência ou modelos assemelhados das várias distribuidoras².

² Fonte: Anuário Sindicom 2013.

Com a ascensão da classe C e aumento do consumo no país, a expectativa é que o setor aumente e mantenha, nos próximos anos, um forte ritmo de crescimento, que em 2012 foi de 14,7%³.

Contratos entre concorrentes

5. Contrato de Venda de Produtos. São contratos que se destinam à venda de excedente de produção de etanol ou combustíveis. Os contratos aperfeiçoam-se pela tradição do produto e pagamento do preço.

Pela Portaria ANP n.º 29, de 2009, é autorizada a venda de produtos entre distribuidores, desde que observado o limite mensal máximo de 5% (cinco por cento), por produto, calculado a partir da média mensal do total de suas aquisições desse mesmo produto, efetuadas nos 3 (três) meses anteriores ao da venda.

6. Contrato de Cessão de Espaço: Trata-se de um contrato de arrendamento de espaço em tancagem de base individual ou compartilhada⁴ regulado pela ANP.

Esta modalidade de contratação verifica-se quando identificada a disponibilidade de espaço nas bases das distribuidoras vis a vis a demanda atual e aquela projetada no plano de crescimento das companhias. São contratos firmados por prazo determinado e mediante ajuste de remuneração e demais condições entre as partes interessadas.

O extrato do contrato de cessão de espaço deve ser homologado pela ANP e identificar, no mínimo, o prazo acordado, a empresa e o estabelecimento cedente, a empresa cessionária, além de discriminar o volume, por produto, objeto da cessão.

7. Contrato de Prestação de Serviços em geral: Usualmente, quando as distribuidoras compartilham a infraestrutura, é comum uma distribuidora preste serviços a outra distribuidora, a fim de tornar plenamente possível o aproveitamento da infraestrutura compartilhada. Trata-se de contratos acessórios àqueles inicialmente celebrados para definir a forma de uso conjunto dos ativos.

³ "Apesar desse crescimento, o mercado brasileiro de conveniência tem pela frente um longo caminho, que se traduz em oportunidade de investimento e em ambiente de alto potencial para expansão. Ainda e baixa a densidade da população de lojas no Brasil: em face do formidável parque de postos de serviço, com quase 40 mil estabelecimentos, elas estão presentes em menos de 20% - uma das menores densidades entre as nações com razoável desenvolvimento automotivo. O Chile, por exemplo, dispõe de lojas em quase 40% de sua rede de postos; a Argentina, em praticamente metade. Os Estados Unidos tem lojas em 80% dos postos; Alemanha e Inglaterra, em percentual ainda maior." Fonte: Anuário Sindicom 2013.

⁴ De acordo com a Resolução ANP n.º 42, de 2011, as distribuidoras podem operar com base individual, instalação autorizada a operar pela ANP, cuja posse (aquisição ou arrendamento) seja de um único agente autorizado ao exercício da atividade; ou em base compartilhada: instalação autorizada a operar pela ANP, cuja posse (aquisição ou arrendamento) seja de mais de um agente autorizado ao exercício da atividade.

8. Contrato de compra e venda de cana-de-açúcar e assemelhados: A cana-de-açúcar é a principal matéria-prima utilizada para a produção do etanol e açúcar no Brasil. Esta cultura se desenvolve ao longo do ano, sendo colhida dentro de um período de aproximadamente 08 (oito) meses consecutivos que variam de acordo com a região do país e que constituem o momento adequado da maturação dos açúcares recuperáveis ("ATR") no processo industrial.

Diferentemente da cultura de grãos, a cana-de-açúcar não pode ser estocada depois de colhida, bem como, uma vez alcançado o período de maturação do ATR, não se pode aguardar longos períodos para o seu processamento, uma vez que se perde ou diminui consideravelmente a concentração de ATR necessário ao processo produtivo de etanol e açúcar.

Ainda, vale ressaltar, que o mercado consumidor de cana-de-açúcar é único, ou seja, a cana-de-açúcar (*in natura*) só pode ser consumida por indústrias do setor sucroenergético, ou seja, por outras usinas produtoras de açúcar e etanol.

Neste sentido, considerando as peculiaridades da produção da cana-de-açúcar, as empresas produtoras de açúcar e etanol com excesso de cana-de-açúcar em período ótimo de maturação e aquelas com falta desta matéria prima, buscam oportunidades de negócio, visando o melhor aproveitamento da cana-de-açúcar disponível, e a consequente manutenção do mercado de consumo de etanol e açúcar abastecido.

9. Compra e venda subprodutos, tais como bagaço, palha: O bagaço e a palha são subprodutos decorrentes do processamento industrial da cana-de-açúcar para a produção de açúcar e etanol. Estes subprodutos são utilizados para a produção de energia elétrica nas Usinas Termelétricas a biomassa.

As usinas que não produzem energia elétrica ou que possuem bagaço excedente têm a opção de venda deste insumo às demais usinas do setor sucroenergético, que estão com baixa quantidade de bagaço necessário ao suprimento de energia contratada com os demais *players* do mercado de energia elétrica.

Sendo assim, a compra de bagaço das usinas de cana-de-açúcar é importante para a satisfação dos contratos de compra e venda de energia elétrica, bem como para a manutenção do suprimento de energia elétrica ao Sistema Interligado Nacional.

A par da descrição da realidade empresarial acima – da qual a é apenas um exemplo -, sobre os aspectos teóricos que subjazem à resolução, entendemos importante pontuar que:

- a- A definição de contrato associativo deve levar em conta elementos que denotem intenção de associação entre partes, como, por exemplo, a união

em caráter exclusivo por um período de tempo considerável, envolvendo compartilhamento de receitas, prejuízos, ativos ou a troca de informações concorrencialmente sensíveis;

- b- Alguns contratos contêm condição de exclusividade por força de lei ou regulamento e, nestas hipóteses, a exclusividade tem por objetivo proteger os interesses do consumidor ou outro bem jurídico relevante, sendo legítimo presumir-se que potenciais impactos concorrenciais foram ponderados pelo legislador/agência reguladora ao editar a respectiva norma.

Assim, entendemos apropriado que sejam submetidos à autoridade concorrencial os contratos entre concorrentes que efetivamente se caracterizem como contratos associativos e que, para tanto, contenham cumulativamente previsão de: (i) compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes ou o compartilhamento de informações comerciais; e (ii) exclusividade por período superior a 2 (dois) anos, seja ela jurídica ou fática.

Segue a proposta de redação da para a Resolução n.º 8, que 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.

RESOLUÇÃO Nº 8

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.

O PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 9º, XV da Lei nº 12.529 de 2011, nos termos do art. 53, caput, e do art. 54, inciso I da mesma lei, RESOLVE:

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, sempre que pelo menos um deles detenha mais de 20% do mercado relevante afetado pelo contrato, desde que preenchidas cumulativamente as seguintes condições:

a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas, prejuízos e ativos entre as partes ou o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis;

b) do contrato decorra relação de exclusividade por período superior a 2 anos, seja ela jurídica ou fática; 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 cumulativamente as seguintes condições:

- a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;
- b) do contrato decorra relação de exclusividade superior a 2 anos, seja ela jurídica ou fática.

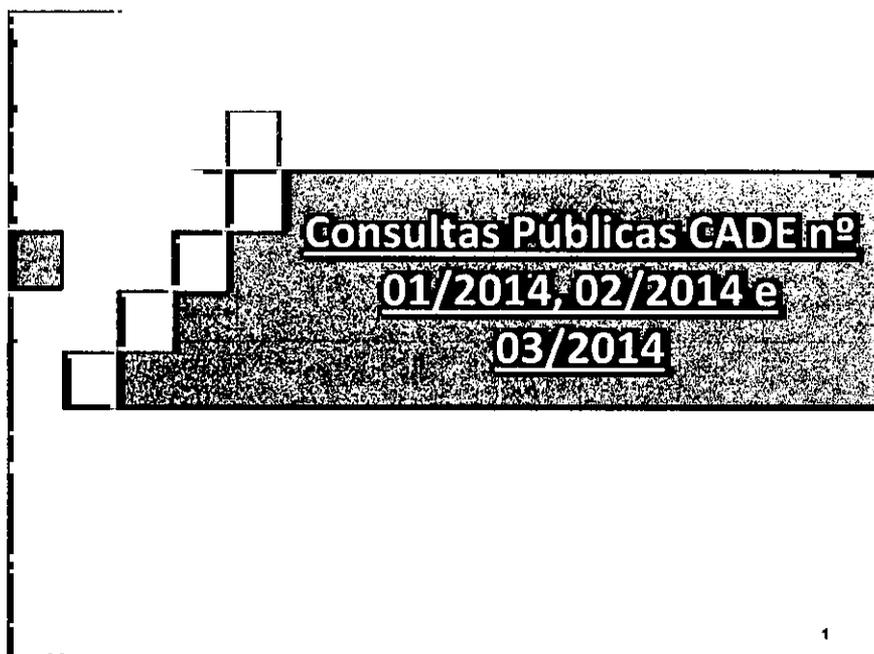
Parágrafo primeiro. Não serão considerados como associativos os contratos que contenham condição de exclusividade por força de lei ou regulamento.

Parágrafo segundo. 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 4º da Resolução nº 2.

Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

CONTRIBUIÇÃO N.º 6

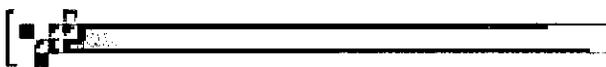
**Respostas às Consultas Públicas nºs 01, 02 e 03-2014 do CADE
Professor Fernando Marques**





■ CONSULTA PÚBLICA - 01
RESOLUÇÃO 02 CADE –
Grupos Econômicos no caso de Fundos de
Investimento

2



<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
Artigo 4.	*Art. 4º.....
§1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11 e do preenchimento dos Anexos I e II dessa Resolução, cumulativamente:	§1º. Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, cumulativamente:
§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente:	§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata esse artigo, cumulativamente
I – os fundos que estejam sob a mesma gestão;	I- O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente mais de 20% das cotas fundo envolvido na operação;
II – o gestor;	II- As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante; e

3

<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
III – os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do Inciso I;	III- As empresas controladas pelos fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação e as empresas nas quais esses fundos detenham direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.
IV – as empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.	
	§3º A definição de grupo econômico deste artigo aplica-se apenas para fins de cálculo do faturamento com vistas à determinação do atendimento dos critérios objetivos fixados no artigo 88 da Lei 12.529/2011, e não vincula decisões do Cade com relação à solicitação de informações e à análise de mérito dos casos concretos.”

4

COMENTÁRIOS

A proposta refere-se à definição de grupos econômicos no caso de fundos de investimento, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011.

A nova proposta é positiva na medida que restringe e deixa mais precisa a definição de grupo econômico.

III - O gestor e os fundos sob a mesma gestão, mas que não estiverem diretamente relacionados à operação, não são mais considerados parte do grupo econômico do fundo diretamente relacionado à operação.

5



ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
Art. 8º São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações:	*Art.8º.....
II - Consolidação de controle: as aquisições de participação notificadas nos termos do artigo 11 desta Resolução.	II - Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados nos quais atuava a adquirida ou seu grupo;
III - Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados nos quais atuava a adquirida ou seu grupo;	III - Baixa participação de mercado com sobreposição horizontal: as situações em que a operação gerar o controle de parcela do mercado relevante comprovadamente abaixo de 20%, a critério da Superintendência-Geral, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial;

6



ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
IV - Baixa participação de mercado com sobreposição horizontal: as situações em que a operação gerar o controle de parcela do mercado relevante comprovadamente abaixo de 20%, a critério da Superintendência-Geral, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial;	IV- Baixa participação de mercado com integração vertical: nas situações em que nenhuma das requerentes ou seu grupo comprovadamente controlar parcela superior a 30% de quaisquer dos mercados relevantes verticalmente integrados.
V - Baixa participação de mercado com integração vertical: as situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não detinham, comprovadamente, participação superior a 20% nos mercados relevantes verticalmente integrados, antes da operação.	V - Ausência de nexo de causalidade: concentrações horizontais que resultem em variação de HHI inferior a 200 desde que a operação não gere o controle da parcela do mercado relevante superior a 50%.
VI - Outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples o suficiente, a critério da Superintendência-Geral, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada.	VI - Outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples o suficiente, a critério da Superintendência-Geral, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada."

7

COMENTÁRIOS

Em conformidade com o artigo 36, §2º da Lei 12.529/11 do CADE, presume-se posição dominante quando uma empresa controlar 20% ou mais do mercado relevante. Nesse sentido a % referida no inciso IV deveria permanecer de 20%, conforme redação anterior.

Isso porque no caso de posição dominante é necessária uma análise maior e mais complexa do ato de concentração, para que não haja prejuízo do mercado, nesse sentido a nova redação não se enquadra no procedimento sumário. A Resolução deve guardar coerência com a lei.

A nova proposta é positiva ao incorporar o novo inciso V, que prevê a possibilidade de haver rito sumário em operações nas quais o acréscimo de concentração for baixo, mesmo que superiores à 20% de *market share*. Nesse ponto, o acréscimo deve ser inferior a 200 de HHI e a parcela de mercado relevante gerada não pode ser superior à 20%.

A nova proposta é positiva ao incorporar o novo inciso V, que prevê a possibilidade de haver rito sumário em operações nas quais o acréscimo de concentração for baixo, mesmo que superiores à 20% de *market share*. Nesse ponto, o acréscimo deve ser inferior a 200 de HHI e a parcela de mercado relevante gerada não pode ser superior à 20%.

Ademais, no inciso III, talvez fosse pertinente excluir a expressão "a critério da Superintendência-Geral", de modo a deixar o critério objetivo e dar maior segurança e previsibilidade às empresas, sinalizando objetivamente quais casos seguirão o rito sumário.

8

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 9º, II, da Lei 12.529/2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando:	"Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 9º, II, da Lei nº 12.529 de 2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando:
I – Acarretarem aquisição de controle;	I – Acarretarem aquisição ou alteração de controle;
II – Não acarretarem aquisição de controle, mas preencham as regras de minimis do artigo 10, ou	II – Não se enquadrem no inciso I, mas preencham as regras de minimis do artigo 10."
III – Sejam realizadas pelo controlador, na hipótese disciplinada no artigo 11	
Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de parte de empresa ou empresas que confirmam ao adquirente o status de maior investidor individual, ou que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:	"Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao Cade as aquisições de parte de empresa ou empresas que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:"

9

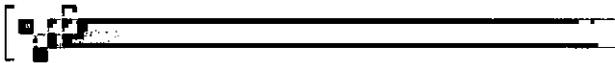


■ COMENTÁRIOS

Exclusão correta das aquisições que configuram ao adquirente o status de maior investidor individual cuja notificação é obrigatória.

Importante notar nesse caso que o aumento de participação societária do controlador não afetará o mercado, sob o ponto de vista concorrencial

10



ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
<p>Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de parte de empresa ou empresas que confiram ao adquirente o status de maior investidor individual, ou que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:</p>	<p>"Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao Cade as aquisições de parte de empresa ou empresas que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:</p> <p>.....</p> <p>....."</p>

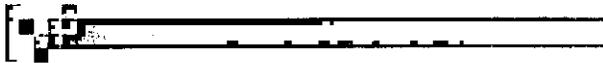
11

<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
<p>Art. 11 Nos termos do artigo 9º, III são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de participação societária realizadas pelo controlador quando a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.</p>	<p>"Art. 11 A aquisição de debêntures conversíveis em ações é de notificação obrigatória sempre que a futura conversão em ações se enquadrar em alguma das hipóteses dos incisos I ou II do art. 10.</p> <p>§1º Em se tratando de oferta pública de debêntures conversíveis em ações, aquisição das debêntures independe da aprovação prévia do Cade para sua consumação, mas fica proibido o exercício de quaisquer direitos políticos atrelados às debêntures adquiridas até a aprovação da operação pelo Cade.</p> <p>§2º Ao analisar as operações de aquisição de debêntures a que se refere este artigo, o Cade pode, em juízo de conveniência e oportunidade, determinar também a obrigatoriedade da notificação prévia da operação de conversão das debêntures."</p>

12

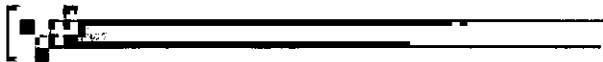
<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
ANEXO 1	ANEXO I
<p>Instruções gerais de preenchimento:</p>	<p>"Instruções gerais de preenchimento:</p> <p>.....</p>
<p>(iv) Na ausência de especificação em sentido contrário, o termo "parte" é utilizado neste formulário de forma a abranger as entidades diretamente envolvidas na operação (referidas como "partes diretamente envolvidas"), e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do art. 4º desta Resolução;</p>	<p>(iv) Na ausência de especificação em sentido contrário, o termo "parte" é utilizado neste formulário de forma a abranger as entidades diretamente envolvidas na operação (referidas como "partes diretamente envolvidas"), e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do item II.5 deste Anexo;</p>
<p>(v) Sempre que as partes diretamente envolvidas na operação sejam entidades sem atividades operacionais ou veículos especialmente criados para a realização da operação, devem ser fornecidas as informações relativas à parte concorrencialmente relevante.</p>	

13



<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
ANEXO 1	ANEXO I
Instruções gerais de preenchimento:	"Instruções gerais de preenchimento:"
(iv) Na ausência de especificação em sentido contrário, o termo "parte" é utilizado neste formulário de forma a abranger as entidades diretamente envolvidas na operação (referidas como "partes diretamente envolvidas"), e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do art. 4º desta Resolução;	(iv) Na ausência de especificação em sentido contrário, o termo "parte" é utilizado neste formulário de forma a abranger as entidades diretamente envolvidas na operação (referidas como "partes diretamente envolvidas"), e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do Item II.5 deste Anexo;
(v) Sempre que as partes diretamente envolvidas na operação sejam entidades sem atividades operacionais ou veículos especialmente criados para a realização da operação, devem ser fornecidas as informações relativas à parte concorrencialmente relevante.	(v)....."

14



<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
ETAPA II - INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS PARTES	"ETAPA II - INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS PARTES
II.4. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação.	II.4. Apresente os faturamentos brutos das partes diretamente envolvidas na operação, e de seus respectivos grupos econômicos (segundo definição do art. 4º da Resolução 02/2012), no Brasil e em todo o mundo (Incluindo o Brasil), no ano fiscal anterior à presente operação.
II.5. Informe a nacionalidade de origem dos grupos econômicos indicados no item II.4.	II.5. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional, informando: a) organograma com a estrutura societária das partes diretamente envolvidas na operação; b) organograma com a estrutura societária do grupo econômico a que tais partes pertencem.

15

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
	<p>II.5.1. Para fins de resposta a este e aos demais itens deste Anexo, considere-se grupo econômico, cumulativamente:</p> <p>a) As empresas que estejam sob controle comum, Interno ou externo; e</p> <p>b) As empresas nas quais qualquer das empresas da alínea "a" seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.</p> <p>II.5.2. No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de resposta a este e aos demais itens deste Anexo, cumulativamente:</p> <p>a) O fundo envolvido na operação;</p> <p>b) Os fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação;</p> <p>c) O gestor;</p> <p>d) Os grupos dos cotistas, conforme definidos no item II.5.1., que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas do fundo envolvido na operação;</p> <p>e) As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante; e</p> <p>f) As empresas controladas pelos fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação e as empresas nas quais essas fundos detenham direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.</p> <p>Observação: No que diz respeito aos agentes incluídos nas alíneas "b" e "f" do item II.5.2., fornecer listagem e demais informações somente dos fundos e empresas que sejam horizontal ou verticalmente relacionados às atividades objeto da operação, segundo CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>

16

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
<p>II.6. Forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos indicados no item II.4, com atividades no território nacional, informando:</p> <p>a) organograma com a estrutura societária das partes diretamente envolvidas na operação;</p> <p>b) organograma com a estrutura societária do grupo econômico a que tais partes pertencem.</p>	<p>II.6. Informe a nacionalidade de origem dos grupos econômicos indicados no item II.5.</p>
<p>II.7. Informe as operações realizadas durante os últimos cinco anos, pelas pessoas listadas no item II.6, e as respectivas decisões do CADE, quando for o caso.</p>	<p>II.7. Informe as operações realizadas durante os últimos cinco anos, pelas pessoas listadas no item II.5, e as respectivas decisões do Cade, quando for o caso.</p>
<p>II.8. Apresente os faturamentos brutos das partes diretamente envolvidas na operação, e de seus respectivos grupos econômicos, no Brasil e em todo o mundo (incluindo o Brasil), no ano fiscal anterior à presente operação.</p>	<p>II.8. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas partes diretamente envolvidas na operação, no Brasil, indicando o faturamento bruto obtido com cada uma das atividades no ano fiscal anterior ao da apresentação da notificação. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>

17

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
<p>II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas partes diretamente envolvidas na operação, no Brasil, indicando o faturamento bruto obtido com cada uma das atividades no ano fiscal anterior ao da apresentação da notificação. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>	<p>II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>
<p>II.10. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.</p>	<p>II.10. Forneça uma lista de todas as empresas com atividades no território nacional, segundo CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes do grupo detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante. Na resposta, apresente também o organograma da estrutura societária das empresas que se enquadram nesse critério.</p>
<p>II.11. Forneça uma lista de todas as empresas com atividades no território nacional, segundo CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes do grupo detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante. Na resposta, apresente também o organograma da estrutura societária das empresas que se enquadram nesse critério.</p>	<p>II.11. No que diz respeito às empresas referidas nas respostas aos itens II.5 e II.10, forneça uma lista dos membros dos seus órgãos de gestão que sejam igualmente membros dos órgãos de gestão ou de fiscalização de quaisquer outras empresas atuantes nas mesmas atividades econômicas, conforme CNAE 2.0 a 7 dígitos, indicando tais empresas."</p>

18

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
ANEXO II	ANEXO II
Instruções gerais de preenchimento:	Instruções gerais de preenchimento:
<p>(iv) Na ausência de especificação em sentido contrário, o termo "parte" é utilizado neste formulário de forma a abranger as entidades diretamente envolvidas na operação (referidas como "partes diretamente envolvidas"), e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do art. 4º desta Resolução;</p>	<p>(iv) Na ausência de especificação em sentido contrário, o termo "parte" é utilizado neste formulário de forma a abranger as entidades diretamente envolvidas na operação (referidas como "partes diretamente envolvidas"), e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do item II.5 deste Anexo;</p>
<p>(v) Sempre que as partes diretamente envolvidas na operação sejam entidades sem atividades operacionais ou veículos especialmente criados para a realização da operação, devem ser fornecidas as informações relativas à parte concorrencialmente relevante;</p>	<p>(v)....."</p>

19

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
ETAPA II - INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS PARTES	ETAPA II - INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS PARTES
II.4. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação.	II.4. Apresente os faturamentos brutos das partes diretamente envolvidas na operação, e de seus respectivos grupos econômicos (segundo definição do art. 4º da Resolução 02/2012), no Brasil e em todo o mundo (incluindo o Brasil), no ano fiscal anterior à presente operação.
II.5. Informe a nacionalidade de origem dos grupos econômicos indicados no item II.4.	II.5. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional, informando: a) Organograma com a estrutura societária das partes diretamente envolvidas na operação; b) Organograma com a estrutura societária do grupo econômico a que tais partes pertencem.
	II.5.1. Para fins de resposta a este e aos demais itens deste Anexo, considera-se grupo econômico, cumulativamente: a) As empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; b) As empresas nas quais qualquer das empresas da alínea "a" seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

20

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
	II.5.2. No caso dos fundos de investimento, são considerado integrantes do mesmo grupo econômico para fins de resposta a este e aos demais itens deste Anexo, cumulativamente: a) O fundo envolvido na operação; b) Os fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação; c) O gestor; d) Os grupos dos cotistas, conforme definidos no item
	II.5.1., que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas do fundo envolvido na operação; e) As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante; e f) As empresas controladas pelos fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação e as empresas nas quais esses fundos detenham direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. Observação: No que diz respeito aos agentes incluídos nas alíneas "b" e "f" do item II.5.2., fornecer listagem e demais informações somente dos fundos e empresas que sejam horizontal ou verticalmente relacionados às atividades objeto da operação, segundo CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.

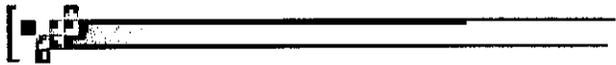
21

<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
II.6. Forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos indicados no item II.4, com atividades no território nacional, informando: c) organograma com a estrutura societária das partes diretamente envolvidas na operação; d) organograma com a estrutura societária do grupo econômico a que tais partes pertencem.	II.6. Informe a nacionalidade de origem dos grupos econômicos indicados no item II.5.
II.7. Informe as operações realizadas durante os últimos cinco anos pelas pessoas listadas no item II.6, e as respectivas decisões do CADE, quando for o caso.	II.7. Informe as operações realizadas durante os últimos cinco anos, pelas pessoas listadas no item II.5, e as respectivas decisões do Cade, quando for o caso.
II.8. Apresente os faturamentos brutos das partes diretamente envolvidas na operação, e de seus respectivos grupos econômicos, no Brasil e em todo o mundo (incluindo o Brasil), no ano fiscal anterior à presente operação.	II.8. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas partes diretamente envolvidas na operação, no Brasil, indicando o faturamento bruto obtido com cada uma das atividades no ano fiscal anterior ao da apresentação da notificação. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.

22

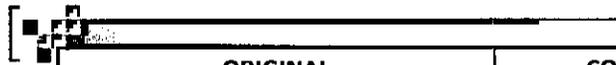
<u>ORIGINAL</u>	<u>CONSULTA PÚBLICA</u>
II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas partes diretamente envolvidas na operação, no Brasil, indicando o faturamento bruto obtido com cada uma das atividades no ano fiscal anterior ao da apresentação da notificação. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.	II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.
II.10. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.	II.10. Forneça uma lista de todas as empresas com atividades no território nacional, segundo CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes do grupo detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante. Na resposta, apresente também o organograma da estrutura societária das empresas que se enquadram nesse critério.
II.11. Forneça uma lista de todas as empresas com atividades no território nacional, segundo CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes do grupo detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante. Na resposta, apresente também o organograma da estrutura societária das empresas que se enquadram nesse critério.	II.11. No que diz respeito às empresas referidas nas respostas aos itens II.5 e II.10, forneça uma lista dos membros dos seus órgãos de gestão que sejam igualmente membros dos órgãos de gestão ou de fiscalização de quaisquer outras empresas atuantes nas mesmas atividades econômicas, conforme CNAE 2.0 a 7 dígitos, indicando tais empresas."

23



■ CONSULTA PÚBLICA - 02
REGIMENTO INTERNO DO CADE –
Operações Realizadas em Bolsa de Valores

24



ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
<p>Art. 109. Em cumprimento ao disposto no art. 89, parágrafo único da Lei nº 12.529, de 2011, as operações de oferta pública de ações podem ser notificadas a partir de sua publicação e independem de aprovação prévia do Cade para sua consumação.</p>	<p>*Art.109..... </p>
<p>§1º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, fica proibido o exercício dos direitos políticos relativos à participação adquirida por meio da oferta pública até a aprovação da operação pelo Cade.</p> <p>§2º O Cade pode, a pedido das partes, conceder autorização para o exercício dos direitos de que trata o § 1º, nas hipóteses em que tal exercício seja necessário para a proteção do pleno valor do investimento.</p> <p>§3º A obrigatoriedade da oferta pública por alienação de controle de que trata o art. 2º,</p> <p>III da Instrução CVM nº 361, de 5 de março de 2002, deverá ser informada quando da notificação da operação que determinar a realização da oferta, sendo desnecessária posterior notificação após a respectiva publicação.</p> <p>§4º As ofertas públicas de que tratam os Incisos I e II do art. 2º da Instrução CVM nº 361, de 2002, não se enquadram nas hipóteses de ato de concentração disciplinadas pela Lei nº 12.529, de 2011.</p>	<p>Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores independem de aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109</p>

25

COMENTÁRIOS

Alteração positiva no sentido de dar maior segurança jurídica no que diz respeito ao Instituto da avocação, uma vez que determina o procedimento a ser adotado, coisa que antes não era prevista de forma clara na redação anterior.

Somente a numeração encontra-se errada:

§1º A decisão de avocação do Tribunal se dará por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.

§2º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.

§3º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação."

28

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
<p>Art. 131. O Conselheiro que encaminhar a provocação de avocação ao Tribunal ficará prevento para relatar o incidente de avocação, devendo apresentá-lo relatando as razões que fundamentam o pedido.</p> <p>§ 1º O Tribunal, ao decidir o incidente, poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão de aprovação do ato de concentração; ou</p> <p>II - determinar a avocação do ato de concentração para realização de Instrução complementar no Tribunal.</p> <p>§2º Determinada a avocação do ato de concentração, o ato de concentração será distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.</p>	<p>"Art. 131. O Conselheiro que proferir despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:</p> <p>I - confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o procedimento do art. 126, inciso III, ou;</p> <p>II - manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.</p> <p>Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129."</p>

29

ORIGINAL	CONSULTA PÚBLICA
<p>Art. 132. Aprovado o ato de concentração pela Superintendência-Geral, a operação somente poderá ser consumada depois de encerrado o prazo para recurso ou para a avocação.</p> <p>Parágrafo único. A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral, ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p>	<p>*Art.132.</p> <p>§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.</p> <p>§2º Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica no momento do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;</p> <p>§3º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regimento Interno será certificado pelo Cade nos autos.*</p>

30

■ COMENTÁRIOS

É pertinente a redação do § 1º (*A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal*), pois o mérito do caso ainda não terá sido decidido no âmbito do CADE.

31

■ **CONSULTA PÚBLICA - 03**
Contratos Associativos

32

<u>Art. 90 da Lei 12.529/11</u>	<u>RESOLUÇÃO</u>
<p>Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:</p> <p>IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.</p>	<p>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.</p> <p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I - entre concorrentes; ou</p> <p>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:</p>

33

<u>Art. 90 da Lei 12.529/11</u>	<u>RESOLUÇÃO</u>
	<p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>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 4º da Resolução nº 2.</p> <p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>

34

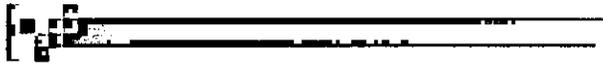
<u>Art. 90 da Lei 12.529/11</u>	<u>RESOLUÇÃO</u>
	<p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam 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 4º da Resolução nº 2.</p> <p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>

35



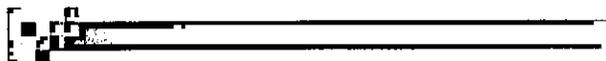
<u>Art. 90 da Lei 12.529/11</u>	<u>RESOLUÇÃO</u>
	<p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam 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 4º da Resolução nº 2.</p> <p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>

36



<u>Art. 90 da Lei 12.529/11</u>	<u>RESOLUÇÃO</u>
	<p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>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 4º da Resolução nº 2.</p> <p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>

37



COMENTÁRIOS – Doutrina Brasileira

Conforme Taufick, o inciso IV do art. 90 é exceção no que diz respeito à necessária transferência de ativos para o enquadramento no ato de concentração.

A preocupação surge nesse caso em razão de que entes associativos habitualmente deixam de competir com o negócio conjunto.

Importante notar que nem todo contrato associativo desperta preocupações concorrenciais. Porém, é importante criar uma limiar entre exercício regular de um direito e abuso de direito, uma vez que o contrato associativo pode gerar episodicamente um poder econômico que desperte atenção antitruste.

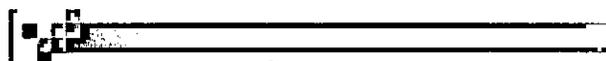
Ainda, alguns contratos, como por exemplo, os contratos de distribuição e fornecimento, podem apresentar características de uma associação, porém são apenas contratos comerciais.

Nesse sentido, se não forem impostas restrições e regras quanto a esse conceito, qualquer associação pode implicar por sua natureza, no compartilhamento de informações sobre preço e quantidade e além disso, pode haver a confusão entre os contratos associativos e contratos comerciais comuns.

Ainda, a fim de garantir a segurança jurídica ao determinar o contrato associativo na Lei 12.529/11 seria preciso focar na questão concorrencial, ou seja, deve-se regular o contrato associativo somente quando este prejudica de alguma forma a concorrência.

Diante do exposto acima, consideramos que apesar do grande passo positivo da autoridade em determinar o conceito de contrato associativo, consideramos que este encontra-se ainda muito amplo na redação proposta pelo CADE.

38



COMENTÁRIOS – Doutrina Brasileira

De acordo com Paula Forgioni, contratos associativos são “negócios jurídicos mediante os quais duas ou mais empresas, sem constituir consórcio formal nos termos do art. 278 da Lei Societária, associam-se para realizar o empreendimento acordado, normalmente atividade empresarial que visa lucro. Não perdem autonomia dos centros decisórios, mas tem sua liberdade limitada na medida em que se vinculam para consecução de escopo comum. Essas contratações são aptas a alterar as condições de mercado e, nessa medida, objeto de preocupação antitruste.” (FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.)

Eduardo Caminati Anders diz que a associação se caracteriza “por ser um contrato com algum tipo de compartilhamento de informações, infra-estrutura, pesquisa e desenvolvimento, marketing, que afetam o comportamento das partes no mercado ou entre as partes e terceiros”.

39

COMENTÁRIOS – JUPRISPRUDÊNCIA CADE

Em voto recente do Ato de Concentração nº 08700.004957/72, proferido pelo Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, o Conselheiro cita julgados da Conselheira Ana Frazão sobre aspectos importantes do contrato associativo:

“Em tais contratos os participantes mantêm a sua independência econômica e financeira não reestruturam internamente a sua gestão ou poder de controle e não necessariamente adquirem ativos e, se o fazem, isso se dá de forma meramente instrumental, não obstante, passam a titularizar em conjunto um poder empresarial ou criam um novo centro de gestão e decisão...”

(...)

De maneira geral, mas não exclusiva ou exaustiva, podemos descrever os caracteres dos tipos contratuais elencados pelo inc. IV do art. 90 da Lei 12.529/11 como : (i) a comunhão de interesses comerciais; (ii) o exercício de empreendimento comum por meio da (iii) coordenação de atividades empresariais , com o devido (iv) compartilhamento de riscos dessa atividade.”

40

COMENTÁRIOS – DOUTRINA NORTE-AMERICANA

Conforme Robert Davis, algumas possíveis diretrizes para se verificar se o contrato associativo possui impactos concorrenciais são:

- a) Ver se a associação fornece periodicamente serviços e se esses são essenciais à outras empresas que não fazem parte da associação (Take a look at the services that the association provides periodically to see if any are essential for effective competition by companies in the industry)
- b) Se os serviços da associação não são destinados à não membros, deve-se avaliar qual a justificativa e as eficiências decorrentes da associação (Make sure that services like that are made available to non-members or if not that there is a good reason, tied to the benefits the association provides to members)
- c) Pode haver uma taxa maior aos não membros da associação, mas esse acréscimo na taxa deve estar relacionado com o custo para prover as informações à não membros (There can be a higher fee for non-members than for members but the fee should be related to the cost for providing those services to non-members)

41



COMENTÁRIOS - CONCLUSÃO

Apresentar qualquer contrato associativo entre concorrentes ao CADE vai limitar as atividades empresariais das empresas e sobrecarregar o órgão antitruste de Atos de Concentração irrelevantes do ponto de vista concorrencial.

No Inc. I, consideramos que a redação deve determinar que ao menos 1 dos concorrentes detenha 20% ou mais do mercado relevante ou que tal contrato apresente relevância concorrencial, de forma a limitar o conceito de contrato associativo e garantir maior segurança jurídica.

Nesse sentido, sugerimos a seguinte redação:

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

- I – entre concorrentes em que pelo menos 1 deles detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante ou que tal contrato apresente relevância concorrencial; e
- 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 as seguintes condições:

a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes; compartilhamento de informações, infra-estrutura, pesquisa, desenvolvimento, marketing, ou demais informações sensíveis que de alguma forma afetem o mercado relevante.

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

42



RAIZEN

Luiza Kharmandayan



De: Claudia Travi Pitta Pinheiro [Claudia.Pitta@raizen.com]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 12:27
Para: Consulta 032014
Cc: Yve Carpi de Souza
Assunto: Contribuição à Consulta Pública n. 03
Anexos: Consulta Pública Contratos Associativos.doc

Prezados,

Queiram encontrar, no arquivo anexo, contribuição do Grupo Raizen à consulta pública em referência.

Agradecemos antecipadamente a consideração do material.

Atenciosamente,

Claudia Pitta

Jurídico Comercial & LDT

Raizen

(11) 23446284 | (11) 974673185

www.raizen.com

--

Esta mensagem (incluindo qualquer anexo) é confidencial e legalmente protegida, somente podendo ser usada pelo indivíduo ou entidade a quem foi endereçada. Caso você a tenha recebido por engano, deverá devolver ao remetente e, posteriormente apagar, pois a disseminação, encaminhamento, uso, impressão ou cópia do conteúdo desta mensagem são expressamente proibidos.

This message (including any attachments) contains confidential information intended for a specific individual and purpose, and is protected by law. If you are not the intended recipient, you should return and then delete this message. Any disclosure, copying, printing, use or distribution of this message, or the taking of any part is illegal.

Consulta Pública n.º 03/2014

Em atenção à Consulta Pública n.º 03/2014, proposta de Resolução que regulamenta o art. 90, inciso IV da Lei nº 12.529 de 2011, a Raízen Combustíveis S/A, sociedade anônima, com sede na Avenida das Américas, 4200, bloco 5, térreo, 2º e 3º andares, Barra da Tijuca, na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, inscrita no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF) sob o nº 33.453.598/0001-23 e a Raízen Energia S/A, sociedade anônima, com sede na Avenida Presidente Juscelino Kubistchek, 1327, 5º andar, sala 1, Vila Nova Conceição, na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, inscrita no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF) sob o nº 08.070.508/0001-78, neste ato representadas na forma de seus estatutos sociais e doravante denominada em conjunto "Raízen", vem apresentar em seus nomes e de suas afiliadas as seguintes considerações.

Sobre a Raízen

A Raízen é a empresa resultante do processo de integração dos negócios da Shell e Cosan no Brasil nos segmentos de distribuição de combustíveis e produção de etanol e açúcar. A empresa está entre as cinco maiores companhias do Brasil em faturamento.

Com 24 usinas, a Raízen tem capacidade de produção de 2,2 bilhões de litros de etanol por ano, 4,4 milhões de toneladas de açúcar e tem 900 MW de energia elétrica a partir do bagaço da cana. A Raízen possui 53 terminais de distribuição e comercializa aproximadamente 22 bilhões de litros para os segmentos de transporte e indústria e para a sua rede formada por aproximadamente 4.900 postos de combustível com as marcas Shell e Esso e 900 lojas de conveniência.

Dimensões



ENERGIA

- * 24 Usinas
- * 65 Mln ton capacidade de moagem
- * 900 MW capacidade de cogeração
- * 6 Bln litros de trading de etanol



COMBUSTÍVEIS

- * 4.900 Postos (aprox.)
- * 2.000 clientes B2B
- * 720 Lojas de Conveniência
- * 22 Bln litros de combustíveis
- * 61 Terminais
- * 54 Aeroportos



GERAIS

- * Receita Líquida: R\$ 50 Bln
- * 43.000 funcionários

Sobre os tipos de contratos da Raízen

Para consecução das suas atividades, a Raízen e suas afiliadas celebram diariamente contratos de naturezas diversas inerentes às suas atividades sucroenergética e de distribuição de combustíveis.

Trata-se, na atividade sucroenergética, de contratos de compra e venda de cana-de-açúcar, arrendamentos, parcerias agrícolas, compra e venda de açúcar etc., e, na distribuição, contratos de fornecimento de produtos combustíveis, contratos de franquia, contratos de cessão de espaço em bases de distribuição, contratos de parceria comercial, entre outros, em sua maioria regulados pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

Parte desses contratos, sobretudo na distribuição de combustíveis, dada a natureza dessa atividade e por força das normas regulamentadoras, é celebrada entre concorrentes (ex. contrato de cessão de espaço) ou prevê condição de exclusividade (ex. contrato de fornecimento de produto combustível para posto com marca Shell). Na atividade sucroenergética também é comum a celebração de contratos entre concorrentes, sobretudo em vista da natureza perecível da matéria-prima utilizada pelas usinas (cana-de-açúcar) e pelo fato de algumas empresas desse setor também explorarem o mercado de *trading* dos produtos beneficiados.

Desta forma, a Resolução 8, se aprovada tal como consta da Consulta Pública n.º 3/2014, qualificaria como “associativos” a grande maioria dos contratos celebrados diariamente pela Raízen, que seriam de notificação obrigatória sempre que o grupo econômico a que pertence a respectiva contraparte tenha registrado faturamento superior a R\$ 75 milhões no ano anterior, o que se verifica com frequência nas operações brevemente descritas neste documento. Esta realidade é provavelmente semelhante para diversas outras empresas que atuam no segmento sucroenergético e de distribuição de combustíveis no Brasil¹.

Importante ressaltar que a Raízen acredita na importância da atuação preventiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE a fim de coibir a celebração de negócios jurídicos que tenham o condão de limitar ou falsear a concorrência, no entanto, esta atuação não deve impor aos administrados altos custos financeiros e administrativos para execução de atividades inerentes ao curso normal de seus negócios e sem qualquer impacto concorrencial, de outra forma a Administração Pública estaria atuando para desestimular a realização de negócios e o desenvolvimento da economia do país, o que certamente não é o que se pretende.

A fim de ilustrar os efeitos da proposta para a Resolução 8 constante da Consulta Pública n.º 3/2014 sobre os negócios da Raízen, destacamos a seguir alguns dos contratos que seriam alcançados pela norma:

Contratos com condição de exclusividade

1. Contrato com Posto Revendedor de Combustíveis Automotivos. Contrato regulado pela Resolução ANP n.º 41, 2013, que estabelece os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos e concede ao revendedor a opção de exibir ou não a marca comercial do distribuidor de combustíveis.

Os revendedores que optam pela exibição da marca comercial de uma empresa distribuidora de combustíveis, de acordo parágrafo segundo do artigo 25 da mencionada Resolução, ficam obrigados a adquirir, armazenar e comercializar somente combustível automotivo fornecido pelo distribuidor do qual exiba a marca comercial.

¹ Atualmente, no Brasil, 210 empresas estão autorizadas a exercer a atividade de distribuição de combustíveis líquidos. Fonte: ANP.

Note-se que a exclusividade neste tipo de relação contratual visa principalmente assegurar ao consumidor a procedência e a qualidade dos produtos combustíveis adquiridos nos postos revendedores, em absoluta consonância com as normas de proteção do consumidor.



2. Contrato de Revenda de Combustíveis de Aviação. Regulado pela Resolução ANP n.º 18, de 2006, que disciplina o exercício da atividade de revenda de combustíveis de aviação.

De acordo com a mencionada resolução, existem dois tipos de revendedores: o "revendedor independente", autorizado pela ANP a comercializar combustíveis de aviação, podendo ter vínculo comercial com mais de um distribuidor, sem obrigatoriedade de ostentação de sua(s) marca(s) comercial(is); ou o "revendedor vinculado", aquele autorizado pela ANP a comercializar combustíveis de aviação, que guarde vínculo comercial com um único distribuidor do qual ostente sua marca comercial.

Pelo artigo 9º da Resolução, o revendedor vinculado deverá adquirir combustíveis de aviação somente de um único distribuidor de combustíveis de aviação do qual ostente sua marca comercial.

Dessa forma, nos contratos firmados entre as distribuidoras e os revendedores vinculados está presente a cláusula de exclusividade.

3. Contratos de Fornecimentos – Grandes Consumidores e Aviação Comercial e Executiva. Trata-se de uma relação de fornecimento de produtos combustíveis automotivos ou de aviação (*business to business*) entre a distribuidora e uma pessoa: (a) detentora de equipamentos e sistemas destinados ao armazenamento de combustíveis e abastecimento de equipamentos móveis, veículos automotores terrestres, aeronaves, embarcações ou locomotivas, conforme regulado pela Resolução ANP n.º 12, de 2007; ou (b) afretadora, intermediária de operação comercial ou que utiliza combustíveis de aviação para abastecimento de aeronaves próprias, afretadas ou arrendadas.

Os contratos de fornecimento que regulam essas relações são em geral de curto prazo (raramente superior a 2 anos), sem condição de exclusividade e com cláusula de denúncia a qualquer tempo.

Entretanto, em algumas negociações com alto volume e/ou comodato de equipamentos, é possível a negociação de condição de exclusividade e aquisição de volume mínimo em contrapartida à oferta de condições especiais e investimentos em equipamentos realizados pela distribuidora.

4. Contratos de Franquia e assemelhados. Pela lei 8.955, de 1994, que disciplina os contratos de franquia empresarial, a franquia é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta.

Pela natureza deste tipo de negócio, que compreende a licença de uso de marca, compartilhamento de *know how*, oferta de produtos e serviços únicos e padronizados, a franquia pressupõe uma relação de exclusividade entre franqueado e franqueador.

A Raízen, assim como as outras distribuidoras de combustíveis, adota este tipo contratual para regular a operação das lojas de conveniência Select por terceiros, possuindo atualmente uma rede com aproximadamente 900 lojas.

Destaca-se que, em 2012, as lojas de conveniência atingiram o patamar de 6.904 unidades no Brasil, sendo 3.099 franquias de lojas de conveniência ou modelos assemelhados das distribuidoras Ale, BR, Ipiranga e Raizen².

Com a ascensão da classe C e aumento do consumo no país, a expectativa é que o setor aumente mantenha nos próximos anos um forte ritmo de crescimento, que em 2012 atingiu o patamar de 14,7%³.

Contratos entre concorrentes

5. Contrato de Venda de Produtos. São contratos que se destinam à venda de excedente de produção de etanol ou combustíveis. Os contratos aperfeiçoam-se pela tradição do produto e pagamento do preço.

Pela Portaria ANP n.º 29, de 2009, é autorizada a venda de produtos entre distribuidores, desde que observado o limite mensal máximo de 5% (cinco por cento), por produto, calculado a partir da média mensal do total de suas aquisições desse mesmo produto, efetuadas nos 3 (três) meses anteriores ao da venda.

6. Contrato de Cessão de Espaço. Trata-se de um contrato de arrendamento de espaço em tancagem de base individual ou compartilhada⁴ regulado pela ANP.

Esta modalidade de contratação verifica-se quando identificada a disponibilidade de espaço nas bases das distribuidoras *vis a vis* a demanda atual e aquela projetada no plano de crescimento das companhias. São contratos firmados por prazo determinado e mediante ajuste de remuneração e demais condições entre as partes interessadas.

O extrato do contrato de cessão de espaço deve ser homologado pela ANP e identificar, no mínimo, o prazo acordado, a empresa e o estabelecimento cedente, a empresa cessionária, além de discriminar o volume, por produto, objeto da cessão.

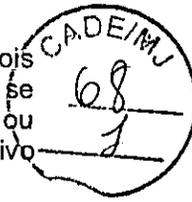
7. Contrato de Prestação de Serviços em geral. Usualmente, quando as distribuidoras compartilham a infraestrutura, é comum uma distribuidora preste serviços a outra distribuidora, a fim de tornar plenamente possível o aproveitamento da infraestrutura compartilhada. Trata-se de contratos acessórios àqueles inicialmente celebrados para definir a forma de uso conjunto dos ativos.
8. Contrato de compra e venda de cana-de-açúcar e assemelhados. A cana-de-açúcar é a principal matéria-prima utilizada para a produção do etanol e açúcar no Brasil. Esta cultura se desenvolve ao longo do ano, sendo colhida dentro de um período de aproximadamente 08 (oito) meses consecutivos que variam de acordo com a região do país e que constituem o momento adequado da maturação dos açúcares recuperáveis ("ATR") no processo industrial.

² Fonte: Anuário Sindicom 2013.

³ "Apesar desse crescimento, o mercado brasileiro de conveniência tem pela frente um longo caminho, que se traduz em oportunidade de investimento e em ambiente de alto potencial para expansão. Ainda e baixa a densidade da população de lojas no Brasil: em face do formidável parque de postos de serviço, com quase 40 mil estabelecimentos, elas estão presentes em menos de 20% – uma das menores densidades entre as nações com razoável desenvolvimento automotivo. O Chile, por exemplo, dispõe de lojas em quase 40% de sua rede de postos; a Argentina, em praticamente metade. Os Estados Unidos tem lojas em 80% dos postos; Alemanha e Inglaterra, em percentual ainda maior." Fonte: Anuário Sindicom 2013.

⁴ De acordo com a Resolução ANP n.º 42, de 2011, as distribuidoras podem operar com base individual, instalação autorizada a operar pela ANP, cuja posse (aquisição ou arrendamento) seja de um único agente autorizado ao exercício da atividade; ou em base compartilhada: instalação autorizada a operar pela ANP, cuja posse (aquisição ou arrendamento) seja de mais de um agente autorizado ao exercício da atividade.

Diferentemente da cultura de grãos, a cana-de-açúcar não pode ser estocada depois de colhida, bem como uma vez alcançado o período de maturação do ATR não se pode aguardar longos períodos para o seu processamento, uma vez que se perde ou diminui consideravelmente a concentração de ATR necessário ao processo produtivo de etanol e açúcar.



Ainda, vale ressaltar, que o mercado consumidor de cana-de-açúcar é único, ou seja, a cana-de-açúcar (*in natura*) só pode ser consumida por indústrias do setor sucroenergético, ou seja, por outras usinas produtoras de açúcar e etanol.

Neste sentido, considerando as peculiaridades da produção da cana-de-açúcar, as empresas produtoras de açúcar e etanol com excesso de cana-de-açúcar em período ótimo de maturação e aquelas com falta desta matéria prima, celebram contratos de compra e venda do produto, visando o melhor aproveitamento da cana-de-açúcar disponível, e a consequente manutenção do mercado de consumo de etanol e açúcar abastecido.

9. Compra e venda subprodutos, tais como bagaço, palha. O bagaço e a palha são subprodutos decorrentes do processamento industrial da cana-de-açúcar para a produção de açúcar e etanol. Estes subprodutos são utilizados para a produção de energia elétrica nas Usinas Termelétricas a biomassa.

As usinas que não produzem energia elétrica ou que possuem bagaço excedente têm a opção de venda deste insumo às demais usinas do setor sucroenergético, que estão com baixa quantidade de bagaço necessário ao suprimento de energia contratada com os demais *players* do mercado de energia elétrica.

Sendo assim, a compra de bagaço das usinas de cana-de-açúcar é importante para a satisfação dos contratos de compra e venda de energia elétrica, bem como para a manutenção do suprimento de energia elétrica ao Sistema Interligado Nacional.

10. Contratos de Compra de Produtos para beneficiamento ou para revenda no mercado interno. É comum às empresas do setor sucroenergético explorarem a atividade de *trading* dos produtos beneficiados da cana-de-açúcar. O cerne da atividade de *trading* está no aproveitamento de oportunidades comerciais de compra e venda de produtos em variados mercados, mas geralmente estabelecida entre empresas concorrentes. Dela pode decorrer a celebração de contratos de compra de produtos no mercado interno para posterior revenda, ou ainda a aquisição pela empresa produtora, no mercado interno, de produto bruto (ex: açúcar bruto V.H.P.) para posterior beneficiamento e revenda.

Nesse sentido, a celebração de contratos de compra de produtos de empresas concorrentes no mercado nacional integra o curso habitual dos negócios das empresas do setor e não guarda qualquer relação com contratos de natureza associativa.

Impacto da Resolução CADE n.º 8 para a Raízen

Considerando os tipos de contratos citados anteriormente, verificamos que em 2013 eles representaram aproximadamente 2100 contratos dos negócios celebrados pela Raízen. Deste total estimamos que 15% seriam submetidos ao CADE se a Resolução for aprovada tal como submetida à consulta pública.

Neste cenário, estimamos um custo em taxas processuais na ordem de R\$ 14.580.000,00 (quatorze milhões, quinhentos e oitenta mil reais), além de honorários advocatícios estimados em R\$ 6.480.000,00 (seis milhões, quatrocentos e oitenta mil reais)⁵.

Além das despesas com taxas processuais e com honorários advocatícios, a Raízen incorreria em custos para contratação de empregados para coleta de informação, realização de estudos, preenchimento do formulário do CADE e gestão dos atos de concentração, entre outras atividades.

Outro custo que não se pode medir, mas com extremo impacto para o setor, é o tempo de espera para implementação dos negócios até a publicação da decisão do CADE - entre 35 e 360 dias. Entendemos que esse prazo poderá inviabilizar importantes aspectos das atividades operacionais não só da Raízen, mas também de empresas que atuam no mesmo segmento econômico, sobretudo considerando que se trata, na maior parte dos casos identificados acima, de contratos celebrados no curso normal dos negócios da Raízen.

Ressalte-se que mesmo o prazo de 35 dias inviabilizaria a realização de alguns desses negócios (ex. compra e venda de cana), geraria prejuízos ao mercado, perda da competitividade e desperdício de matéria-prima, tal como explicitado anteriormente.

Conclusão

A par da descrição da realidade empresarial acima – da qual a Raízen é apenas um exemplo -, sobre os aspectos teóricos que subjazem à resolução, entendemos importante pontuar que:

- a) A definição de contrato associativo deve levar em conta elementos que denotem intenção de associação entre partes, como, por exemplo, a união em caráter exclusivo por um período de tempo considerável, envolvendo compartilhamento de receitas, prejuízos, ativos ou a troca de informações concorrencialmente sensíveis;
- b) Alguns contratos contêm condição de exclusividade por força de lei ou regulamento e, nestas hipóteses, a exclusividade tem por objetivo proteger os interesses do consumidor ou outro bem jurídico relevante, sendo legítimo presumir-se que potenciais impactos concorrenciais foram ponderados pelo legislador/agência reguladora ao editar a respectiva norma.

Assim, entendemos apropriado que sejam submetidos à autoridade concorrencial os contratos entre concorrentes que efetivamente se caracterizem como contratos associativos e que, para tanto, contenham cumulativamente previsão de: (i) compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes ou o compartilhamento de informações comerciais; e (ii) exclusividade por período superior a 2 (dois) anos, seja ela jurídica ou fática.

Neste sentido, segue a proposta de redação da Raízen para a Resolução n.º 8, que 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:

Proposta de Resolução Nº 8

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.

⁵ Considerando a taxa processual no valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) e honorários advocatícios estimados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para atos de concentração de baixa complexidade.

O PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 9º, XV da Lei nº 12.529 de 2011, nos termos do art. 53, caput, e do art. 54, inciso I da mesma lei, RESOLVE:



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, sempre que pelo menos um deles detenha mais de 20% do mercado relevante afetado pelo contrato, desde que preenchidas *cumulativamente* as seguintes condições:

a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes ou o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis; e

b) do contrato decorra relação de exclusividade por período superior a 2 anos, seja ela jurídica ou fática; ou

II – entre agentes econômicos que atuem em mercados verticalmente relacionados, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) ou mais dos respectivos mercados relevantes envolvidos, desde que preenchida *cumulativamente* as seguintes condições:

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

b) do contrato decorra relação de exclusividade por período superior a 2 anos, seja ela jurídica ou fática.

Parágrafo primeiro. Não serão considerados como associativos os contratos que contenham condição de exclusividade por força de lei ou regulamento.

Parágrafo segundo. 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 4º da Resolução nº 2.

Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

São Paulo, 22 de abril de 2014

Claudia Travi Pitta Pinheiro
53.030 OAB/RS

Yve Carpi de Souza
120.323 OAB/RJ



PEDRO

DUTRA

ADVOGADOS

Luiza Kharmandayan



De: Patrícia Campos Dutra [pcamposdutra@pedrodutra.com.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 15:06
Para: Consulta 032014
Assunto: Contribuição Pedro Dutra Advogados
Anexos: PDA Contribuição Consulta 03.2014.pdf

Prezados,

Segue anexa contribuição do nosso escritório à proposta de Resolução nº 8.

Cordialmente,

Patrícia de Campos Dutra
pcamposdutra@pedrodutra.com.br
Pedro Dutra Advogados
Pe. João Manuel, 923 13º andar
São Paulo SP Brasil
CEP 01411001
Tel. + 55 (11) 30859033 // Fax. + 55 (11) 30647487
www.pedrodutra.com.br



PEDRO DUTRA
ADVOGADOS

**Consulta Pública nº 03/2014 - Contribuição à proposta de
Resolução nº 8**

1.0 Esta Contribuição divide-se em duas partes: a primeira precede o tema da consulta, cifrando-se ao poder e ao limite do CADE em expedir normas infralegais; a segunda parte, de caráter geral, alinha questões de princípio, que os signatários entendem devam abalizar o texto da Resolução que pretende esse Conselho expedir.

Já a ementa da 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" - indica o limite a que deve se ater a Resolução.

A *disciplina das hipóteses*, de que trata a ementa, está no artigo 90, da lei. Portanto, não pode o CADE dispor, senão explicitar o seu entendimento, sobre o que seja contrato associativo. Esse entendimento deve o CADE fixá-lo em resolução, pondo no texto da lei o que o legislador nele não pôs, ou deve o CADE interpretá-lo em suas decisões, formando um corpo de jurisprudência a orientar os seus jurisdicionados?

Desse primeiro ponto - cuja resposta ao nosso ver só pode ser a alternativa - deduz-se o segundo: está o CADE obrigado a ditar ao mercado o que diz a lei, por meio de resolução, ou cabe aos advogados oferecerem interpretação da lei aos seus clientes e perante o CADE postular a procedência delas, se o caso analisando a jurisprudência do CADE?

PEDRO DUTRA
ADVOGADOS

Claro está, deve-se procurar um equilíbrio na solução dessa questão, sendo certo de que o texto da lei gera dúvida, pois essa lei jamais contou com um anteprojeto que lhe assegurasse um mínimo de imunidade conceitual e terminológica que a defendesse das agruras de uma tramitação legislativa tal a corrente no nosso sistema parlamentar.

É inquestionável que não pode o CADE, por meio de resolução que espede, alterar a lei, por nela o que o legislador não pôs, ainda que o órgão que a aplique tenha a clarividência das falhas do texto legal e das suas onerosas consequências aos jurisdicionados.

Porém, deve-se ter em mente que a estes o tempo mostra, sobre a ansiedade do presente em obviar dúvidas, o quão ilusório é falar-se em resoluções que ao serem editadas sugerem resolver questões imediatas postas aos advogados, na relação que travam com seus clientes, mas que acabam por abrir largo espaço ao órgão administrativo, estimulando-o a enfrentar questões por meio de normas infralegais, preferindo o exercício desse poder, que a lei lhe atribui sob medida cautela, à decisão de casos concretos.

2.0 A ponderação entre a latitude normativa do CADE; a melhor política da autoridade de defesa da concorrência para levar aos jurisdicionados a sua interpretação da lei para vê-la melhor aplicada; o legítimo interesse dos jurisdicionados em haver um grau de segurança jurídica que seja um estímulo à atividade comercial deles, e também permita o mais apurado exercício das atividades dos profissionais junto ao Conselho seja executado da melhor forma possível, não é uma tarefa simples.



PEDRO DUTRA
ADVOCADOS

Mas a observação de alguns princípios pode contribuir para apurar norma infralegal a ser baixada pelo CADE.

Objetivamente em relação ao texto proposto da Resolução nº 8, pode-se observar que seu artigo 2º propõe uma definição de contrato associativo imprópria.

Como o nome está a indicar, nesse tipo de contrato as partes acordam convergir ações formando uma integração entre elas que não se reproduz em outros tipos de contratos.

À autoridade de defesa da concorrência, no exercício da sua função de controle da integração do poder econômico, interessa verificar os efeitos irradiados do ato de integração empresarial que irão projetar sobre mercado de bem ou serviço afetado pelo ato em questão. A saber, se, por alguma forma, centros de poder antes independentes impulsionados por um negócio jurídico firmado por seus titulares, concentram-se; e se desse novo centro de poder assim formado serão irradiados efeitos nocivos à livre concorrência.

Assim, em um contrato associativo deve o CADE perquirir a existência do **elemento integrativo com potenciais efeitos concorrenciais**, a decorrerem da associação entre os figurantes do contrato, efeitos estes que serão objeto do controle - da análise - do CADE.

O texto proposto, inciso I, do artigo 2º, diz "considera-se associativo qualquer contrato celebrado entre concorrentes".

É um equívoco evidente, que contraria a experiência. Nos termos da regra proposta, serão alcançados contratos celebrados por concorrentes, que dão curso às suas atividades ordinárias, contratos dos quais não se irradiam nenhum efeito

PEDRO DUTRA
A D V O G A D O S

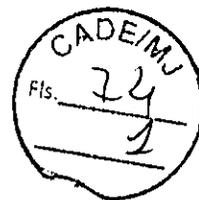
concorrencial: veja-se, por exemplo, os diferentes contratos firmados, eletronicamente inclusive, entre empresas concorrentes alinhadas em rede.

A extensão proposta pela minuta de Resolução, em lugar de precisar o que seja contrato associativo, o que em tese teria o condão de promover a segurança jurídica, na verdade acarretará um número excessivo de notificações desnecessárias ao CADE, transtornando a atividade diária das empresas e, claro, do Conselho.

Com uma definição abrangente - "qualquer contrato celebrado entre concorrentes" - a resolução não cumpre o que dela se espera: não apura o sentido da lei, indicando, nesses limites, quais os contratos associativos devam ser notificados.

Inscrever um índice de jurisdição no ordenamento da defesa da concorrência, acrescentando a lei, ou fixar pelo mesmo modo uma lista de parâmetros, sobre ser um manifesto excesso do poder regulamentar do CADE, não delimitará qual contrato associativo cujos efeitos possam ter relevância concorrencial, a recomendar a sua notificação ao CADE. Note-se que o legislador, ainda que mal orientado, designadamente inovou não fixando, como índice de jurisdição, a participação de mercado dos figurantes de ato de concentração. Logo, não pode o CADE substituí-lo, fixando em resolução tal índice.

Deve-se buscar, e a ele ater-se, o sentido da lei e, a tanto, nossa sugestão é indicar a resolução como contratos associativos, que devam ser notificados ao CADE (respeitados, evidentemente, os critérios de faturamento estabelecidos no art. 88 da Lei 12.529/11), aqueles cujo objeto não respeite a ação ordinária da empresa, no curso da sua atividade corrente.



PEDRO DUTRA
ADVOGADOS

Em uma palavra, não seja extravagante à atividade corrente da empresa; ao contrário, não seja um contrato no qual reponte o elemento integrativo de poder econômico, seja esse elemento saliente em relação à mera associação indispensável à execução de ações empresariais ordinárias. Esse critério observa o limite do poder regulamentar conferido ao CADE, atende ao espírito da lei e permite aos jurisdicionados identificar contrato cujos efeitos possam ser nocivos à concorrência.

Não pode o CADE investir-se na função de emendar a lei para dela eliminar as questões obscuras e mesmo as suas muitas imperfeições, por meio da expedição de normas infralegais. E, muito menos, devem os jurisdicionados isso pretender.

Pois esse processo uma vez deflagrado, mesmo mantido o propósito de aperfeiçoá-la, mostra a experiência ser ele irreprimível a desbordar, fatalmente, em uma intervenção excessiva nos mercados de bens e serviços, por parte do órgão de defesa da concorrência, essa, sim, um índice efetivo de insegurança jurídica.

De São Paulo para Brasília, 22 de abril de 2014.



Pedro Dutra



Patrícia de Campos Dutra



SINDI

TELEBRASIL

SIND 072/2014

Brasília, 22 de abril de 2014.

Ao
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE
Setor Comercial Norte, Quadra 2, Projeção C
Brasília/DF

Assunto: Documento de Posicionamento e de Contribuição.

Ref.: - Contribuições à Consulta Pública nº 3/2014.

Prezados Senhores,

CADE/MJ
08700.003244/2014-72

O **SINDITELEBRASIL** – Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia Fixa e de Serviço Móvel Pessoal, entidade patronal de primeiro grau que atua em todo o território nacional, vem, mui respeitosamente, à presença de V.Sas, tecer comentários relevantes sobre a Consulta Pública em referência, e, ao final, requerer o que se segue.

Preliminarmente, agradecemos a oportunidade para apresentar o pensamento das empresas de Telecomunicações sobre as Consultas Públicas 1, 2 e 3/2014, que disciplinam temas como a notificação de aquisições de participações societárias ao Cade, a notificação de operações realizadas em bolsa e o procedimento de avocação de operações pelo Tribunal do Cade e, por fim, as hipóteses em que contratos associativos celebrados entre empresas que preencham os critérios de faturamento da Lei 12.529/11 deverão ser notificados ao órgão antitruste;

Apresentamos em documentos separados as contribuições a cada uma das Consultas Públicas aqui relacionadas.

As Associadas do SindiTelebrasil tiveram a oportunidade de analisar o teor das consultas públicas apresentadas e, dessa análise, resultaram as posições e propostas apresentadas a seguir.

A seguir, delineamos em tópicos as questões que nos preocupam, adiantando propostas. De qualquer modo, continuaremos trabalhando com o objetivo de



trazer à discussão mais dados e informações que possibilitem sustentar nossas posições e permitam um debate de alto nível com este e. CADE.

Na expectativa da análise favorável dos pleitos apresentados, o SindiTelebrasil reitera manifestação de consideração e apreço.

Atenciosamente,

Eduardo Levy C. Moreira
Diretor Executivo

A handwritten signature or mark, possibly a stylized 'P' or 'L', located at the bottom right of the page.

Contribuições às Consultas Públicas CADE

Consulta Pública nº 03/2014: Proposta de Resolução nº 08, que visa a disciplinar as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo, de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529, de 2011

1) Alteração de dispositivos do art. 2º, incisos e parágrafo único:

Texto em Consulta Pública:

"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; E

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 4º da Resolução nº 2".

Contribuição: Alteração dos dispositivos, conforme sugestão de redação abaixo:

Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato que caracteriza união de centros decisórios distintos, com objetivo comum de desenvolver um empreendimento econômico, celebrado:

I – entre concorrentes; ou

II – entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha trinta por cento (30%) ou mais do respectivo mercado relevante.

§1º. Os contratos acima mencionados somente serão caracterizados como atos de concentração de notificação obrigatória caso preenchidas, cumulativamente, as seguintes condições:

a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes, bem como a transferência de bens e/ou direitos concorrencialmente sensíveis;

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

§2º. 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 4º da Resolução nº 2.

Justificativas:

Primeiramente, deve-se ponderar que a verdadeira função de um controle preventivo de atos de concentração é evitar a formação de estruturas de mercado que criem ou reforcem poder econômico, uma vez que é razoável esperar que, formadas tais estruturas, aumenta-se a probabilidade de ocorrência de infrações à ordem econômica no futuro, prejudicando consumidores e o bem-estar social.

No entanto, a proposta do CADE caracteriza qualquer contrato entre concorrentes como contratos associativos de notificação obrigatória, sendo certo que nem todo acordo é capaz de criar estruturas com potencial anticompetitivo – tanto é verdade que em jurisdições estrangeiras mais maduras não há qualquer previsão semelhante.

Dessa forma, a limitação do escopo da norma é fundamental.

O critério aqui sugerido segue, em certa medida, a jurisprudência que o CADE vinha tentando firmar para caracterização de contratos associativos, é dizer, o desenvolvimento de um empreendimento em comum. Com efeito, tal critério implica a existência de vínculos entre agentes econômicos distintos que, em última instância, podem fazer com que eles não se comportem de forma independente no mercado, reduzindo, portanto, a concorrência.

Com relação ao percentual utilizado para avaliação dos contratos entre agentes verticalmente relacionados, entende-se razoável utilizar patamar mais elevado do que 20%, a exemplo de outras jurisdições, como a Comissão Europeia.

Ainda em tempo, deve-se avaliar a possibilidade de se inserir um critério bilateral, de forma a se analisar as participações de mercado de ambos agentes envolvidos no contrato vertical, uma vez que a avaliação de geração de efeitos anticompetitivos advindos de restrições verticais depende, dentre outras coisas, de uma análise das condições de concorrência em todos os mercados relacionados.

Ademais, um critério bilateral estaria seguindo a racionalidade da legislação antitruste ao impor a necessidade de avaliar os faturamentos de dois grupos econômicos envolvidos em determinada operação para se definir pela necessidade ou não de sua notificação como ato de concentração.

Por fim, entende-se que as condições propostas nas alíneas 'a' e 'b' devem ser cumulativas.

2) Inclusão de §3º no artigo 2º:

Contribuição: Inclusão de §3º, conforme sugestão de redação abaixo:

§3º. Não serão de notificação obrigatória contratos que seguem cláusulas e padrões específicos estabelecidos por Agências Reguladoras, ou que prevejam realização de investimentos e rateio de despesas com o objetivo de cumprimento de obrigações regulatórias.

Justificativa: Em setores regulados, é comum a celebração de inúmeros contratos entre agentes econômicos (concorrentes ou verticalmente relacionados) necessários para cumprir obrigações regulatórias, ou cujas cláusulas são estipuladas por regulamentação expedida pela agência competente.

Muitas vezes, inclusive, a celebração de tais contratos é necessária para (i) garantir o funcionamento do sistema, (ii) alocar de forma eficiente recursos escassos, e (iii) até mesmo promover a livre concorrência no setor.

A título exemplificativo, no setor de telecomunicações, as operadoras são obrigadas a celebrar contratos de interconexão, de forma a garantir a ligação de Redes de Telecomunicações funcionalmente compatíveis, e permitir que usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis, nos termos da Resolução nº 410, de 11 de julho de 2005, que aprovou o Regulamento Geral de Interconexão.

Da mesma forma, o fornecimento de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD), essencial para a promoção da concorrência, na medida em que permite a expansão das redes de telecomunicações, a diversidade de serviços e o atendimento e um maior número de usuários é extensamente regulamentado, seja pelo Regulamento Geral de EILD, aprovado pela Resolução nº 590/12, seja pelo Plano Geral de Metas de Competição (PGMC), que estabelece medidas regulatórias assimétricas aplicáveis a grupos detentores de Poder de

Mercado Significativo. Tais normas estabelecem condições e cláusulas específicas a serem observadas na celebração de contratos de EILD.

Ainda que pudesse haver abuso de posição dominante na celebração e execução de tais contratos, uma vez que a simples submissão a regras expedidas pela agência reguladora não fosse suficiente para impedir comportamentos oportunistas de agentes detentores de poder econômico, o que se admite apenas por hipótese, fato é que a análise de tais acordos por meio de controle antitruste preventivo de estruturas não faz o menor sentido.

Primeiramente porque, caso se decidisse pela necessidade de submissão de tais contratos, a quantidade de atos de concentração notificados ao CADE seria absurdamente elevada, comprometendo a própria efetividade do órgão.

Com efeito, trata-se de contratos comuns ao mercado de telecomunicações, fazendo parte da rotina das operadoras e, sem os quais, o próprio funcionamento do setor restaria prejudicado.

Além disso, o potencial de abuso de posição dominante não é criado a partir do contrato, é dizer, não é o acordo que cria uma estrutura com potencial de geração de efeitos anticompetitivos. Tal estrutura é pré-existente, e advém da detenção de poder de mercado e da infraestrutura por parte de poucos grupos dominantes.

Por fim, é certo que eventuais abusos são muito melhor combatidos por meio de um controle repressivo a condutas anticompetitivas, que não implica paralisação do setor ou comprometimento da efetividade no desempenho das atividades do CADE.

Sendo assim, é forçoso concluir que a submissão obrigatória de contratos dessa natureza não só traria um ônus excessivo às partes e ao CADE, como não resultaria em benefícios diretos para a livre concorrência.

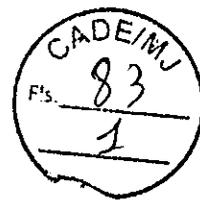
Há que se notar, ainda, que é parte das competências da Agência Nacional de Telecomunicações atuar, também, pela prevenção e repressão das infrações à ordem econômica¹, e que a análise de adequação concorrencial destes contratos regulados entre concorrentes é feita hodiernamente pela Agência, conforme instrumentos regulatórios antes citados.

¹ Conforme Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), em seu art. 19, XIX: "Art. 19. A Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) XIX – exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE" (grifamos).

10

Desta forma, entende-se que a utilização sobreposta da máquina administrativa, tanto pelo órgão regulador de telecomunicações, quanto pelo órgão de defesa da concorrência, para a análise dos contratos associativos já regulados e controlados pela Anatel, feriria o princípio da eficiência ou da boa administração que, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello significa *"desenvolver a atividade administrativa 'do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto'. Tal dever, como assinala Falzone, 'não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico"*².

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, p.122.



GRINBERG

CORDOVIL

ADVOGADOS

Luiza Kharmandayan



De: Ludmila Somensi | GCBA [lus@gcba.com.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 15:42
Para: Consulta 032014
Assunto: Comentários GCA
Anexos: Consulta Pública 3 2014 (GCA) .pdf

Ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

Grinberg e Cordovil Advogados apresenta, por meio do documento em anexo, sua sugestão à Resolução nº 8 sobre a submissão ao CADE de contrato associativo, como ato de concentração, conforme artigo 90, inciso IV da Lei 12.529/2011, manifestação possibilitada pela Consulta Pública nº 03/2014.

Permanecemos à disposição do Conselho a fim de prestar quaisquer esclarecimentos que se fizerem necessários.

Atenciosamente,
Grinberg e Cordovil Advogados

Ludmila Somensi | Grinberg e Cordovil Advogados
Alameda Jaú, nº 1742, 6º andar – CEP: 01420-904 – São Paulo – SP
Telefone: + 55 11 3371-5050 | Fax: +55 11 3371-5059
www.gcba.com.br

Esta mensagem (incluindo qualquer anexo) contém informações confidenciais para fins específicos e é protegida por lei. Se você não é o destinatário desta mensagem, você deve deletá-la. Qualquer divulgação, cópia ou distribuição desta mensagem é estritamente proibida.

This message (including any attachments) contains confidential information intended for a specific individual and purpose and is protected by Law. If you are not the recipient, you should delete this message. Any disclosure, copying or distribution of this message is strictly prohibited.

Email secured by Check Point

São Paulo, 22 de abril de 2014

Ao

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

Ao Dr. Vinícius Marques de Carvalho, Presidente do Cade

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano

Brasília/DF

(endereço eletrônico: consulta032014@cade.gov.br)

Grinberg e Cordovil Advogados apresenta, por meio deste, sua sugestão à Resolução nº 8 sobre a submissão ao CADE de contrato associativo, como ato de concentração, conforme artigo 90, inciso IV da Lei 12.529/2011, manifestação possibilitada pela Consulta Pública nº 03/2014.

Permanecemos à disposição do Conselho a fim de prestar quaisquer esclarecimentos que se fizerem necessários.

Mauro Grinberg
OAB/SP 21.734-B

Leonor Cordovil
OAB/SP 233.058

Patrícia Avigni
OAB/SP 131.216

Propostas de redação da Resolução nº 8 sobre a submissão de contrato associativo, como ato de concentração, conforme artigo 90, inciso IV da Lei 12.529/2011:

Redação da Consulta Pública	Redação sugerida por GCA
<p>Art. 2º. Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes; ou</p> <p>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:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>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 4º da Resolução nº 2.</p>	<p>Art. 2º. Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado com a finalidade de cooperação:</p> <p>I – entre concorrentes, sempre que pelo menos um deles detenha mais de 20% do mercado relevante afetado pelo contrato, desde que preenchidas cumulativamente as seguintes condições:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes ou o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis; e</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade por período superior a 2 anos; ou</p> <p>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 preenchidas cumulativamente as seguintes condições:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes; e</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade superior a 2 anos.</p> <p>§1º. 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 4º da Resolução nº 2.</p> <p>§2º. Não são de notificação obrigatória os contratos que tiverem como objetivo a franquia, o licenciamento de marca, a compra e venda simples de bens que não correspondam à atividade central de empresa parte do contrato, o fornecimento de insumos para prestação de serviços ou a prestação de serviços em si, a fabricação de produtos, a construção e a incorporação.</p>

Comentários:

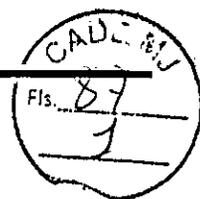
Com a finalidade de cooperação (caput): a inserção da finalidade do negócio jurídico visa esclarecer que o contrato associativo é diferente de um mero contrato de troca (contrato comutativo). Pretende-se, por meio dessa adjetivação, deixar claro que o contrato associativo possui a cooperação como própria prestação.

Celebração de contrato com a finalidade de cooperação entre concorrentes, sempre que pelo menos um deles detenha mais de 20% do mercado relevante afetado pelo contrato e que do contrato decorra relação de exclusividade superior a 2 anos (inciso I): a inserção do percentual de participação de mercado se justifica pela observância da prática do mercado por meio da qual se conclui que contratos celebrados entre concorrentes com menos de 20% de participação dificilmente terão o objetivo ou a potencialidade de afetar o mercado ou causar preocupações concorrenciais. A inserção de um prazo mínimo para a relação de exclusividade (2 anos) possui a mesma justificativa: a experiência indica ser comum a celebração de contratos de exclusividade por períodos muito curtos, os quais raramente terão o objetivo, a potencialidade ou mesmo a possibilidade de fechar o mercado.

Exclusividade de fato (inciso II, b): sugere-se a exclusão da previsão de que a exclusividade de "fato" leve à necessidade de notificação, na medida em que é difícil caracterizar tal exclusividade antes da consumação da operação (em última instância, a exclusividade de fato depende apenas da não contratação com terceiro ao longo do período do contrato). Ademais, acredita-se que dois anos seja um prazo razoável para dispensar de notificação os contratos com menor potencial ofensivo (pelas mesmas razões expostas no parágrafo antecedente).

Não são de notificação obrigatória os contratos que tiverem como objetivo a franquia, o licenciamento de marca, a compra e venda simples de bens que não correspondam à atividade central de empresa parte do contrato, o fornecimento de insumos para prestação de serviços ou a prestação de serviços em si, a fabricação de produtos, a construção e a incorporação (§2º): a sugestão visa limitar a obrigatoriedade de notificação de alguns contratos que, embora tenham como principal prestação a cooperação, dificilmente trariam prejuízos concorrenciais, o que tornaria a obrigação de notificação um encargo injustificável a muitas atividades empresariais.

Luiza Kharmandayan



De: Sandra Zanetti [sandra@aba.com.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 15:44
Para: Consulta 032014
Assunto: Consulta Pública 03/2014 - considerações da ABA

São Paulo, 22 de abril de 2014.

Vinicius Marques de Carvalho
Presidente
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Com relação à consulta pública no. 03/2014, sobre a proposta de Resolução que regulamenta o art. 90, inciso IV da Lei nº 12.529 de 2011, seguem abaixo as considerações de nossa Associação:

Redação da Consulta Pública	Redação Proposta
<p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei no 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes; ou</p> <p>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:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>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 4º da Resolução nº 2.</p>	<p>Art. 2º. Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88, considera-se associativo qualquer contrato em que exista, entre as partes, relações de compartilhamento de receitas e prejuízos ou o compartilhamento de receitas e prejuízos concorrenciais sensíveis, e que do contrato decorra uma relação de exclusividade superior a 2 anos, seja ela jurídica ou fática. Ainda, quanto às partes envolvidas, devem ser observados os seguintes critérios:</p> <p>I – As partes deverão ser concorrentes no mercado afetado pelo contrato, para efeitos da presente resolução, quando a parte concorrente tiver 30% (trinta por cento) ou mais do mercado relevante afetado;</p> <p>II – As partes sejam agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos uma delas detenha 30% (trinta por cento) ou mais do mercado relevante.</p> <p>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 4º da Resolução nº 2.</p>

Saudações.
Rafael Sampaio
Vice-Presidente Executivo

11.3283.4588
rafael@aba.com.br



Sandra Zanetti
Diretora Ass. Técnicos e Institucionais
Tel: [11] 3283-4588
sandrazanetti@aba.com.br
Av. Paulista, 352 - 6º Andar CEP 01310-000 - SP
www.aba.com.br

Email secured by Check Point



São Paulo, 22 de abril de 2014.

Vinicius Marques de Carvalho
Presidente
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

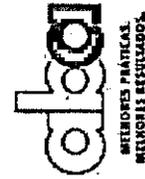
Com relação à consulta pública no. 03/2014, sobre a proposta de Resolução que regulamenta o art. 90, inciso IV da Lei nº 12.529 de 2011, seguem abaixo as considerações de nossa Associação:

Redação da Consulta Pública	Redação Proposta
<p>Art. 2o Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei no 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes; ou</p> <p>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:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p>	<p>Art. 2º. Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato em que exista, entre as partes, a união de centros decisórios distintos com a intenção de realizar um empreendimento comum, com o compartilhamento de receitas e prejuízos ou o compartilhamento de informações concorrentialmente sensíveis, e que do contrato decorra uma relação de exclusividade superior a 2 anos, seja ela jurídico ou fática. Ainda, quanto às partes contratantes, deverão ser observados os seguintes critérios:</p> <p>I – As partes deverão ser concorrentes no mercado afetado pelo contrato. Considerar-se-ão partes concorrentes, para efeitos da presente resolução, quando pelo menos uma delas detiver 30% (trinta por cento) ou mais do mercado relevante afetado pelo contrato; ou</p> <p>II – As partes sejam agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos uma delas detenha 30% (trinta por cento) ou mais do seu respectivo mercado relevante.</p>

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 4º da Resolução nº 2.

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 4º da Resolução nº 2.

Saudações.
Rafael Sampaio
Vice-Presidente Executivo
11.3283.4588
rafael@aba.com.br



Sandra Zanetti
Diretora Ass. Técnicos e Institucionais
Tel: [11] 3283-4588
sandrazanetti@aba.com.br
Av. Paulista, 352 - 6º Andar CEP 01310-000 - SP
www.aba.com.br



TRENCH

ROSSI

ADVOGADOS

Luiza Kharmandayan



De: Giannini, Adriana [adriana.giannini@bakermckenzie.com]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 16:28
Para: Consulta 032014
Cc: Todorov, Francisco
Assunto: Consulta Pública nº 03/2014 - Comentários de Trench, Rossi e Watanabe Advogados
Anexos: Consulta Pública n; 3 - Trench Rossi e Watanabe-6845531-v1-SPODMS.DOCX

Prezados,

Em nome do escritório de advocacia Trench, Rossi e Watanabe Advogados, submetemos a V.Sas comentários à Consulta Pública nº 01/2014 (documento anexo).

Nos termos do disposto no art. 31, § 2º, da Lei nº 9.784/1999, reproduzido abaixo, solicitamos que sejam publicadas no website do CADE respostas fundamentadas aos comentários por nós realizados, bem como as respostas a eventuais comentários enviados por outros interessados.

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

(...)

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Adicionalmente, solicitamos também que seja publicado no website do CADE, assim que disponível, o parecer proferido pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade – nos termos do art. 230, § 3º, do Regimento Interno do CADE, *in verbis*.

Art. 230. A iniciativa de proposta de Emenda Regimental cabe a qualquer Conselheiro, ao Presidente e ao Superintendente-Geral.

§1º Recebida a proposta pelo Presidente, esta será numerada e submetida à Consulta Pública.

§2º Com ou sem o oferecimento de comentários à Consulta Pública, a proposta será encaminhada à Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, para parecer.

§3º A proposta, com os comentários à Consulta Pública e o parecer da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, será submetida à apreciação dos Conselheiros e discutida e votada em Plenário do Tribunal.

Permanecemos à disposição.

Cordialmente,

Adriana Giannini
OAB/SP 172.269

Adriana Giannini

Assoclada, Antitruste
Trench, Rossi e Watanabe Advogados
Associado a Baker & McKenzie International
Av. Dr. Chucri Zeidan, 920 - 13o. Andar
04583-904 São Paulo - SP - Brasil
Tel: +55 (11) 3048-6934 | Fax: +55 (11) 5506-3455
adriana.giannini@bakermckenzie.com
www.trenchcrosslewatanabe.com.br

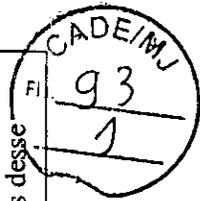


This message may contain confidential and privileged information. If it has been sent to you in error, please reply to advise the sender of the error and then immediately delete this message. Please visit www.trenchcrossiewatanabe.com.br/disclaimer for other important information concerning this message.

CONSULTA PÚBLICA - CADE Nº 03/2014

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO QUE REGULAMENTA O ART. 90, INCISO IV, DA LEI Nº 12.529 DE 2011

<u>Redação Sugerida pela Consulta Pública</u>	<u>Redação Sugerida por URV</u>
<p>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.</p> <p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes; ou</p> <p>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:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>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 4º da Resolução nº 2.</p>	<p>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.</p> <p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes; ou</p> <p>II – entre agentes econômicos que atuem em mercados verticalmente relacionados, sempre que pelo menos um deles detenha <u>vinte trinta por cento 2 (30%)</u> ou mais do respectivo mercado relevante,</p> <p><u>§1º Os contratos enquadrados nos incisos I e II consideram-se associativos somente se desde que preencherem ida pelo menos uma das seguintes condições:</u></p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática.</p> <p>Parágrafo único §2º. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações de contratos nos incisos desse</p>



<p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>	<p>artigo, devem ser consideradas apenas as atividades das partes contratantes – e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2 – que sejam objeto do contrato em questão.</p> <p>§3º Para aferir a existência de mercados verticalmente relacionados nos termos do inciso II acima, é necessário que um agente forneça produtos ao mercado que sejam usados como matéria prima pelo agente da etapa seguinte da mesma cadeia produtiva.</p> <p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>
---	--

Comentários de IRW

Comentário 1 – Inserção do § 1º

A redação original dá a entender que quaisquer contratos entre concorrentes seriam considerados contratos associativos.

Todavia, é preciso que haja algum critério limitador ao inciso I, uma vez que a redação proposta teria como consequência a necessidade de notificação de diversos contratos realizados ordinariamente na condução dos negócios das empresas, mesmo que triviais do ponto de vista concorrencial, por exemplo:

- Empresas verticalmente integradas teriam de notificar todos os seus contratos de compra e venda relativos ao produto *upstream*, independente das cláusulas que contenhiam.
- Em menor grau, a preocupação acima aplica-se também a conglomerados atuando em mercados complementares.
- Tendo em vista as ligações entre bancos e fundos com investimentos em diversas indústrias, diversos contratos de empréstimo e financiamento teriam de

ser notificados.

A redação proposta, caso mantida, geraria um aumento significativo de atos de concentração notificados, sem um aumento correspondente no número de atos de concentração concorrencialmente relevantes, resultando em ineficiências ao sistema. Ao mais, seria contrária ao entendimento do CADE e da SG em diversos precedentes:

- Para a SG, a redação acima seria contrária ao texto legal, pois está calcada na premissa de que quaisquer contratos entre concorrentes tem potencial anticompetitivo. Todavia, essa premissa por si só não é suficiente para sustentar a notificação de contratos via controle de concentração. Isso geraria a necessidade de notificação de “*praticamente todo ato comercial corriqueiro diariamente efetuado no Brasil às centenas, envolvendo grupos com faturamento acima do mínimo legal... além de consubstanciar tarefa impossível para a Administração Pública, tal obrigatoriedade pararia uma parte relevante da economia nacional...*” (Parecer da SG no AC nº 08700.004957/2013-72)
- Para o Tribunal do CADE, a mera potencialidade anticompetitiva não é suficiente para levar ao conhecimento de um ato de concentração, sob a nova lei. Nesse sentido, o Presidente do CADE sintetiza: [o enquadramento no art. 90] *deve ser aferido com base em argumentos que não se limitem a fazer remissão ao potencial anticompetitivo de determinadas operações como justificativa para submissão.*” (voto vogal nos ACs nº 08012.002870/2012-38, 08012.006706/2012-08, 08700.003898/2012-34 e 08700.003937/2012-01)
- Em relação a contratos de fornecimento, o CADE consolidou entendimento de que a ausência de “*transferência de ativos de qualquer sorte, vínculos societários de qualquer natureza [ou] cláusulas de exclusividade*” fazem com que um contrato não deva ser conhecido, mesmo que tenha sido celebrado entre concorrentes. (vide AC nº 08700.009957/2013-69)

Assim, em linha com os precedentes do CADE, visando manter a eficiência do sistema por meio de um critério limitador das hipóteses de conhecimento de contratos entre concorrentes, sugere-se a aplicação das alíneas “a” e “b” do inciso II também ao inciso I.

Comentário 2 – Alterações no inciso II

Sugere-se a alteração do patamar de 20% para 30%.

O market share mínimo de 30% é o mesmo utilizado pela Comissão Europeia para isentar acordos verticais da aplicação do Tratado da União Europeia, por meio

de suas isenções em bloco (vide artigo 3º do Regulamento (UE) no 330/2010: “1. A isenção prevista no artigo 2.o é aplicável na condição de a quota de mercado do fornecedor não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que vende os bens ou serviços contratuais e de a quota de mercado do comprador não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que compra os bens ou serviços contratuais.”).

Da mesma forma, isso está em linha com a sugestão de alteração do patamar mínimo para aplicação do rito sumário em casos de relação vertical, conforme Consulta Pública nº 1/2014.

Comentário 3 – Alterações no § 2º (parágrafo único)

A redação proposta dá a entender que qualquer relação horizontal/vertical identificada entre os grupos contratantes é suficiente para classificar um contrato como associativo, ainda que os mercados onde se verifique essa relação não sejam objeto do contrato.

Trata-se de redação excessivamente abrangente, cuja consequência será o aumento do número de atos de concentração notificados ao sistema, sem um correspondente aumento no número de atos de concentração concorrenciaismente relevantes. Por exemplo, grandes conglomerados econômicos teriam de notificar uma significativa parcela de seus contratos, pois há grande probabilidade de que, ao celebrarem um contrato, existam relações horizontais/verticais entre ele e o outro grupo econômico contratante – ainda que esse contrato diga respeito somente a uma atividade até então sequer exercida pelos grupos.

Em vista disso, sugere-se a adoção de um critério limitador, qual seja: a relação horizontal/vertical tem de ser verificada em relação às atividades econômicas objeto do contrato.

Em relação às demais atividades não endereçadas no contrato, as partes contratantes ainda seriam independentes entre si, de modo que qualquer coordenação em relação a essas outras atividades deve ser analisada no âmbito do controle condutas. A mera possibilidade de que haja coordenação em relação a atividades não endereçadas no contrato não justifica o controle de concentrações, uma vez que não haveria remédio *ex-ante* para esse problema. Trata-se de situação de fato que só pode ser verificada após ocorrer e, por isso, deve ser endereçada da pelo controle de condutas, *a posteriori*. (nesse sentido, vide parecer da SG no AC nº 08700.004957/2013-72).

Comentário 4 – Inserção do § 3º

VERMELHO = EXCLUSÃO
AZUL = INCLUSÃO

Tendo em vista que a proposta da Lei 12.529/2011 foi estabelecer critérios objetivos para a definição do que caracteriza um ato de concentração, sugere-se a inserção de um parágrafo definindo o conceito de "relação vertical" para fins do inciso II.

A ausência de definição ampla poderia levar à interpretação de que qualquer relação fornecedor-cliente caracteriza relação vertical, independente do uso que o cliente dará ao produto adquirido. Isso teria como consequência o aumento do número de atos de concentração notificados ao sistema, sem um correspondente aumento no número de atos de concentração concorrentialmente relevantes. Por exemplo, a aquisição de produtos/serviços utilizados para atividades administrativas gerais de uma empresa poderia ser caracterizada como relação vertical, mesmo que essas empresas não façam parte de uma mesma cadeia produtiva e os produtos/serviços adquiridos não sejam utilizados especificamente em nenhuma linha de produção da empresa.

Assim, sugere-se que o conceito de relação vertical inclua apenas empresas que de fato atuem em níveis verticalmente relacionados de uma mesma cadeia produtiva. A exigência de que uma empresa forneça um produto/serviço que seja destinado pela outra especificamente à produção/fornecimento de um produto/serviço é capaz de enquadrar todos os casos relevantes de relação vertical (e.g. fornecimento de insumos, serviços de distribuição e revenda), ao mesmo tempo em que exclui relações gerais clientes e fornecedores que não fazem parte de uma mesma cadeia produtiva.

Essa interpretação está em linha com o entendimento da Comissão Europeia, para a qual: "o acordo ou prática concertada deve envolver *empresas que operam cada uma delas, para efeitos do acordo, a um nível diferente da cadeia de produção ou de distribuição. Isto significa, por exemplo, que uma empresa produz uma matéria-prima que a outra empresa utiliza como factor de produção, ou de que a primeira é um produtor, a segunda um grossista e a terceira um retalhista. Tal não exclui a possibilidade de uma empresa desenvolver as suas actividades em mais de um nível da produção ou da cadeia de distribuição.*" (Orientações relativas às restrições verticais, parágrafo 25 (d))





SINDICON



O Sindicato Nacional das Empresas Distribuidora de Combustíveis e de Lubrificantes - SINDICOM, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Avenida Almirante Barroso, nº 52, sala 2002, Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, CEP 20941-120, inscrito no CNPJ sob o nº 33.632.985/0001-27, por seu representante legal ao final assinado, vem tempestivamente propor alterações à Minuta de Resolução nº 08/2014, colocada sob Consulta Pública nº 03/2014, pelos motivos abaixo expostos.

I – Do conceito jurídico de contratos associativos

Nos termos em que redigida a minuta originária de Resolução nº 08/2014, serão considerados contratos associativos de notificação obrigatória ao CADE quaisquer contratos celebrados por agentes econômicos que alcancem os faturamentos previstos no art. 88 e que: I - sejam celebrados entre concorrentes; ou II - sejam celebrados entre agentes que atuem em um mercado verticalmente relacionado, desde que um deles tenha parcela de mercado igual ou superior a 20% e, alternativamente, (II.a) haja compartilhamento entre receitas e prejuízos ou (II.b) haja exclusividade.

Ocorre que os critérios legais reputados por esta d. Autarquia desconsideram o conceito jurídico e econômico do que seja contrato associativo. Em outras palavras, nos termos em que redigida, a Minuta de Resolução indevidamente considera na espécie contratos associativos diversas operações que, tecnicamente, estariam apenas no gênero contratos, operações estas que não têm a natureza jurídica de contratos associativos.

Sobre o tema, esclarecemos que contratos associativos são negócios jurídicos por meio dos quais as partes associam-se para disciplinar uma organização comum. Para tanto, as partes regularão ou o efetivo compartilhamento do poder de direção sobre o empreendimento em comum ou o movimento paralelo de pessoas e bens (i.e., realização de contribuições em bens e atividades que concorrem para a realização de um resultado) ou a criação de organização comum por meio da qual organizarão o risco do negócio.

Justamente porque as partes associam-se para lograr um fim comum, nos contratos associativos as necessidades das partes são as mesmas ou muito próximas, havendo entre elas uma solidariedade de interesses: as vantagens de uma são as vantagens da outra. Portanto, nos contratos associativos, a cooperação corresponde à própria prestação ou aos deveres principais assumidos pelas partes.

Cumpra esclarecer que não se deve considerar todo e qualquer instrumento contratual como integrante da espécie contrato associativo pelo simples fato de tais instrumentos trazerem algum grau de cooperação ou colaboração, já que todo contrato se presta a isso. Portanto, o mero objetivo de cooperação ou associação não é suficiente para

caracterizar um contrato qualquer como contrato associativo: o que vai fazer com que um contrato possa ser classificado como associativo é o grau e o tipo de cooperação, que devem necessariamente ser qualificadas pelo fim almejado pelas partes, qual seja, o de associarem-se para alcançar um fim comum, decorrente de uma solidariedade de interesses.

Vale lembrar, ainda, que inicialmente a doutrina formulou um conceito amplo de contrato associativo, que abrangia praticamente todos os contratos de longa duração celebrados entre empresas; mas que, num segundo momento, a doutrina esboçou um conceito menos amplo, limitado aos empreendimentos em que haveria uma assunção comum do risco econômico¹. Essa evolução doutrinária não pode ser desconsiderada pelo CADE, a fim de que tenhamos uma legítima intervenção estatal do Poder Público na economia.

Nessa linha, mister apontar que contratos associativos não se confundem com contratos comutativos de execução continuada, que são negócios jurídicos por meio dos quais os interesses das partes não são comuns, mas sim contrapostos, ainda que complementares. Nos contratos comutativos de execução diferida as partes visam uma distribuição de bens, sendo as prestações das sociedades distintas e contrapostas. Nestes contratos comutativos, a cooperação não é um dever principal, mas sim um dever lateral, decorrente da boa-fé objetiva. Note que a Minuta sob Consulta Pública indevidamente considera como contratos associativos meros contratos comutativos de execução continuada.

Sobre o tema, vale ressaltar que há precedente de operação regida pela lei 12.529/11 em que o CADE estabeleceu que o desenvolvimento conjunto de uma atividade econômica é requisito para a configuração de um contrato associativo². Neste julgamento, o CADE estatuiu ainda que contratos associativos são negócios jurídicos por meio dos quais duas ou mais sociedades vinculam-se para a consecução de escopo comum.

¹ "Primeiro, (...) o contractual joint venture abrangia praticamente todos os contratos de longa duração celebrados entre empresas. É certo que, no desenvolvimento, (...) esboçam um conceito menos amplo de contractual joint venture, limitado aos empreendimentos em que [há] uma assunção comum do risco econômico (...). Segundo, nesta tipologia, passa para segundo plano a existência de uma organização. O joint venture é considerado contractual quer se trate de uma mera relação obrigacional ou disponha de uma organização sem personalidade jurídica." (Pinheiro, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum – joint venture – em Direito Internacional Privado. Coimbra: Almedina, 2003, p.77-78).

² "(...) É bem verdade que não existe uma definição legal do que venha a ser "contratos associativos". A doutrina, todavia, intenta conferir sentido a tal expressão, conceituando-a como "negócios jurídicos mediante os quais duas ou mais empresas (...) associam-se para realizar o empreendimento acordado, normalmente atividade empresarial que visa ao lucro. Não perdem a autonomia de seus centros decisórios, mas têm sua liberdade limitada na medida em que se vinculam para a consecução de escopo comum.(...) essas associações entre empresas, voltadas para o desenvolvimento de uma atividade econômica, (...) proporcionam, em regra, o compartilhamento de informações e/ou infraestrutura, (...) trata-se do estabelecimento de uma relação entre empresas que (...) irão, em conjunto, desenvolver uma atividade econômica." (AC nº 08700.008736/2012-92. Parecer nº 394/2012/PFECADÉ. Grifos nossos.)



Vale lembrar que este requisito do exercício conjunto de atividade econômica foi eleito pela legislação norte-americana – sistema concorrencial que influenciou a reforma brasileira – como requisito para notificação da operação à Autoridade Antitruste: sinteticamente, nos EUA o controle de estruturas funda-se no artigo 2º do *Sherman Act*, que traz como critérios de subsunção: (i) o exercício de atividade econômica (*commercial enterprise*), (ii) a dimensão mínima de, ao menos, dois dos envolvidos na operação (*size-of-person*) e (iii) a transferência de ativos (*transfer of assets*) – a qual, por sua vez, incorpora a transferência de um valor mínimo de bens ou ações com direito a voto, denominado como “tamanho da operação” (*size-of-transaction*) –.

Oportunamente informamos que comentários da *American Bar Association* sobre a Nova LDC sugeriram a exclusão da previsão de notificação de contratos associativos do rol de operações de notificação prévia ao CADE, destacando que os mesmos não são de notificação obrigatória nas 10 maiores jurisdições do mundo³.

Ante o exposto e considerando que contratos associativos são acordos por meio dos quais as partes associam-se para alcançar um fim comum – o que pode ser feito por meio de (i) compartilhamento do poder de direção sobre o empreendimento em comum, (ii) movimento paralelo de pessoas e bens, ou (iii) criação de organização comum por meio da qual organizarão o risco do negócio – e considerando que o CADE já estatuiu no precedente supra citado que tal fim comum almejado pelas partes normalmente traduz-se na atividade comercial que visa ao lucro; sugerimos que a Resolução nº 08/2014 reflita expressamente o entendimento de que contrato associativo é o acordo destinado à exploração conjunta de atividade econômica. Esta sugestão mostra-se extremamente razoável, não apenas por ser consentânea ao direito comparado, mas também por refletir a solidariedade das partes de associarem-se para alcançar um fim comum.

II – Da interpretação ampliativa dada pelo CADE ao conceito de contrato associativo e dos princípios da harmonização e da separação de poderes

Apresentado o conceito jurídico de contrato associativo, respeitosamente apontamos que a minuta de Resolução nº 8/2014, nos termos submetidos à Consulta Pública, impõe a notificação ao CADE não apenas de acordos que efetivamente tenham a

³ “As Seções respeitosamente recomendam que o CADE exclua explicitamente as seguintes operações da lista de operações notificáveis: (...) Consórcios e/ou contratos associativos (tais como contratos de fornecimento e distribuição, mesmo quando estabelecem uma relação de exclusividade), que são meros acordos de cooperação, ao contrário de joint ventures com uma presença de mercado autônoma e independente. A linguagem do artigo 90, na sua redação atual, é muito aberta e poderia levar a uma expansão significativa do conceito de concentração a operações que apenas constituem acordos de cooperação, sem envolver qualquer mudança de controle de uma empresa e/ou negócio. Tais acordos de cooperação não são notificáveis nos EUA, na União Europeia ou em qualquer uma das jurisdições das dez maiores economias do mundo. Esses acordos podem, é claro, ser revistos em investigações de conduta antitruste.” (https://www.americanbar.org/.../at_comments_brazilian_201204_pr.pdf, acesso em 15/02/2013. Grifos nossos)

natureza jurídica de contratos associativos, mas também de acordos outros que não caracterizam qualquer tipo de associação, seja jurídica ou econômica.

Embora o Direito da Concorrência preocupe-se mais com os efeitos econômicos de uma operação do que com os efeitos jurídicos e/ou com o *nomem iures* atribuído ao instrumento contratual, tal fato não autoriza a Autoridade Antitruste a editar resolução que imponha aos administrados obrigação jurídica decorrente de entendimento que contraria o ordenamento jurídico.

O entendimento esposado pelo CADE na minuta analisada enseja, em última instância, interpretação extensiva do conceito de contrato associativo, fundada num sentido amplo de cooperação. Tal entendimento amplo, se mantido, implicará considerar como associativos vários – senão todos – os contratos empresariais de execução continuada no tempo.

Além de tal interpretação desconsiderar a doutrina cível e a razoabilidade, não observa o brocardo jurídico que determina que medidas restritivas de direitos – no caso, os direitos à livre iniciativa e à liberdade contratual – devem ser interpretadas de forma restritiva. Ao fazê-lo, o CADE conseqüentemente viola também o princípio da harmonização dos princípios constitucionais.

Ademais, ao estabelecer um conceito tão amplo e atécnico, a Minuta de Resolução nº 08/2014 cria norma secundária que extrapola a previsão da norma primária, porquanto o art. 90, IV, da lei 12.529/11 determina a notificação de contratos associativos e não de quaisquer contratos. A previsão ampla da minuta de Resolução, portanto, usurpa as competências do Poder Legislativo e, com isso, viola o princípio da separação dos poderes e o estado democrático de direito.

Em razão destes esclarecimentos, reiteramos a sugestão de alteração do art. 2º da minuta, que será apresentado na sessão VIII.

III – Da finalidade da Nova Lei de Defesa da Concorrência

Fazendo uma interpretação teleológica e histórica da lei 12.529/11, concluímos que a intenção do legislador era, em verdade, a de diminuir os casos de submissão obrigatória, concentrando a gestão antitruste nas operações que efetivamente geram alta probabilidade de risco anticoncorrencial⁴.

⁴ "(...) 94. A mera possibilidade teórica de existência de efeitos anticoncorrenciais não justifica a notificação obrigatória, até porque os filtros previstos pela lei (...) sempre foram rígidos (...). Dessa maneira, pode-se dizer que, além da exigência de ato de concentração, o legislador estruturou o controle de estruturas na alta probabilidade de risco anticoncorrencial, não se contentando com a mera possibilidade (...)" (Voto originário da Conselheira Ana Frazão, no julgamento em bloco dos AC's nº 08012.002870/2012-38, nº 08012.006706/2012-08, nº 08012.003898/2012-34 e nº 08012.0023937/2012-01. Grifos nossos).



Depreende-se esta conclusão das seguintes alterações legislativas: (i) adoção de critérios objetivos na definição de atos de concentração notificáveis, (ii) criação da exigência de que ao menos duas empresas envolvidas na operação sejam de grande porte, (iii) discriminação taxativa dos atos de concentração no art. 90, (iv) autorização para aumento infralegal do faturamento bruto anual das requerentes, (v) delimitação do conceito de *joint venture* por meio da Resolução 02/2012 do CADE (ao definir que as notificações de "JV corporativas" tramitam pelo rito sumário, sinalizou que as "JV contratuais" não precisam ser apresentadas, pois estas são mais simples que aquelas), e (vi) isenções de atos destinados a licitações.

Portanto – sendo certo que o novo diploma busca levar ao conhecimento da Autoridade Concorrencial apenas operações relevantes e aumentar a eficácia do serviço público de gestão antitruste – concluímos que a Minuta de Resolução nº 8/2014, ao trazer conceito tão ampliativo e atécnico, não está conforme a finalidade teleológica e histórica da reforma do sistema concorrencial brasileiro.

Nesse ponto, imperioso destacar que se a Minuta for tomada definitiva nos termos originários, criará para os administrados a obrigação de apresentar uma quantidade exorbitante de operações: com isso, de um lado, os agentes econômicos de grande porte não terão estrutura orçamentária ou técnica para apresentar todas as operações obrigatórias e, de outro lado, o CADE não terá condições de tempestivamente apreciar tantas operações⁵.

Em razão destes esclarecimentos, reiteramos a sugestão de alteração do art. 2º, conforme será apresentado.

IV – Do princípio da proporcionalidade

Por adotar conceito muito amplo de contrato associativo, a Minuta de Resolução nº 08/2014 viola o princípio da proporcionalidade, pelos motivos que passaremos a expor.

O fim almejado pela Resolução é a proteção à livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico. E a restrição a ser imposta incide sobre a livre iniciativa dos agentes econômicos de celebrarem contratos sem necessidade de submetê-los à prévia aprovação do CADE. Trata-se, portanto, de ponderação de princípios constitucionais: de um lado, a proteção à livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico e, de outro, a garantia da livre iniciativa.

⁵ "(...) 92. (...) tal conclusão, além de levar a resultados extremamente problemáticos – já que o CADE evidentemente não tem condições materiais para fazer a análise de todos os contratos empresariais celebrados por agentes que contam com presunção de poder econômico – mostra-se, a meu ver, incompatível com os objetivos do controle de estruturas, que tem por pressuposto a análise de atos de concentração..." (*idem, ibidem*).

A análise da legitimidade de restrição a direito fundamental impõe que se faça um juízo triplo das máximas parciais. Assim, a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito será feita sequencialmente.

Na análise da adequação verificamos que – embora a restrição à livre iniciativa seja adequada para alcançar a proteção da livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico, bem como seja conforme o sistema constitucional – o grau de adequação temporal das normas restritivas da Minuta de Resolução é baixo, porquanto as restrições impostas contribuem de forma lenta para o alcance do fim almejado pelo CADE. Explicamos: uma vez que a Resolução traz conceitos muito amplos, ensejará a notificação de uma quantidade exorbitante de operações, as quais sem dúvidas o CADE não terá estrutura para analisar no prazo determinado pela lei, o que fará com que as sociedades sejam obrigadas a não implementar os efeitos da operação antes da aprovação tácita por decurso de prazo.

Na análise da necessidade das restrições à livre iniciativa impostas pela Minuta de Resolução, notamos que – ao se comparar todos os meios, igualmente eficazes, que poderiam ser escolhidos para promover a livre concorrência e reprimir o abuso do poder econômico – o meio escolhido (qual seja, o de submeter ao CADE todos os contratos celebrados entre concorrentes e inúmeros contratos celebrados entre agentes de um mercado verticalmente relacionado) não é o menos lesivo ao direito sacrificado. Destacamos que há outro meio alternativo que imporá um sacrifício menor à livre iniciativa, qual seja, o de regulamentar o conceito de contrato associativo de forma fidedigna ao conceito jurídico e econômico de acordos associativos e, portanto, numa acepção mais restrita.

Assim, concluímos que a restrição imposta pela Minuta de Resolução, nos termos sob Consulta Pública, não é necessária. Ainda sobre o tema, apontamos que a intensidade e dimensão da repercussão negativa gerada no direito restringido são muito elevadas; que a restrição imposta não atinge o âmbito mais restrito possível; que não opera pelo menor prazo possível; e que não afeta apenas as pessoas cujos interesses deveriam ser sacrificados. Portanto, a Minuta não observa o subprincípio da necessidade.

Na análise da proporcionalidade em sentido estrito, verificamos que as vantagens obtidas com a restrição não justificam os ônus impostos aos prejudicados⁶, que serão obrigados a suportar elevados custos de transação: taxa processual no valor de R\$ 45.000,00 e elevados gastos com escritórios jurídicos especializados em direito concorrencial.

Em razão destes esclarecimentos, reiteramos a sugestão de alteração do art. 2º, conforme será apresentado.

⁶ "(...) 96. (...) Tenho que os riscos dessa interpretação – que pode levar a um verdadeiro engessamento da atividade empresarial – são maiores do que os riscos apontados pelo Conselheiro (...) ao sustentar a ampliação do objeto do controle de estrutura." (Voto originário da Conselheira Ana Frazão, julgamento em bloco dos AC's nº 08012.002870/2012-38, nº 08012.006706/2012-08, nº 08012.003898/2012-34 e nº 08012.0023937/2012-01).



V – Da necessidade de restringir o requisito da relação de exclusividade

Ao dispor sobre contratos associativos celebrados entre agentes que atuem em um mercado verticalmente relacionado, a Minuta de Resolução elegeu como requisitos para a notificação, de um lado, a participação de mercado de apenas um dos agentes e, de outro, a existência de compartilhamento de receitas e prejuízos ou a existência de relação de exclusividade. Ocorre que tais requisitos não são suficientes para caracterizar um contrato como associativo, fazendo-se necessária, portanto, a restrição da norma.

Assim, sugerimos a inclusão de uma “segunda trava” destinada a qualificar como elevada a participação de mercado de ao menos dois dos agentes econômicos envolvidos. Note que esta “segunda trava” proposta é um espelho da “segunda trava” acrescida ao controle de estruturas pelo art. 88, II, da Nova LDC. A mesma é ainda consentânea ao sistema concorrencial norte-americano, que – conforme narrado supra – exige dimensão mínima de, ao menos, dois dos envolvidos na operação (size-of-person).

Sugerimos outrossim a inclusão de uma qualificadora da representação, no mercado relevante analisado, do contrato do qual decorra relação de exclusividade. Explica-se: ainda que seja estipulada relação de exclusividade entre dois agentes que detenham elevado market share, se o contrato, devido a sua irrelevância, não tiver potencial para afetar as estruturas do mercado, não deve ser reputado como de notificação obrigatória. Este entendimento também é conforme ao sistema concorrencial norte-americano, para o qual é relevante, para fins de submissão à Autoridade Antitruste, a transferência de um valor mínimo de (size-of-transaction).

Recomendamos, ainda, a inclusão da exigência de que a exclusividade seja recíproca.

Propomos também a introdução de um § 1º para deixar expresso que a relação de exclusividade decorrente de imposição normativa – seja contratual ou fática – não torna o contrato de submissão obrigatória, pois não seria justo obrigar as partes a suportarem elevados custos de transação simplesmente porque as mesmas estão cumprindo obrigação disposta no ordenamento jurídico.

A título de exemplo, enaltecemos que há cláusula de exclusividade (i) nos contratos de fornecimento entre distribuidoras e postos bandeirados por força do art. 25, §2º, II, da Resolução ANP 41/2013 e do art.16-A, §1º, da Portaria ANP 29/1999; e (ii) nos contratos de fornecimento entre distribuidoras e revendedores de combustível de aviação vinculados por força da Resolução ANP n.º 18, de 2006.

Para se ter uma ideia, existem, atualmente, cerca de 21.200 postos de revenda de combustíveis automotivos e de aviação com as marcas das associadas do SINDICOM.

VI – Da necessidade de restringir o âmbito normativo de análise das relações horizontais e verticais

Nos termos submetidos à Consulta Pública, a norma do parágrafo único do art. 2º fará com que se conclua que quase todas as operações celebradas entre agentes integrantes de grupos econômicos de elevado porte que atuem em mercado verticalmente relacionado ou atuem em mercado conglomerado sejam fictamente consideradas como operações entre agentes de mercado horizontalmente relacionado, o que ensejará subsunção ao inciso I e não ao inciso II, como deveriam ser enquadradas se analisasse apenas a atividades das partes diretamente envolvidas na operação.

Para fins de enquadramento no inc. I ou II, considerar as atividades de todas as empresas integrantes dos grupos econômicos – e não apenas das empresas diretamente envolvidas na operação – é medida irrazoável e também atentatória ao princípio da proporcionalidade, pelos motivos expostos em tópico supra. Tal entendimento, ademais, afronta diretamente o espírito do sistema concorrencial brasileiro de não punir o agente econômico mais eficiente: se, no controle de condutas, a elevada participação de mercado de um agente econômico não pode ser punida desde que fundada em maior eficiência econômica (nos termos do § 1º do art. 36 da lei 12.529/11 e §1º do art. 20 da lei 8.888/94), não se pode, no controle de estruturas, criar obrigação mais onerosa a uma sociedade integrante de um grande grupo econômico do que a obrigação criada a uma sociedade que não seja integrante de um grande grupo econômico.

Note que essa ficção jurídica ensejará perdas de direitos e elevados custos de transações para as empresas integrantes de grandes grupos econômicos, os quais, via de regra, tornaram-se grandes justamente por terem maior eficiência econômica e empreendedorismo.

Para maior compreensão do problema, exemplificaremos: uma determinada operação é celebrada entre agentes de um mercado verticalmente relacionado, portanto, poderá ou não enquadrar-se no inc. II do art. 2º. Para saber se efetivamente se enquadrará na referida norma, dever-se-á verificar se uma das partes possui *market share* igual ou maior que 20%, bem como se há compartilhamento de receitas e prejuízos ou se há exclusividade: logo, têm-se dois “filtros”. Ocorre que – se mantida a previsão da redação original do parágrafo único do art. 2º da Minuta – na hipótese haver, no grupo econômico das empresas diretamente envolvidas na operação, sociedades que sejam concorrentes, a operação será enquadrada no inc. I, e não no inc. II, e, portanto, não estará mais sujeitas aos dois “filtros” aos quais deveria estar.

Ademais, ao analisar as atividades de todas as empresas integrantes do grupo, o CADE está trazendo para o estudo da operação elementos estranhos ao mercado relevante afetado pela operação. A análise do CADE deve considerar apenas os mercados relevantes afetados, nas dimensões produto e geográfica, os quais, inequivocamente, estarão no âmbito da atividade-fim desenvolvida pelas partes diretamente envolvidas na



operação; sendo irrelevante analisar as atividades das outras empresas integrantes do grupo econômico.

VII – Do engessamento do livre exercício da empresa

A Minuta de Resolução sob Consulta Pública, por trazer conceito muito amplo de contratos associativos, engessa o funcionamento regular e livre da empresa, prejudicando sobremaneira a exploração da atividade econômica por parte dos agentes jurisdicionados. Frisa-se que uma quantidade exorbitante de operações estaria no âmbito de incidência das normas concorrenciais em comento, dentre as quais operações absolutamente corriqueiras ao dia-a-dia dos agentes econômicos e sem potencial lesivo às estruturas de mercado.

Sobre o tema, informamos que o sistema concorrenciais norte-americano, acertadamente, isenta tais operações corriqueiras de submissão à autoridade antitruste.

Nos EUA, o controle de estruturas funda-se no artigo 2º do *Sherman Act*, norma regulamentada pelo *Clayton Act*. Tanto o *Clayton Act* (na seção 7Ac, conhecida como *Hart-Scott-Rodino*) quanto outros diplomas norte-americanos (como o Regulamento 802) trazem listas de isenções, isto é, de operações que, mesmo preenchendo os requisitos para notificação dispostos no *Sherman Act*, não precisam ser submetidas à *Federal Trade Commission do Department of Justice (FTC/DOJ)*.

Dentre estas isenções, destacamos as “transferências resultantes do curso regular de determinado negócio”, bem como as “categorias de transações que provavelmente não infrinjam as leis de defesa da concorrência”. São exemplos destas últimas as “aquisições no curso ordinário do negócio”.

Portanto, faz-se necessário que – à semelhança do sistema concorrenciais norte-americano – o CADE exclua do conceito de contratos associativos as operações que sejam corriqueiras ao dia-a-dia das sociedades, próprias ao exercício regular da empresa e celebradas para explorar de forma direta as atividades-fim da sociedade.

Nessa linha, sugeridos a inclusão do parágrafo terceiro ao artigo 2º, conforme proposta que será apresentada ao final.

VIII – Da proposta do SINDICOM

Considerando o exposto acima, segue a proposta de redação para a Resolução n.º 8:

RESOLUÇÃO Nº 8

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.

O PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 9º, XV da Lei nº 12.529 de 2011, nos termos do art. 53, caput, e do art. 54, inciso I da mesma lei, RESOLVE:

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 para a exploração conjunta de atividade econômica:

I – entre concorrentes desde que o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes; ou

II – entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte por cento (20%) e outro deles detenha cinco por cento (5%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que preenchida cumulativamente as seguintes condições:

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

b) do contrato decorra relação de exclusividade recíproca, seja ela jurídica ou fática, e desde que o contrato represente para uma das partes cinco por cento (5%) ou mais do respectivo mercado relevante.

§1º Não serão considerados como associativos os contratos que contenham condição de exclusividade por força de lei ou regulamento.

§2º Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades-fim das partes diretamente envolvidas na operação contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2.

§ 3º. As previsões dos incisos I e II não se aplicam aos contratos ordinários, próprios ao exercício regular da empresa, celebrados para a exploração de forma direta das atividades-fim da sociedade; garantido ao CADE o disposto no art. 88, § 7º, da Lei 12.529/11.

Sindicato Nacional das Empresas
Distribuidoras de Combustíveis
e de Lubrificantes
Av. Almirte. Barroso, 52 sl. 2002 . Centro
CEP 20031-918 . Rio de Janeiro . RJ
T(21)2122 7676 F(21)2122 7675
sindicom.com.br



XI – Conclusão:

Ante todo o exposto, o SINDICOM confia e pede deferimento às sugestões de novas redações apresentadas à Minuta de Resolução nº 08/2014, em atenção à Consulta Pública nº 03/2014, mantendo-se à disposição desta d. Autarquia para prestar quaisquer esclarecimentos julgados necessários.

Atenciosamente,

CARLOS EDUARDO TAVARES
Advogado
OAB/RJ 157.435



SMDA

DOBLER

ADVOGADOS

Luiza Kharmandayan



De: SMDA-DF [smda-df@dobler.com.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 17:26
Para: Consulta 032014
Cc: Sonia M. G. Marques Döbler
Assunto: Proposta CESA_Consulta Pública 03
Anexos: Carta de Encaminhamento CP 03.pdf; Sugestões CESA_Consulta 03.pdf

Prezado Senhor Presidente,

O Centro de Estudos das Sociedades de Advogados ("CESA") submete, para análise de Vossa Senhoria, a sua proposta de alteração ao texto relativo à Consulta Pública nº 03/2014.

Atenciosamente,

Carolina Andrade
carolina.andrade@dobler.com.br

Sonia Marques Döbler Advogados

Complexo Brasil XXI – Bloco C
H SUL Quadra 06
12º Andar Salas 1209 e 1210
Edifício Business Center Tower
70316-000 Brasília DF Brasil
Telefone: (5561) 3035-7823
Fax: (5561) 3035-7740
<http://www.dobler.com.br>

As informações contidas neste e-mail e documentos anexos destinam-se exclusivamente aos seus destinatários, e podem conter informações legais privilegiadas e/ou confidenciais, estando sob a proteção do sigilo e confidencialidade assegurados no artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988, sendo vedada sua utilização por terceiros para quaisquer fins de direito. Caso V.Sas. recebam estes documentos por engano, favor notificar imediatamente nosso escritório através do endereço smda@dobler.com.br, não se utilizando das informações aqui contidas, sob as penas da lei.

The contents of this email and any documents attached are confidential. It is protected under the article 5th, XII of Federal Constitution. It is intended for the named recipient(s) only. If you have received this email in error please immediately notify the sender at smda@dobler.com.br and do not disclose the contents to anyone or make copies.



Ilmo. Sr. Dr. Vinicius Marques de Carvalho, Presidente do CADE.

Ref.: Consulta Pública nº 3/2014 – Sugestões de redação elaboradas pelo CESA.

Prezado Senhor,

O Centro de Estudos das Sociedades de Advogados- CESA, por meio do Comitê de Concorrência e Relações de Consumo de São Paulo e do Subcomitê de Concorrência de Brasília, preparou os anexos comentários e sugestões à Consulta Pública nº 3/2014, para edição de nova Resolução (Resolução nº 08), que regulamenta o art. 90, inciso IV da Lei nº 12.529 de 2011.

Em nome do CESA e dos membros dos Comitês supramencionados, esperamos que nossas contribuições sejam levadas em consideração por esse E.CADE, a fim de aprimorar cada vez mais o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Atenciosamente,


Carlos Roberto Fortes Mateucci
Presidente do CESA


Sonia Maria Giannini Marques Döbler
Joana Temudó Cianfarani

Coordenadoras do Comitê São Paulo

Subcoordenadores do Subcomitê de Brasília


Luciana Inácio de Souza
Leonardo Peres da Rocha e Silva

Consulta Pública nº 03

Proposta de Resolução (Resolução nº 08), que disciplina as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011.

Redação da Consulta Pública	Redação Proposta CESA	Comentários CESA
<p>O PLENARIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 9º, XV da Lei nº 12.529 de 2011, nos termos do art. 53, caput, e do art. 54, inciso I da mesma lei, RESOLVE:</p> <p>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.</p> <p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes; ou</p> <p>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</p>	<p>O PLENARIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 9º, XV da Lei nº 12.529 de 2011, nos termos do art. 53, caput, e do art. 54, inciso I da mesma lei, RESOLVE:</p> <p>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.</p> <p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer apenas ato ou contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes; ou efetivos e agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha vinte-trinta por cento (20/30%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que</p>	<p>(i) Definição abrangente e insegurança jurídica: considerando que a nova resolução irá definir quais são os contratos associativos que devem ser notificados previamente ao CADE, entendemos que tal definição deverá ser bastante específica e direcionada, a fim de que as empresas não fiquem com dúvidas quanto à eventual obrigatoriedade de notificar tais contratos, que são comuns nas rotinas empresariais e, em sua grande maioria, não geram preocupação de ordem concorrencial. Sugestão alternativa seria definir contrato associativo a contrario sensu, isto é, a partir da premissa do que não seria contrato associativo do ponto de vista concorrencial. O cenário ideal seria definir concomitantemente contrato associativo, tanto positivando, quanto pela sua negativa, de modo a não deixar dúvidas aos administrados quanto ao teor desse</p>

<p>preenchida pelo menos uma das seguintes condições:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>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 4º da Resolução nº 2.</p> <p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>	<p>preenchida, cumulativamente, pelo menos uma das seguintes condições:</p> <p>a) o ato ou contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do ato ou contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática; e</p> <p>c) do ato ou contrato decorra alguma espécie de restrição concorrencial, como a interferência na independência entre as partes, a alteração dos centros decisórios, a transferência de ativos ou qualquer outra restrição que implique mudança estrutural duradoura na forma de atuação das partes no mercado.</p> <p>§1º Entende-se por contratos associativos aqueles que caracterizam a união de centros decisórios distintos, com objetivo comum de desenvolver determinado empreendimento, sendo a associação das partes em caráter exclusivo e o compartilhamento de encargos condições essenciais para satisfazer efetivamente o objetivo avençado pelas partes.</p>	<p>contrato.</p> <p>(ii) <u>Contratos típicos da rotina empresarial e notificação obrigatória: Na essência, contratos triviais e temporários, comuns da agenda empresarial (como aqueles destinados a ações de marketing/licença de marcas, aquisição de direitos de transmissão, etc.) não implicariam em preocupações concorrenciais; logo, a notificação de toda e qualquer modalidade de contrato resultaria em estoque de casos, dispersando os esforços do CADE para trabalhos efetivamente necessários e mais sensíveis, na contramão da atual meta do órgão. Em outras palavras, contratos e transações comerciais simples e de curto prazo, em geral limitados em seu objeto (i.e., tradição de bens e execução de serviços ordinários) e sem qualquer forma de ingerência, não costumam gerar problemas no sentido de exorbitar ou influir na independência da atuação de empresas participantes de um mesmo mercado. Com base nisso, a rigor, seria equivocado presumir que essa modalidade</u></p>
---	---	--



Centro de
Estudos das
Sociedades de
Advogados

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 4º da Resolução nº 2. Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

de contrato deflagraria notificação obrigatória automática.

(iii) Relação vertical e participação de mercado: para manter coerência com nova proposta ao art. 8º, IV, da Resolução nº "Baixa participação de mercado com integração vertical: nas situações em que nenhuma das requerentes ou seu grupo comprovadamente controlar parcela superior a 30% de quaisquer dos mercados relevantes verticalmente integrados", uma sugestão é de que a participação para fins de contrato associativa também seja de 30% (trinta por cento).

Rua Boa Vista, 254 4º andar Sala 413
Centro São Paulo SP CEP 01014-907
Tel: 11 3104.8402 Fax: 11 3104.3352
www.cesa.org.br cesa@cesa.org.br





ABRASCA

Favor acusar o recebimento!



PRE-021/14.

Rio de Janeiro, 22 de abril de 2014

Ao

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

At.: Ilmo. Dr. Vinícius Marques de Carvalho - Presidente

consulta012014@cade.gov.br

consulta022014@cade.gov.br

consulta032014@cade.gov.br

Ref.: Consulta pública nº 1/2014

Consulta pública nº 2/2014

Consulta pública nº 3/2014

Prezado Dr. Vinícius Marques de Carvalho,

A Associação Brasileira das Companhias Abertas – ABRASCA, por seu representante legal abaixo assinado, em atendimento ao prazo e condições estabelecidas nas Consultas Públicas 01/2014, 02/2014 e 03/2014 do CADE, vem, por meio da presente carta, apresentar suas sugestões às consultas públicas em questão.

A ABRASCA desde já agradece o recebimento e atenção de sua solicitação, e coloca-se à disposição para esclarecimento de quaisquer dúvidas.

Atenciosamente,

Antonio D.C. Castro
Presidente
Associação Brasileira das Companhias Abertas
ABRASCA

CONSULTA PÚBLICA Nº 01/2014

I.

P

ROPOSTA DE REDAÇÃO PARA O ART. 9:

Redação da Consulta Pública nº 01/2014:

Art. 4º.....

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata esse artigo, cumulativamente:

I- O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente mais de 20% das cotas fundo envolvido na operação;

II- As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante; e

III- As empresas controladas pelos fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação e as empresas nas quais esses fundos detenham direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§3º A definição de grupo econômico deste artigo aplica-se apenas para fins de cálculo do faturamento com vistas à determinação do atendimento dos critérios objetivos fixados no artigo 88 da Lei 12.529/2011, e não vincula decisões do Cade com relação à solicitação de informações e à análise de mérito dos casos concretos.

Redação Proposta:

Art. 4º.....

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata esse artigo, cumulativamente:

I- O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente mais de 20% das cotas fundo envolvido na operação;

II- As empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente detida pelo fundo participação seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. e

III- As empresas controladas pelos fundos que estejam sob a mesma gestão do fundo envolvido na operação e as empresas nas quais esses fundos detenham direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§3º A definição de grupo econômico deste artigo aplica-se apenas para fins de cálculo do faturamento com vistas à determinação do atendimento dos critérios objetivos fixados no artigo 88 da Lei 12.529/2011, e não vincula decisões do Cade com relação à solicitação de informações e à análise de mérito dos casos concretos”.

JUSTIFICATIVA:

Não há razão para cumular os faturamentos dos grupos econômicos dos cotistas e os faturamentos destes com os das empresas controladas pelo fundo e demais fundos sob mesma gestão.



A ABRASCA acredita que o critério constante da redação original desse inciso é mais objetivo e melhor.

A ABRASCA entende também que foi acertada a exclusão da referência ao gestor desse parágrafo 2º. Sugerimos, nessa mesma linha, sejam excluídas as empresas integrantes do portfólio de fundos sob mesma gestão, pois este não é um vínculo relevante para fins de aferição do critério de faturamento.

II.

P

ROPOSTA DE REDAÇÃO PARA O ART. 9:

Redação da Consulta Pública nº 01/2014:

"Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 90, II, da Lei nº 12.529 de 2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando:

I - Acarretem aquisição ou alteração de controle;

II - Não se enquadrem no inciso I, mas preencham as regras de minimis do artigo 10."

Redação Proposta:

Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 90, II, da Lei nº 12.529 de 2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando:

I - Acarretem aquisição de controle ou alteração de controle compartilhado para controle unitário, nos termos nos termos da Lei n. 6.404 de 1976; (...)

JUSTIFICATIVA:

A proposta de modificação do inciso I do art. 9º, da Resolução n.º 2/2012/CADE foi feita para estabelecer que não apenas operações que acarretem aquisição de controle devem ser notificadas, como também operações que resultem em alteração de controle.

Ademais, de acordo com a Consulta Pública proposta, o inciso II do art. 8º e o inciso III do art. 9º, ambos da Resolução n.º 2/2012/CADE¹[1] seriam suprimidos, conferindo, pois, isenção do dever de notificar ao CADE operações de consolidação de controle societário preexistente ou que resultem na condição de

¹[1] Resolução n.º 2/2012/CADE, "Art. 8º São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações: (...) II - Consolidação de controle: as aquisições de participação notificadas nos termos do artigo 11 desta Resolução. (...)"

maior acionista individual²[2], por parte do comprador. A nova redação do art. 9º da mesma Resolução prevê também a exclusão de seu inciso III, que versava sobre os casos de consolidação de controle.³[3]

A exclusão da necessidade de notificação de operações de consolidação de controle e daquelas que confirmam ao acionista *status* de maior investidor individual é extremamente bem-vinda. No entanto, para que esta previsão se torne eficaz, sua redação deve ser compatibilizada com o disposto no art. 10 da Resolução CADE n.º 2/2012, que trata das aquisições de participação societária superior a 20% ou 5%, isto é, casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado, ou que seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado, respectivamente.⁴[4]

Isso porque, a alteração proposta implica justamente a exclusão do dispositivo que impõe, ao controlador, a necessidade de submissão ao CADE de aquisição de participação societária igual ou superior a 20% do capital social total ou votante. Assim, a nova redação deveria prever expressamente a hipótese de o adquirente não ser o controlador, com vistas a excluir definitivamente a consolidação de controle como situação de notificação mandatória ao CADE:

Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de parte de empresa ou empresas que confirmam ao adquirente o status de maior investidor individual, ou que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:

I – Nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado:

a) Aquisição que confira ao adquirente não controlador titularidade direta ou indireta de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante da empresa investida;

b) Aquisição feita por adquirente não controlador titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante, desde que a participação direta

2[2] Lei n.º 6.404/76, "Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: (a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e (b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia."

3[3] Nova redação proposta: Resolução n.º 2/2012/CADE, "Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 90, II, da Lei nº 12.529 de 2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando: I – Acarretarem aquisição ou alteração de controle; II – Não se enquadrem no inciso I, mas preencham as regras de mínimos do artigo 10."

4[4] Resolução n.º 2/2012/CADE, "Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao CADE as aquisições de parte de empresa ou empresas que confirmam ao adquirente o status de maior investidor individual, ou que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses:

I – Nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado: a) Aquisição que confira ao adquirente titularidade direta ou indireta de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante da empresa investida; b) Aquisição feita por titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante, desde que a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

II – Nos casos em que a empresa investida seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado: a) Aquisição que conferir participação direta ou indireta de 5% (cinco por cento) ou mais do capital votante ou social; b) Última aquisição que, individualmente ou somada com outras, resulte em um aumento de participação maior ou igual a 5%, nos casos em que a investidora já detenha 5% ou mais do capital votante ou social da adquirida."

ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.



Ademais, a ABRASCA entende que a inclusão da hipótese de "alteração de controle" não é adequada, podendo levar a discussões desnecessárias sobre alterações de percentuais de participação dentro do bloco de controle, gerando incertezas aos administrados e desperdício de recursos públicos e privados em notificações que não provoquem qualquer efeito sobre a concorrência.

Quanto ao tema, mister se faz atentar para o conceito de controle concorrencial, que tem como base a influência dominante e direitos relevantes. A questão de controle está diretamente vinculada à titularidade de ações / quotas e ao exercício dos direitos de sócios que assegurem, de modo permanente e contínuo, a supremacia nas deliberações da empresa. Um acionista minoritário, por exemplo, pode assumir o controle da sociedade e realizar gestão compartilhada em decorrência de um Acordo de Acionistas.

Dessa forma, a mudança do controle de uma sociedade pode gerar impactos no mercado relevante, a depender da definição do mercado e das atividades que desempenhava o grupo que assume o controle, de sorte que um ato de concentração deveria ser entendido como aquele em que haja unificação total dos centros decisórios, ou seja, a aquisição de um poder determinante (influência dominante) na atuação de outro agente econômico.

Compreendem-se por influência dominante as hipóteses em que o controle societário não decorre de posição majoritária interna, contemplando, pois, as situações de controle minoritário interno, controle gerencial e controle externo (de direito e de fato).^{5[5]}

Quando vista sob a ótica do direito concorrencial, essa expressão é diretamente atrelada ao poder de influência relevante do acionista sobre o planejamento empresarial da empresa alvo. Assim, quando um sócio minoritário, por meio de acordo de acionistas, tem direito de deliberar sobre determinadas áreas^{6[6]}, ou de nomear e destituir diretores, caracterizada está uma influência relevante (constante e abrangente) desse acionista, no controle da empresa.

5[5] Lei n.º 6.404/76, "Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

(...)

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

(...)

§ 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

§ 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la."

6[6] Áreas consideradas fundamentais para o controle de planejamento de uma empresa, de acordo com a doutrina: (i) pesquisa e desenvolvimento; (ii) investimentos; (iii) produção; e (iv) vendas.

À luz da jurisprudência do CADE, verifica-se que existe influência relevante do ponto de vista concorrencial naqueles casos em que a conformação da estrutura societária torna possível presumir a cooperação empresarial, ou seja, hipóteses em que o acionista^{7[7]}:

- Possua influência relevante na empresa;
- Possua maior participação individual no capital social ou votante da empresa;
- Possua direitos de ingerência nas políticas comercial e mercadológica da empresa, como, por exemplo, a determinação da estratégia competitiva da empresa, a nomeação da maioria dos membros da administração ou a direção das atividades principais da sociedade são demonstrações de controle; e
- Possui capacidade efetiva de influenciar as decisões concorrencialmente relevantes da empresa, por meio de integrantes da Diretoria ou órgãos de gestão da companhia.

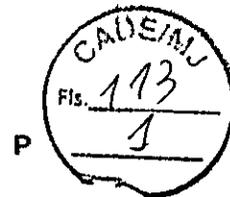
Dito isso, é possível constatar que *operações intra-grupo (interna corporis)* não se enquadram no conceito de concentração econômica, uma vez que não implicam a modificação do centro de controle da empresa. Apenas aquelas operações intra-grupo que impliquem alteração de controle compartilhado para controle unitário deveriam ser objeto de escrutínio concorrencial na hipótese de atenderem aos critérios de submissão previstos na Lei n.º 12.529/2011, dada a possibilidade de acarretarem mudança na estrutura do mercado analisado podem suscitar preocupações de ordem concorrencial.

Em suma, verifica-se que uma operação de aquisição de controle implica a modificação societária que atribui à pessoa natural ou jurídica, ou ao grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, a condição de controlador, diretamente ou através de outras controladas, de maneira a lhe assegurar, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores, nos termos da legislação societária.

Nos casos em que o controle é exercido por pessoa, ou grupo de pessoas, que não seja titular de ações ou quotas que asseguram a maioria absoluta dos votos do capital social, considera-se controlador a pessoa ou o grupo de pessoas vinculado por acordo de acionistas ou quotistas, ou sob controle comum, que seja o titular de ações ou quotas que lhe assegurem a maioria absoluta dos votos dos acionistas ou quotistas presentes nas três últimas Assembleias Gerais da companhia.

7[7] Sobre o tema, vide Ato de Concentração n.º 08012.009419/2004-31, de relatoria do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva e Ato de Concentração n.º 08012.011047/2004-11, de relatoria do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo.

III.



ROPOSTA DE REDAÇÃO PARA O ARTIGO 11º:

Redação da Consulta Pública nº 01/2014:

"Art. 11 A aquisição de debêntures conversíveis em ações é de notificação obrigatória sempre que a futura conversão em ações se enquadrar em alguma das hipóteses dos incisos I ou II do art. 10.

§1º Em se tratando de oferta pública de debêntures conversíveis em ações, aquisição das debêntures independe da aprovação prévia do Cade para sua consumação, mas fica proibido o exercício de quaisquer direitos políticos atrelados às debêntures adquiridas até a aprovação da operação pelo Cade.

§2º Ao analisar as operações de aquisição de debêntures a que se refere este artigo, o Cade pode, em juízo de conveniência e oportunidade, determinar também a obrigatoriedade da notificação prévia da operação de conversão das debêntures."

Redação Proposta:

Art. 11º A conversão aquisição de debêntures ~~conversíveis~~ em ações é de notificação obrigatória sempre que referida operação a futura conversão em ações se enquadrar em alguma das hipóteses dos incisos I ou II do art. 10.

§1º Em se tratando de oferta pública de debêntures conversíveis em ações, a aquisição das debêntures independe da aprovação prévia do Cade para sua consumação, mas fica a conversão condicionada à proibido o exercício de quaisquer direitos políticos atrelados às debêntures adquiridas até a aprovação da operação pelo Cade caso a operação se enquadrar em alguma das hipóteses dos incisos I ou II do art. 10.

§2º ~~Ao analisar as operações de aquisição de debêntures a que se refere este artigo, o Cade pode, em juízo de conveniência e oportunidade, determinar também a obrigatoriedade da notificação prévia da operação de conversão das debêntures.~~

JUSTIFICATIVA:

As alterações realizadas sobre o texto do artigo disponibilizado pelo CADE representam um alinhamento de coerência com o texto da Súmula n.º 09, de 03.11.2010, segundo a qual considera-se realizado um ato de concentração apenas no momento em que houver o exercício da opção de compra ou de venda, e não no momento em que for celebrado o negócio jurídico que a constitui:

SÚMULA Nº 09, DE 03 DE NOVEMBRO DE 2010.

O PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, no uso de suas atribuições, tendo em vista o decidido, à unanimidade, em Sessão Plenária de 3 de novembro de 2010, por meio do Despacho nº 150/2010,

FAZ SABER QUE

o Plenário aprovou o seguinte enunciado sumular:

"Para fins da contagem do prazo de que trata o § 4º do artigo 54 da Lei 8.884/94, **considera-se realizado o ato de concentração na data de exercício da opção de compra ou de venda e não o do negócio jurídico que a constitui**, salvo se dos correspondentes termos negociais decorram direitos e obrigações que, por si sós, sejam capazes de afetar, ainda que apenas potencialmente, a dinâmica concorrencial entre as empresas." (destaques da ABRASCA).

Assim como no caso da opção de compra/venda, a ABRASCA também entende que, no caso das debêntures conversíveis em ações, a mesma lógica e o mesmo racional se aplicam. O texto do Art. 11 disponibilizado pelo CADE, portanto, foi ajustado para deixar claro que o momento da notificação de um ato de concentração que envolva operação contendo debêntures conversíveis será apenas quando da sua conversão, e não na celebração do negócio jurídico que tenha como consequência a sua emissão ou subscrição.

A argumentação faz ainda mais sentido quando a ABRASCA se depara com o Art. 90, II da Lei 12.529/11, no qual é considerada como hipótese que caracteriza um ato de concentração quando

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

Fica claro, no mencionado artigo, que o objetivo do CADE é analisar, preventivamente, uma operação que envolva debêntures conversíveis apenas em uma pretendida conversão, momento no qual haverá a aquisição de parcela (parte) ou do controle da empresa que emitiu referida debênture. Até o momento anterior à desejada conversão, o titular da debênture não adquire percentual de participação no capital social ou até mesmo o controle, por meio desse instrumento, o que deve dispensar as partes de notificar a mera emissão ou subscrição de debêntures conversíveis ao CADE.

IV.

P

ROPOSTA DE REDAÇÃO PARA OS ITENS II.5 E II.9 DO ANEXO I; E ITENS II.5 E II.9 DO ANEXO II:

Redação da Consulta Pública nº 01/2014:

ANEXO I:



II.5. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional, informando:

II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.

ANEXO II:

II.5. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional, informando:

pertencem.

II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.

Redação Proposta:

ANEXO I

ETAPA II- INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS PARTES

II.5. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes de cada grupo econômico detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante, informando: (...).

II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes de cada grupo econômico detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.

ANEXO II

ETAPA II- INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS PARTES

II.5. Indique os grupos econômicos a que pertencem as partes diretamente envolvidas na operação e forneça uma lista de todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado pertencentes aos grupos econômicos, com atividades no território nacional, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes de cada grupo econômico detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante, informando: (...).

II.9. Informe todas as atividades econômicas desempenhadas pelas demais empresas que fazem parte dos grupos econômicos envolvidos na operação, no Brasil, que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes de cada grupo econômico detenha participação igual ou superior a 10% no capital social ou votante. Classifique-as segundo a CNAE 2.0 a 7 dígitos ou versão mais atual.

JUSTIFICATIVA:

Visando simplificar a apresentação das informações pelas empresas, bem como facilitar a análise dos atos de concentração pelo CADE, a ABRASCA apresenta como sugestão a extensão da limitação "*que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da operação, nas quais pelo menos um dos integrantes de cada grupo econômico detenha participação igual ou superior a 10% do capital social ou votante*", prevista no item II.10 do Anexo I da presente minuta, para os itens II.5 e II.9 do Anexo I; e para os itens II.5 e II.9 do Anexo II.

CONSULTA PÚBLICA Nº 02/2014



I.

ROPOSTA DE REDAÇÃO PARA O ARTIGO 109:

Redação da Consulta Pública nº 02/2014:

Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109.

Redação Proposta:

Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores ou em mercado de balcão independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109.

Art. 109-B: Nas operações de oferta pública de ações de que trata o art. 109, bem como nas operações realizadas em bolsa de valores ou em mercado de balcão de que trata o art. 109-A, fica automaticamente autorizado o exercício dos direitos políticos relativo à participação adquirida quando se trate de aquisição de participação minoritária de que tratam os arts. 9-II e 10 da Resolução CADE nº 2/2012.

JUSTIFICATIVA:

De forma bastante correta, a proposta de regulamentação permite a consumação imediata de operações realizadas em bolsa de valores, mas sujeitando-as às mesmas limitações estabelecidas pelo atual art. 109 do Regimento Interno do CADE sobre os direitos do adquirente das ações até a aprovação da operação pelo CADE: (i) fica proibido o exercício dos direitos políticos relativos às ações adquiridas (art. 109, §1º); e (ii) o CADE pode, a pedido das partes, conceder autorização para exercício dos direitos políticos quando necessário para proteção do investimento (art. 109, §1º).

Inicialmente, é importante incluir na proposta de regulamentação todos os ambientes de negociação em mercado secundário; assim, não apenas as operações em *bolsa de valores*, mas também aquelas em *mercado de balcão* deveriam estar contempladas no novo art. 109-A que se pretende incluir.

Além disso, quando se tratar de operação de *aquisição de participação minoritária*, seria possível autorizar desde logo o exercício pleno dos direitos políticos por parte do investidor, de forma a garantir maior transparência do mercado de capitais e melhor proteção dos investidores: na medida em que se trata de mero *investimento passivo*, sem aquisição de controle, os direitos políticos destinam-se substantivamente a proteger o valor patrimonial do investimento. Nesse sentido, sugere-se a inclusão de um art. 109-B, que autorize desde logo o

exercício de direitos políticos quando se trate de aquisição de participação minoritária de que tratam os arts. 9-II e 10 da Resolução CADE n.º 2/2012 (e eventualmente também quando se trate do art. 11, a depender do resultado final da Consulta Pública 01/2014, também em curso).

CONSULTA PÚBLICA N.º 03/2014:



I. PROPOSTA DE REDAÇÃO PARA O ARTIGO 2º DA RESOLUÇÃO Nº 8 DO CADE:

Redação da Consulta Pública nº 03/2014:

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 4º da Resolução nº 2.

Redação Proposta:

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

I – entre concorrentes, em que a participação de mercado de pelo menos uma das partes contratantes seja de vinte por cento (20%) ou mais do mercado relevante afetado pela operação; ou

II – entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, em que pelo menos uma das partes contratantes detenha trinta por cento (30%) ou mais do respectivo mercado relevante.

Parágrafo 1º. Para fins deste artigo, apenas serão objeto de análise os contratos associativos mencionados nos incisos I e II, desde que preenchidas as seguintes condições:

a) o contrato estabeleça o compartilhamento de resultados entre as partes; e

b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática, por prazo superior a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único~~2º~~1º. 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 4º da Resolução nº 2, sendo certo que, quanto às relações verticais, serão considerados verticalmente relacionados os agentes econômicos atuantes na mesma indústria, assim entendidos os elos da cadeia produtiva em que um seja insumo para o elo subsequente da referida cadeia.

Parágrafo 3º. Não serão objeto de análise os contratos que não tenham por objeto a efetivação de atos de concentração, ainda que firmados entre concorrentes ou agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado.

JUSTIFICATIVA:

A consulta pública apresenta a minuta que visa disciplinar e tornar mais claro o conceito e critérios de notificação da celebração de contratos associativos, conforme disposto no artigo 90, IV, da Lei 12.529/2011.

De acordo com a resolução, considera-se associativo, qualquer contrato celebrado:

(i) entre concorrentes; e

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

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

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

Ademais, segundo o parágrafo único da resolução, para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos.

Ocorre que, é de preocupação desta associação a análise extensiva concedida aos contratos celebrados entre concorrentes, que diferentemente dos contratos celebrados entre agentes econômicos que atuam em mercado verticalmente relacionado, não contêm uma limitação com relação à concentração de mercado.

A aplicação ampla desse inciso I poderia, outrossim, gerar uma demanda elevada de atos de concentração a serem analisados pelo CADE, além de elevar o custo da operação entre as empresas envolvidas no processo.

Assim, visando evitar qualquer prejuízo em caso de aprovação da minuta de resolução na forma apresentada, a ABRASCA considera importante que o inciso I também contenha uma limitação quanto à participação de mercado das partes contratantes no mercado afetado pela operação.



Ademais, integrações verticais em que uma das partes tenha apenas 20% (vinte por cento) de participação de mercado dificilmente resultariam em efeitos negativos para a concorrência. Tal fato, inclusive, parece ser a motivação que levou a Consulta Pública nº 1/2014 a elevar o patamar para enquadramento de operações no rito sumário de 20% (vinte por cento) para 30% (trinta por cento) em casos envolvendo integrações verticais. A ABRASCA sugere, portanto, a alteração da redação do inciso II do artigo 2º para que se indique o patamar de 30% (trinta por cento).

Por fim, operações envolvendo exclusividade por curto período também dificilmente resultariam em efeitos negativos para a concorrência. Note-se que a jurisprudência do CADE é vasta no que tange à regularidade de cláusulas que estabeleçam o prazo de 5 (cinco) anos exclusividade. A ABRASCA considera relevante restringir a necessidade de notificação para operações que acarretem em exclusividade por prazo superior a 5 (cinco) anos, de forma que a cláusula abarque apenas operações que, ao menos potencialmente, possam ser relevantes no ponto de vista concorrencial.

* * * * *

Email secured by Check Point



ABIQUIM



Luiza Kharmandayan

De: Luiza Helena da Matta Ribeiro [luiza@abiquim.org.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 17:56
Para: Consulta 032014
Cc: Fernando Figueiredo; Presidencia Abiquim
Assunto: Consulta Pública n.º 3/2014 - Resolução n.º 8

Ref.: Consulta Pública n.º 3/2014 - Resolução n.º 8 que 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

Ilustríssimo Sr. Dr. Presidente do E. Conselho Administrativo de Defesa Econômica,

A Associação Brasileira da Indústria Química – ABIQUIM, com base nos subsídios fornecidos por sua Comissão de Assuntos Jurídicos e Tributários, aproveita a oportunidade em referência para, humildemente, tecer comentários e auxiliar o E. CADE nesse esforço em definir contratos associativos, pois, entendemos que a definição como ora está sendo proposta desencadela uma série de consequências negativas para todo o mercado brasileiro, inclusive, para a indústria

Sabemos que grande parte dos contratos entre concorrentes são corriqueiros e não afetam, de modo algum, a concorrência. A notificação de contratos que não possuam como característica a cooperação entre as partes em prol de um objetivo comum, tais como meros contratos de fornecimento ou prestação de serviços, conduzidos pelas empresas para a consecução usual de suas atividades, traria dificuldades tanto do ponto de vista técnico – para justificar a relevância de sua análise do ponto de vista antitruste – quanto fático, na medida em que seria impraticável ao CADE receber para análise milhares de novos atos de concentração por dia.

Em sendo simples acordos, sem qualquer potencial anticompetitivo, conseqüentemente, não é salutar que sejam considerados como atos de concentração. Dessa forma, *data vênia*, entendemos que a Resolução proposta deve ser alterada, de modo a estabelecer critérios limitadores à apresentação dos contratos para o juízo preliminar desta Agência.

Na falta de uma limitação, além de um enorme aumento dos contratos notificados, gerando ineficiências no sistema de defesa da concorrência, haverá o engessamento dos negócios nacionais. Com certeza, não é esse o objetivo da referida Autoridade. Assim, passamos a expor nossas razões:

- Os contratos serão associativos desde que estabeleçam o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;
- Entendemos ser necessário estabelecer um critério temporal relacionado à cláusula de exclusividade. Uma vez que, havia jurisprudência pacífica do próprio CADE no sentido de que contratos com cláusulas de exclusividade inferiores a cinco anos não são capazes de produzir efeitos anticompetitivos;
- No que tange o contrato associativo, é inerente a ele a definição de uma união de interesses, com a intenção de desempenhar atividade comum. Diante disso, mostra-se imprescindível a existência, nessa Resolução, de elementos que requeiram a cooperação entre as partes e a relação destas com o objeto contratual;
 - o Dentre os contratos que não se enquadram nestas características estão todos aqueles firmados pelas empresas para o desempenho de suas atividades meramente administrativas, a exemplo de contratos de compartilhamento de transporte de



funcionários, contratos de serviços médicos emergenciais, manutenção compartilhamento de infraestrutura não diretamente ligada à atividade fim das empresas;

- o Daí também a necessidade de limitar-se a análise de sobreposição horizontal ou integração vertical, exclusivamente, às partes diretamente envolvidas no contrato, no mercado relevante objeto do contrato firmado.

Além disso, apenas a título de comparação, na União Europeia não há obrigatoriedade de notificação dos contratos de fornecimento e de distribuição, apenas, sendo feito o controle de condutas nos contratos que possam de fato restringir a concorrência, quando firmados por empresas que detenham no mínimo 30% do mercado relevante em que atuam – consoante regras estabelecidas no Regulamento (UE) nº 330/2010 relativo à aplicação do artigo 101, nº 3 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia à determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

As exceções a essa regra aplicam-se, apenas, quando há alguma das chamadas restrições *hardcore* (fixação de preço de revenda, delimitação territorial entre distribuidores, distribuição seletiva e proibição de aquisição, por consumidores finais, de peças de reposição).

Nos Estados Unidos, também não há qualquer previsão nesse sentido, limitando-se às autoridades concorrenciais ao exame de condutas.

Por fim, as sugestões ora enviadas visam delimitar a obrigatoriedade de submissão ao CADE, de modo que somente os contratos que possuam, em tese, algum potencial concorrencialmente sejam levados à análise da autoridade. Abaixo, seguem as sugestões que julgamos pertinentes:

RESOLUÇÃO 8 – REDAÇÃO DA CONSULTA PÚBLICA	RESOLUÇÃO 8 – SUGESTÃO DE REDAÇÃO
<p>Art. 2º: Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei n.º 12.529/2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I) Entre concorrentes;</p> <p>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:</p> <p>a) O contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) Do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática</p> <p>Parágrafo Único: Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam</p>	<p>Art. 2º: Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei n.º 12.529/2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado com a intenção de desempenhar atividade de cooperação entre as empresas diretamente envolvidas na operação, nas seguintes hipóteses:</p> <p>i) Entre concorrentes quando, cumulativamente:</p> <p>a. As partes forem concorrentes no mercado específico objeto do contrato;</p> <p>b. Pelo menos uma das partes tenha 30% ou mais do mercado relevante objeto do contrato;</p> <p>c. O contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes, derivados diretamente da atividade comum; e</p> <p>d. Do contrato decorra relação de exclusividade superior a 5 (cinco) anos.</p> <p>ii) Entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, quando,</p>

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 deste artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução n. 2.

compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes, derivados diretamente da atividade comum; e

- d. Do contrato decorra relação de exclusividade superior a 5 (cinco) anos.

ii) Entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, quando, cumulativamente:

- a. Todas as partes envolvidas tenham 20% ou mais do mercado relevante objeto do contrato;
- b. O contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes derivados diretamente da atividade comum; e
- c. Do contrato decorra relação de exclusividade superior a 5 (cinco) anos.

Parágrafo Primeiro: Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos deste artigo, devem ser consideradas apenas as atividades das partes contratantes em face do objeto específico do contrato.

Parágrafo Segundo: Para os fins deste artigo, não se considera contrato associativo aquele conduzido com clientes e fornecedores para desempenho das atividades administrativas do agente econômico.

Atenciosamente,



Luiza Helena da Matta Ribeiro
Assessora de Assuntos Jurídicos
Tel: 11 2148-4727
Cel: 11 99488-4324

Imprima esta mensagem somente se necessário. Ajude a preservar o meio ambiente.

AVISO LEGAL: Esta mensagem e arquivo(s) podem conter informações confidenciais e/ou legalmente protegidas. Caso tenha recebido por engano, favor devolvê-la ao remetente e eliminá-la do seu sistema, não divulgando ou utilizando a totalidade ou parte desta mensagem ou dos documentos e/ou anexados.

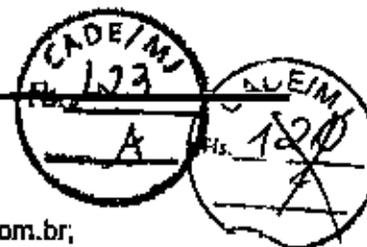
LEGAL NOTICE: This message and attached document(s) may contain information of confidential nature and/or legally protected. If you have received this message by mistake, please reply to the sender, eliminate it from your system and do not disclose or use this message or the attached documents, in whole or in part

Email secured by Check Point



PETROBRAS

Luíza Kharmandayan



De: alexmessenger@petrobras.com.br
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 18:07
Para: Consulta 032014
Cc: eduardofrias@petrobras.com.br; anapaulaacuy@petrobras.com.br; eslocosta@petrobras.com.br; andretosles@petrobras.com.br
Assunto: Consulta Pública n.º 03 apresentada pelo CADE em 18/02/2014. Apresentação de sugestões pela Petrobras à minuta disponibilizada pela autoridade antitruste
Anexos: Contribuição em Consulta Pública_3_2014.docx

Prezados,

Segue contribuição da Petrobras em relação à Consulta Pública n.º 3/2014.

Atenciosamente,

Alex Azevedo Messeder

Petróleo Brasileiro S.A - PETROBRAS
JURIDICO/JAE/CJ-DC
Jurídico da Área Estratégica
Coordenação de Direito da Concorrência
e-mail: alexmessenger@petrobras.com.br
Tel.: (0xx21) 3224-8786 - Fax: (0xx21) 3224-4290
Cel.: (0xx21) 9572-6235
Chave: JUG1

(See attached file: Contribuição em Consulta Pública_3_2014.docx)

"O emitente desta mensagem é responsável por seu conteúdo e endereçamento. Cabe ao destinatário cuidar quanto ao tratamento adequado. Sem a devida autorização, a divulgação, a reprodução, a distribuição ou qualquer outra ação em desconformidade com as normas internas do Sistema Petrobras são proibidas e passíveis de sanção disciplinar, cível e criminal."

"The sender of this message is responsible for its content and addressing. The receiver shall take proper care of it. Without due authorization, the publication, reproduction, distribution or the performance of any other action not conforming to Petrobras System internal policies and procedures is forbidden and liable to disciplinary, civil or criminal sanctions."

"El emisor de este mensaje es responsable por su contenido y direccionamiento. Cabe al destinatario darle el tratamiento adecuado. Sin la debida autorización, su divulgación, reproducción, distribución o cualquier otra acción no conforme a las normas internas del Sistema Petrobras están prohibidas y serán pasibles de sanción disciplinaria, civil y penal."

Email secured by Check Point



PETROBRAS



Consulta Pública CADE n.º 03/2014. Contribuição da Petrobras

E-mail Indicado pelo CADE para envio de sugestões: consulta032014@cade.gov.br

Autoria: Departamento Jurídico da Petrobras

Data: 22/04/2014

Síntese: Consulta Pública n.º 03 apresentada pelo CADE em 19/02/2014. Apresentação de sugestões pela Petrobras à minuta disponibilizada pela autoridade antitruste. Prazo para envio dia 22/04/2014.

Histórico:

O CADE submeteu à sociedade, em 19/02/2014, a Consulta Pública n.º 03 que trata sobre minuta de Resolução n.º 08, a qual versa sobre a definição de contratos associativos, hipótese de notificação obrigatória ao órgão antitruste, desde que preenchidos os requisitos da Lei 12.529/11.

Assim sendo, seguem as sugestões do Jurídico da Petrobras com as suas respectivas justificativas.

Consulta Pública n.º 03/2014:

Justificativas:

A Resolução n.º 08 é a que apresenta maior reflexo para a atividade Petrobras. Nesse contexto, são apresentadas as seguintes justificativas ao CADE para a citada resolução:

- a) Na visão da Petrobras, a referida proposta de resolução não refletiria os objetivos da Lei nº 12.529/11 (LDC), cujo intuito é limitar as hipóteses de controle de estruturas pelo CADE aos atos de concentração em sua acepção rigorosa e estrita;
- b) a mencionada proposta de resolução também estaria em desacordo com a intenção do legislador e do próprio CADE de focar o controle de concentrações nas operações que demonstrem efetiva relevância concorrencial, aumentando a efetividade da atuação do órgão antitruste brasileiro;
- c) a proposta de resolução padeceria de excessiva amplitude e alto grau de subjetivismo, o que acarretaria insegurança jurídica e elevada probabilidade de burocratização das atividades das empresas e do próprio CADE;
- d) o teor apresentado pela resolução proposta impactaria severamente as atividades econômicas que são desempenhadas pelo Sistema Petrobras, que teria um número vultoso de contratos de escasso ou nenhum interesse concorrencial provavelmente abrangidos pelos critérios propostos.
- e) o conteúdo da resolução proposta exerceria forte impacto negativo nas atividades que envolvam cooperação técnico-científica entre os agentes econômicos, ou seja, que compreendem o desenvolvimento de atividades ligadas à inovação, pesquisa e desenvolvimento;
- f) os contratos associativos são distintos dos contratos comutativos, na medida que os primeiros se caracterizam pela cooperação entre as partes contratantes, diferentemente dos segundos em que existem interesses contrapostos. Nesse sentido, a cooperação entre as partes deve ser o objeto principal do acordo para a sua adequada subsunção ao conceito de contrato associativo. Para tanto, sugere-se que seja compreendido como cooperação entre as partes a "exploração conjunta de atividade econômica", nos termos do entendimento exarado pelo CADE no AC nº 08700.008736/2012-92 (regido pela Lei 12.529/11) e conforme requisito da *commercial enterprise*, extraído da legislação norte-americana (*Sherman Act*);

- g) a jurisprudência do CADE tem apontado como características essenciais dos contratos associativos (requisitos cumulativos) aqueles estipulados entre agentes econômicos em linha horizontal ou vertical em que, cumulativamente:
- g.i) haja o estabelecimento de interesses convergentes entre as partes, que é caracterizado pelo compartilhamento de receitas e prejuízos entre elas; e
 - g.ii) haja previsão de cláusulas consideradas sensíveis ao direito da concorrência, ou seja, cláusulas cujo objeto ou efeito seja o de restringir a concorrência, tais como: cláusulas de exclusividade, não competição, etc.
- h) Faz-se necessário excepcionar do requisito da relação de exclusividade as hipóteses de exclusividades decorrentes de exigência normativa, tais como, p.ex., a exclusividade imposta aos contratos de fornecimento entre distribuidoras e postos bandeirados pelo art. 25, §2º, II, da Resolução ANP 41/2013 e art. 16-A, §1º, da Portaria ANP 29/1999.
- l) com relação à sugestão de inclusão de um quinto parágrafo, a fim de evitar o engessamento do livre exercício da empresa, sugere-se a exclusão das operações absolutamente corriqueiras ao dia-a-dia das sociedades. A sugestão funda-se no sistema norte-americano, para o qual as "transferências resultantes do curso regular de determinado negócio", bem como as "aquisições no curso ordinário do negócio" são excluídas de notificação à autoridade antitruste. Reforce-se que a redação proposta garante ao CADE a possibilidade de pedir a notificação de operações que entenda serem atos de concentração.

Proposta:

Diante do acima exposto, segue a proposta abaixo:

(Os acréscimos à redação original estão realçados em amarelo e as supressões tachadas em vermelho)

Redação proposta pelo CADE	Redação proposta pela PETROBRAS
<p>RESOLUÇÃO Nº 8</p> <p><i>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.</i></p> <p>O PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 9º, XV da Lei nº 12.529 de 2011, nos termos do art. 53, caput, e do art. 54, inciso I da mesma lei, RESOLVE:</p> <p>Art. 1º Esta resolução disciplina as hipóteses de notificação da celebração de <i>contrato associativo</i>, de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529 de 2011.</p>	
<p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>1 – entre concorrentes; ou</p>	<p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado para a ^{exploração} exploração ^{conjunta} conjunta de atividade econômica:</p> <p>1 – entre concorrentes; ou</p>

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.

~~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.~~

~~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.~~

~~Parágrafo único. Para afetar 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.~~

~~§ 1º - Em qualquer das hipóteses do art. 2º, deverá ser 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, ressalvadas as hipóteses de exigência normativa;~~

~~§ 2º - Não serão considerados contratos associativos;~~

~~I - os negócios jurídicos de cooperação técnico-científica entre os agentes econômicos e/ou concorrentes que visem exclusivamente inovação, pesquisa e desenvolvimento;~~

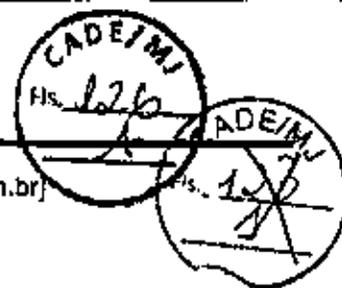
~~II - os acordos de confidencialidade e quaisquer acordos não vinculativos, incluídos aqueles que visem apenas ao estudo de oportunidades de negócio entre concorrentes e/ou agentes econômicos.~~

~~§ 3º. Nas hipóteses do parágrafo anterior, caso os agentes econômicos e/ou concorrentes decidam se associar para a exploração econômica dos resultados da cooperação técnico-científica ou para a realização de negócio objeto de estudo prévio, essas operações deverão ser previamente~~

<p>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 4º da Resolução nº 2.</p>	<p>notificadas ao CADE.</p> <p>§ 4º - Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades-fim das Partes, diretamente envolvidas na operação.</p> <p>§ 5º - A previsão do caput não se aplica aos contratos ordinários, próprios ao exercício regular da empresa, celebrados para desenvolver de forma direta as atividades-fim da sociedade, garantido ao CADE o disposto no art. 88, §7º da lei nº 12.529/11.</p>	
<p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>		

Luiza Kharmandayan

De: Maria Eugenia Novis - (MEG) [MNovis@machadomeyer.com.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 18:10
Para: Consulta 032014
Cc: Direito da Concorrência
Assunto: Consulta Pública - Comentários Machado Meyer
Anexos: Comentários Consulta Pública No. 3.DOCX



Prezados Senhores,

Cumprimentamos E. Conselho Administrativo de Defesa Econômica pela iniciativa de aprimorar a legislação de defesa da concorrência por meio da regulamentação de certos dispositivos. Trata-se de medida louvável, que amplia a segurança jurídica sob a perspectiva dos administrados e promove a utilização mais eficiente dos recursos desta autarquia no exercício das suas competências.

Em atenção à Consulta Pública nº. 3/2014, que submete proposta de Resolução que regulamenta o art. 90, inciso IV da Lei nº 12.529 de 2011, vimos respeitosamente apresentar comentários e sugestões com o intuito de contribuir para o aperfeiçoamento do regime de controle de estruturas em nosso país.

Esperamos ter contribuído para a reflexão sobre alguns pontos julgados sensíveis e estamos à disposição de V. Sas. para quaisquer esclarecimentos.

Atenciosamente,

Machado Meyer Advogados

Email secured by Check Point

Consulta Pública nº 03/2014

Redação original	Redação proposta	Comentários e sugestões
<p>× Não aplicável.</p>	<p>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.</p> <p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considere-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I – entre concorrentes; ou</p> <p>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:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p>	<p>A redação proposta sugere que todos os contratos entre concorrentes têm potencial de gerar algum um risco concorrencial que justificaria seu controle prévio pelo CADE.</p> <p>No entanto, esta premissa carece de qualquer suporte. É corriqueira a celebração de diversos contratos entre concorrentes desprovidos de qualquer relevância concorrencial, como por exemplo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • a simples locação de imóveis, ou seja, a locação que não implica a transferência de posse sobre ativos destinados a uma atividade empresarial; • a realização de empréstimos sindicalizados entre instituições financeiras; • A realização de acordos de compartilhamento de infraestrutura em diversos setores como telecomunicações, energia, gás e petróleo, etc.



	<p>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 4º da Resolução nº 2.</p> <p>Art. 3º Essa Resolução entra em vigor na data de sua publicação.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • A celebração de contratos de industrialização por encomenda, • os contratos de franquia em que o franqueador tem lojas próprias, • etc. <p>Se mantida, a redação proposta provocaria grande insegurança jurídica e aumento substancial dos atos de concentração submetidos ao CADE sem qualquer benefício à coletividade.</p> <p>Nesse contexto, propomos limitar a hipótese de "contrato associativo" basicamente a contratos entre concorrentes que tenham por objetivo a cooperação empresarial, que, de acordo com a lição de Calixto Salomão, proporciona a uniformização de comportamentos ou realização de atividade conjunta, mas não interfere na autonomia de cada empresa, que permaneça independente nas atividades não sujeitas ao acordo.</p> <p>Propomos ainda limitar tal hipótese aos contratos entre agentes</p>
--	---	--

<p>verticalmente integrados que tenham efetivamente algum condão de provocar fechamento de mercado, observando inclusive a proposta de alteração do patamar mínimo para aplicação do rito sumário em casos de relação vertical, conforme Consulta Pública nº 1/2014.</p>	<p>A aplicação do patamar de 30%, ademais, encontra respaldo na prática da Comissão Europeia.¹</p> <p>Nesse sentido, sugerimos a seguinte redação para o artigo 2o:</p> <p>Sugestão de redação:</p> <p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato:</p> <p>I – que implique a cooperação empresarial entre concorrentes que detenham participação conjunta no mercado relevante sujeito à</p>
--	--

¹ Veja artigo 3º do Regulamento nº. 330/2010: A isenção prevista no artigo 2.o é aplicável na condição de a quota de mercado do fornecedor não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que vende os bens ou serviços contratuais e de a quota de mercado do comprador não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que compra os bens ou serviços contratuais.

TEX. T. 357649795-100173



<p>uniformização de comportamentos ou realização de atividade conjunta de pelo menos 20%, desde que o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e despesas entre as partes;</p> <p>II – entre agentes econômicos que atuem em mercados verticalmente relacionados, sempre que pelo menos um deles detenha participação de pelo menos 30% no mercado relevante para o contrato, desde que do contrato decorra relação de exclusividade por prazo superior a 2 (dois) anos.</p> <p>Parágrafo único. Para afetar 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 4º da Resolução nº 2, que, direta ou indiretamente, estejam obrigadas ou se submetam a todos ou a parte dos efeitos do contrato.</p>	
---	--



AGROBIO

Luiza Kharmandayan

De: Ellane Kay - AGROBIO [ellane.kay@agrobio.org.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 18:34
Para: Consulta 032014
Cc: Flaya Rehrig - AGROBIO
Assunto: Consulta Pública no. 03/2014 - Manifestação AgroBio
Anexos: Súmula 04.pdf; AgroBio Estatuto Social 6a Alteração.pdf; 041 14 - Manifestação Consulta Pública CADE.pdf



Ao Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica,

Vimos através da presente encaminhar manifestação à Consulta Pública no. 03/2014, cópia do nosso Estatuto Social e Súmula do CADE no. 04, de 09 de dezembro de 2009.

Permanecemos à disposição para quaisquer esclarecimentos.

Ellane Kay
Diretora Executiva
Executive Director

www.agrobio.org.br

TEL +55 (11) 5912-4491
CEL +55 (11) 5912-4499

Rua Cubatão, 86 | Conj 907
Vila Mariana - São Paulo - SP -
04013-000

 **AgroBio**
Brasil

Esta mensagem e seus anexos podem conter informações privilegiadas e/ou de caráter confidencial. Não poderão ser retransmitidas sem autorização do remetente. Se você recebeu esta mensagem por engano, por favor, avise imediatamente o remetente, respondendo o e-mail a ser seguido, apagar.

This e-mail contains proprietary information some of which may be legally privileged. It is for the intended recipient only. If an addressing or transmission error has misdirected this e-mail, please notify the author by replying to this e-mail, then delete the original message.



São Paulo, 22 de abril de 2014.
DE 041.14

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE
Sr. Vinícius Marques de Carvalho
Presidente

Ref.: Consulta Pública nº 03/2014 - Minuta de resolução que disciplina as hipóteses em que contratos associativos celebrados entre empresas que preencham os critérios de faturamento da Lei 12.529, de 2011, deverão ser notificados ao órgão antitruste.

Prezado Presidente,

A **AGROBIO – Associação das Empresas de Biotecnologia na Agricultura e Agroindústria**, que tem entre seus objetivos estatutários o de “liderar e coordenar atividades de defesa dos Interesses das associadas, no que se refere aos aspectos regulatórios e/ou legais, técnico-científicos, sociais, econômicos e ambientais relacionados a sementes, organismos geneticamente modificados, outras tecnologias de melhoramento genético vegetal e biossegurança”, vem, através da presente, encaminhar manifestação à consulta pública supramencionada, por considerar que a proposta poderá acarretar consequências negativas para as empresas que atuam no setor de biotecnologia agrícola.

Grande parte dos contratos entre concorrentes são comuns e não afetam, de modo algum, a concorrência. Contratos que têm por objetivo o desenvolvimento de estudos, parcerias, franquias, compra e venda simples de bens, fornecimento de Insumos, licenciamento de marca, de patente, de *know-how*, de tecnologia, entre outros, não são capazes de afetar a concorrência, desde que não estabeleçam o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes.

Nem todos os tipos de contratos entre concorrentes preveem cumulativamente o compartilhamento de receitas e prejuízos. Alguns se basam apenas em investimentos de ambas as partes (ex.: cooperação técnica para desenvolvimento de novos produtos, desenvolvimento de estudos, fornecimento de Insumos, etc). Outros, na divisão tão somente de receitas (ex.: licença de direitos de propriedade industrial). E, ainda, há aqueles que estabelecem diferentes formas de compensação das partes. Não há dúvida do caráter pró-competitivo desses contratos.

E, em sendo simples acordos sem qualquer potencialidade anticompetitiva, entendemos que não podem ser considerados como “associativos” e, conseqüentemente, como atos de concentração, motivo pelo qual pleiteamos uma alteração na redação, de modo a estabelecer um critério limitador entre os contratos celebrados entre concorrentes.

A ausência de um critério limitador aumentará significativamente o número de contratos notificados, gerando, muito provavelmente, ineficiência ao sistema e até mesmo o engessamento dos negócios no setor de biotecnologia, o que, com certeza, não é o objetivo deste Conselho.

Apenas a título de constatação, as autoridades concorrenciais dos Estados Unidos e Europa, que também adotam o regime de notificação prévia, não entendem necessária a notificação de contratos celebrados entre concorrentes, independentemente de sua natureza.

No tocante aos contratos celebrados entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, entendemos necessário estabelecer um critério temporal relacionado à cláusula de exclusividade. Havia jurisprudência pacífica do próprio CADE no sentido de que contratos com cláusulas de exclusividade inferiores a cinco anos não seriam capazes de produzir efeitos anticompetitivos, em analogia ao disposto na Súmula nº 4, de 09 de dezembro de 2009, aplicada a contrato de fornecimento de insumo pelo próprio Conselho (vide anexo).

Neste mesmo sentido, um contrato entre concorrentes sem previsão de exclusividade, *data venia*, não deve ser considerado de notificação obrigatória, justamente por seu caráter pró-competitivo que autoriza que diversos concorrentes tenham acesso ao mesmo tipo de contrato.

Abaixo, seguem as sugestões de redação:

RESOLUÇÃO 8 REDAÇÃO CONSULTA PÚBLICA	RESOLUÇÃO 8 SUGESTÕES DE REDAÇÃO
<p>Art. 2º: Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei n.º 12.529/2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>i) Entre concorrentes;</p> <p>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:</p> <p>a) O contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) Do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática</p>	<p>Art. 2º: Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei n.º 12.529/2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>i) Entre concorrentes;</p> <p>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 do contrato decorra relação de exclusividade, superior a 5 anos.</p> <p>Parágrafo único: Os contratos enquadrados nos incisos i e ii serão considerados associativos somente se houver o compartilhamento cumulativo de receitas e prejuízos entre as partes.</p>

Parágrafo Único: Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos Incisos deste artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2.

Parágrafo Único: Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos incisos deste artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº2.

Certos de que nossa manifestação será objeto de sua especial atenção e esperando poder contribuir para o aperfeiçoamento da proposta Inicial, agradecemos antecipadamente e nos colocamos à disposição para eventuais esclarecimentos complementares.

Cordialmente,


Ellane H. Kay
Diretora Executiva



Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE



SÚMULA Nº 04, DE 09 DE DEZEMBRO DE 2009.

O PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, no uso de suas atribuições, tendo em vista o decidido, à unanimidade, em Sessão Plenária de 09.12.2009, por meio do DESPACHO RES/CADE Nº 193/2009,

FAZ SABER QUE

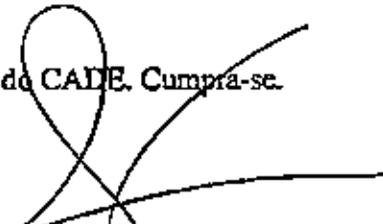
o Plenário aprovou o seguinte enunciado sumular:

“É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de *joint venture*, desde que guarde relação direta com seu objeto e que ãique restrita aos mercados de atuação”.

REFERÊNCIA:

- AC nº 08012.003001/2008-44
- AC nº 08012.007805/2008-12
- AC nº 08012.011642/2008-72
- AC nº 08012.002241/2008-21
- AC nº 08012.011889/2007-16
- AC nº 08012.000741/2007-48
- AC nº 08012.013792/2007-30
- AC nº 08012.013681/2007-23
- AC nº 08012.008850/2006-22
- AC nº 08012.000359/2006-53
- AC nº 08012.006197/2005-86
- AC nº 08012.005024/2004-60
- AC nº 08012.005578/2004-67
- AC nº 08012.000242/2003-27
- AC nº 08012.002428/2000-51
- AC nº 08012.007362/1999-17
- AC nº 08012.000337/2006-93
- AC nº 08012.000359/2006-53

Publique-se. Disponibilize-se no sítio do CADE. Cumpra-se.


ARTHUR SANCHEZ BADIN
Presidente do CADE

ESTATUTO SOCIAL DA "AGROBIO - ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE BIOTECNOLOGIA NA AGRICULTURA E AGROINDÚSTRIA" - 6ª ALTERAÇÃO

CNPJ / ME: 08.739.611/0001-68

CAPÍTULO I - DA DENOMINAÇÃO, DA SEDE, DO FORTO E DO PRAZO DE DURAÇÃO

Artigo 1º - A AgroBio, Associação das Empresas de Biotecnologia na Agricultura e Agroindústria, Associação Civil, tem fins lucrativos ou qualquer convenção político-partidária e ideológica, reger-se pelo presente Estatuto Social e pelas disposições legais aplicáveis.

Artigo 2º - A AgroBio tem sede e foro na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Rua Cubatão nº 99, 9º andar, conj. 9025/5017, Paraisópolis, São Paulo, Estado de São Paulo, CEP 04013-000.

Parágrafo Único - A AgroBio poderá, por deliberação do Comitê Executivo, abrir, transferir, e/ou encerrar filiais de qualquer espécie, em qualquer parte do território nacional ou no exterior.

Artigo 3º - A AgroBio tem prazo de duração por tempo indeterminado.

CAPÍTULO II - DO OBJETO SOCIAL

Artigo 4º - A AgroBio tem por objeto:

- (a) Liderar e coordenar atividades de defesa dos interesses das empresas associadas, na que se refere aos aspectos regulatórios e/ou legais, técnico-científicos, sociais, econômicos e ambientais relacionados a sementes, organismos geneticamente modificados, outras tecnologias de melhoramento genético vegetal e biossegurança;
- (b) Representar as empresas associadas nas gestões relacionadas à regulamentação do uso de vegetais geneticamente modificados e seus derivados no Brasil, para pesquisa, produção, uso e comercialização, respeitando a legislação aplicável;
- (c) Antecipar-se, esclarecer e preparar as empresas associadas para possíveis impactos e/ou consequências do advento de novas alternativas tecnológicas para a agricultura, bem como em relação aos novos requerimentos e necessidades da cadeia de produção agrícola e agroindustrial;

(d) Lavar informações e esclarecimentos sobre o(s) tema(s) para as empresas associadas, interagindo proativamente com demais entidades públicas e privadas interessadas nos temas Biotecnologia e Biossegurança.

(e) Participar de associações e atividades afins;

(f) Propor medidas ou ações judiciais de interesse da Associação, assim como intervir na condição de "amicus curiae", mediante prévia autorização de seu Comitê Executivo.

CAPÍTULO III - DO PATRIMÔNIO SOCIAL

Artigo 5º - Todo patrimônio social é composto de dotações das Associações ou de terceiros. O patrimônio social deverá ser utilizado exclusivamente para a consecução dos objetivos da Associação e será administrado pelo Comitê Executivo.

Parágrafo Único - Serão nulos de pleno direito quaisquer atos contrários às finalidades da Associação.

CAPÍTULO IV - ÓRGÃOS DIRETIVOS DA AGROBIO

Artigo 6º - São órgãos diretivos da AgroBio:

- (a) Assembleia Geral;
- (b) Comitê Executivo;
- (c) Conselho Consultivo.

Parágrafo Único - A AgroBio terá um Diretor Executivo, que reportará ao Comitê Executivo.

SEÇÃO I - DA ASSEMBLEIA GERAL

Artigo 7º - A Assembleia Geral é órgão soberano da Associação e reunir-se-á, ordinariamente, no final do mês de abril de cada ano, para discutir e deliberar sobre as Demonstrações Financeiras, examinar os relatórios administrativos apresentados pelo Comitê Executivo referentes às atividades desenvolvidas pela Associação no exercício anterior, eleger membros do Comitê Executivo e/ou



Conselho Consultivo e outras matérias previstas no presente Estatuto Social. A Assembleia Geral reunida-á, extraordinariamente, sempre que o interesse social assim o exigir.

Parágrafo Primeiro: A Assembleia Geral poderá ser convocada por qualquer dos Associados Com Direito a Voto ou pelo Presidente do Comitê Executivo, mediante editais afixados na sede do AgroBio, com a antecedência de 15 (quinze) dias da data marcada para reunião.

Parágrafo Segundo: Os Associados Com Direito a Voto serão, ainda, convocados através de um dos seguintes meios: por e-mail, por fax, por telegrama ou por carta simples, enviados com a mesma antecedência prevista no parágrafo primeiro deste artigo.

Parágrafo Terceiro: A Assembleia Geral será presidida pelo Presidente do Comitê Executivo, que, eventualmente, convidará outro Diretor Sem Designação Especial para Secretário da Mesa.

Artigo 8º - A Assembleia Geral será instalada na hora prevista pelo edital de convocação, com a presença de, no mínimo 75% (setenta e cinco por cento) dos Associados Com Direito a Voto, quites com suas obrigações pecuniárias associativas. Não havendo o quorum mínimo, a Assembleia Geral poderá instalar-se 30 (trinta) minutos mais tarde com a presença de pelo menos 51 % (cinquenta e um por cento) dos Associados Com Direito a Voto, quites com suas obrigações pecuniárias associativas.

Parágrafo Primeiro: As deliberações da Assembleia Geral serão tomadas por maioria de votos simples e unânime dos Associados Com Direito a Voto presente, se maior quorum não for exigido por este Estatuto Social.

Parágrafo Segundo: As deliberações assembleares serão tomadas conforme o critério estabelecido no parágrafo primeiro deste artigo 8º supra. Entretanto, 30 % (trinta por cento) dos Associados Com Direito a Voto presentes poderão, em caráter excepcional, impugnar no ato o resultado da referida deliberação, a fim de que seja matéria(s) objeto de impugnação(s), de imediato, submetida(s) à reapreciação pela mesma Assembleia, mediante nova votação. Nesta hipótese específica, o número de votos a ser atribuído a cada Associado Com Direito a Voto será proporcional, em termos percentuais, ao aporte de recursos financeiros para o adimplemento do orçamento anual no exercício social em curso.

Parágrafo Terceiro: Será permitido o voto por procuração desde que os respectivos poderes específicos sejam concedidos exclusivamente em favor de mandatário pertencente aos quadros funcionais da Associação outorgante.

SEÇÃO II - COMITÊ EXECUTIVO

Artigo 9º - A Assembleia será administrada por um Comitê Executivo, cujo número de integrantes será idêntico ao número de Associados Com Direito a Voto no exercício social em questão, até o máximo de 10 (dez) membros, designados Diretores Sem Designação Especial, dentre os quais um será escolhido pela Assembleia Geral para o cargo de Presidente. O Comitê Executivo possuirá todos os poderes para, na forma estabelecida neste Estatuto Social, administrar e validamente obrigar a AgroBio.

Parágrafo Primeiro: O Comitê Executivo será escolhido pela Assembleia Geral, preferencialmente dentre os profissionais integrantes dos quadros dos Associados Com Direito a Voto da AgroBio, vedada, contudo, a presença de mais de 01 (um) integrante no Comitê a partir de um mesmo Associado Com Direito a Voto.

Parágrafo Segundo: Os Diretores Sem Designação Especial serão recomendados pelos Associados Com Direito a Voto, devendo ser a indicação aprovada pela Assembleia Geral.

Parágrafo Terceiro: A duração do mandato do Presidente do Comitê Executivo será de 2 (dois) anos, sendo permitida 1 (uma) reeleição sucessiva. A duração dos mandatos dos Diretores Sem Designação Especial que compõem o Comitê Executivo será de 2 (dois) anos, sendo permitidas sucessivas reeleições. Todos os membros do Comitê Executivo permanecerão em seus cargos, entretanto, até a eleição de seus substitutos ou sua própria reeleição, quando cabível.

Parágrafo Quarto: Os membros do Comitê Executivo terão isenção de prestar caução, como permitido por lei.

Parágrafo Quinto: As funções dos membros do Comitê Executivo serão exercidas sem qualquer remuneração.

Parágrafo Sexto: Na hipótese de ocorrência de empate em quaisquer deliberações do Comitê Executivo, o seu Presidente possuirá a prerrogativa de preferir, além do seu voto como membro do Comitê, um voto de desempate, de modo a resolver o impasse.

Parágrafo Sétimo - O Associado Com Direito a Voto que preferir designar do Comitê Executivo o representante por ele anteriormente indicado, deverá comunicar, formalmente e por escrito, sua intenção à Associação, caracterizando, assim, a renúncia automática do referido representante ao cargo diretivo até então ocupado.

Artigo 10º - A Assembleia será representada e obrigar-se-á:

[a] pela assinatura conjunta do Presidente e de um Diretor Executivo; ou

[b] pela assinatura conjunta de quaisquer dos Diretores ou do Presidente em conjunto com e de um procurador, este último quando assim estiver estabelecido no respectivo instrumento de

mandato e de acordo com a extensão dos poderes que nele se contiverem; ou

(f) pelo assentamento individual de um procurador, este último quando assim estiver estabelecido no respectivo instrumento de mandato e de acordo com a extensão dos poderes que nele contiverem, ficando ressalvado, entretanto, que a representação individual da Associação, nas suas condições, se restringirá à prática de atos de rotina perante repartições públicas federais, estaduais e municipais, autarquias, Secretaria da Receita Federal e suas Delegacias e Inspeções, empresas públicas e de economia mista, Banco Central do Brasil, Departamento de Comércio Exterior (Decex), Banco do Brasil S.A. e suas Cartilhas, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Telésp, estradas de ferro e empresas de transporte em geral quitadas por pagamentos feitos à Associação em cheques a favor desta, atos como preposto na Justiça do Trabalho, de pôrto em conta corrente da Associação. Os procuradores ad judicia também poderão representar a Associação individualmente.

Parágrafo Primeiro: As procurações ad negotia e ad judicia outorgadas pela Associação serão obrigatoriamente assinadas pelo Presidente e um Diretor e, com exceção daquelas outorgadas a advogados para representação da Associação em processos judiciais e administrativos, terão prazo de validade determinado de até 01 (um) ano e, para qualquer fim, vedado o substabelecimento sob pena de nulidade.

Parágrafo Segundo: É permitida a utilização de assinatura individual por meio eletrônico pelo Presidente e por qualquer um dos Diretores.

Artigo 11 - A prática de atos e a assinatura de contratos especiais e de outros documentos que acarretem obrigações para a Associação e/ou que envolvam terceiros de responsabilidades para com ela e que não estejam compreendidos no curso normal das atividades da entidade dependerá, sempre, para sua implementação, da prévia autorização do Comitê Executivo em forma a ser definida no Regulamento Interno.

Parágrafo Único: São considerados especiais os seguintes atos/contratos, mas não limitados a eles:

- (a) a aquisição, a alienação ou oneração de bens imóveis;
- (b) a contratação de empréstimos e financiamentos, exceto os de rotina administrativa; e
- (c) a confissão de dívidas.

Artigo 12 - São expressamente proibidos e serão considerados nulos de pleno direito quaisquer atos praticados por membros do Comitê Executivo, por procuradores ou empregados da Associação, que sejam estranhos ao objeto social e às atividades da Associação, tais como avais, fianças, endossos e outras garantias de favor, a menos que tais atos tenham sido previamente autorizados pela Assembleia Geral.

SEÇÃO VII - DO CONSELHO CONSULTIVO

Artigo 13 - A Associação terá um Conselho Consultivo, composto de até 10 (dez) membros, denominados Conselheiros, eleitos pela Assembleia Geral e que não possuirão direito a voto. O Conselho Consultivo não funcionará em caráter permanente e somente será instalado nos exercícios sociais em que sua atuação venha a ser solicitada pelos Associados Com Direito a Voto reunidos em Assembleia Geral ou pelo Comitê Executivo.

Parágrafo Primeiro - A duração do mandato dos Conselheiros coincidirá com o período de duração do mandato do Comitê Executivo.

Parágrafo Segundo - O referido órgão possuirá caráter meramente consultivo e as funções dos Conselheiros serão exercidas sem qualquer remuneração.

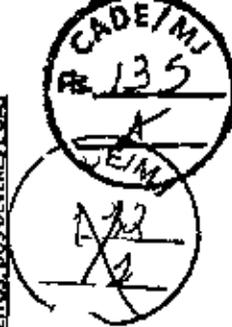
Parágrafo Terceiro - Os Conselheiros serão considerados óbedientemente empossados em seus cargos no primeiro dia de seu mandato, encerrando suas funções no último dia do período para o qual tiverem sido eleitos, sendo permitida a sua reeleição.

Parágrafo Quarto - Os Conselheiros não terão qualquer poder deliberativo na Associação, não podendo, consequentemente, nem votar, nem ser votados para os cargos do Comitê Executivo.

Artigo 14 - O Conselho Consultivo terá a função de orientar e assessorar tanto a Assembleia Geral como o Comitê Executivo da Associação, opinando e dando sugestões quanto às diretrizes da política geral a ser adotada pela Associação, para tanto, entre outros, coligindo e fornecendo-lhes informações que possam ser de seu interesse, bem como dando pareceres, tanto do ponto de vista técnico como administrativo sobre todas as matérias de interesse da Associação, que lhe venham a ser submetidas, sugerindo, caso necessário, à Assembleia Geral e ao Comitê Executivo, temas a serem tratados no âmbito da Associação.

Parágrafo Único - Os membros do Conselho Consultivo terão a qualificação, competência e funções previstas em regulamento específico a ser elaborado pelo Comitê Executivo e, em qualquer hipótese, caso o exercício de suas funções implique despesas, deverão elas, sempre, em momento anterior à sua realização, ser previamente aprovadas pelo Comitê Executivo.

CAPÍTULO V - DOS ASSOCIADOS - DAS RESPONSABILIDADES, DOS DIREITOS, DOS DEVERES E DAS PENALIDADES



Artigo 15 - A AgroBio congregará um número limitado de Associados, desde que pessoas jurídicas legalmente registradas e que, efetivamente, tenham algum interesse na área da biotecnologia vegetal, observadas as disposições deste Estatuto Social.

Artigo 16 - Os pedidos de filiação de novos Associados na AgroBio deverão ser encaminhados ao Comitê Executivo, mediante requerimento escrito, declinando a categoria associativa pretendida, acompanhado dos seguintes documentos:

- (a) cópia autenticada dos seus atos constituintes, acompanhada de cópia autenticada da ata da assembleia geral de eleição do seu comitê diretivo ou cópia autenticada do Contrato Social, bem como da sua última alteração;
- (b) cópia autenticada do seu cartão de inscrição no CNPJ/MF

Parágrafo Primeiro - O Comitê Executivo, após análise e decisão quanto à aceitação ou não do pedido de filiação levará o resultado ao conhecimento do requerente por meio de carta. Todas as deliberações de aprovação da novas filiações deverão, necessariamente, ser ratificadas pela Assembleia Geral.

Parágrafo Segundo - A negativa de ratificação pela Assembleia Geral implicará a não admissão do interessado nos quadros da AgroBio.

Parágrafo Terceiro - A AgroBio não está obrigada a fornecer ao requerente justificativa quanto aos motivos da não aprovação de seu pedido de filiação.

Parágrafo Quarto - Caso o requerente venha a ser aprovado nos quadros associados da AgroBio, para efetivar a sua admissão, juntamente com o pagamento da "taxa de filiação" e da "taxa associativa anual", pertencentes à categoria associativa que passará a integrar, ele deverá assinar o termo de adesão ao Código de Ética da Associação, caracterizando o pleno conhecimento de seu conteúdo e a irrestrita aceitação quanto aos seus termos.

Artigo 17 - Os Associados da AgroBio são classificados nas seguintes categorias:

- (a) Associado Com Direito a Voto; e
- (b) Associado Sem Direito a Voto.

Parágrafo Primeiro - O Associado Com Direito a Voto é aquele que participa das deliberações da Assembleia Geral, podendo votar e ser votado, e pode influir diretamente nas decisões tomadas pelo órgão, desde que, necessariamente, também efetue os aportes financeiros estabelecidos para o rateio do orçamento anual da AgroBio.

Parágrafo Segundo - No caso da existência de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, as empresas afiliadas entre si, apenas 02 (duas) delas poderão integrar os quadros associados da AgroBio na condição de Associado Com Direito a Voto, nascendo, entretanto, facultado às demais pessoas jurídicas a eventual filiação na condição de Associado Sem Direito a Voto.

Parágrafo Terceiro - O Associado Sem Direito a Voto é aquele que mesmo podendo participar das Assembleias Gerais, inclusive emitindo a sua opinião a respeito dos assuntos previstos na pauta, não pode votar e não pode ser votado, tampouco pode influir nas decisões tomadas pelo órgão. Do Associado Sem Direito a Voto não será exigida qualquer realização de aportes financeiros para o rateio do orçamento anual da AgroBio.

Parágrafo Quarto - O Associado Sem Direito a Voto poderá participar de reuniões do Comitê Executivo, ou apenas de parte delas, desde que autorizado pelo Presidente do órgão, mantendo estreitas, em todos os referidos eventos, a sua condição de participante convidado, sem poder deliberativo.

Parágrafo Quinto - Os Associados que participaram da fundação da AgroBio, anteriormente denominados "Membros Fundadores", serão integrados na categoria dos Associados Com Direito a Voto, podendo, desde logo, gozar de todas as prerrogativas inerentes.

Artigo 18 - São direitos dos Associados Com Direito a Voto:

- (a) utilizar-se dos serviços da AgroBio, nas condições e limites estabelecidos neste Estatuto Social e no Regimento Interno;
- (b) tomar parte, votar e ser votado nas Assembleias Gerais, em conformidade com o disposto no Estatuto Social;
- (c) requerer a convocação de Assembleia Geral Extraordinária, justificando tal(s) motivo(s) da convocação em requerimento devidamente assinado pelo representante do Associado convocador.

Artigo 19 - São direitos dos Associados Sem Direito a Voto:

- (a) utilizar-se dos serviços da AgroBio, nas condições e limites estabelecidos neste Estatuto Social e no Regimento Interno;
- (b) participar e manifestar-se nas Assembleias Gerais, sem poder, entretanto, votar e ser votado, em conformidade com o disposto no Estatuto Social.

Artigo 20 - São deveres dos Associados Com Direito a Voto:

(a) participar das Assembleias Gerais Ordinárias, Extraordinárias e Eleitorais;

(b) pagar integral e pontualmente as obrigações pecuniárias associativas a título de aportes financeiros para o rateio do orçamento anual da AgroBio na forma estipulada pelo Comitê Executivo e aprovada pela Assembleia Geral;

Artigo 21 - São deveres de todos os Associados, indistintamente:

(a) cumprir e fazer cumprir o Estatuto Social, o Regimento Interno e as decisões do Comitê Executivo;

(b) pagar integral e pontualmente as obrigações pecuniárias associativas, quais sejam, a "taxa de filiação", devida na ocasião da admissão nos quadros associativos, e a "taxa associativa anual", e serem, ambas, estipuladas pelo Comitê Executivo;

(c) cumprir e fazer cumprir as determinações das Assembleias Gerais Ordinárias, Extraordinárias e Eleitorais;

(d) cumprir e fazer cumprir o Código de Ética da AgroBio;

(e) prestar colaboração à AgroBio, visando ao estudo, à difusão e ao desenvolvimento dos seus objetivos fundamentais, prestigiando a Associação por todos os meios ao seu alcance;

(f) empenhar-se no desenvolvimento, bom nome e prestígio da Associação; e

(g) comunicar ao Comitê Executivo qualquer alteração em seu cadastro.

Parágrafo Primeiro - Os direitos e prerrogativas dos Associados são pessoais e não podem ser transferidos ou cedidos a terceiros, exceto no caso de aquisições ou fusões, em que o sucessor deve informar a AgroBio e reportar a assunção de todas as obrigações neste estatuto.

Parágrafo Segundo - Qualquer integrante dos quadros da Associação poderá renunciar à sua condição de Associado por meio de um pedido escrito enviado ao Comitê Executivo. A renúncia será considerada efetiva a partir da data do recebimento do pedido.

Parágrafo Terceiro - O Associado que renunciar à sua condição de Associado da AgroBio não terá direito à devolução, integral ou proporcional, dos valores pagos a título de taxa associativa anual ou de aportes de recursos financeiros para o rateio do orçamento anual do exercício em andamento ou do próximo que já tenha sido aprovado em Assembleia, nem mesmo à sua renúncia, na hipótese de terem sido apenas fixados, porém ainda não admitidos.

Artigo 22 - Os Associados da AgroBio são passíveis de exclusão dos quadros associativos nos



seguintes hipóteses:

(a) inadimplimento da taxa associativa anual ou dos aportes financeiros para o rateio do orçamento anual;

(b) Violação do Código de Ética, do Estatuto Social ou do Regimento Interno da AgroBio.

Parágrafo Primeiro - A proposta de exclusão será levada à apreciação da Assembleia Geral a ser convocada para este fim específico, mediante a iniciativa de, no mínimo 30% (trinta por cento) dos Associados Com Direito a Voto ou da maioria dos integrantes do Comitê Executivo.

Parágrafo Segundo - O Associado será excluído do quadro social mediante a aprovação de 2/3 (dois terços) dos Associados Com Direito a Voto reunidos em Assembleia Geral.

Parágrafo Terceiro - O Associado que for excluído, sob qualquer fundamento, do quadro associativo da AgroBio não terá direito à devolução, integral ou proporcional, dos valores pagos a título de taxa associativa anual ou de aportes de recursos financeiros para o rateio do orçamento anual, porém estará redimido de cumprir os valores vencíveis a partir daquela data.

Artigo 23 - Os Associados não responderão solidária nem subsidiariamente pelas obrigações sociais.

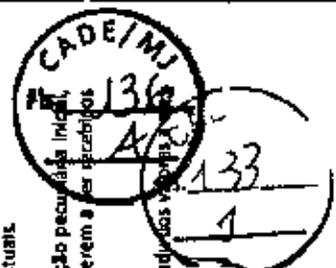
CAPÍTULO VI - DO ORÇAMENTO ANUAL E DOS APORTES DE RECURSOS

Artigo 24 - O orçamento anual e os critérios de rateio para o aporte de recursos financeiros atribuídos a cada um dos Associados Com Direito a Voto para cada exercício social serão definidos previamente ao seu início, sob proposta do Comitê Executivo, que deverá, para se tornar exigível, ser aprovada pela Assembleia. Os aportes de recursos extraordinários se submeterão a este mesmo rito de aprovação e estarão sujeitos à mesma fórmula de rateio.

Parágrafo Primeiro - Os Associados Com Direito a Voto recebem adiantados, exclusivamente no ano de sua filiação à AgroBio, proporcionalmente ao mês de ingresso, a título de obrigação pecuniária inicial, contribuirão com a quantia equivalente ao menor dos valores de cada indivíduo de aporte de recursos financeiros para o rateio do orçamento anual pago pelos Associados atuais.

Parágrafo Segundo - A destinação dos valores arrecadados a título de obrigação pecuniária inicial, nos termos do parágrafo acima, assim como quaisquer outros valores que vierem a ser recebidos pela AgroBio, será decidida pelo Comitê Executivo.

Parágrafo Terceiro - Os Associados Com Direito a Voto se obrigam pela totalidade dos valores



Lulza Kharmandayan



De: lulza.kharmandayan [lulza.kharmandayan@gmail.com]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 18:43
Para: Consulta 022014; Consulta 032014
Assunto: Fwd: Comentários IBRAC
Anexos: Comentários IBRAC à Consulta Cade 02 2014.pdf; Comentários IBRAC à Consulta Cade 03 2014.pdf

----- Forwarded message -----

From: José Busto <jose.carlos.busto@gmail.com>
Date: 2014-04-22 18:23 GMT-03:00
Subject: Comentários IBRAC
To: lulza.kharmandayan@gmail.com

COMENTÁRIOS DO IBRAC À CONSULTA PÚBLICA 03/2014 DO CADE

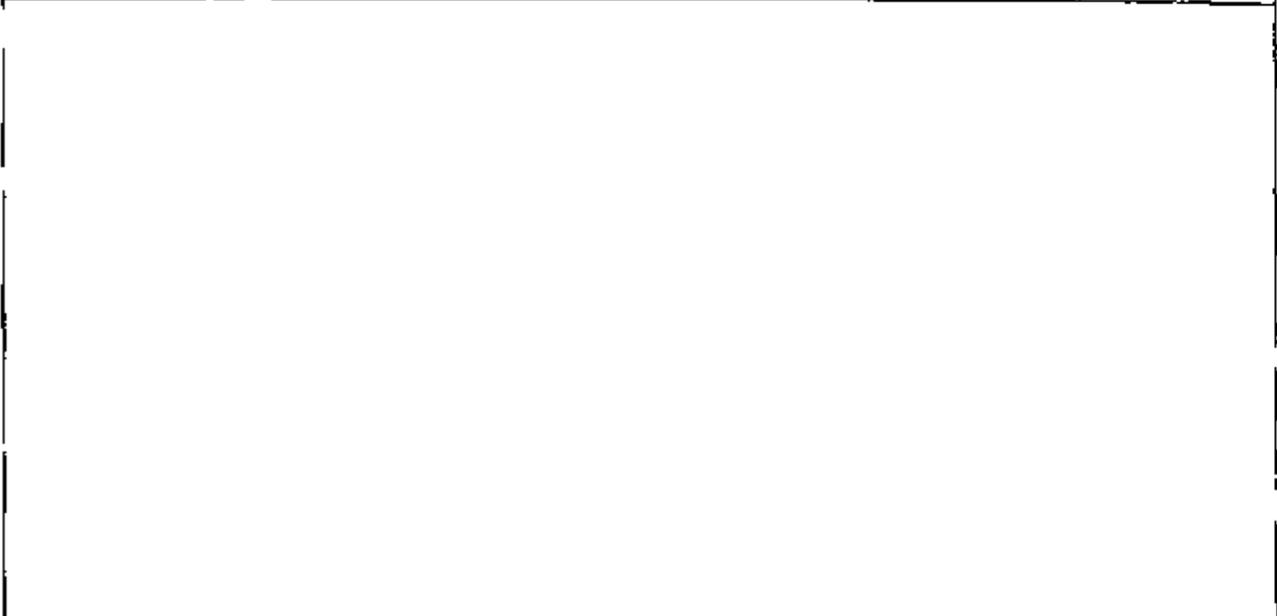
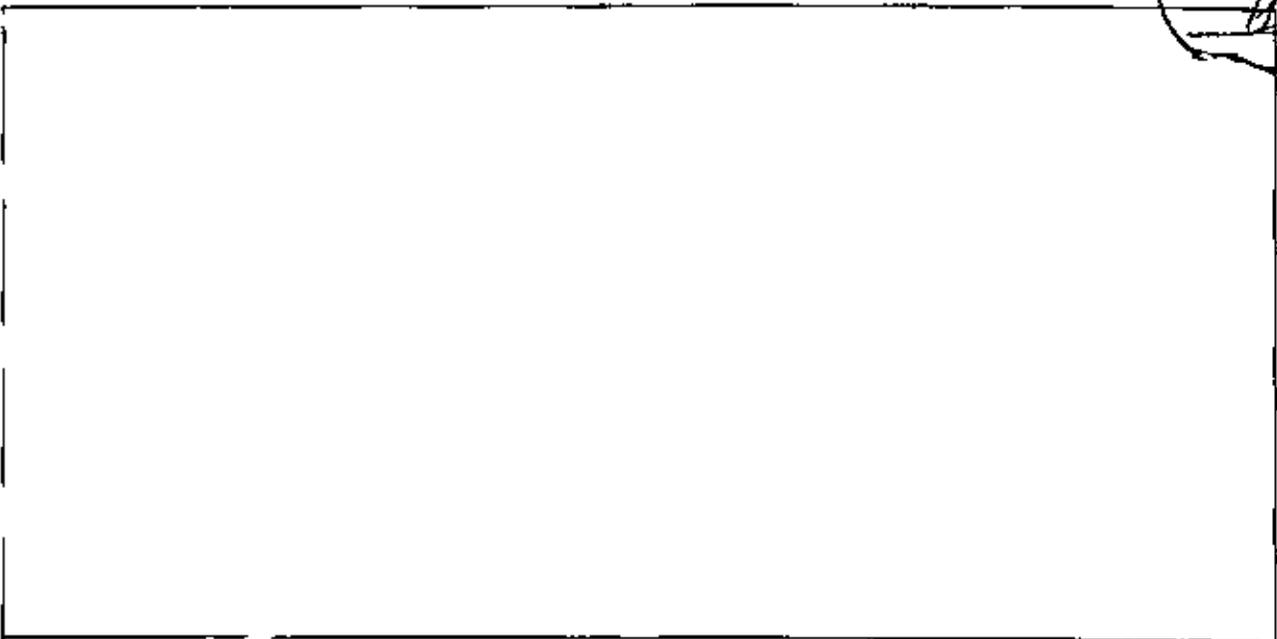


Requisição de Consulta Pública	Resposta do IBRAC	Comentários
<p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado:</p> <p>I - entre concorrentes, ou</p> <p>II - entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha voto por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou física.</p> <p>Parágrafo único. Para afetar 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 4º da Resolução nº 2.</p>	<p>Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato celebrado com a finalidade de cooperação entre as partes signatárias, em caráter mútuo, para o desenvolvimento conjunto de atividades econômicas, visando à produção de bens ou oferta de serviços, mediante o compartilhamento de ativos, lucros e prejuízos, mediante as seguintes condições:</p> <p>I - contratos entre concorrentes, sempre que a participação conjunta no mercado relevante afetado pelo contrato seja de 20% ou mais.</p> <p>II - contratos entre agentes econômicos que atuem em mercados verticalmente relacionados, sempre que pelo menos um deles detenha voto por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante, desde que, além de ser objeto de desenvolvimento conjunto de atividades econômicas, o contrato previja relação de exclusividade mútua por 2 anos.</p> <p>a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;</p> <p>b) do contrato decorra relação de exclusividade jurídica ou física.</p> <p>Parágrafo único. Para afetar 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 4º da Resolução nº 2/2012, sendo este</p>	<p>A inserção da condição "com a finalidade de cooperação" remonta à ideia de notificação de contratos que constituam um verdadeiro fim colaborativo entre as partes, estabelecido pelo compartilhamento de lucros e prejuízos.</p> <p>Contratos celebrados por concorrentes com menos de 20% de participação de mercado dificilmente terão o condão ou a potencialidade de afetar o mercado ou causar fechamento expressivo a ser alvo de preocupação concorrencial. Por isso, justifica-se a ampliação de um parâmetro usado para agentes verticalmente relacionados também para agentes horizontalmente relacionados.</p> <p>Em uma unidade de mercados, empresas celebram contratos de exclusividade por um período muito curto. Estes contratos, em matéria, não têm como efeito o fechamento de mercado, mas são somente assegurar o suprimento de determinado produto ou serviço em razão de falta temporária ou disponibilizar uma facilidade para uso de terceiro (contrato de comodato ou utilização de capacidade ociosa). Trata-se de negócios jurídicos de natureza procompetitiva, em que a exclusividade tem apenas um viés de evitar o efeito corona (free riding) sobre determinados investimentos específicos e, portanto, encontra clara justificativa econômica.</p> <p>Ademais, sugere-se a exclusão da previsão de que a exclusividade de "fato" leve à necessidade</p>

<p>que, quanto às relações verticais, serão considerados verticalmente relacionados os agentes econômicos atuantes na mesma indústria, assim entendidos os atos de cada uma direcionada em que um seja insuportável para o outro subsequente da referida cadeia;</p>	<p><u>Purgatório Secundário</u>. São exemplos de acordos empresariais que não se caracterizam como contratos associativos de notificação obrigatória: (a) os contratos e consórcios para construção, instalação ou melhoria de bens móveis, e imóveis, no âmbito de empreitada, por engenho, de terrenos; (b) os contratos de consórcio e financiamento de prédios residenciais ou comerciais; (c) os contratos societários ligados que não correspondam à atividade principal de empresa parte do contrato; e (d) contratos para pesquisa e desenvolvimento de tecnologias inovadoras.</p>
<p>de notificação, na medida em que é difícil identificar com precisão tal exclusividade (em última instância, a exclusividade de fato depende apenas da não contratação com terceiro no longo do período do contrato). Isso gera incertezas e custos injustificáveis em um regime de análise prévia. Também, acredita-se que dois anos seja um prazo razoável para dispensar de notificação os contratos com menor potencial ofensivo.</p>	<p>Além disso, apesar de nossa sugestão limitar a notificação aos contratos que estabeleçam uma real cooperação entre as partes, é importante que determinadas espécies, que muito dificilmente apresentam preocupações concorrenciais, sejam expressamente excluídas do conceito pela própria Resolução.</p>
<p>Por fim, observamos que a sugestão apresentada leva em consideração as orientações das autoridades norte-americanas em relação à formação de joint ventures entre concorrentes, presente no <i>Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors</i> (U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission), a medida em procura limitar as hipóteses de notificação obrigatória de contratos</p>	<p>Com tal sugestão de redação, procura-se delimitar de forma mais clara os conjuntos de operações de caráter colaborativo as quais devam estar sujeitas ao escrutínio prévio das autoridades, de forma análoga ao instrumento das isenções em bloco (<i>Block exemptions</i>) adotados pela União Europeia para orientar as empresas quanto a contratos horizontais e verticais, inclusive com referências claras a parâmetros baseados em participação de mercado.</p>

CADE/MJ
 Nº 139
 A

CF
 FIMJ
 150
 A

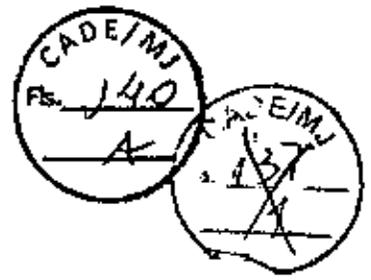


celebrados entre concorrentes àquelas situações que realmente demandam análise mais cuidadosa do CADE em razão de sua formulação ser potencialmente prejudicial à concorrência.

Esses casos são, portanto, as exceções dentre os mais variados tipos de contratos celebrados conjuntamente entre e que, por suas características triviais e incapacidade de provocar impactos ao ambiente concorrencial, não deveriam ser objeto de análise pelo CADE.

O Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors identifica dois tipos de contratos que podem gerar efeitos anticompetitivos: "(1) those that consolidate decision-making or control over productive assets, or align financial interests; and (2) those that facilitated collusion" (ABA Section of Antitrust Law, Joint Ventures: Antitrust Analysis of Collaboration Among Competitors, Second Edition, 2014, p. 32). Outrossim, estabelece que "Importantly, the two types of agreements are not mutually exclusive; many agreements that align participants' interests or control can also facilitate collusion. For example, through information sharing. But the **Competitor Collaboration Guidelines** state that a collaboration will be analyzed as a merger if the integration eliminates all competition among the participants in the relevant market and "does not terminate within a sufficiently limited period by its own specific and express terms". The Guidelines define a "sufficiently limited period" as ten years, unless industry-specific circumstances dictate using a different time period" (ABA Section of Antitrust Law, Joint Ventures: Antitrust Analysis of Collaboration Among Competitors, Second Edition, 2014, p.

Dessa forma, fica claro que o entendimento das autoridades norte-americanas, assim como aquele que se busca expressar nessa sugestão de redação de norma regulamentar acerca dos contratos associativos, é de que apenas alguns tipos específicos de contratos devem ser submetidos ao escrutínio da autoridade antitruste, por características específicas que são consideradas como aptas a, potencialmente, provocar males e preocupações concorrenciais, notadamente em virtude do estabelecimento de vínculos institucionalizados e duradouros entre empresas.



BM&A

Luiza Kharmandayan

De: Jose Carlos da Matta Berardo [cm@bmalaw.com.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 19:50
Para: Consulta 012014; Consulta 022014; Consulta 032014
Cc: Barbara Rosenberg; José Inácio F. de Almeida Prado Filho
Assunto: Comentários às Consultas Públicas 1, 2 e 3 de 2014
Anexos: CP CADE 2014 - COMENTARIOS BMA.pdf



Prezados Senhores,

Segue anexa nossa contribuição para estas consultas públicas, em atenção às publicações realizadas por esse e. Conselho.

Atenciosamente,
José Carlos.

Jose Carlos da Matta Berardo

BM&A | ADVOGADOS
BARBOSA, MÜSSNICH & ARAGÃO
www.bmalaw.com.br

Siga-nos
Follow us 

São Paulo - Av. Pres. Juscelino Kubitschek, 1455 - 10º andar - 04543-011 - T. 55 11 2179-4559 Fax 55 11 2179-4597
Brasília | Rio de Janeiro | São Paulo

Conteúdo confidencial. Se a mensagem foi recebida por engano, por favor, avise ao remetente e apague-a do computador.
Privileged and confidential. If this message has been received in error, please notify the sender and delete it immediately.

BM&A | ADVOGADOS
BARBOSA, MÜSSNICH & ARAGÃO



De São Paulo para Brasília, 22 de abril de 2014.

Ao
Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Ilustríssimo Senhor Presidente Vinícius Marques de Carvalho
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano
CEP 70770-504, Brasília, DF

[via eletrônica]

Ref.: Comentários às Consultas Públicas 1, 2 e 3 de 2014

Ilustríssimo Senhor,

Cumprimentando-o, agradecemos pela oportunidade de apresentar comentários às Consultas Públicas 1, 2 e 3 de 2014, o que fazemos na forma do documento anexo.

Acreditamos que nossos comentários podem contribuir, construtivamente, para o debate do quadro normativo referente à aplicação da Lei nº 12.529/2011, no âmbito do controle de concentrações. Como se poderá observar, nossa equipe concorda, em termos gerais, com as bem-vindas propostas de alteração formuladas por essa e. Autarquia, na medida em que contribuem para garantir maior segurança jurídica na aplicação da Lei, especialmente no que não venham a impor ônus excessivos sobre os administrados.

Lembramos que estes nossos comentários representam apenas e tão somente a opinião de nossa equipe, a partir de sua experiência diária, e por isso, evidentemente, não devem ser consideradas como provenientes de qualquer dos nossos clientes.

Permanecemos à disposição de V. Sas. para debater estes comentários e propostas, parabenizando-os pela iniciativa e oportunidade.

Atenciosamente,

Barbara Rosenberg

José Carlos da Matta Berardo

José Inácio F. de Almeida Prado Filho

BRASÍLIA
Sócio Comercial S/A, Gd. L. B. A
1º andar | 70207-100
t. + 55 61 3216-6000
f. + 55 61 3216-6004

RIO DE JANEIRO
Av. Arco-Enfero Barroco, 127
2º andar | 20231-610
t. + 55 21 3234-6000
f. + 55 21 3234-6006

SÃO PAULO
Av. Prof. Antônio Herculano,
1405 - 10º andar | 04033-900
t. + 55 11 2176-6000
f. + 55 11 2176-6007

COMENTÁRIOS ÀS
CONSULTAS PÚBLICAS CADE 1/2014, 2/2014 E 3/2014

Consulta Pública n.º 1/2014

Rito sumário vs. rito ordinário

1. A proposta de alteração na Resolução CADE n.º 2/2012 para expressamente manter no *rito sumário* operações em que não se atinja uma modificação significativa na estrutura de mercado (definido como *ausência denexo de causalidade*) certamente é muito bem vinda, e está em linha com as melhores práticas das jurisdições mais maduras.

2. Todavia, o critério de incremento do índice HHI é, em si e por si, suficiente para bem definir esse critério de *nexo de causalidade* mínimo para análise em *rito ordinário*, não sendo necessária qualquer outra referência a um percentual resultante mínimo de controle dos mercados relevantes; isso porque, ao se calcular o incremento no HHI, as participações de mercado dos grupos envolvidos já serão implícita e necessariamente levadas em conta. Um incremento de 200 pontos no HHI já seria atingido naturalmente por qualquer aquisição feita por grupo titular de 50% de participação mercado quando a empresa alvo tenha participação de 2 p.p. ou mais; se esse limite de 200 pontos for considerado alto demais como critério isolado, sugere-se que ele seja reduzido para 150 pontos, o que contemplaria qualquer aquisição feita por empresa com 75% de participação de mercado, independente da participação de mercado da empresa-alvo.

3. Quanto à hipótese de *substituição de agente econômico*, não parece pertinente fazer referência aos outros mercados em que o grupo vendedor atue; se o adquirente não participa de nenhum mercado em que haja concentração horizontal ou relação vertical com *nexo de causalidade* com a Operação, a hipótese é, tecnicamente, de substituição de agente econômico.

4. Nesse sentido, sugere-se o seguinte ajuste de texto para o art. 8 da Resolução CADE n.º 2/2012:

"Art. 8º [...] II – Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados ~~e, tampouco, de outros mercados nos quais atue ou adquirente ou seu grupo;~~

[...]

V Ausência de *nexo de causalidade*: concentrações horizontais que resultem em variação de HHI inferior a 150 pontos. ~~100 desde que a operação não gere o controle de parcela de mercado relevante superior a 50%."~~

Aquisição e alteração de controle

5. É fundamental lembrar que a Resolução CADE n.º 2/2012 já contempla hipóteses de notificação compulsória mesmo quando não haja aquisição de controle, nas hipóteses previstas no atual art. 10, que será mantido, com alteração no seu *caput*.



6. Com regras estáveis e objetivas – como aquelas que se pretende ao abrigo da proposta de nova redação ao art 10 da Resolução CADE n.º 2/2012–, que parecem capazes de filtrar adequadamente os casos em que poderia haver preocupações concorrenciais em situações em que não haja aquisição de controle, não parece necessário incluir uma referência ambígua e pouco clara à hipótese de *alteração de controle* como novo caso de submissão, sob o art. 9-1 da Resolução CADE n.º 2/2012. Nesse sentido, sugere-se a seguinte alteração no texto proposto pelo CADE:

“Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 90, II, da Lei nº 12.529 de 2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando: I – Acarretarem aquisição ou ~~alteração~~ de controle; II – Não se enquadrem no inciso I, mas preencham as regras de mínimos do artigo 10.”

“Art. 10 Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao Cade as aquisições de parte de empresa ou empresas que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses: [...]

7. Com relação à proposta de redação nova ao art. 11 – a tratar da emissão de debêntures conversíveis –, entende-se que não caberia no texto regulamentar tratar de uma hipótese *ad hoc* e casuística de aquisição de controle. Nesse sentido, sugere-se a exclusão completa do texto proposto para o art. 11 da Resolução CADE n.º 2/2012, constando apenas a descrição, sob o *caput* deste artigo, de que houve revogação do dispositivo.

~~“Art. 11. Revogado pela Resolução CADE n.º [número]/2014”. “Art. 11-A aquisição de debêntures conversíveis em ações é de notificação obrigatória sempre que a futura conversão em ações se enquadrar em alguma das hipóteses dos incisos I ou II do art. 10. §1º Em se tratando de oferta pública de debêntures conversíveis em ações, aquisição das debêntures independe da aprovação prévia do Cade para sua consumação, mas fica proibido o exercício de quaisquer direitos políticos atrelados às debêntures adquiridas até a aprovação da operação pelo Cade. §2º Ao analisar as operações de aquisição de debêntures a que se refere este artigo, o Cade pode, em juízo de conveniência e oportunidade, determinar também a obrigatoriedade da notificação prévia da operação de conversão das debêntures.”~~

* * *

Consulta Pública n.º 2/2014

Esclarecimentos sobre efeito suspensivo em recurso

8. A proposta de alteração do Regimento Interno do CADE esclarece, de forma correta, que a decisão de aprovação de ato de concentração pela Superintendência Geral já autoriza as partes a seguirem com a Operação, que volta a ser suspensa apenas na hipótese de recurso ou de avocação. Todavia, as partes não têm como saber, imediatamente, se houve ou não recurso ou avocação subsistentes; é apenas com sua *intimação* que elas terão conhecimento desse incidente. Por esse motivo, a proposta de redação nova ao art. 132, § 2º, do Regimento Interno do CADE deve ser ajustada de forma a deixar claro que a suspensão do ato de concentração ocorre quando as partes são *intimadas* sobre o recebimento regular do recurso, ou quando são *intimadas* sobre a aprovação do despacho de avocação de um Conselheiro pelo Plenário.

9. Isso porque o mero protocolo do recurso não significa que ele deva ser recebido; não apenas por uma questão de tempestividade (*cf.* atual art. 122 do Regimento Interno do CADE), com também porque apenas terceiro interessado habilitado poderia recorrer (*cf.* atual art. 122-I do Regimento Interno do CADE). Já o despacho de avocação por um único Conselheiro não necessariamente será subsistente: a decisão de avocação é, nos termos da Lei 12.529/11, do Plenário do CADE; é certamente legítimo que o despacho de um único Conselheiro, dentro do prazo de 15 dias, seja suficiente para provocação tempestiva do incidente de avocação; mas não é razoável exigir das partes que suspendam a execução da Operação imediatamente enquanto o Plenário do CADE não referendar tal despacho.

10. Aliás, a própria sugestão de redação proposta pela Consulta Pública 2/2014 para o art. 131-I do Regimento Interno admite que o Plenário do CADE poderá confirmar diretamente a aprovação da Superintendência Geral.

11. Nesse sentido, parecem importante alguns ajustes na proposta de redação a ser dada aos arts. 122, 131 e 132 do Regimento Interno do CADE de forma a deixar claro que (i) o despacho de um único Conselheiro é forma de *provocação* do incidente de avocação; (ii) a execução do ato de concentração só se suspende no momento em que as partes (ii.a) são intimadas de que houve um recurso protocolado e devidamente recebido; (ii.b) são intimadas de que o Plenário do CADE referendou o despacho de avocação.

“Art.122 [.]

§2º A decisão de avocação do Tribunal ~~se dará~~ *será provocada* por meio de despacho do Conselheiro, que exporá os motivos que fundamentam a avocação, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração.

§3º O Conselheiro que proferir o despacho de avocação cientificará a Superintendência-Geral de sua decisão, ocasião em que o ato de concentração será remetido ao Plenário do Tribunal e distribuído por sorteio a um Conselheiro-Relator.



§4º O despacho de avocação será submetido ao Plenário do Tribunal na sessão de julgamento imediatamente subsequente à sua prolação.”

“Art. 131. O Conselheiro que proferir despacho de avocação ficará prevento para submeter a questão ao Plenário do Tribunal, que poderá:

I - confirmar a decisão da Superintendência-Geral de aprovação do ato de concentração, ficando sem efeito o despacho de avocação e o procedimento do art. 126, inciso III, ou;

II - aprovar manter o despacho de avocação, podendo determinar, se for o caso, a realização de instrução complementar.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, o ato de concentração será encaminhado ao Conselheiro-Relator e seguirá, no que couber, o procedimento previsto nos artigos 124 a 129.”

“Art. 132. [...].

§1º A interposição do recurso contra a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral ou a decisão de avocar suspende a execução do ato de concentração econômica até decisão final do Tribunal.

§2º Para fins do §1º, considera-se suspensa a execução do ato de concentração econômica no momento de intimação formal das partes sobre o recebimento regular do recurso ou sobre a decisão do Plenário do CADE que aprovar o despacho de avocação, ~~do recebimento do recurso na Unidade de Protocolo do Cade ou na data de prolação do despacho de avocação por um dos Conselheiros do Tribunal;~~

§3º O decurso in albis do prazo previsto no artigo 122 deste Regulamento Interno será certificado pelo Cade nos autos.”

Operações em bolsa de valores.

12. De forma bastante correta, a proposta de regulamentação permite a consumação imediata de operações realizadas em bolsa de valores, mas sujeitando-as às mesmas limitações estabelecidas pelo atual art. 109 do Regulamento Interno sobre os direitos do adquirente das ações até a aprovação da operação pelo CADE: (i) fica proibido o exercício dos direitos políticos relativos às ações adquiridas (art. 109, §1º); e (ii) o CADE pode, a pedido das partes, conceder autorização para exercício dos direitos políticos quando necessário para proteção do investimento (art. 109, §1º).

13. Inicialmente, é importante incluir na proposta de regulamentação todos os ambientes de negociação em mercado secundário; assim, não apenas as operações em *bolsa de valores*, mas também aquelas em *mercado de balcão* deveriam estar contempladas no novo art. 109-A que se pretende incluir.

14. Além disso, quando se trate de operação de *aquisição de participação minoritária*, seria possível autorizar desde logo o exercício pleno dos direitos políticos por parte do investidor, de forma a garantir maior transparência do mercado de capitais e melhor proteção dos investidores; na medida em que se trata de mero *investimento passivo*, sem aquisição de controle, os direitos políticos destinam-se substantivamente a proteger o valor patrimonial do investimento. Nesse sentido, sugere-se a inclusão de um art. 109-B, que autorize desde logo o exercício de direitos

políticos quando se trate de aquisição de participação minoritária de que tratam os arts. 9-II e 10 da Resolução CADE n.º 2/2012 (e eventualmente também quando se trate do art. 11, a depender do resultado final da Consulta Pública 01/2014, também em curso):

“Art. 109-A. As operações realizadas em bolsa de valores ou em mercado de balcão independem da aprovação prévia do Cade para sua consumação e sujeitam-se às disposições estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 109.

“Art. 109-B: Nas operações de oferta pública de ações de que trata o art. 109, bem como nas operações realizadas em bolsa de valores ou em mercado balcão de que trata o art. 109-A, fica automaticamente autorizado o exercício dos direitos políticos relativo à participação adquirida quando se trate de aquisição de participação minoritária de que tratam os arts. 9-II e 10 da Resolução CADE n.º 2/2012.”

* * *



Consulta Pública n.º 3/2014

Definição de "contrato associativo" deve ter por fundamento a sua oposição aos contratos de permuta em sentido amplo.

15. Fundamentalmente, ao congregar as hipóteses de *joint venture*, consórcio e contrato associativo sob o art. 90-IV da Lei 12.529/11, resta claro que há um denominador comum entre essas três hipóteses; tal elemento parece ser a noção de *comunhão de objetivo* (ou *fim comum*), típica dessas três hipóteses e que as opõem aos contratos de permuta em sentido amplo.

16. Nos contratos de permuta em sentido amplo, prestação e contraprestação colocam-se em sentidos contrários, de forma que uma encontra seu suporte na outra; por esse motivo, cumprida a prestação torna-se normalmente exigível a contraprestação, e uma vez extintas as prestações e as contraprestações – via pagamento ou qualquer outra forma de extinção das obrigações –, o contrato que as constitua encerra-se, por seu cumprimento pleno. Mesmo nos casos em que a relação perdura no tempo (e.g., contrato de fornecimento), a oposição entre as prestações típicas de cada polo da relação contratual permanece muito clara; apesar de relação continuar em vigor ao longo do tempo, o cumprimento de cada prestação (ou contraprestação) é o propósito direto do contrato; adimplida a obrigação, *termina* a cooperação entre as partes por força do próprio cumprimento do contrato (naturalmente, com exceção de obrigações pós-contratuais derivadas da boa-fé objetiva).

17. Essa situação se preserva independente de as partes serem concorrentes ou não, ou de serem verticalmente relacionadas ou não. A cooperação que existe nos contratos de permuta em sentido amplo – cooperação que existe em qualquer contrato – é sempre no sentido de adimplemento das obrigações e, por conseguinte, liberação do devedor, que apenas pode exigir da outra parte as contraprestações respectivas.

18. Essa situação é diametralmente oposta ao que ocorre nos contratos associativos. Nestes, o propósito da relação é estabelecer uma finalidade comum entre as partes, que será perseguida em conjunto, seja via uma atividade em comum, seja pela realização de um empreendimento conjunto. O cumprimento das obrigações de cada polo contratual passa a ser, na verdade, um *pressuposto* para que se possa *começar* a perseguir o propósito do contrato (finalidade comum). Nos contratos associativos, a cooperação apenas se inicia com o adimplemento do contrato; e é justamente pela necessidade de alinhamento entre as partes e de conjugação de esforços comuns que esses negócios ganham certa permanência e estabilidade a justificar o seu controle em sede de concentrações.

19. Por esse motivo, sugere-se a completa reformulação da redação proposta para o art. 2º da Resolução CADE 8/2014. O texto normativo deve respeitar a distinção fundamental entre *contrato associativo* como contraposto aos *contratos de permuta em sentido amplo*, e definir as hipóteses contempladas no art. 90-IV pela característica de *perseguição em conjunto de uma finalidade comum*. Importante frisar: a Lei 12.529/11 expressamente usou o termo *contrato associativo* – que tem significado próprio no direito privado – e o alocou consistentemente a esse significado próprio

em inciso que contempla outras hipóteses com a mesma característica: a *perseguição em conjunto de uma finalidade comum*.

“Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato *em que as partes estabelecem uma finalidade comum, a ser perseguida conjuntamente e com o compartilhamento dos resultados diretamente auferidos por meio da atividade conjunta em direção ao fim comum, celebrados*

~~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 4º da Resolução nº 2.”~~

20. Essa postura mais restritiva parece ter sido uma opção consciente da Lei 12.529/11. Ao usar uma *redação muito mais restritiva* quanto às hipóteses de controle de concentrações quando comparada à anterior Lei 8.884/94, especialmente no que se refere às operações não clássicas de concentração de empresa. Basta, para isso, opor a leitura do revogado art. 54, *caput*, da Lei 8.884/94 — que falava de maneira ampla em “atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes” — ao texto dos atualmente vigentes art. 88 e 90 da Lei 12.529/11 — que focam o controle apenas nos negócios de concentração econômica clássicos, além das hipóteses de *joint venture*, consórcio e contrato associativo (que também são normalmente avaliadas em outras jurisdições).

21. Contratos verticais que porventura estabeleçam restrições anticoncorrenciais (por meio de cláusulas de exclusividade ou de qualquer outra espécie) devem ser analisados em sede de controle de condutas (*cf.* art. 36-III/IV da Lei 12.529/11). O mesmo se diga de relações não associativas entre empresas concorrentes, que se passarem a atuar em conjunto ou de forma coordenada no mercado, terão violado as disposições comportamentais da Lei 12.529/11 (*cf.* art. 36-I/II).

22. Notificar qualquer contrato entre grupos concorrentes, ou contratos verticais com grupos dominantes que contenham exclusividade ou outras cláusulas contratuais indicadas de forma *ad hoc* pelo CADE não parece consistente com o texto legal. Além disso, criam-se sérias dúvidas, especialmente em relações verticais: ativos fixos e insumos genéricos (energia elétrica, água, combustível etc.) são, em um certo sentido, verticalmente relacionados a uma série de mercados; um contrato para fornecimento de energia elétrica (ou para fornecimento de material de escritório, ou ainda para aquisição de ativo fixo) teria que ser notificado ao CADE, caso seja exclusivo e uma das partes tenha 20% de participação de mercado?



23. Mas caso esta abordagem do CADE efetivamente seja mantida -- o que parece incorreto --, é fundamental restringir as relações verticais e horizontais pertinentes àquelas que são *objeto do contrato*, bem como limitar as hipóteses de notificação apenas aos contratos em que as *partes sejam concorrentes em algum dos mercados afetados*. Nesse sentido, deve-se considerar não se os grupos envolvidos concorrem entre si, mas se (i) os grupos envolvidos concorrem entre si no *mercado objeto do contrato*, ou se, por outro lado, (ii) os grupos envolvidos são verticalmente relacionados ao *mercado objeto do contrato* e, portanto, concorrem entre si na atividade *upstream* e/ou *downstream*.

24. Além disso, parece importante (i) consignar que apenas os produtos integrantes da própria cadeia produtiva (insumos típicos para a etapa subsequente) devem ser considerados como verticalmente relacionados; e (ii) estabelecer critérios de participação de mercado mínimos, que se aplicam tanto às relações horizontais quanto às relações verticais a serem notificadas.

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

~~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 preencha 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;~~

~~I -- tenha por objeto mercado no qual as partes sejam concorrentes, ou envolva relação vertical com mercado em que as partes sejam concorrentes;~~

~~II -- estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes;~~

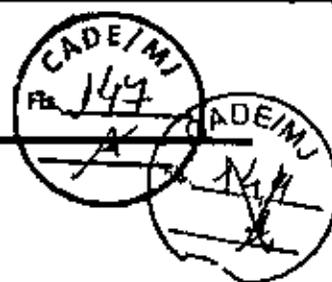
~~II -- do qual decorra relação de exclusividade, seja ela jurídica ou fática; e~~

~~IV -- pelo menos uma das partes detenha vinte por cento (20%) ou mais do respectivo mercado relevante.~~

Parágrafo único. Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações ~~nes inelso desse~~ neste artigo, devem ser consideradas as atividades das partes contratantes e das demais empresas integrantes dos respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2, *desde que tais atividades estejam também contempladas no objeto do contrato celebrado. No caso de relações verticais, devem ser consideradas como verticalmente relacionados apenas os mercados diretamente relacionados em que um seja insumo para o elo subsequente de uma mesma cadeia produtiva.*"

Luiza Kharmandayan

De: Marcelo Souza Azevedo [mazaevdo@cni.org.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 20:39
Para: Consulta 032014
Assunto: Contribuições à consulta pública - CNI
Anexos: CNI - CADE - Consulta Pública.pdf



Prezados Senhores,

Cumprimentamos os senhores pela iniciativa em realizar consulta pública acerca da proposta de regulamentação do art. 90, Inciso IV da Lei nº 12.529 de 2011. O chamado à sociedade para debater esse temas contribui para o fortalecimento da defesa da concorrência e o aperfeiçoamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Em resposta a esse chamado e representando a indústria brasileira, a Confederação Nacional da Indústria – CNI encaminha um resumo das preocupações em nossos representados e sugestões detalhadas.

Levantamos nossas principais preocupações e solicitamos aos senhores a possibilidade de as debatermos, cientes de que as restrições aqui colocadas podem ser fruto de nossa incompreensão, como podem também servir para evitar gerar novos problemas onde se supunha encontrar soluções. Procuramos promover a melhoria da análise antitruste sem impor demasiados ônus tanto à Indústria como ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Colocamo-nos abertos, também, a discutir outros caminhos possíveis para aprimorar a análise antitruste.

Atenciosamente,



Marcelo Souza Azevedo
Gerência-Executiva de Política Econômica
Confederação Nacional da Indústria
SBN Quadra 01 Bloco C - 10º andar
70040-903 Brasília DF
tel: (61) 3317-9455
fax: (61) 3317-9456

Email secured by Check Point



MANIFESTAÇÃO DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CONSULTA PÚBLICA nº3/2014



Cumprimentamos os senhores pela iniciativa em realizar consulta pública acerca da proposta de regulamentação do art. 90, inciso IV da Lei nº 12.529 de 2011. O chamado à sociedade para debater esse tema contribui para o fortalecimento da defesa da concorrência e o aperfeiçoamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Em resposta a esse chamado e representando a Indústria brasileira, a Confederação Nacional da Indústria - CNI encaminha um resumo das preocupações em nossos representados e sugestões detalhadas.

Levantamos nossas principais preocupações e solicitamos aos senhores a possibilidade de as debatermos, cientes de que as restrições aqui colocadas podem ser fruto de nossa incompreensão, como podem também servir para evitar gerar novos problemas onde se supunha encontrar soluções. Procuramos promover a melhoria da análise antitruste sem impor demasiados ônus tanto à Indústria como ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Colocamo-nos abertos, também, a discutir outros caminhos possíveis para aprimorar a análise antitruste.

CONTRATOS ASSOCIATIVOS

Limitação do escopo

Entendemos que a inclusão de todo e qualquer contrato entre concorrentes é excessivamente ampla. Com isso, extrapola o propósito do controle de concentrações, já que muitos acordos comerciais sem qualquer relevância concorrencial teriam que ser submetidos ao escrutínio do CADE. A proposta onera tanto a empresa quanto o próprio Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência de forma demasiada, pondo em risco a própria efetividade do Sistema.

Dessa forma, é fundamental a limitação do escopo da norma.

Primeiramente, destacamos que é inerente à definição de contrato associativo a união de interesses com a intenção de desempenhar atividade comum. Diante disso, mostra-se imprescindível a existência de tal elemento para que determinado contrato se enquadre nos termos do Art. 2º da Resolução proposta.

O critério sugerido segue, em certa medida, a jurisprudência que o CADE vem tentando firmar para a caracterização de um empreendimento em comum. Por isso, entendemos que seja necessário levar em conta elementos que denotem a intenção de associação entre partes, como a união em caráter exclusivo por um período de tempo considerável e compartilhamento de receitas e prejuízos e troca de bens e/ou direitos concorrencialmente sensíveis.

Ainda com o objetivo de delimitar o escopo da norma e evitar que sejam submetidos ao CADE contratos que possuam, em tese, nenhum potencial relevante de impacto concorrencial, entendemos que seja necessário limitar a análise de sobreposição horizontal ou vertical exclusivamente no mercado relevante objeto do contrato firmado.

Com relação ao percentual utilizado, entendemos que é razoável utilizar patamar mais elevado do que 20% no caso da avaliação de contratos entre agentes verticalmente integrados.

Sugerimos, dessa forma, alteração dos dispositivos, conforme redação abaixo:

Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato que caracteriza união de centros decisórios distintos, com objetivo comum de desenvolver um empreendimento econômico, celebrado:

- I – entre concorrentes; ou*
- II – entre agentes econômicos que atuem em mercado verticalmente relacionado, sempre que pelo menos um deles detenha trinta por cento (30%) ou mais do respectivo mercado relevante*

§1º. Os contratos acima mencionados somente serão caracterizados como atos de concentração de notificação obrigatória caso preenchidas, cumulativamente, as seguintes condições:

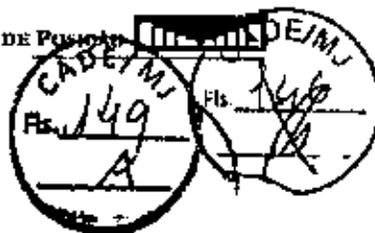
- a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes, bem como a transferência de bens e/ou direitos concorrencialmente sensíveis;*
- b) do contrato decorra relação de exclusividade superior a 2 (dois) anos, seja ela jurídica ou fática.*

§2º. 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 4º da Resolução nº 2.

Sectores regulados

Entendemos que não faz sentido a obrigatoriedade de submissão de contratos firmados pelas empresas pela necessidade de se cumprir obrigações regulatórias, ou cujas cláusulas são estipuladas por regulamentação expedida pela agência competente.

Muitas vezes a celebração de tais contratos é necessária para garantir o funcionamento do setor, alocar recursos de forma eficiente ou garantir a livre concorrência.



Em alguns setores, a celebração de certos contratos é corriqueira, fazendo parte da rotina das empresas. Caso se decida pela submissão de tais contratos, a quantidade de notificações do CADE seria de tal monta que poderia comprometer a efetividade do órgão.

Finalmente, alguns contratos contêm condição de exclusividade por força de lei ou regulamento e, nestas hipóteses, a exclusividade tem por objetivo proteger os interesses do consumidor ou outro bem jurídico relevante, sendo legítimo presumir-se que potenciais impactos concorrenciais foram ponderados pelo legislador/agência reguladora ao editar a respectiva norma.

Sugerimos, dessa forma, inclusão de novos parágrafos no Art. 2º, com a redação abaixo:

§3º. Não serão considerados como associativos os contratos que contenham condição de exclusividade por força de lei ou regulamento.

§4º. Não serão de notificação obrigatória contratos que seguem cláusulas e padrões específicos estabelecidos por Agências Reguladoras, ou que prevejam realização de investimentos e rateio de despesas com o objetivo de cumprimento de obrigações regulatórias.



DVWCA

Lulza Khamandayan



De: Ricardo Inglez de Souza [rsouza@dvwca.com.br]
Enviado em: terça-feira, 22 de abril de 2014 23:50
Para: Consulta 032014
Assunto: Contribuição para a Consulta 03/2014
Anexos: DVWCA_Comentários 03_2014_CADE.pdf

Prezados,

Segue, anexa, contribuição para a Consulta 03/2014.

Atenciosamente,

Ricardo Inglez de Souza

De Vivo, Whitaker e Castro Advogados
Rua Leopoldo Couto de Magalhães Jr., 758 – 10º andar
São Paulo – SP – Brasil – 04542-000
Direto/Direct: + 55 (11) 3048-3212
Celular/Mobile: + 55 (11) 97191-4085
Central/Main: + 55 (11) 3048-3266
Fax: + 55 (11) 3048-3277

rsouza@dvwca.com.br
www.dvwca.com.br



**Aparitada pelas empresas como um dos escritórios mais admirados do Brasil, sendo destaque do Anuário de 2011, 2012 e 2013 nas áreas de Direito Contratual, Comercial, Cível, Consumidor, Tributário e Automotivo, segundo "Análise Advocacia 500" e do Anuário de 2013 nas áreas de Direito Concursal, Contencioso Cível, Direito Trabalhista e Direito Tributário, segundo "The Legal 500 - Latin America".*

**Nominated by companies as one of the most admired law firms 2011, 2012 and 2013 on the "Análise Advocacia 500" Yearly Law, Commercial and Civil Law, Consumer, tax and Autom. 500 - Latin America" 2013 Yearbook, in the areas of Con resolution, Labour and employment and Tax*

Esta mensagem pode conter informação confidencial e/ou privilegiada. Se você não for o destinatário ou a pessoa autorizada a receber esta mensagem, não pode usar, copiar ou divulgar as informações nela contidas ou tomar qualquer ação baseada nessas informações. Se você recebeu esta mensagem por engano, por favor avise imediatamente o remetente, respondendo o e-mail e em seguida apague-o.

This message may contain confidential and/or privileged information. If you are not the addressee or authorized to receive this for the addressee, you take any action based on the message or any information in the message in error, please advise the sender immediately by e-mail.



São Paulo, 22 de abril de 2014.

Ao

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

Att. Dr. Vinicius Marques de Carvalho

E-mail: consulta032014@cade.gov.br

Ref.: Consulta Pública nº 03/2014

Prezado Dr. Vinicius,

Primeiramente, gostaríamos de agradecer a oportunidade de submeter nossos comentários à tão importante resolução.

Antes de adentrarmos em nossos comentários específicos, gostaríamos de fazer algumas anotações introdutórias:

- Acreditamos que o controle de estruturas deva se limitar a transações que acarretem em integrações concretas (permanentes ou temporárias) entre partes
- Contratos, ou qualquer outro tipo de relação que não acarretem em integrações entre as partes, devem ser analisados sob a perspectiva do controle de condutas
- Por **Integração**, deve-se entender, basicamente: fusão, aquisição, joint-ventures e qualquer outro tipo de contrato que estabeleça a união dos centros decisórios das empresas (por exemplo, Pesquisa & Desenvolvimento) com o intuito de desenvolver um negócio ou atividade conjuntamente
- Com o devido respeito, entendemos que o CADE deveria evitar despendar recursos com a análise de contratos da rotina comercial das empresas sob a perspectiva do controle de estruturas
- O fato de o CADE não analisar tais contratos sob a perspectiva do controle de estruturas não significa que condutas consideradas como ilegais estejam fora do alcance das sanções concorrenciais aplicáveis

Esclarecidas as premissas que norteiam nossa avaliação, seguem, abaixo, nossos comentários para a resolução proposta, abaixo:

1) Artigo 2º – Contratos Associativos

Ao longo de sua jurisprudência, o CADE desenvolveu o conceito de união dos centros decisórios para caracterizar atos passíveis ao controle de estruturas. Nós acreditamos que tal conceito deva nortear o CADE para que se defina quais casos devem ser notificados obrigatoriamente e quais casos não. Nesse sentido, sugerimos a seguinte redação do caput do artigo 2º:

“Art. 2º Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, considera-se associativo qualquer contrato que afete a autonomia dos centros decisórios das partes envolvidas e quando celebrado:

A interferência nos centros decisórios seria caracterizada com a indicação de membros da administração ou do conselho de uma empresa pela outra, em diretos de veto nas decisões de gestão e comerciais das partes e pela interferência de uma das partes nas decisões da outra parte sobre sua política comercial.

Ainda nessa parte, para que se evite a possibilidade de aplicação ilimitada de tal previsão, resultando no gasto de recursos públicos e privados para a análise de operações que efetivamente possam acarretar danos à concorrência, nós sugerimos a seguinte redação para o item i:

“i – entre concorrentes diretos e com o objetivo de desenvolver negócios conjuntos no mercado relevante em que concorram entre si.”

A leitura conjugada do caput e do item i resultará na notificação de contratos que impliquem na reunião dos ou interferência nos centros decisórios de empresas diretamente concorrentes. Isso poderá evitar a notificação de centenas de casos sem qualquer relevância para o controle de concentração exercido pelo CADE, economizando os recursos públicos para serem melhor aplicados nos casos de efetiva relevância ou para a repressão das condutas anticompetitivas.

Há mais de 10 anos o CADE aboliu a submissão de notificações intragrupo (reestruturação societária). Para que se evite a interpretação ambígua do inciso II, gostaríamos de sugerir a inclusão de menção expressa que os agentes econômicos devam ser “agentes independentes” (não pertencentes ao mesmo grupo de empresas):

“ii – entre agentes econômicos independentes, os quais não sejam parte do mesmo grupo econômico, que atuem em mercados verticalmente integrados, e desde que pelo as seguintes condições se verifiquem:”

Note-se que sugerimos duas supressões: (i) a que trazia de volta o critério de participação de mercado; e (ii) a menção de que as condições a serem verificadas seriam alternativas. O critério de participação de mercado foi abolido com a mudança da lei e trazê-lo de volta via regulação infra-legal não nos parece apropriado (nem necessário). A cumulatividade é imperiosa para que se evite um excesso de notificações inofensivas.



Com relação à alínea "a", entendemos que o compartilhamento de receitas e prejuízos entre as partes é um indicativo de integração, mas não necessariamente exige a integração para ocorrer.

Praticamente todos os contratos podem conter caráter de compartilhamento de receitas e prejuízos, mesmo sem representar qualquer integração entre as partes ou qualquer risco à dinâmica concorrencial do mercado. Nesse sentido, sugerimos a seguinte redação para essa alínea:

"a) o contrato represente uma sociedade de fato e estabeleça o compartilhamento de receitas e prejuízos característicos dessa relação"

No que tange à alínea "b", entendemos melhor limitar a hipótese aos casos em que houver cláusula ou acordo de exclusividade entre as partes, a saber:

"b) do contrato decorra cláusula ou acordo de exclusividade"

Sugerimos, ainda, a limitação do disposto no sugerido parágrafo único apenas para relações verticais diretas, conforme abaixo:

"Para aferir as relações horizontais e verticais que determinam o enquadramento das operações nos Incisos desse artigo, devem ser consideradas as atividades das partes diretamente contratantes."

Para que se dê segurança e orientação jurídica, também sugerimos a inclusão de um parágrafo adicional ao artigo 2º, para que se institua o seguinte:

"§2º Não serão consideradas como associativas os contratos que não permitam a qualquer parte envolvida a interferência nos centros decisórios das outras partes envolvidas."

Esperamos que tais comentários sejam úteis e gostaríamos de agradecer novamente pela oportunidade de submetê-los, assim contribuindo para o desenvolvimento de tão importante resolução.

Atenciosamente,

DE VIVO, WHITAKER E CASTRO ADVOGADOS

Ricardo Inglez de Souza



ABA

Luiza Kharmandayan



De: Paulo Burnier da Silveira
Enviado em: segunda-feira, 28 de abril de 2014 19:32
Para: Eduardo Frade Rodrigues; Luiza Kharmandayan
Assunto: ENC: Comments to CADE - Proposed Amendments to the Brazilian Merger Regulation
Anexos: Cover Ltr - SAL SIL Comments to CADE 4 17 2014.pdf; Comments - SAL SIL Brazil Comments CADE - FINAL Portuguese 4 17 14.pdf; Comments - SAL SIL Brazil comments CADE - FINAL English 4 17 14.pdf

FYI

De: Travis, Joanne [<mailto:joanne.Travis@americanbar.org>]
Enviada em: quinta-feira, 17 de abril de 2014 19:52
Para: Vinicius Marques de Carvalho; Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo
Cc: chris.hockett@davispolk.com; gbuckley@vedderprice.com; Feller, Howard; RHenry@mofa.com; Garza, Deborah; Paulo Burnier da Silveira; Brady, Alpha; Susman, Thomas; Frisby, R. Larson; Pena, Jill; Cybulski, Alisha; Pfautz, Leanne; Morgan, Deborah; Willey, Julian-Robert
Assunto: Comments to CADE - Proposed Amendments to the Brazilian Merger Regulation

Dear Messrs. Carvalho and Ragazzo:

On behalf of the American Bar Association Sections of Antitrust Law and International Law, I am pleased to submit the attached comments to CADE (in Portuguese and English) regarding its Proposed Amendments to the Brazilian Merger Regulation.

We appreciate the opportunity to provide comments. If you have any questions, please let us know.

Joanne Travis
Director, Section of Antitrust Law
American Bar Association
321 N. Clark Street
Chicago, IL 60654

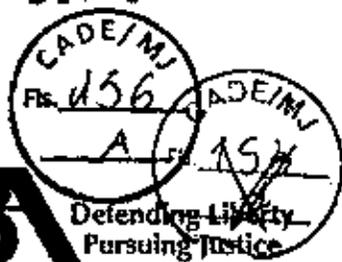
T: 312/988-5575

F: 312/988-5637

C: 312/401-1765

joanne.travis@americanbar.org

www.americanbar.org



AMERICAN BAR ASSOCIATION

Section of Antitrust Law

321 North Clark Street
Chicago, IL 60654-7598
(312) 988-5550

FAX: (312) 988-5637

E-mail: antitrust@americanbar.org

www.Ambar.org/antitrust

ASSOCIATION YEAR
2013 - 2014

CHIEF
Christopher B. Hockett
1100 D Camino Real
Menlo Park, CA 94025-4121

CHIEF EXECUTIVE
OFFICER
301 Lee City Street
Baltimore, VA 22713-0883

VICE CHAIR
APRIL 1, 2013
400 Pennsylvania Avenue, NW
Washington, DC 20001-1001

COMMITTEE DIRECTOR
Innovation and Law Center
New York, NY

CONSUMER PROTECT. TOPIC
OFFICER
Parade House Building
Washington, DC

FINANCE OFFICER
Gary E. Canting
Manassas, VA

IMMEDIATE PAST CHAIR
Francisco Venturoli, Jr.
Washington, DC

INTERNATIONAL OFFICER
Dorothy A. Gerys
Washington, DC

PROGRAM OFFICER
William C. Martinez
Washington, DC

RELATIONS OFFICER
Mark S. Popovich
Washington, DC

SECRETARY AND
COMMUNICATIONS OFFICER
Erica K. Perry
Atlanta, GA

SECTION DELEGATE
Richard M. Rogers, Jr.
Washington, DC

Donald C. Ross
Baltimore, Washington

COUNCIL MEMBERS
Edward B. Quinn
Chicago, IL

Steven L. David
Ann Arbor, MI

L. Anthony Chang
Baltimore, MD

Patricia G. Kelly, III
Seattle, WA

Paul H. Koenig
Washington, DC

Jonathan L. Givertz
Washington, DC

Gail E. Linder
Arlington, VA

James W. Long
Washington, DC

Linda S. Newkirk
Arlington, VA

M. Hansel Meyer
Washington, DC

Kevin J. O'Connor
Baltimore, MD

Michael Edlin
Washington, DC

Fred A. Schneider
New York, NY

Shirley C. Stapp
Washington, DC

Thomas J. Erch, Sr.
Chesapeake, VA

NON-LAWYER
REPRESENTATIVE
Arnold E. Kohnen
Los Angeles, CA

NON-LAWYER
REPRESENTATIVE
Richard J. Gilson
California, CA

DEB REPRESENTATIVE
William A. Ross
Washington, DC

FRS REPRESENTATIVE
Toby Ruppert
Washington, DC

JUDICIAL REPRESENTATIVE
Brian E. Bucci
San Francisco, CA

STATE ATTORNEYS
GENERAL REPRESENTATIVE
Laurie Ann Fink
San Francisco, CA

BOARD OF GOVERNORS
REPRESENTATIVE
Imray Gershtman
Quincy, MA

YOUTH LAWYERS
DIVISION REPRESENTATIVE
Luisa F. Wallace
Los Angeles, CA

SECTION DIRECTOR
Lynne Tapp
Chicago, IL

April 17, 2014

Via E-mail:

vinicius.carvalho@cade.gov.br

Carlos.ragazzo@cade.gov.br

Vinicius Marques de Carvalho, Chairman
Carlos Ragazzo, Superintendent
Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)
SCN Quadra 2 - Projeção C
Brasília DF-CEP 70712-902

RE: Comments on the Proposed Amendments to the Brazilian Merger Regulation

Dear Messrs. Carvalho and Ragazzo:

On behalf of the American Bar Association Sections of Antitrust Law and International Law, we are pleased to submit the attached comments (in Portuguese and English) to the Administrative Council of Economic Defense (CADE) regarding its Proposed Amendments to the Brazilian Merger Regulation.

Please note that these views are being presented only on behalf of the Sections of Antitrust Law and International Law. They have not been approved by the House of Delegates or the Board of Governors of the American Bar Association and should not be construed as representing the policy of the American Bar Association.

If you have any questions after reviewing this report, we would be happy to provide further comments.

Sincerely,

Christopher B. Hockett
Chair, Section of Antitrust Law

Gabrielle M. Buckley
Chair, Section of International Law

Cc: Paulo Burnier di Silveira,
International Advisor

Attachment

CADE/MJ
Fs 157
A

CADE/MJ
Fs 154
B

**COMENTÁRIOS CONJUNTOS DA SEÇÃO DE DIREITO ANTITRUSTE E DA
SEÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA AMERICAN BAR
ASSOCIATION SOBRE AS CONSULTAS PÚBLICAS DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA SOBRE AS PROPOSTAS DE
EMENDAS À REGULAMENTAÇÃO DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES
NO BRASIL**

[17] de Abril de 2014

As opiniões expressadas neste documento estão sendo submetidas conjuntamente em nome da Seção de Direito Antitruste e da Seção de Direito Internacional da American Bar Association. Tais opiniões não foram aprovadas pelo Conselho de Delegados ou pela Junta Diretora da American Bar Association e, portanto, não devem ser interpretadas como representativas da política adotada pela American Bar Association.

As Seções de Direito Antitruste e Direito Internacional (juntas, as "Seções") da American Bar Association ("ABA") têm a honra de apresentar seus comentários às propostas do CADE de emendas à regulamentação do controle de concentrações brasileiro realizado, publicadas em 19 de fevereiro de 2014 ("Consultas")¹. Os comentários da Seções refletem a experiência e o conhecimento de seus membros sobre Direito da Concorrência em diversas jurisdições no mundo inteiro, incluindo os Estados Unidos da América e o Brasil.

As Seções reconhecem e valorizam o contínuo empenho do CADE em revisar, refinar e aperfeiçoar o sistema brasileiro de controle de concentrações, e elogiam o CADE por fornecer orientações adicionais e maior transparência sobre as regras de controle de concentrações no Brasil. Agradecemos, portanto, a oportunidade de apresentar nossos comentários sobre essas relevantes alterações propostas e esperamos que eles possam ser úteis ao CADE na finalização das referidas emendas.

As Seções apreciam os esforços substanciais empreendidos pelo CADE, refletidos nos documentos das Consultas, e também elogiam disposição deste Conselho para reabrir o diálogo sobre pontos complexos das atuais regras. Muitas das alterações propostas melhoram as regras do controle de concentrações brasileiro e reduzem custos tanto para a autoridade como para os administrados. Tais alterações incluem: hipóteses adicionais de isenção de notificação de aquisição de participações societárias

1 Vide Consulta Pública nº 1/2014, disponível em: <http://cade.gov.br/Default.aspx?5ed120e93bd027ec390656e94408>, Consulta Pública nº 2/2014, disponível em: <http://cade.gov.br/Default.aspx?5ed120e93bd027ec390656e94409>, e Consulta Pública nº 3/2014, disponível em: <http://cade.gov.br/Default.aspx?5ed120e93bd027ec390656e9440a>.

minoritárias; inclusão de hipóteses de aplicação do rito sumário; e a permissão para fechamento de operações em bolsa antes da obtenção de aprovação, desde que o comprador não exerça o direito de voto até a decisão final do CADE. As Seções igualmente recebem muito bem os esforços do CADE em garantir maior clareza e transparência nos procedimentos de avocação do CADE, por meio do qual o Tribunal pode solicitar a revisão de um Ato de Concentração aprovado pelo Superintendente-Geral.

Os comentários das Seções abaixo endereçam quatro áreas para uma análise mais aprofundada. Primeiro, reconhecemos o esforço do CADE em desenvolver uma definição para "Contrato Associativo", tema sobre o qual as Seções e outros interessados já apresentaram comentários em oportunidades anteriores. Fazemos sugestões adicionais com o objetivo de demonstrar que a definição proposta sujeitará ao controle de concentrações brasileiro muitos contratos colaborativos, que são comumente analisados em outras jurisdições internacionais por regras do Direito da Concorrência não relacionadas ao controle de concentrações.

Segundo, recomendamos a eliminação da proposta de imposição de notificação de operações envolvendo a aquisição de debêntures conversíveis em ações, ou, alternativamente, a limitação da proposta àquelas operações que resultem em uma alteração no controle antes da conversão das debêntures em ações.

Terceiro, nossos comentários tratam da proposta do CADE de definição de grupo econômico em operações envolvendo fundos de investimentos para fins de cálculo de faturamento, e das informações solicitadas a respeito de tais fundos na notificação para a análise das operações. Recomendamos a diminuição do escopo de ambas a definição e as informações solicitadas.

Por fim, reconhecendo o interesse contínuo do CADE em avaliar a efetividade e a eficiência da aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, sugerimos que também seja endereçada nas alterações à regulamentação a aplicação dos critérios de notificação sobre o faturamento da empresa-objeto, ao invés de todo o grupo vendedor envolvido.

1. A DEFINIÇÃO DE CONTRATO ASSOCIATIVO

Em oportunidade anterior, as Seções já manifestaram preocupações relacionadas ao conceito excessivamente amplo de "Contratos Associativos" na – então nova – Lei brasileira de Defesa da Concorrência, Lei nº 12.529/2011². Naqueles comentários, as Seções recomendaram que o CADE excluísse do escopo de sua análise

² Vide: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_brazilian_201204.authcheckdam.pdf (comentários sobre o escopo do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, em resposta à Consulta Pública de 2012 do CADE).



operações relacionadas a consórcios e/ou contratos associativos (tais como contratos de fornecimento e distribuição, mesmo quando estabelecessem relação de exclusividade), meros acordos cooperativos, em oposição a *joint ventures*, que possuem uma presença autônoma e independente no mercado. Naquela oportunidade, as Seções explicaram que:

A redação do artigo 90, como atualmente se apresenta, é bastante aberta e poderia levar a uma significativa expansão do conceito de concentração para transações que são meros acordos de cooperação sem envolver qualquer mudança no controle de uma companhia e/ou de um negócio. Tais acordos de cooperação não são concentrações de notificação obrigatória nos Estados Unidos da América, na União Europeia ou em outras jurisdições das 10 melhores economias do mundo. Esses acordos ainda podem, obviamente, serem revisados sob as regras de legislação antitruste³.

As Seções elogiam o CADE pela análise e revisão dessa questão e reconhecem os atuais esforços para apresentar uma definição de "Contratos Associativos" sob a égide do artigo 90, IV da Lei nº 12.529/2011. Todavia, acreditam que a definição proposta continua excessivamente ampla, especialmente à luz da prática internacional. Além disso, ao explicitamente definir como "qualquer contrato celebrado entre concorrentes", a proposta parece levar a uma expansão do conceito de "Contratos Associativos" em vista dos atuais precedentes do CADE. A redação proposta provavelmente abarcaria outros tipos de contratos colaborativos que não levam à mudança de controle de uma empresa ou de ativos. Com efeito, no entendimento das Seções, o controle de concentrações não seria o meio mais adequado para a análise de contratos colaborativos, sendo melhor analisados sob a perspectiva da legislação de defesa da concorrência de forma mais genérica.

Conforme observado em nossos comentários anteriores, tais contratos não são considerados de notificação obrigatória nos Estados Unidos da América, na União Europeia ou nas 10 maiores economias do mundo. De fato, nenhuma das 26 jurisdições que apresentaram declarações escritas à recente Mesa Redonda (*Roundtable*) do Comitê de Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE") sobre a "Definição de Operação para fins de Controle de Concentrações" ("*Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*") relatou a necessidade de notificação de contratos colaborativos similares àqueles incluídos na proposta de definição do CADE para "Contratos Associativos"⁴. Adicionalmente, estudos elaborados pela *International Competition Network* ("ICN") e pela OCDE sobre a definição de "Ato de Concentração" têm como ponto de partida o argumento de que o

³ Idem, página 4

⁴ Vide: OCDE, Mesa Redonda sobre a "Definição de Operação para fins de Controle de Concentrações" realizada pelo Comitê de (Grupo de Trabalho nº 3 sobre Cooperação e *Enforcement*) em Junho de 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf> (doravante "Relatório OCDE").

controle de concentrações diz respeito unicamente a operações que resultem em uma associação duradoura de entidades ou ativos anteriormente independentes, seja através da aquisição de ações ou ativos, ou através da criação de certos tipos de *joint ventures*.

Por exemplo, o Relatório da ICN sobre a "Definição de 'Atos de Concentração' para fins do controle de concentrações" dispõe que "de uma forma geral, leis e regulamentações sobre o controle de concentrações são voltadas a operações comerciais nas quais duas ou mais empresas previamente independentes são combinadas de alguma forma que envolva uma mudança duradoura na estrutura ou na propriedade de uma ou mais das empresas em questão"⁵. O Relatório da ICN vai além ao afirmar que "o nível de integração econômica entre as partes e a duração da associação [...] são frequentemente utilizados para distinguir operações que se qualificam como atos de concentração de meros arranjos colaborativos, normalmente analisados sob normas do Direito da Concorrência primordialmente voltadas a acordos anticompetitivos entre empresas independentes."⁶

No que se refere a *joint ventures*, os relatórios da OCDE e da ICN identificaram três características pelas quais se poderia distinguir *joint ventures* (que se qualificam como Atos de Concentração) de contratos colaborativos (que devem ser analisados pelas regras gerais do Direito da Concorrência): (i) a integração econômica das atividades comerciais das partes; (ii) a eliminação de concorrência entre as partes no ramo de atividades das *joint ventures*⁷; e (iii) a relativa duração e permanência das atividades comerciais conjuntas. O *paper* do Secretariado do Comitê de Concorrência da OCDE observa que "quando duas ou mais partes constituem e controlam uma *joint venture* que envolve uma autêntica integração de ativos de forma relativamente permanente e acaba com a concorrência entre suas empresas-mãe no ramo de negócios

⁵ "[a]s a general matter, merger review statutes and regulations are directed at business transactions in which two or more previously independent economic undertakings are combined in some fashion that involves a lasting change in the structure or ownership of one or more of the undertakings concerned." Vide: ICN, Relatório sobre a "Definição de 'Atos de Concentração' para fins do controle de concentrações", disponível em:

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc327.pdf> (doravante "Relatório ICN"), página 1. De forma semelhante, o Relatório OCDE estabelece que a definição de "Ato de Concentração" busca identificar operações que se adequem ao controle de concentração. Essa adequação relaciona-se ao fato de que o controle de concentração é um processo pontual para determinar se uma combinação durável de ativos anteriormente independentes é capaz de alterar substancialmente os incentivos de como os ativos são utilizados no processo competitivo, o que, por sua vez, poderia levar a resultados conflitantes com os objetivos das políticas públicas de defesa da concorrência. ["Suitability" is related to the fact that merger review is a one-off review process to determine whether a more durable combination of previously independent assets is likely to materially change incentives as to how the assets are used in the competitive process, which in turn could lead to results that conflict with the policy goals of a competition law regime.]; Relatório OCDE, página 5.

⁶ "[t]he degree of economic integration between the parties and the duration of the relationship [...] are often utilized to distinguish qualifying 'merger' transactions from mere collaborative arrangements, which are normally reviewed under competition laws that are primarily directed at anticompetitive agreements between independent undertakings." Relatório ICN, páginas 1 a 2.

⁷ Idem, página 5.



da *joint venture*, quase invariavelmente a criação dessa *joint venture* será considerada um ato de concentração".⁸

Com base em uma análise das práticas internacionais, verifica-se que tanto os estudos da ICN quanto da OCDE reconhecem que, muito embora não haja uma definição comumente aceitável de "Ato de Concentração", as jurisdições analisadas adotam o controle de concentrações – em oposição a normas gerais de Direito da Concorrência – para garantir que alterações duradouras na propriedade ou combinações de ativos anteriormente independentes, que possam impactar a estrutura do mercado, sejam analisadas de forma eficiente e eficaz.

Ambos os estudos reconhecem que há custos e benefícios em relação à amplitude de qualquer definição a ser adotada. Em particular, nas considerações finais do seu Relatório, a ICN afirmou que "se a classificação de operações potencialmente sujeitas ao controle de concentrações for definida de forma muito ampla, como resultado poderia haveria a inclusão de diversos tipos de alteração na estrutura de controle que dificilmente teriam impactos materiais na concorrência, gerando, assim, um grande ônus aos negócios e à utilização de recursos destinados à aplicação da lei, além do que seria justificável."⁹

Considerando a relevância da prática internacional, aliada aos custos relacionados a essa ampla definição de "Contratos Associativos", as Seções respeitosamente recomendam que o CADE:

- revise a proposta de definição de "Contrato Associativo", de forma a limitá-los a contratos que resultem em alteração duradoura na propriedade ou na união duradoura de ativos anteriormente independentes que possam afetar a estrutura do mercado;

ou, alternativamente,

- postergue a adoção de uma definição de "Contrato Associativo" até o momento em que, com base no desenvolvimento futuro de seus precedentes, a autoridade esteja em melhores condições de analisar essa importante questão.

⁸ "[w]hen two or more parties form and control a joint venture that involves a genuine integration of assets with a certain permanence and ends competition among the parents in the field of the joint venture, almost invariably the creation of the joint venture will be considered a merger transaction". Relatório OCDE, página 30.

⁹ "[i]f the category of transactions that potentially qualify for notification as 'mergers' is defined too broadly, the result may be to capture many types of ownership changes that are unlikely to have a material impact on competition, thus placing a greater burden on business and law enforcement resources than would seem justified". Relatório ICN, página 6.

2. A NOTIFICAÇÃO DE DEBÊNTURES CONVERSÍVEIS EM AÇÕES

Por razões semelhantes àquelas apresentadas no item 1 acima, as Seções têm preocupações com relação à amplitude da proposta do CADE sobre a imposição de notificação prévia de aquisições de debêntures conversíveis em ações que – se e quando convertidas em ações – resultariam em (i) aquisição de controle, (ii) aquisição de pelo menos 20% do capital social total ou votante da companhia investida (se as partes não forem concorrentes), ou (iii) a aquisição de pelo menos 5% do capital social total ou votante, se as partes forem concorrentes ou desenvolverem atividades em mercados verticalmente relacionados.

O principal objetivo da maioria das operações de debêntures conversíveis em ações é a concessão de empréstimo pelo credor à companhia emissora de debêntures. Em contrapartida, como forma de pagamento do empréstimo, o credor recebe a opção ou o direito de receber ações ao invés de dinheiro. Esse mecanismo serve normalmente mais como garantia ao credor do que representa uma intenção do credor de receber ações do devedor. Além disso, a menos e até que as debêntures sejam convertidas em ações, o credor não será um acionista e, em condições normais, não adquirirá direito de voto ou quaisquer outros direitos que lhe garantam o controle ou o exercício de influência sobre a administração da companhia. Ainda, em diversas circunstâncias, o número de ações que podem ser adquiridas por meio da conversão varia a depender do preço de mercado ou do valor das ações da companhia. Por essa razão, o percentual exato de participação que pode ser adquirido em conversão futura é frequentemente impreciso quando da aquisição das debêntures.

As Seções reconhecem que, com a proposta, o CADE tenha como objetivo tratar de aquisições de debêntures conversíveis em ações, em que o credor poderia, possivelmente, adquirir direitos concorrencialmente significativos de gerir ou controlar as relações de uma empresa; exercer influência significativa sobre suas decisões comerciais estratégicas; ou ter acesso a informações concorrencialmente sensivelmente à época da aquisição. Todavia, tais situações são bastante raras; na maior parte das operações envolvendo debêntures, o credor se mantém neutro em relação à condução diária dos negócios do devedor. Portanto, a proposta do CADE em impor a notificação de aquisições de debêntures conversíveis em ações, simplesmente porque elas *podem* resultar na aquisição de tais direitos *no futuro*, pode levar à notificação de operações que não possuam relevância concorrencial imediata ou a longo prazo.

Ainda, a abordagem proposta pelo CADE é contrária àquela utilizada nos Estados Unidos, na União Europeia e em outras importantes jurisdições ao redor do mundo¹⁰. Além disso, a proposta também levanta questões de ordem prática, pois o

¹⁰ Apesar de a aquisição de debêntures conversíveis em ações ordinárias, bem como a aquisição de outros valores mobiliários conversíveis em voto (por exemplo, opções ou warrants), serem consideradas



preço das debêntures pode variar ao longo do tempo, impossibilitando às empresas a determinação precisa de se a conversão das debêntures em ações resultaria na aquisição de controle, de pelo menos 20% (em caso de não concorrentes), ou 5% da empresa objeto (em casos de concorrentes).

Recomendações

Pelas razões acima expostas, as Seções recomendam que o CADE elimine a exigência tal como está redigida. As Seções entendem que será mais adequado e também uma melhor utilização dos recursos do CADE, que tais operações sejam analisadas *se e quando* o credor decidir converter as debêntures em ações.

Alternativamente, caso o CADE entenda necessário impor a notificação de aquisições de debêntures conversíveis em ações, as Seções recomendam que o CADE modifique a proposta de forma a limitar a exigência de notificação prévia para aquisições de debêntures conversíveis que, por si só, resultem na aquisição, pelo credor e antes da conversão, de direitos significativos de controle ou direito de exercer influência significativa sobre a gestão ou sobre os negócios da empresa. Por exemplo, o CADE poderia limitar as notificações àquelas operações em que o adquirente – por meio da aquisição de debêntures conversíveis em ações e antes da sua efetiva conversão – obtenha direito de indicar a maioria dos membros do Conselho de Administração, o direito sobre mais da metade dos lucros da companhia, ou o direito legal de gerir seus negócios.

Haveria também outras opções que o CADE poderia implementar, que seriam mais restritivas do que a atual proposta e que imporiam um menor número de notificações de operações concorrencialmente insignificantes. Por exemplo, o CADE poderia limitar a exigência de notificação às aquisições de debêntures conversíveis em ações que resultem em uma mudança imediata no controle da empresa (*i.e.*, antes da conversão das debêntures em ações) por meio de ações reconhecidas em outras jurisdições (incluindo a União Europeia), como a garantia do direito de veto sobre decisões comerciais estratégicas (*e.g.*, direitos de veto sobre o orçamento anual ou sobre o planejamento estratégico). Ou, ainda, o CADE poderia limitar as notificações a operações em que o debenturista obtenha um direito imediato de exercer ao menos 20%

aquisições de "títulos com garantia de voto" sob o ESR, estes estão isentos da exigência de notificação, desde que os valores mobiliários conversíveis em voto não tenham à época direito de voto. *Vejá* 16 C.F.R. § 803.21, § 801.1(f). De acordo com a Comunicação Jurisdicional da União Europeia, "uma opção para aquisição ou conversão de ações não pode em si mesma conferir controle exclusivo e não ser que a opção seja exercida em futuro próximo de acordo com acordos juridicamente vinculativos / contratos." Comunicação da Comissão de Competência Consolidada ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 relativo ao controle das concentrações de empresas
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:EN:PDF>
na p. 60. No entanto, em circunstâncias excepcionais, uma opção, juntamente com outros elementos, pode-se chegar a conclusão de que há aquisição do controle exclusivo de fato que está sujeito aos requisitos de notificação da EU. *Vejá Id.*

(para não concorrentes) ou 5% (para concorrentes) dos direitos de voto nas decisões da companhia que requeiram um voto do acionista ou do conselho de administração.

Em resumo, na opinião das Seções, seria mais efetivo e menos custoso tanto para o CADE quanto para as empresas em geral se a obrigação de notificar a aquisição de debêntures conversíveis em ações fosse limitada às situações em que (i) após a conversão de tais debêntures a operação se enquadre nos requisitos do artigo 9º I e II da atual redação da Resolução nº 2/2012 e (ii) a aquisição de debêntures conversíveis em ações garantisse, por si própria, o direito aos investidores tanto de controle ou influência significativa nos negócios da companhia investida ou, ao menos, os mesmo direitos que o credor adquiriria mediante a conversão real das debêntures em ações.

Por fim, caso o CADE decida pela necessidade de notificação de debêntures conversíveis em ações, as Seções acreditam que as partes não deveriam ser obrigadas a submeter nova notificação no momento da conversão das debêntures em ações. Espera-se que quaisquer preocupações do CADE relacionadas aos efeitos concorrenciais de tais operações possam ser abordadas quando da primeira notificação. Requerer, portanto, às partes que submetam uma segunda notificação quando da conversão implicaria ônus desnecessário e indevido às partes das operações, podendo resultar em potenciais efeitos inibidores de operações debêntures conversíveis em ações.

3. A DEFINIÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO EM OPERAÇÕES ENVOLVENDO FUNDOS DE INVESTIMENTOS

Muito embora a grande maioria das operações envolvendo fundos de investimentos não levante questões concorrenciais relevantes, as Seções reconhecem que tais questões podem surgir em casos nos quais fundos de investimento adquirem participações societárias em empresas concorrentes (ou verticalmente relacionadas) que são detidas ou controladas (inteiramente ou em parte) por outro fundo controlado pelo mesmo gestor. O Brasil possui interesse legítimo em assegurar que as operações que dão ensejo a tais potenciais preocupações concorrenciais estejam sujeitas à aprovação prévia, uma vez que isso garante ao CADE tempo para rever a operação e, se necessário, contestar, restringir ou proibir antes que seja consumada.

Ao mesmo tempo, a ICN recomenda que os critérios de notificação de atos de concentração, bem como as informações exigidas no formulário de notificação, (i) sejam baseados em informações que estejam prontamente disponíveis às partes e (ii) sejam projetados para filtrar as operações que não devam resultar em efeitos concorrenciais significativos dentro do território da jurisdição envolvida¹¹. As regras de notificação que não cumprem essas recomendações impõem custos desnecessários às

¹¹ Vide parágrafos LB, LC e VB das *Recommended Practice for Merger Notification Procedures*, disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>.



partes envolvidas em atos de concentração e podem resultar no comprometimento de recursos da autoridade concorrencial sem quaisquer benefícios decorrentes dessa atividade.

As Seções acreditam que a proposta de modificações do CADE à definição de "grupo econômico" para operações envolvendo fundos de investimentos melhora a definição atual. Não obstante, algumas das principais dificuldades práticas e dos custos relacionados à determinação do faturamento no Brasil das empresas investidas dos fundos de investimentos e seu "grupo econômico" permanecerão sob a proposta de revisão da definição.

Conforme detalhado a seguir, as Seções acreditam que uma maior simplificação ou um maior estreitamento do escopo da definição de "grupo econômico" reduziria consideravelmente o ônus aos fundos de investimento, permitindo que tais entidades cumpram de forma mais ágil e eficiente os requisitos legais, sem comprometer, no entanto, a capacidade do CADE de analisar operações potencialmente anticompetitivas. As Seções recomendam que o CADE considere de forma bastante atenta as abordagens utilizadas pelos Estados Unidos da América e pela União Europeia como precedentes úteis. Apesar de cada uma dessas jurisdições possuir uma abordagem um pouco diferente para a questão, as Seções acreditam que a regulamentação brasileira pode ser harmonizada com as abordagens dessas jurisdições, sem incorrer em qualquer risco significativo de que operações envolvendo fundos de investimento com possíveis efeitos concorrenciais no mercado brasileiro fiquem fora dos critérios de notificação. Além disso, tais riscos estariam mitigados dado que o CADE possui a competência para analisar operações não notificadas dentro de um ano do seu fechamento.

Restringir o âmbito da definição de "grupos econômicos" para fundos de investimento não limitaria a competência do CADE de requerer informações relevantes durante sua análise dos efeitos concorrenciais de operações notificadas, incluindo: (a) solicitação de informações básicas no formulário de notificação relacionadas à identidade do gestor do fundo de investimento, investidores minoritários, e empresas do portfólio de investimentos do fundo nas quais o fundo possua participação minoritária, e/ou (b) requerimento de informações de acompanhamento mais detalhadas relacionadas aos fundos de investimento, incluindo investidores minoritários e empresas do portfólio. Em contraste às extensas informações requeridas nos Anexos I e II das alterações propostas ao formulário de notificação para fundos de investimentos (mencionadas na Seção II.5.2), uma abordagem mais restrita ao longo das linhas descritas acima facilitaria a capacidade do fundo de cooperar efetivamente com o quanto solicitado, fornecendo assim informações suficientes ao CADE para analisar a operação.

Origem da Definição de Grupo Econômico para Fundos de Investimentos

Com a promulgação da Lei n. 12.529, o CADE adotou resoluções específicas que definem o escopo de "grupo econômico" de fundos de investimento a

ser considerado quando da avaliação sobre o preenchimento dos critérios de faturamento¹². Antes da entrada em vigor destas novas normas em 2012, o CADE havia desenvolvido em várias decisões uma abordagem que tendia a consolidar seus precedentes sobre essa questão¹³. Segundo tal abordagem, o escopo do “grupo econômico” para operações envolvendo fundos de investimento era examinado com base no nível de controle ou influência exercida pelos investidores do fundo sobre a gestão (i) do fundo e seus investimentos, e (ii) o controle ou a influência do gestor do fundo sobre os demais fundos geridos e os respectivos investimentos.

As regulamentações de 2012 trouxeram um padrão mais objetivo e definido em relação aos precedentes anteriores. Mas também impuseram ônus práticos significativos e custos aos fundos de investimento para calcular com precisão as receitas (faturamentos) no Brasil. Além disso, devido ao amplo escopo de empresas que poderiam potencialmente ser incluídas pela definição (incluindo empresas do grupo vendedor que permaneceriam sem relação com a pós-operação da empresa adquirente), parecem ser necessárias notificações prévias atos de concentração ao CADE para operações envolvendo fundos de investimentos, que possuem pouco ou nenhum efeito competitivo no Brasil.

Comentários Específicos à Definição Proposta de Grupo Econômico para Operações Envolvendo Fundos de Investimentos

De acordo com as alterações propostas para a definição de “grupo econômico” relevante para as operações envolvendo fundos de investimento, o faturamento no Brasil das seguintes entidades deverá ser considerado quando da avaliação sobre o preenchimento dos requisitos notificação:

1. O grupo econômico dos investidores que detêm, direta ou indiretamente, pelo menos 20% das quotas do fundo de investimento envolvido na operação;

¹² Especificamente, o art. 4 §2º da Resolução nº 2 do CADE exige que os fundos de investimento incluam as seguintes entidades como parte do mesmo grupo econômico ao avaliar o volume de negócios do grupo brasileiro: (1) os fundos que estão sob a mesma gestão; (2) o gestor do fundo; (3) os cotistas que detenham, direta ou indiretamente, mais de 20% das quotas de pelo menos um dos fundos no item (1); e (4) as empresas que pertencem ao portfólio dos fundos em que a participação acionária, direta ou indiretamente, detida pelo fundo, é igual ou superior a 20% do capital votante ou do capital social total.

¹³ Cf., nesse sentido, CADE. Ato de Concentração No. 08012.000900/2009-76 (Partes: Governança e Gestão Participações S.A. e Visum Sistemas Eletrônicos S.A., Data da Decisão: 27 de Maio de 2009); Ato de Concentração No. 08012.010222/2008-79 (Partes: MASB Desenvolvimento Imobiliário S.A., Capital Mezanino Privado I Fundo de Investimento em Participações e Capital Mezanino Fundo de Investimento em Participações. Data da Decisão: 4 de Fevereiro de 2009); Ato de Concentração No. 08012.002529/2007-15 (Partes: Sagah Administração e Participações S/A e Logística Brasil - Fundo de Investimento em Participações. Data da Decisão: 13 de Fevereiro de 2008); Ato de Concentração No. 08012.006082/2006-72 (Partes: PW237 Participações S/A e Santos Brasil S/A. Data da Decisão: 13 de Setembro de 2006).



2. As empresas controladas pelo fundo de investimento envolvido na operação e as empresas nas quais o fundo detenha, direta ou indiretamente, pelo menos 20% de participação societária;
3. As empresas controladas por fundos de investimento sob a mesma gestão do fundo de investimento envolvido na operação e as empresas nas quais os fundos detenham, direta ou indiretamente, pelo menos 20% de participação societária.

Essa definição proposta é mais restrita que a definição anterior na medida em que elimina a necessidade de calcular o faturamento no Brasil tanto (a) do gestor do fundo, quanto (b) dos fundos que estão sob a mesma gestão que o fundo de investimento que é parte da operação – pressupondo que nenhum deles detém mais de 20% das quotas do fundo de investimento. Contudo, a definição revista continua a exigir dos fundos de investimentos informações sobre as receitas de qualquer investidor com uma participação acima de 20% no fundo (incluindo quotistas ou sócios comanditários que não têm autorização legal ou direito de participar na gestão do fundo de acordo com as leis de jurisdições em que os fundos são constituídos), bem como sobre as receitas de qualquer empresa investida em que o fundo e os fundos sob gestão comum tiverem mais de 20% de participação (incluindo as empresas em que o fundo tem pouco ou nenhum direito de influenciar a gestão ou negócios da empresa).

As Seções entendem que a definição proposta foi concebida para um padrão de participação objetiva de 20% com base em presunções legais que podem existir sob a legislação brasileira, tendo em vista a capacidade dos acionistas de influenciar a gestão de uma empresa. Contudo, muitos fundos de investimentos, especialmente aqueles registrados em jurisdições fora do Brasil, tipicamente não possuem obrigação legal ou meios práticos de obter informação sobre as receitas no Brasil de seus sócios minoritários ou de empresas investidas nas quais eles possuem participações minoritárias. Assim, mesmo sob a definição proposta, fundos de investimento muitas vezes não serão capazes de obter as informações necessárias para avaliar se os critérios de notificação do Brasil estão preenchidos. Da mesma forma, mesmo quando as partes estão certas de que as receitas brasileiras do fundo de investimento vão ultrapassar os critérios de notificação, os fundos de investimento provavelmente não serão capazes de fornecer as informações pormenorizadas solicitadas no formulário de notificação proposto em relação às receitas e os negócios de seus investidores minoritários e suas empresas investidas nas quais suas participações sejam minoritárias. Tais requisitos de notificação estão em desacordo com práticas de Procedimentos de Notificação de Atos de Concentração recomendadas pela ICN, que preveem que os critérios iniciais de notificação devem ser implementados de forma a “evitar a imposição desnecessária de

ônus às partes a operações que não apresentam preocupação concorrencial que sejam substanciais.”¹⁴

Finalmente, as Seções acreditam que a definição proposta mantém uma definição de grupo econômico excessivamente ampla, que continuará a exigir um grande número de notificações de atos de concentração ao CADE com pouco ou nenhum efeito significativo na concorrência. Considerando, portanto, sua incompatibilidade com as melhores práticas da ICN e os custos relevantes que mesmo a definição revista imponha tanto para a autoridade quanto para os administrados, as Seções entendem que a proposta de alteração da definição de grupo econômico em operações envolvendo fundos de investimento necessita de revisão adicional.

Abordagens alternativas em outras Jurisdições

As Seções reconhecem que o CADE deveria considerar as abordagens de outras jurisdições, tais como os Estados Unidos e a União Europeia, para determinar quais operações envolvendo fundos de investimento atenderiam aos critérios de notificação. As Seções acreditam que essas abordagens possibilitariam aos fundos de investimento melhor atender aos critérios de notificação colocados na lei brasileira e possibilitaria afastar a notificação de operações sem efeitos concorrenciais significativos no Brasil

Estados Unidos. O Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act de 1976 (“HSR”) exige que as partes apresentem uma notificação prévia dos atos de concentração para aquisições de ativos ou participações societárias com direitos de voto que atendam especificamente aos testes de “tamanho da operação” e “tamanho da requerente”. Nos termos das atuais regulamentações do HSR o critério “tamanho da requerente” é geralmente satisfeito se uma das partes da operação tem ativos em todo o mundo e vendas anuais de, no mínimo, 151,7 milhões dólares e a outra parte tem ativos em todo o mundo e vendas anuais de, no mínimo, 15,2 milhões dólares.¹⁵ Não há critério de “tamanho da requerente” nas aquisições em que o adquirente deterá direitos de voto e ativos com um valor agregado de mais de 303,4 milhões de dólares como resultado da operação.¹⁶

¹⁴ “avoid imposing unnecessary burdens on parties to transactions that do not present material competitive concerns.” Cf. *Recommended Practice for Merger Notification Procedures*, nos parágrafos V.B, disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>.

¹⁵ No caso do vendedor não estar “envolvido na produção” (conforme definido nas regulamentações do HSR), e não ser controlado por uma entidade que o seja, o teste a ser aplicado pelo lado adquirido é o de vendas anuais de US\$ 151,7 milhões ou um total de ativos de US\$ 15,2 milhões.

¹⁶ Mesmo quando os critérios de tamanho da parte e da operação estão atendidos, os EUA dispensam a notificação de aquisições de empresas estrangeiras que não têm mais de \$75.9 milhões em vendas dentro do mercado norte-americano ou ativos e participações sem direito de controle em empresas estrangeiras por uma outra entidade estrangeira.



O critério de tamanho da requerente nos termos do HSR é determinado com base na empresa-mãe (EM) da parte adquirente e da empresa-alvo da operação. Para determinar a identidade da EM, as relações de controle devem ser verificadas a partir da entidade diretamente envolvida na operação até o seu controlador final. Uma empresa é "controlada" quando outra empresa detém 50% ou mais dos direitos de voto ou tem direito por contrato de designar 50% ou mais dos seus conselheiros. Para entidades como fundos de investimento sem direito de voto, o "controle" é baseado no direito a 50% dos lucros da entidade ou no direito a 50% dos ativos dessa entidade em caso de liquidação (após o pagamento de suas dívidas). Os ativos e vendas anuais de todas as pessoas controladas por essa EM são considerados para que se determine o tamanho da requerente.

Assim, segundo os critérios americanos de tamanho da requerente, no caso de fundos de investimento, seria necessário incluir o total de vendas ou ativos das empresas investidas nas quais este detenha mais de 50% dos direitos de voto ou o direito de nomear 50% ou mais dos diretores (ou, ainda, direito a 50% dos lucros ou dos ativos no caso de liquidação). Da mesma forma, os investidores em um fundo de investimento que extrapolem estes critérios seriam considerados uma EM e/ou parte do mesmo grupo econômico, e as suas receitas totais e ativos seriam relevantes para determinar se o critério de tamanho da requerente estaria preenchido.

Essas regras do HSR não incluem receitas ou ativos de acionistas minoritários ou de empresas de seu portfólio em que a EM (ou entidades sob controle comum) detenham participações minoritárias (ou seja, 20% a 49% das ações), em parte porque as informações sobre os rendimentos ou ativos dessas entidades (especialmente entidades não-públicas) frequentemente não estão prontamente disponíveis aos fundos de investimento pela razões acima descritas.¹⁷

No que diz respeito à notificação, o formulário do HSR é concebido, em parte, como forma de assegurar que as agências antitruste obtenham informações sobre os fundos de investimento que possam ser relevantes à avaliação dos impactos concorrenciais. Por exemplo, para o fundo de investimento adquirente, o formulário exige a identificação das entidades "associadas", incluindo as empresas investidas sob gestão comum que geram receitas nos mesmos segmentos industriais que o da entidade adquirida. Dado que entidades "associadas" não são controladas pelo fundo de investimento, no entanto, os regulamentos do HSR também reconhecem que os fundos de investimento podem não ter informações completas sobre as atividades concorrenciais dessas entidades associadas. Conseqüentemente, os regulamentos do HSR exigem apenas que os fundos de investimento adquirentes forneçam informações *com base em seu conhecimento e convicção*. Além disso, o formulário do HSR não

¹⁷ Mesmo para as empresas de capital aberto, a receita e informações de ativos não são comumente disponibilizadas ao público ou aos acionistas minoritários.

exige que os fundos de investimento forneçam o faturamento nos EUA de tais entidades associadas.¹⁸

Finalmente, as regras do HSR também permitem que uma pessoa apresente um formulário de notificação contendo uma declaração explicando suas razões de descumprimento de qualquer item solicitado no formulário de notificação. Essa declaração deve explicar (a) por que a pessoa é incapaz de fornecer a resposta completa, (b) quem, se alguém, tem as informações necessárias e (c) quais esforços foram feitos para obter as informações solicitadas. *Veja* 16 C.F.R. § 803.3.

União Europeia. As regras de concentração da União Europeia ("EUMR") e a Comunicação Jurisdicional da U.E. também estabelecem quais entidades devem ser incluídas no cálculo do faturamento para fins de determinar se os critérios de notificação da EUMR estão satisfeitos. De uma forma geral, a EUMR exige que a parte da operação (ou a "empresa envolvida") seja incluída no cálculo, bem como as seguintes entidades em que a empresa envolvida, direta ou indiretamente:

- detém mais da metade do capital ou dos ativos
- tem o poder de exercer mais da metade do direito de voto
- tem o poder de designar mais da metade dos membros do conselho fiscal, do conselho de administração ou dos órgãos que representem legalmente as empresas.
- tem o direito de gerir os negócios da empresa

As empresas-mãe que têm os mesmos direitos sobre a empresa envolvida e entidades sobre as quais as empresas-mãe têm os mesmos direitos também são incluídas no cálculo de volume de negócios. A EUMR prevê também que, quando a operação diz respeito à aquisição de partes de uma ou mais empresas, apenas as partes que são objeto da operação deverão ser consideradas no que diz respeito ao vendedor (não todo o grupo vendedor de empresas).

Ressalte-se que o último critério também abrange apenas um direito *que decorre da lei* de gerir os negócios das empresas de seu portfólio. Um gestor do fundo de investimento, por exemplo, poderia ter direitos para gerir outros fundos de investimento.¹⁹ Essa norma de "direito de gerir", no entanto, não inclui quaisquer

¹⁸ Da mesma forma, a maioria das informações exigidas pelo HSR apresentadas pela "pessoa adquirida" (por exemplo, a EM da entidade cujas participações societárias ou ativos estejam sendo vendidos) refere-se apenas à "entidade adquirida" ou "ativos adquiridos" - e não a todo o grupo de empresas pertencentes à EM (a "empresa adquirida"). Além disso, o HSR também exige fundos de investimentos estruturados como uma *limited partnership* divulgue a identidade do *general partner* do fundo, independentemente de sua participação acionária, e outras entidades não-incorporadas devem revelar a identidade de qualquer pessoa ou entidade que detém mais de 5% de participação da entidade adquirida (ainda que esta não seja incorporada), bem como da entidade adquirente (s) e sua EM (para pessoas naturais, é a pessoa jurídica ou não jurídica pertencente à EM, mas não se exige das partes que divulguem informações significativas detalhadas com relação a esses interesses.

¹⁹ Um contrato estipulando a um determinado acionista certos direitos de veto em relação à administração da companhia pode também estabelecer um direito *de jure* à administração de uma entidade.

CADE/MJ
Fls. 164
A

CADE/MJ
767
A

direitos de *controle de fato* que surgem como resultado de fortes interesses comuns entre os diferentes acionistas minoritários de uma joint venture ou com base na presença e exercício de voto nas reuniões de acionistas. A Comissão reconheceu que essa distinção entre direitos *de jure* e *de facto* "se explica pela necessidade de precisão e certeza nos critérios usados para o cálculo de faturamento de modo que a jurisdição possa ser facilmente verificada."²⁰

Assim, da mesma forma como ocorre na análise do critério de tamanho da requerente nos EUA, as regras de cálculo de faturamento da UE são concebidas principalmente para incluir no grupo aquelas empresas em que há claras relações de controle com a parte envolvida na operação. Enquanto o "direito de gerir" previsto em norma da UE introduz alguma complexidade adicional para a determinação do grupo relevante de empresas que devem ser incluídas no cálculo do faturamento, a definição da UE ajuda a concentrar a análise nas empresas sobre as quais os fundos de investimento têm um nível significativo de controle ou influência.

Finalmente, no que diz respeito às exigências do formulário de notificação, as Seções reconhecem que os pedidos de informação propostos pelo CADE sobre as entidades de um "grupo econômico" amplamente definido, tal como redigido, exigiriam que as partes apresentem informações mais amplas do que é exigido pelo padrão da UE. A título de exemplo, o formulário da EU exige que as partes identifiquem quaisquer entidades que atuam no "mercado afetado" (20% de participação nos mercados horizontais, 30% de participação para os mercados verticais), em que as partes, direta ou indiretamente, detenham uma participação igual ou superior a 10%. Em alguns casos, a UE também exige informações relativas a pessoas que atuam em conselhos de mais de uma dessas empresas.

O formulário da UE, no entanto, não tem pedidos padrão para descrições das atividades desenvolvidas por cada sociedade cuja participação do grupo adquirente seja de 10% e não exige de dados de faturamento de cada uma dessas entidades em cada um dos Países Membros e na União Europeia. Além disso, as partes responsáveis pela notificação são normalmente autorizadas a se basear em relatórios preparados por analistas ou em estimativas de boa fé para fornecer informações sobre vendas ou estimativas de participações de mercado dos concorrentes em quaisquer mercados afetados. As partes podem também solicitar a dispensa de qualquer pedido de informação no formulário. O CADE poderia considerar a abordagem da UE para estas questões antes de finalizar os regulamentos e as alterações propostas para o seu formulário de notificação.

Recomendações

²⁰ Veja Parágrafo 184 da Comunicação Consolidada da Comissão da União Europeia disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:EN:PDF>.

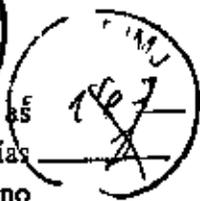
As Seções reconhecem as legítimas preocupações e o interesse do CADE em adotar regras objetivas para a notificação de operações envolvendo fundos de investimento nas hipóteses em que houver nexos suficientes entre tais operações e o mercado brasileiro. Contudo, entendemos ser igualmente importante que as regras para notificação de atos de concentração não envolvam uma definição de "grupo econômico" que (a) exija, de fundos de investimento, a compilação de informações não facilmente acessíveis e/ou que (b) amplie o escopo de grupo econômico a ponto de incluir empresas sobre as quais as partes da operação não detêm efetivo poder de controle ou de influência e que, portanto, têm pouca ou nenhuma relevância para a análise de efeitos concorrenciais da operação.

Dessa forma, as Seções recomendam que, para fins do cálculo de faturamento do grupo econômico no Brasil e consequente identificação do enquadramento de uma operação nos critérios de notificação brasileiros, o CADE modifique a definição de grupo econômico proposta em relação a fundos de investimento, conforme abaixo:

1. Quando o fundo de investimento for o vendedor, o CADE deve limitar o faturamento relevante à empresa-alvo (incluindo as entidades em que a empresa-alvo detenha participação igual ou superior a 50% do capital social) ou aos ativos objeto da operação. Outras entidades, incluindo investidores das empresas de fundo de investimento e empresas investidas (bem como outros fundos sob controle comum), devem ser excluídas do cálculo (*Veja também a Seção 4 do Comentário, abaixo*).
2. Quando o fundo de investimento for o adquirente, o CADE deve incluir somente (a) os investidores que detiverem, direta ou indiretamente, 50% ou mais das cotas do fundo de investimento envolvido na operação, e (b) as empresas em que o fundo de investimento participante (e outros fundos de investimento sob a mesma gestão) detenha, direta ou indiretamente, participação igual ou superior a 50% no capital social ou interesses nos lucros.

Se o CADE entender que deve ser aplicada uma definição mais ampla, por meio da qual seja possível identificar as atividades das empresas investidas nas quais o fundo adquirente (ou a empresa-alvo) possui uma participação inferior a 50% do capital social, as Seções recomendam que o Brasil adote uma abordagem semelhante a da UE, que prevê a inclusão de empresas nas quais um fundo de investimento tenha o direito *de jure* de gestão.

Ao mesmo tempo em que o critério de 20% atualmente proposto é objetivo, também é extremamente amplo e, caso mantido, aplicar-se-ia a empresas sobre as quais os fundos de investimento não possuem qualquer controle ou influência material. A adoção do critério da UE, que trata do controle efetivo sobre a empresa, restringiria a



análise concorrencial a um conjunto mais limitado de empresas investidas, sobre as quais os fundos de investimentos têm a capacidade de obter as informações necessárias para avaliar o atendimento aos critérios de faturamento para notificação de operações no Brasil.

Além disso, no que diz respeito às informações de fundos de investimentos solicitadas pelo formulário de notificação, as Seções entendem ser apropriada a solicitação, pelo CADE, em todas as notificações, dos gestores, investidores e acionistas minoritários do fundo de investimentos. Todavia, recomenda-se que o formulário de notificação deixe de solicitar informações mais detalhadas a respeito do faturamento e demais atividades concorrenciais, no Brasil, de seus investidores minoritários e das empresas investidas nas quais o fundo detenha baixa participação e, conseqüentemente, não haja efetivo poder de controle (i.e., participação igual ou superior a 50% das ações ordinárias do capital social, poder de nomear a maioria dos administradores, ou direito *de jure* de gestão).

Caso o CADE reconheça que fundos de investimento possivelmente não tenham informações perfeitas sobre as atividades de algumas entidades que não controlam e, mesmo assim, seja mantida uma definição ampla de grupo econômico e/ou continue-se a exigir informações mais aprofundadas acerca de entidades não controladas, as Seções recomendam que, para fins de evitar a responsabilização de fundos de investimento pela inviabilidade de prestar informações perfeitas, o CADE aceite suas declarações de boa-fé em que se ateste o fornecimento das informações solicitadas na medida de sua disponibilidade e ao alcance de seu conhecimento. Na medida em que determinadas informações das partes não estiverem disponíveis às partes e tiver sido apresentada uma declaração explicando as razões da impossibilidade do fornecimento de tais informações, o CADE deveria aceitar o formulário de notificação como completo. O CADE ainda terá a possibilidade de solicitar informações relevantes para a análise diretamente a terceiros, tais como investidores minoritários das partes e empresas investidas em que as partes detiverem uma participação minoritária.

4. SUFICIÊNCIA DO FATURAMENTO DO OBJETO DA OPERAÇÃO PARA FINS DE DETERMINAÇÃO DE CRITÉRIOS DE NOTIFICAÇÃO

À luz dos esforços contínuos do CADE em aprimorar o regime brasileiro de controle de concentrações e com vistas a assegurar a eficiência e eficácia desse processo, sugerimos que um tema adicional seja revisto: a aplicação dos critérios de notificação sobre o faturamento da empresa-alvo, em vez daquele registrado pelo grupo vendedor.

Nos termos da legislação brasileira atual, a submissão de uma operação à autoridade concorrencial é obrigatória quando:

- (i) O grupo econômico de uma das partes envolvidas na operação tiver registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões; e
- (ii) O grupo econômico da outra parte envolvida na operação tiver registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões.

Dessa forma, tais critérios se aplicam ao faturamento de todo o grupo econômico da parte vendedora, em vez de serem limitados aos negócios ou ativos adquiridos, conforme recomendado pela ICN²¹. As Práticas Recomendadas pela ICN compilam as melhores práticas e experiências das autoridades concorrenciais em todo o mundo e foram adotadas ao longo de vários anos como consenso entre as autoridades membro do ICN.

Ao reconhecer que os ativos que remanescem com o vendedor após uma operação não têm qualquer influência no impacto concorrencial desta, a ICN recomenda que os critérios de faturamento sejam limitados às empresas ou negócios relevantes envolvidos em dada operação. Assim, somente o faturamento do objeto da operação é suficiente para verificar o enquadramento do vendedor nos critérios de notificação. As Práticas Recomendadas pela ICN abordam esta questão em meio a um esforço para reduzir notificações desnecessárias, por meio de um mecanismo de triagem que exclua da apreciação das autoridades as operações que não gerem efeitos concorrenciais relevantes. Dessa forma, permite-se que as autoridades direcionem seus recursos para a análise de operações mais suscetíveis de causar prejuízos concorrenciais.

Entendemos que esse tema merece maiores reflexões e alterações, como parte do esforço do CADE para aprimorar seu regime de controle de concentrações. Particularmente, acreditamos ser improvável que a alteração da aplicação dos critérios de notificação, do faturamento do vendedor para o do objeto da operação, venha a prejudicar a capacidade do CADE em analisar as operações que têm potencial efeito concorrencial no Brasil. O CADE talvez deseje examinar até que ponto um critério de notificação baseado somente no objeto da operação poderia ser adequado para a boa análise antitruste. Se o CADE entender que não possui autoridade para rever tais critérios, pode considerar propor uma exceção "*de minimis*" adicional, baseada na estipulação de determinado nível de faturamento registrado pela empresa-objeto. Tal Resolução pode ser emitida como modo de prestar orientação a interpretação dos efeitos locais gerados por determinada operação, nos termos do artigo 2º da Lei n.º 12.529/11 (As Seções sentir-se-iam honradas de comentar o conteúdo de tal Resolução.)

²¹ Recomendações Práticas L.B.3 da ICN, disponível em <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc588.pdf>.



As Seções esperam que esses comentários sejam úteis, e reiteram seu apreço pelos esforços contínuos do CADE de revisar, refinar e aprimorar o sistema brasileiro de controle de concentrações. Continuamos comprometidos com esse processo e oferecemos nossa assistência ao CADE caso assim se entenda necessário.