INGLEZ WERNECK RAMOS CURY FRANÇOLIN ADVOGADOS

OBRIGAÇÃO DE NOTIFICAR CONTRATOS ASSOCIATIVOS: NOVA DECISÃO DO CADE

O **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA** (**CADE**) julgou, na sessão do dia 22 de fevereiro, nova consulta a respeito do controverso tema de contratos que não são tipicamente considerados como concentração entre empresas, - *e.g.* contratos de distribuição e fornecimento, entre outros, e ficaram conhecidos como contratos associativos pela **LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**.

Esse tema vem sendo intensamente debatido desde a entrada em vigor da atual **LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**, e havia sido regulado inicialmente por uma resolução considerada por muitos como demasiadamente ampla e vaga, fazendo com que permanecessem inúmeras dúvidas sobre o que significavam e o nível de abrangência da norma.

Uma segunda resolução foi editada pelo **CADE**. A nova resolução sobre contratos associativos, em vigor desde 25 de outubro de 2016, visou simplificar o conceito das características que definiriam um contrato como associativo.

Os elementos caracterizadores do contrato associativo, segundo a nova resolução são: (i) prazo de duração mínimo igual ou superior a dois anos; (ii) criação de "empreendimento comum" para exploração de atividade econômica; (iii) compartilhamento de riscos e resultados e (iv) relação de concorrência entre as partes no mercado relevante objeto do contrato.

Como se nota, ainda há espaço para interpretações e, por consequência, para dúvidas, na nova resolução. Nesse contexto, algumas empresas têm preferido realizar consulta ao **CADE** para confirmar se o contrato que pretendem celebrar se encaixa ou não nessa resolução.

Em dezembro de 2016, a Hamburg Süd e a CMA utilizaram o instrumento de consulta para questionar a autoridade concorrencial sobre a necessidade de notificação e aprovação prévia da proposta negocial entre as empresas no sentido de compartilharem embarcações, incluindo a disponibilização e operação de navios em uma linha regular entre a costa leste da América do Sul e o sudoeste da África[1].

MANDATORY MERGER CONTROL ON ASSOCIATIVE AGREEMENTS: A NEW DECISION FROM CADE

At the judgment session of February 22nd, the **ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE** (**CADE**) ruled on a new consultation on the controversial issue of agreements that are not typically considered as an economic concentration between companies, - *e.g.* distribution and supply agreements, among others -, which became known as associative agreements under the Brazilian **COMPETITION LAW**.

This topic has been intensely debated since the current **COMPETITION LAW** entered into force, and was initially regulated by a resolution considered by many to be too broad and vague; leaving many doubts as to what it meant and to the regulation's reaches.

A second resolution was issued by **CADE**. The new resolution on associative agreements, in force since October 25th, 2016, aimed to simplify the concept of the characteristics that would define an agreement as associative.

The characterizing elements of an associative agreement, according to the new resolution are: (i) a minimum duration of two years or more; (ii) creation of a 'common venture' to explore an economic activity; (Iii) risks and results sharing and (iv) a relationship of competitiveness between the parties in the relevant market in which the agreement occurs.

As can be seen, in the new resolution there is still room for interpretation and, consequently, for doubts. In this context, some companies have preferred to consult **CADE** in order to confirm whether or not the agreement they intend to enter into is in falls in the resolution thresholds.

In December 2016, Hamburg Süd and CMA used the consultation tool to pose questions to the competition authority on the need for notification and prior approval of the business-to-business proposal to share vessels, including the provision and the operation of vessels in a regular line between the east coast of South America and southwest Africa[4].

---

[1] Conforme Consulta nº 08700.008081/2016-86, consulentes Hamburg Südamerikanische Dampschifffahrts-Gesellschaft KG e CMA CGM S.A., julgada em 18 de janeiro de 2017.

[4] As for Consultation No. 08700.008081/2016-86, consulting companies Hamburg Südamerikanische Dampschifffahrts-Gesellschaft KG and CMA CGM S.A., judged on January 18, 2017.

Nesse caso, foram analisadas as características intrínsecas ao tipo de contrato que restaria estabelecido pela operação. Primeiramente, distinguiu-se o *Vessel Sharing Agreement* (VSA), que compreenderia uma cooperação entre as empresas contratantes, instrumentalizando uma "operação conjunta da linha" marítima em questão, do *Slot Charter Agreement* (SCA), que se caracteriza apenas pela cessão onerosa de espaço em um navio, sem necessidade de cooperação para operar uma linha marítima.

Enquanto o SCA teria por objeto o simples aluguel de espaço em navio, o que não configuraria um empreendimento comum[2], no VSA haveria uma definição conjunta da criação de linhas e determinação de sua frequência, resultando na "criação de um resultado final novo que não seria possível sem essa atuação conjunta das partes", necessariamente estabelecida via contrato.

Considerando que a consulta envolveu exatamente um contrato de VSA, na visão do **CADE** o *empreendimento comum* restou demonstrado pela complexidade jurídica operacional de tal contrato, que envolveria obrigações de desenvolvimento e estratégias conjuntas, dando espaço a um alto nível de cooperação entre os concorrentes.

Considerando estarem presentes elementos de concorrência horizontal e duração superior a dois anos, aliados ao *empreendimento comum* para exploração de atividade econômica e compartilhamento de riscos e resultados, o **CADE** entendeu estarem presentes os requisitos da resolução de contratos associativos e considerou a operação como de notificação obrigatória para que pudesse ser implementada e para que gerasse efeitos.

Outro caso mais recente e que inspirou o presente artigo foi a consulta julgada pelo **CADE** que tratava da operação envolvendo a Eletronic Arts e a Warner, um contrato de licenciamento de videogames, que teria como objetivo possibilitar a concessão de licença <u>exclusiva</u> para replicar, manufaturar e distribuir os produtos em formato físico no Brasil, que, no entendimento do **CADE**, não possuiria os elementos

In this case, the characteristics inherent to the type of agreement that would be established by the transaction were analyzed. Firstly, *the Vessel Sharing Agreement* (VSA), which would include a cooperation between the contracting companies, providing a "joint operation of the maritime line" was distinguished from the *Slot Charter Agreement* (SCA), which is only characterized by the paid assignment of room on a ship, without the need for cooperation to operate a maritime line.

While the SCA would have been the mere rental of space on a ship, which would not establish a common venture[5], the VSA would have a common definition to create line and to determinate their frequency, resulting in the "creation of a new final result that would not be possible without this joint action of the parties", necessarily established by mean of the agreement.

Bearing in mind that the consultation involved exactly a VSA agreement, in **CADE**'s view the *common venture* was demonstrated by the operational legal complexity of such agreement, which would involve the development of obligations and joint strategies, giving rise to a high level the cooperation among the competitors.

Considering the elements of horizontal competition with a duration of more than two years, combined with the *common venture* for the economic activity exploration and risks and results sharing, **CADE** understood that the thresholds of the resolution of associative agreements were present and considered the transaction as of mandatory notification, as a condition for its implementation and generation of effects.

Another, more recent case that inspired this article, was a consultation to **CADE** that dealt with a transaction involving Electronic Arts and Warner, a video game licensing agreement, which would have the objective of granting an <u>exclusive</u> license to replicate, manufacture and distribute the products in a physical format in Brazil, which, according to **CADE**, would not carry the intrinsic elements of an agreement

[2] Conforme Consulta nº 08700.006858/2016-78, consulentes Hamburg Südamerikanische Dampschifffahrts-Gesellschaft KG e Hapag-Lloyd AG, julgada em 23 de novembro de 2016, realizada no âmbito da antiga resolução sobre contratos associativos, revogada logo após a apresentação da consulta.

[5] As for Consultation No 08700.006858/2016-78, consulting companies Hamburg Südamerikanische Dampschifffahrts-Gesellschaft KG e Hapag-Lloyd AG., judged on November 23, 2016, filed when the first resolution was still into force, which was abrogated soon after the filing of the consultation.

intrínsecos de um contrato tido como associativo para efeitos da lei concorrencial[3].

Como justificativa, o conselheiro-relator ressaltou que o contrato não previa a *formação de um empreendimento comum*. Este entendimento pautou-se essencialmente na relação econômica das empresas especificamente no mercado do contrato, pois, mesmo considerando que as partes sejam concorrentes no mercado de desenvolvimento e edição de títulos de jogos (softwares), no escopo contratual elas passariam a ter uma relação estritamente vertical (licenciadora/licenciada).

Ademais, ressaltou-se a independência de atuação das empresas, pois as partes não partilhariam as decisões qualitativas e quantitativas da oferta sobre o mercado de jogos no Brasil, inclusive mantendo segregadas as atividades de *marketing* e propaganda.

Outra questão relevante discutida neste precedente refere-se à duração do contrato. Por mais que o contrato não alcançasse ordinariamente os prazos mínimos estabelecidos pela resolução (de dois anos ou mais), existiria a previsão de um mecanismo de renovação automática do contrato. Esta renovação faria com que o contrato atingisse o prazo de duração mínimo para a notificação obrigatória ao **CADE**.

Conforme diz a norma, mesmo quando presentes os demais elementos necessários para sua caracterização como associativos, contratos que não atinjam minimamente o critério temporal de dois anos não seriam passíveis de notificação ao **CADE**, incluindo aqueles que contenham cláusulas que possam ensejar sua renovação automática. A obrigação surgiria somente se e quando a renovação do contrato alcançasse o prazo legal de dois anos.

Esta previsão traz um ponto de atenção, pois ao mesmo tempo que a análise do **CADE** deve ser prévia - e que operações de notificação obrigatória não podem se concretizar antes da aprovação pelo órgão -, contratos associativos já implementados e em pleno funcionamento, apenas seriam passíveis de notificação quando atingida a marca de dois anos de sua assinatura e implementação. Não há, todavia, um tratamento legal adequado e claro para essa situação.

Importante ressaltar que, caso a implementação de uma operação notificável ao **CADE** ocorra antes de sua

considered as associative for the purposes of the competition law[6].

As justification, the reporting commissioner pointed out that the agreement did not provide for *the formation of a common venture.* This understanding was essentially based on the economic relationship of companies specifically in the relevant market, since, even considering that the parties are competitors in the market for development and edition of game titles (software), in the contractual scope they would have a strictly vertical relationship (licensor/licensed).

In addition, the independence of the companies' performance was emphasized, since the parties would not share the qualitative and quantitative decisions of the offer on the gaming market in Brazil, including segregating the marketing and advertising activities.

Another relevant issue discussed in this precedent relates to the duration of the agreement. Although the agreement did not ordinarily meet the minimum deadlines set by the resolution (of two years or more), there would be a mechanism for its automatic renewal. This renewal would result in the agreement reaching the minimum duration for compulsory notification to **CADE.**

As stated in the regulation, even when the other elements necessary for its characterization as associative were to be present, the agreements that do not meet at least the two-year time criteria would not be subjected to **CADE**'s merger control, including those that contain clauses that may lead to their automatic renewal. The obligation would arise only if and when the renewal of the contract reached the legal term of two years.

This prevision brings a point of attention, because at the same time that **CADE**'s analysis must be prior - and that mandatory filing transactions cannot be implemented before the approval by the authority -, already implemented and fully functioning associative agreements would only be possible subjected to the control when they reach the two-year onset of their execution and implementation. There is not, however, an adequate and clear legal treatment for this situation.

It is important to note that if the implementation of a transaction subject to **CADE**'s mandatory notification

[3] Conforme Consulta nº 08700.008419/2016-08, consulentes Warner Bros Home Entertainment Inc. e EA Swiss Sàrl, julgada em 22 de fevereiro de 2017.

[6] As for Consultation No. 08700.008419/2016-08, consulting companies Warner Bros Home Entertainment Inc. e EA Swiss Sàrl, judged on February 22, 2017.

aprovação, as partes estão sujeitas às pesadas multas de implementação antecipada, ou *gun jumping*, que podem chegar a R$ 60 milhões. Em 2016, variaram entre R$ 60 mil e R$ 30 milhões.

O que é certo é que tais contratos devem ser notificados previamente à sua renovação, sendo que a continuidade de sua vigência, quando atingida a marca de dois anos, passará a depender da aprovação prévia do **CADE**. Estaríamos diante de uma exceção à regra de notificação previa à implementação da operação, prevista na **LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**.

Com base nas duas consultas aqui analisadas, ressalta-se, julgadas pela autoridade concorrencial, que a jurisprudência do **CADE** caminha para uma delimitação mais precisa do escopo do que seria um real empreendimento comum e uma efetiva cooperação para exploração de uma atividade econômica.

Embora a notificação de *contratos associativos* para revisão estrutural seja um tema polêmico em si, a jurisprudência do **CADE** certamente poderá proporcionar maior clareza e segurança ao definir os limites de aplicação da lei. O conceito de *empreendimento comum* é um exemplo e novos casos possivelmente serão utilizados pelo **CADE** por novos esclarecimentos nesse sentido.

À medida em que a jurisprudência do **CADE** for efetivamente se consolidando, empresas poderão contar com critérios mais claros de definição de um contrato associativo, finalmente criando meios para se detectar as operações que a autoridade concorrencial entenda como objeto de análise, bem como os procedimentos para a notificação de operações já em funcionamento, quando atingidos os critérios de duração.

occurs prior to its approval, the parties are subjected to heavy fines of early implementation, or gun jump*ing*, that can reach BRL 60 million. In 2016, they ranged between BRL 60 thousand and BRL 30 million.

What is certain is that such agreements must be subject to merger control prior to their renewal, and the continuity of their validity, when reached the onset of two years, will depend on the prior approval of **CADE**. We would be facing an exception to the notification rule prior to the implementation of the transaction, provided for in the **COMPETITION LAW**.

Based on the two consultations analysed here, it is emphasized, judged by the competition authority, that the **CADE**'s case law is moving towards a more precise delimitation of the scope of what would be a real common venture and an effective cooperation for the exploration of an economic activity.

While the notification of *associative agreements* for a structural analysis is a controversial issue itself, **CADE**'s case law may certainly provide greater clarity and security in defining the limits of law enforcement. The concept of a *common venture* is an example and new cases are likely to be used by **CADE** for further clarification.

As **CADE**'s case law is effectively consolidated, companies will be able to rely on clearer criteria for defining an associative agreement, finally creating means to detect which transactions the competition authority sees as the scope of analysis, as well as the procedures of filing transactions already in operation, when the duration criteria are met.

O escritório **INGLEZ, WERNECK, RAMOS, CURY E FRANÇOLIN ADVOGADOS** conta com equipe especializada no assunto e à disposição para maiores esclarecimentos sobre o tema.

The law firm **INGLEZ, WERNECK, RAMOS, CURY E FRANÇOLIN ADVOGADOS** has a team specialized in the subject and at your service to provide clarifications on the matter.

Ricardo Inglez de Souza
ringlez@iwrcf.com.br

Raisa Dvorah Rechter
rrechter@iwrcf.com.br