

A TEORIA ALEMÃ DOS CONTRATOS SIMBIÓTICOS NA COOPERAÇÃO EMPRESARIAL: ASPECTOS COMPARADOS DO DIREITO ANTITRUSTE ALEMÃO E EUROPEU*

Luiz Guilherme Georgi SALGADO**

RESUMO

A cooperação empresarial apresenta uma vasta flexibilidade de formas, que permitem adaptações para atender a interesses específicos das partes presentes em cada situação concreta. Observa-se, que da cooperação empresarial emanam não somente instrumentos jurídicos típicos, mas também outros desenvolvidos pela prática negocial e ainda sem tratamento jurídico específico. O escopo do presente artigo é apresentar a teoria alemã dos Contratos Simbióticos como método interpretativo deste fenômeno, através de uma abordagem mais pragmática das formas de organização empresarial e econômica atuais. Ademais, através de uma análise comparada dos institutos pertinentes à cooperação empresarial, adotados no direito antitruste alemão e europeu, o artigo delimitará o espaço sócio-econômico de atuação das formas de cooperação empresarial, além de apresentar soluções e deficiências presentes neste ambiente legislativo e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito Antitruste Comparado, Teoria Alemã dos Contratos Simbióticos, Cooperação Empresarial.

ABSTRACT

Business cooperation presents a wide range of forms that enable adjustments, so as to meet specific needs of parties present in each circumstance. One may notice that, from business cooperation emanate not only typical legal instruments, but also other instruments developed by the corporate praxis that still do not have the specific legal treatment. The scope hereof is to present the German theory of Symbiotic Contracts as a means to interpret this phenomena, by means of a more pragmatic approach of the current forms of corporate and economic organization. Moreover, using a compared analysis of the institutes belonging to the business cooperation, adopted in the German and European Antitrust Law, this paper shall limit the social economical space of performance of the business cooperation forms, aside from presenting solutions and problems that are found in this legislative and jurisprudential environment.

Keywords: *Compared Antitrust Law, German Theory of Symbiotic Contracts, Business Cooperation.*

* O presente artigo deriva de um dos projetos desenvolvidos pelo autor junto ao Departamento Jurídico da Robert Bosch Ltda. (Campinas - SP) e foi também publicado na Revista de Direito da Concorrência nº 4, Brasília, IOB/CADE, out. a dez./2004.

** LL.M. Mestre (LL.M.) e Doutorando em Direito pela Philipps-Universität Marburg, Alemanha; Bolsista do ut. a dez./DAAD/ CAPES/CNPQ; Membro da Associação de Juristas Alemanha-Brasil (*Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung e.V.*); Advogado em São Paulo. E-mail: guilhermesalgado@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O atual dinamismo da economia impele as empresas, em uma escala crescente, a determinadas manobras estratégicas no mercado, com vistas a uma maximização da sua capacidade competitiva. Novas formas de organização das atividades empresariais mostram-se necessárias, assumindo a cooperação empresarial papel eficaz na união de sinergias, para o desenvolvimento comum de atividades com fim lucrativo.

Considerando que o acordo de cooperação empresarial tanto une, quanto, conseqüentemente, exclui empresas desta aliança, terá conseqüências deletérias no campo do Direito Antitruste quando: a) configurar a utilização do poder de mercado ou de uma posição dominante para restringir a ação de concorrentes; b) limitar o alcance da competição através de algum tipo de colusão; c) e/ou impor aos compradores condições desfavoráveis à aquisição dos produtos em questão. Neste ambiente, destaca-se, também como um dos focos de atuação das políticas antitruste a conduta das empresas, ao lado dos atos de concentração, a fim de se evitar o desenvolvimento de ações empresariais que se afastem do modelo ideal¹.

O escopo do presente artigo é traçar uma análise comparada dos aspectos inerentes à cooperação empresarial presentes na legislação antitruste alemã e européia, adotando a teoria dos Contratos Simbióticos como método jurídico-econômico interpretativo deste fenômeno. O tema é obviamente bastante amplo. Por isso, limitar-se-á o estudo a uma breve análise dos aspectos de direito material e jurisprudencial, buscando apontar soluções, falhas e necessidades evolutivas legislativas.

1. A TEORIA ALEMÃ DOS CONTRATOS SIMBIÓTICOS

O termo *Cooperação* visa designar as relações interempresariais, destinadas à realização de determinado empreendimento, que possibilitam a manutenção da autonomia econômica e jurídica das partes envolvidas². Segundo o economista *Coase*³, o nível de integração na produção de bens de uma empresa é determinado pelos seus custos operacionais. Destarte, dentre outros aspectos relevantes, tais como as estratégias comerciais e segredos industriais, buscará a empresa determinado produto no mercado, quando o custo de compra for menor do que o de produção. Ressalta-se, portanto, que na cooperação empresarial não existe uma mera relação de mercado entre as partes envolvidas no negócio, implicando, também, em estruturas integradas de informação, produção e/ou distribuição.

A cooperação empresarial emana da vontade das partes e apresenta um vasto espectro de formas, proporcionando uma grande flexibilidade no ajuste de interesses dos entes envolvidos no negócio. Sua natureza jurídica, segundo *Schanze*⁴, “flutua” entre o direito contratual clássico (transações de mercado padronizadas) e a organização corporativa (organizações societárias convencionais⁵). Sob o foco dos custos de transação, destaca o economista *O. E. Williamson* três formas genéricas de gestão, a saber, mercado, híbrido e hierarquia⁶. Deveras, adequada é a classificação da cooperação empresarial em uma “terceira categoria”, localizada entre contrato (<mercado) e corporação (<hierarquia).

Apresentada como uma forma híbrida econômico-jurídica, é definida a cooperação empresarial na Alemanha como Contratos Simbióticos⁷. A metáfora

⁽¹⁾ Outro campo de incidência das políticas antitruste, que, porém, não será analisado neste artigo, é o controle sobre a estrutura dos mercados. Nele, objetiva-se evitar a constituição de ofertas concentradas, que se supõe, sejam originadoras de um maior poder de mercado por parte das empresas líderes e de estímulo para condutas anticompetitivas. Para a coerção deste tipo de atividade, são utilizados como principais mecanismos, o controle sobre fusões e a quebra de monopólios através da imposição do desdobramento de empresas. Ver a respeito Possas, Fagundes & Ponde (1996), p. 48.

⁽²⁾ Schanze (1991), p. 68-70.

⁽³⁾ Coase (1988), p. 386-405.

⁽⁴⁾ Schanze ob. cit. nota 2.

⁽⁵⁾ I.e. *Joint Ventures*, *Franquia Empresarial*, etc.

⁽⁶⁾ Williamson (1988), (1996).

⁽⁷⁾ Sobre Contratos Simbióticos confira: Schanze obs. cit. notas 2 e 4. Cf. também, Picot (1993), Kaas (1993), Schmidt & Fellermann (1993), Raub & Weesie (1993), Spindler (1993), Mernard (1996), Kirchner (1996). O professor alemão Dr. Günther Teubner defini essas formas de cooperação empresarial em “Netzwerke”, que significa em português “redes”, ou em inglês “Networks”. Cf. Teubner (1993), Hutter & Teubner (1993). No entanto, destaca Buxbaum (1993), que esta teoria é juridicamente irrelevante, vez que discorre somente acerca das formas de cooperação econômica no sistema de redes. Todavia, merece destaque a análise jurídica do professor Lange (1998) acerca do tema.

tenciona esclarecer a existência de uma terceira categoria de relações de direito entre pessoas jurídicas, que é direcionada a uma relação contínua e de troca recíproca de vantagens, e que resguarda, contudo, a independência das partes da coligação. Contrariamente à imagem convencional do contrato, que delimita de forma precisa uma série de direitos e obrigações, concordam as partes, nos Contratos Simbióticos, em prover mecanismos de gestão (*governance mechanism*⁸) necessários ao ajuste das obrigações, caso advenham circunstâncias imprevisíveis ao tempo da execução do contrato, como por exemplo, drásticas oscilações econômicas⁹.

A relação simbiótica possibilita, assim, a comunhão dos interesses das partes em uma relação contratual flexível, através da delegação concorrente de poderes discricionários, possibilitando uma equiparação do poder de barganha dos entes envolvidos. Imprescindível à manutenção do funcionamento dessa estrutura complexa, é a formulação de um contrato que cofa atos de oportunismo e incentive ganhos mútuos¹⁰. As partes acordam em aumentar a confiança entre si, agindo, simultaneamente, como partes interessadas e agentes umas das outras (*cross over agency structure*)¹¹.

Ademais, faz-se oportuno traçar os principais elementos caracterizadores da teoria dos Contratos Simbióticos¹²:

- a) Associação voluntária, que tende a uma posição superior a pareto¹³ entre as empresas envolvidas;
- b) Prazo de duração pré-determinado ou indeterminado;
- c) Relação instituída e ratificada sob um instrumento contratual flexível;
- d) Ausência de mecanismos típicos de controle de execução de tarefas presentes nas organizações corporativas;
- e) Existência de um forte link de conexão entre as partes para a consecução de um produto, design, ou tarefa, não se classificando, entre-

tanto, nos conceitos de trabalho terceirizado e/ou composição industrial;

- f) Realização de investimentos iniciais não recompensáveis, porém amortizáveis com os lucros da associação;
- g) Delegação concorrente de poderes discricionários;
- h) Não existência, via de regra, de responsabilidade solidária entre as partes¹⁴;
- i) Estipulação de mecanismos para determinar, monitorar, e sancionar comportamentos anticontratuais e a performance das partes.

Ante a flexibilidade de formas direcionadas à adaptação dos interesses das partes para cada situação concreta, possui a teoria dos Contratos Simbióticos um amplo espectro de formas atípicas, como por exemplo, as alianças estratégicas. Como formas típicas de Contratos Simbióticos merecem destaque as associações interempresariais do tipo *Joint-Venture*, os contratos de franquia, contratos de fornecimento e o sistema de *Just-in-Time*. Outra variante que também encontra convergência plena à teoria, é o instituto das Associações Consorciais.

2. A COOPERAÇÃO EMPRESARIAL NO DIREITO ANTITRUSTE ALEMÃO

O Direito Antitruste alemão é regido pela *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB* (lei contra as limitações à concorrência)¹⁵. Segundo o § 1.º desta lei, configura-se como pernicioso, todo acordo de cooperação empresarial que gere, direta ou indiretamente, diminuição, limitação ou adulteração da concorrência, tanto em relação às atuais, quanto às potenciais empresas competidoras¹⁶. As condutas empresariais anticompetitivas são classificadas pela *GWB* em práticas de restrição horizontais e verticais.

Atenta-se, todavia, que nem todas as formas de restrição vertical são defesas perante o Direito

⁸ Esta terminologia deriva de Williamson (1979), (1985).

⁹ Collins (2003), p. 226-233.

¹⁰ Arruñada (1998), p. 70-191.

¹¹ Schanze (1998), p. 555-558.

¹² Schanze ob. ret. cit., p. 554-555, Joerges (1991), p. 11-66.

¹³ Em linhas gerais, denota o critério de pareto a superior, do economista italiano Vilfredo Pareto (1906), uma relação de assimetria benéfica entre as partes associadas através da consecução de lucros proporcionais. Cf. Pareto (1981).

¹⁴ Salvo, obviamente, nos casos em que haja expressa proibição legal.

¹⁵ Disponível em <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/gwb/>.

¹⁶ No direito alemão utiliza-se a expressão parágrafo, ao invés de artigo, como adota o direito brasileiro.

Antitruste alemão, que apresenta distinção entre acordos sobre condições de venda de bens ou prestação de serviços (§ 14 a 16) e acordos de exclusividade ou de licença (§ 17 a 18). A *GWB* aplica diferentes regras quanto a estas práticas de restrição vertical. Primeiramente, veda a fixação ou prática de qualquer acordo entre concorrentes que incida sobre preços e condições de venda de bens, com exceção dos casos relacionados com o setor de publicações (§ 15). Os acordos de exclusividade, por sua vez, são lícitos perante o direito antitruste alemão, mas sujeitam-se ao controle dos órgãos administrativos e judicantes competentes, sempre que incidam negativamente sobre a concorrência¹⁷. Já os contratos de alienação, licença de patentes ou modelos registrados são nulos de pleno direito, quando imponham limitações inerentes a acesso a mercado. Além disso, encontram-se nominadas nos parágrafos 2 a 8 da *GWB*, exceções à regra geral do § 1º. Estas disposições indicam quais formas de cooperação empresarial possuem efeitos pró-competitivos à luz do princípio da livre concorrência.

Nessa linha de raciocínio, se relaciona a análise da cooperação empresarial na legislação Antitruste alemã com as denominadas práticas de restrição vertical e os limites impostos nos parágrafos 14 a 18 da *GWB*. Adicionalmente, caso seja formulado um acordo de cooperação empresarial entre empresas eventualmente competidoras, deve ele também ser interpretado à luz das denominadas práticas de restrição horizontal (§ 1º *GWB*) e justificado dentro dos limites impostos nos parágrafos 14 a 23 da *GWB*.

Ressalta-se, que essas disposições legislativas restritivas típicas não vêm sendo adotadas *ipsis litteris* pelos tribunais alemães, pois implicaria em uma rigorosa limitação à gênese dinâmica da cooperação empresarial. Do revés, remanesceria ao Direito Antitruste o mero condão tradicional de predefinir os lindes do direito, mesmo que implicasse em supressão à eficiência econômica dos acordos de cooperação empresarial, face à proteção da máxima do princípio da livre concorrência. Na busca de um equilíbrio deste viés simplista presente no Direito Antitruste alemão, têm adotado os órgãos administrativos (*Bundeskartellamt*) e judicantes (*Kammergericht* e *Bundesgerichtshof*) deste país, uma orientação mais pragmática – embora não livre de algumas inconsistências – no tratamento do fenômeno da cooperação empresarial¹⁸.

Caso se dê a cooperação empresarial via integração vertical e intensifique a concorrência entre uma rede de empresas assim integradas, vis-à-vis outra rede de empresas que estejam ou não associadas desta forma, este efeito pró-competitivo não será interpretado face ao parágrafo 1º da *GWB*, mas sim conforme os parágrafos 15 a 18 deste dispositivo legal. Todavia, destaca-se que ainda existem incongruências neste posicionamento, vez que em muitos casos tem sido utilizado o rigoroso instituto proibitivo presente no mencionado parágrafo 1º da *GWB*, sem que seja feita uma ponderação dos efeitos positivos, ou até mesmo negativos, presentes nos diferentes níveis de mercado. Logo, a aplicação do direito antitruste tem apresentado, em alguns casos, consequência autônoma à sua função, porque tem restringido o desenvolvimento da livre concorrência plena, entre rede de empresas integradas verticalmente¹⁹.

Conforme mencionado anteriormente, provisões em “contratos verticais” com vistas à fixação de preços são nulos de pleno direito (§ 15 *GWB*). Complementarmente, outras restrições são regidas pelo parágrafo 18 da *GWB*, que não as enumera em um rol taxativo, mas delega aos órgãos administrativos e/ou judicantes à eventual declaração acerca da legalidade do contrato. Objetivo do parágrafo 15 da *GWB* é de garantir às partes contratantes o direito de estabelecer contratos com terceiros, conservando liberalidade para fixar preços de acordo com as condições deste mercado, sem que estejam adstritas às estipulações do contrato do primeiro nível de mercado. Deveras, todo mercado deve funcionar separadamente, sendo ilegal qualquer restrição, que reflita em contratos celebrados em outros níveis de mercado. Esbarrará o acordo/contrato de cooperação empresarial neste conceito, quando tenha o condão de unir os contratantes, fazendo com que eles atuem conjuntamente em diferentes níveis de mercado. O Tribunal de Justiça Alemão vem aplicando o parágrafo 15 da *GWB* com restrições em relação aos agentes comerciais, vendedores autorizados e contratos de franquia²⁰.

No caso dos acordos de cooperação empresarial via integração horizontal, observa-se como traço característico a estipulação de cláusulas de não solidariedade, a fim de evitar que as partes fiquem à mercê de eventuais atos de oportunismo na aliança. Os

⁽¹⁷⁾ O *Bundeskartellamt* exerce na Alemanha papel semelhante ao do CADE.

⁽¹⁸⁾ Kirchner (1996), p. 228-229.

⁽¹⁹⁾ Kirchner ob. cit., p. 231-232.

⁽²⁰⁾ Langen & Bunte (2004), par. 15; Kirchner ob. cit., p. 231-234.

tribunais alemães têm aceitado a convenção destas cláusulas, caso elas sejam “necessárias, apropriadas e razoáveis à manutenção da viabilidade da empresa”²¹. No entanto, destaca-se que não existe uma definição clara do que seja “necessário”, “apropriado” ou “razoável”, fato que tem gerado certa insegurança jurídica às partes na formulação e/ou manutenção do acordo/contrato de cooperação empresarial²².

3. A COOPERAÇÃO EMPRESARIAL NO DIREITO ANTITRUSTE EUROPEU

O objetivo da política europeia de concorrência baseia-se na proteção e desenvolvimento de uma concorrência efetiva no âmbito do mercado comum²³. Ela é regida, basicamente, pelos artigos 81 a 89 do Tratado da Comunidade Europeia - TCE²⁴. Outras regras estão contidas em regulamentos do Conselho e da Comissão. A política europeia da concorrência emana de cinco pontos fundamentais de ação:

- a) Proibição de acordos que restringem a concorrência (art. 81 TCE);
- b) Proibição de abusos de posições dominantes (art. 82 TCE);
- c) Proibição de concentrações suscetíveis de criar ou reforçar uma posição dominante (Regulamento das Concentrações);
- d) Liberação dos setores monopolistas (art. 86 TCE);
- e) Proibição de auxílios estatais (art. 87 e 88 TCE).

O Direito Antitruste Europeu, ao contrário do Alemão, não apresenta distinção expressa entre restrições verticais ou horizontais, referindo-se a todos os tipos de restrição à competição, que afete o comércio entre os Estados-Membros. Conforme o artigo 81 do TCE, é defeso o acordo/contrato de cooperação empresarial que seja suscetível de impedir, restringir

ou falsear a concorrência. A distinção entre práticas de restrição verticais e horizontais é feita pela Comissão, através dos seus comunicados e regulamentos²⁵.

3.1. Restrições Verticais

As restrições verticais podem apresentar efeitos negativos e positivos à concorrência. Segundo a Comissão, a aplicação do artigo 81 n.º 3 do TCE deve estar condicionada à uma avaliação destes efeitos no caso em concreto. Deste modo, quando os efeitos positivos forem maiores do que os negativos, não será tido o acordo como anti-competitivo. Como caso típico de efeito positivo aceito pela Comissão Europeia destaca-se a diminuição dos custos de produção. Já os negativos referem-se, especialmente, a limitação à entrada em mercados nacionais, exclusão de competidores e cartéis de preço²⁶.

Para que a comissão possa decidir com exatidão quais acordos de cooperação empresarial estejam em conformidade com as regras da comunidade europeia, faz-se necessário determinar quais pesos e medidas devam ser levados em consideração no mensuramento dos seus efeitos positivos e negativos. Na tentativa de preordenar quais sacrifícios são necessários em termos de ganhos em eficiência, a Comissão formulou suas listas brancas, pretas e cinzas. Naturalmente, estas listas não são exaustivas, o que requer, no caso em concreto, que a Comissão faça frequentemente uma avaliação individual da estrutura do mercado, a fim de constatar se os benefícios proporcionados pela aliança superam os seus efeitos não concorrenciais. Neste exame, a Comissão deverá considerar não apenas o atual funcionamento dos mercados, mas também o potencial desenvolvimento da competição no futuro²⁷.

Os acordos que não sejam suscetíveis de afetar significativamente o comércio entre os Estados-Membros, não são abrangidos pelo art. 81 n.º 1 TCE²⁸. A Comissão considera que acordos estabelecidos entre empresas de pequeno e médio porte (PME) raramente afetam de modo significativo o comércio entre os

⁽²¹⁾ Kirchner ob. cit., p. 231.

⁽²²⁾ Immenga, Dannercker & Mestmäcker (2001), parágrafo 15.

⁽²³⁾ Craig & Búrca (2003), p. 936 – 1087.

⁽²⁴⁾ O texto completo do TCE pode ser encontrado no site da União Europeia: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/entente3_en.html#ij_1.

⁽²⁵⁾ Regulamento (CE) N.º 2659/2000; Comunicação 2001/C 3/02; Comunicação 2000/C 291/01.

⁽²⁶⁾ 2002/C 291/01, p. 3-4.

⁽²⁷⁾ Kirchner ob. cit., p. 235.

⁽²⁸⁾ JO C 291/4, p. 4.

Estados-Membros²⁹. Estes acordos são tratados paralelamente pela Comissão, não precisando estar, geralmente, em plena conformidade às regras europeias da concorrência, desde que não tenham o fito de restringir ou falsear a concorrência (art. 81, par. 1 TCE).

Com o Regulamento de Isenção por Categoria 2790/99³⁰, a Comissão estabeleceu uma “zona de segurança” para a maioria dos acordos verticais. Segundo este regulamento, é inaplicável o artigo 81 n.º 1 do TCE, a acordos verticais concluídos por empresas cujas cotas de mercado não excedam a 30%. Adicionalmente, a Comissão publicou Orientações relativas às restrições verticais, que descrevem o método utilizado para acordos verticais não abrangidos pelo Regulamento de Isenção por Categoria³¹.

Segundo as Orientações da Comissão Europeia, os acordos autênticos de agência não são abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 81 n.º 1 do TCE. O fator determinante à aplicabilidade deste dispositivo legal é o risco financeiro ou comercial suportado pelo agente na prática dos atos relativos aos quais foi nomeado agente pelo comitente. Os primeiros estão diretamente relacionados com os contratos celebrados e/ou negociados pelo representante por conta do comitente, tais como financiamento. Os segundos tratam dos riscos relativos a investimentos especificamente exigidos pela atividade para a qual o agente foi nomeado como comitente, que são normalmente irrecuperáveis. Logo o acordo de agência é considerado autêntico, quando o agente não suportar nenhum destes dois tipos de risco. Riscos associados à atividade de prestação de serviços de agência em geral, não são relevantes a este tipo de apreciação³². Os acordos de agência não autênticos podem ser abrangidos pelo dispositivo legislativo retro-mencionado, caso em que será aplicável o Regulamento de Isenção por Categoria e as disposições das Orientações³³.

As orientações traçam regras claras acerca da análise de restrições verticais nos acordos de marca única, distribuição exclusiva, atribuição exclusiva de clientes, distribuição seletiva, franquia, fornecimento exclusivo, subordinação, e, preços de venda recomendados e máximos. A análise desses preceitos não se encontra no escopo do presente trabalho.

3.2. Restrições Horizontais

Com a evolução constante dos mercados e a conseqüente diversificação das formas de cooperação empresarial, fez-se necessário que a Comissão elaborasse normas mais nítidas, para a eficaz aplicação da regra geral do artigo 81 do TCE. Para tanto, surgiram as Orientações 2001/C 3/02³⁴.

Estas Orientações regulam os acordos formulados entre duas ou mais empresas concorrentes, que operem no(s) mesmo(s) níveis(eis) de mercado e que proporcionem ganhos em eficiência³⁵. Logo, encontram-se os acordos verticais, a priori, excluídos do âmbito de aplicação das Orientações, sendo objeto do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 e das Orientações relativas às restrições verticais, retro-abordadas. Porém, caso estes acordos sejam concluídos entre concorrentes, poderão apresentar efeitos semelhantes aos dos acordos horizontais, devendo ser apreciados segundo estes princípios. Isto, indubitavelmente, não exclui a aplicação adicional das Orientações relativas às restrições verticais, eventualmente presentes nestes acordos³⁶.

Naturalmente, acordos mais complexos, como as alianças estratégicas, não são abrangidos pelas Orientações em menção, vez que dado as suas diferentes formas de domínio e cooperação, torna-se impossível a elaboração de um rol taxativo de regras para sua análise. Essas regras devem ser utilizadas para as formas de cooperação inerentes a bens ou serviços, não sendo aplicáveis quando já haja regulamentação setorial, como

⁽²⁹⁾ Comunicação relativa aos acordos de pouca importância JO C 368 de 22.12.01, p. 13. No anexo à Recomendação 96/280/EC da Comissão, JO L 107 de 30.04.1996, as PME são definidas como empresas com um volume de negócios anual não superior a 40 milhões de euros ou com um balanço anual não superior a 27 milhões de euros.

⁽³⁰⁾ Este regulamento entrou em vigor no dia 1 de junho de 2000. Cf. JO L 336 de 29.12.1999 ou no endereço eletrônico citado na nota de rodapé nº 25.

⁽³¹⁾ 2000/C 291/01, de 13 de dezembro de 2000.

⁽³²⁾ JO C 291, p. 4 – 7.

⁽³³⁾ JO C 291, p. 4 – 6.

⁽³⁴⁾ Cf. também Regulamento (CE) n.º 2659/2000 da Comissão, de 29 de novembro de 2000. As orientações também traçam regras aplicáveis aos acordos de produção e desenvolvimento, que não serão objeto de análise do presente trabalho.

⁽³⁵⁾ 2001/C 3/02, p. 1 - 3.

⁽³⁶⁾ 2001/C 3/02, p. 3.

no caso da agricultura, transporte e seguros³⁷. Os acordos que não são abrangidos pelas categorias anteriormente referidas, devem ser objeto de uma análise complementar, a fim de se detectar a eventual incidência do artigo 81 n° 1. Ponto de partida desta análise é a observação da posição das partes nos mercados afetados pela cooperação, o que permite determinar se as partes estejam, potencialmente, mantendo, adquirindo ou reforçando seu poder de mercado³⁸. Neste processo, deve ser levado em consideração o método descrito na Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante³⁹.

Caso as partes possuam uma cota de mercado reduzida, dificilmente produzirá o acordo de cooperação empresarial efeitos negativos à competição, dispensando-se qualquer análise complementar. Dado a diversidade de formas de cooperação e dos efeitos que elas possam produzir, torna-se impossível definir um limiar de cota geral. Por conseguinte, pode ser necessário considerar a concentração de mercado, enquanto elemento suplementar para a apreciação dos efeitos da cooperação sobre a concorrência. Para tanto, pode utilizar-se o índice Herfindahl-Hirshman – IHH, que é igual à soma dos quadrados das cotas de mercado individuais de todos os concorrentes⁴⁰. A concentração de mercado será considerada reduzida, para um IHH inferior a 1000; moderado, para um IHH entre 1000 a 1800; e, elevado, para um IHH superior a 1800. Outro indicador, que pode ser utilizado, é a razão da concentração da empresa líder, que resume as cotas de mercado individuais dos principais concorrentes. Inevitavelmente, outros fatores também devem ser levados em consideração, como a estabilidade das cotas

de mercado, os obstáculos à entrada, a probabilidade de outras entradas no mercado, o poder de compensação dos compradores/fornecedores ou a natureza dos produtos⁴¹.

Além disso, os acordos abrangidos pelo artigo 81 n° 1 do TCE poderão se beneficiar de alguma isenção, caso preencham os seguintes requisitos previstos no n° 3 do mesmo artigo:

- a) Contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico econômico;
- b) Reservem aos consumidores parte equitativa do lucro ora resultante;
- c) Apresentem indispensabilidade das restrições para realização do negócio;
- d) Não formem ou reforcem posição dominante.

A primeira condição refere-se à exigência de que o acordo contribua pró-ativamente à melhoria da produção, distribuição de produtos, ou ao progresso tecnológico, de forma a compensar os seus efeitos negativos. Certamente, deve ser comprovado que estes ganhos de eficiência não poderiam ser obtidos através de meios menos restritivos. Ademais, estas vantagens econômicas devem beneficiar não somente as partes do acordo, mas também os consumidores, de forma que as reduções em termos de custo de produção devam ser repassadas ao preço do produto, para que todos os integrantes da cadeia recebam porções equitativas das vantagens econômicas⁴².

Outro requisito é a necessidade de que as restrições à concorrência sejam necessárias à obtenção

⁽³⁷⁾ Regulamento n° 26/02 (JO 30 de 20 de abril de 1962 – agricultura); Regulamento (CEE) n° 1017/68 do Conselho (JO L 175 de 23 de julho de 1968 – transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável); Regulamento (CEE) n° 4056/86 do Conselho (JO L 378 de 31 de dezembro de 1986 – transportes marítimos); Regulamento (CEE) n° 3975/87 do Conselho (JO L 374 de 31 de dezembro de 1987 (transportes aéreos); Regulamento (CEE) n° 3976/87 do Conselho (JO L 374 de 31 de dezembro de 1987 – transportes aéreos); Regulamento (CEE) n° 1617/93 da Comissão (JO L 155 de 26 de junho de 1993 – isenção por categoria relativa ao planejamento e coordenação de horários, às operações conjuntas, às consultas sobre as tarifas de passageiros e de frete de serviços aéreos e à atribuição das faixas horárias nos aeroportos); Regulamento (CEE) n° 479/92 do Conselho (JO L 55 de 29 de dezembro de 1992 – companhias de transportes marítimos regulares); Regulamento (CE) 870/95 da Comissão (JO L 89 de 21 de abril de 1995 – isenção por categoria de certos acordos entre companhias de transportes regulares); Regulamento (CEE) n° 1534/91 do Conselho (JO L 143 de 7 de junho de 1991 – setor de seguros); Regulamento (CEE) n° 3932/92 da Comissão (JO L 398 de 31 de dezembro de 1992 – isenção por categoria de certos acordos no domínio de seguros).

⁽³⁸⁾ 2001/C 3/02, p. 5.

⁽³⁹⁾ JO C 372 de 9 de dezembro de 1997.

⁽⁴⁰⁾ Logo, um mercado composto por quatro empresas com cotas de 30%, 25%, 25% e 20% poderá ter, por exemplo, um IHH de 2550 (900+625+625+400) antes da cooperação. Se as duas empresas com maior poder de mercado iniciem uma cooperação, o IHH passará para 4050 (3025+625+400) com a operação. É este IHH que será relevante à apreciação dos eventuais efeitos da cooperação no mercado. Cf. 2001/C 3/02, p. 5.

⁽⁴¹⁾ 2001/C 3/02, p. 5.

⁽⁴²⁾ 2001/C 3/02, p. 5.

das vantagens econômicas. Por conseguinte, caso haja meios menos restritivos para a realização do negócio, os alegados ganhos de eficiência não serão tidos como justificáveis. Este caráter indispensável depende da situação do mercado e da duração do acordo⁴³. Finalmente, tem-se como fator fundamental à aceitação da cooperação horizontal, a não eliminação da concorrência. Deste modo, se uma empresa for dominante ou se tornar dominante devido a um acordo horizontal, este acordo produzirá, em princípio, efeitos anti-concorrenciais na aceitação do artigo 81 do TCE.

4. CONCLUSÃO

A análise comparada dos institutos estrangeiros de Direito Antitruste contribui para delimitar o espaço sócio-econômico de atuação das formas de cooperação empresarial, bem como apontar soluções e/ou deficiências presentes no ambiente legislativo e jurisprudencial. Por conseguinte, o estudo da teoria dos Contratos Simbióticos sugere uma abordagem mais pragmática das atividades econômicas do mundo moderno, que tendem a abandonar, gradativamente, formas organizacionais hierarquizadas, por organizações com bases contratuais mais flexíveis, como as em forma de redes. Estes contratos/acordos emanam não só de instrumentos jurídicos típicos, mas também de outros institutos que foram desenvolvidos pela práxis negocial e que o direito ainda não apresenta um tratamento específico.

Destaca-se, que as formas atípicas de cooperação empresarial, são as que melhor atendem a esta necessidade de flexibilização dos instrumentos jurídicos da organização empresarial moderna. Não obstante, são as que também apresentam uma maior complexidade para o controle econômico estatal ou comunitário, dado a dificuldade da sua predefinição através de regras legislativas claras, devendo ser interpretadas caso a caso. Este é o critério da jurisprudência alemã do “necessário”, “apropriado” ou “razoável”, ou da teoria dos contrapesos da Comissão Européia. Nesta senda, percebe-se, adicionalmente, a insuficiência da simples distinção entre restrições verticais e horizontais à competição, vez que, em alguns casos, relações verticais acabam sendo sobrepostas por horizontais, o que não as torna, necessariamente, anti-competitivas. Ademais, não se observa grande atenção pelo poder estatal alemão ou comunitário europeu no controle da associação em si,

nos casos em que a situação negocial apresente acentuada desigualdade econômica entre as empresas da aliança, o que pode tender a uma relação de parasitismo, ao invés de simbiose. Entretanto, percebe-se uma admirável preocupação da Comissão Européia em definir regras/exceções aplicáveis às pequenas e médias empresas, com vistas a facilitar sua inserção e/ou fortalecimento em mercados muitas vezes contingenciados por grandes redes.

No tocante às cláusulas de não solidariedade, enquanto instrumento de proteção dos membros da aliança contra atos de oportunismo, denota-se certa relutância pelos tribunais alemães em aceitá-las. Este posicionamento dogmático parte de um desejo de proporcionar maiores garantias e segurança à comunidade, bem como de um temor de que a desregulamentação do mercado importe em perda de poder político. Todavia, as necessidades econômicas modernas e muitas vezes o caráter supranacional do direito comunitário, tem imposto uma paulatina mitigação desta visão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUÑADA, Benedito. *Teoría Contractual de la Empresa*, Madrid, Editora Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 483 p., 1998.
- BUXBAUM, R. Is “Network” a Legal Concept?. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Tübingen, p. 698-705, 1993.
- CRAIG, Paul & De Búrca, Gráinne. *EU Law : Text, Cases, and Materials*. Oxford, Oxford University Press, 1421 p., 2003.
- COASE, R. H. The Nature of the Firm. *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, p. 33-55, 1988.
- COLLINS, H. Discretionary Powers in Contracts. *Implicit Dimensions of Contract – Discrete, Relational and Network Contracts*, Oxford e Portland, Oregon, Ed. Hart Publishing, p. 219-254, 2003.
- HUTTER, M. & TEUBNER, G., The parasite Role of Hybrids. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Tübingen, p. 706-715, 1993.
- IMMENGA, Ulrich, DANNERCKER, Gerhard & MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar*. 3ª edição, Munique, 2919 p., Editora Beck, 2001.

⁽⁴³⁾ 2001/C 3/02, p. 5.

- JOERGES, C. Status and Contract in Franchising Law. *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden, p. 11-66, 1991.
- KAAS, K. P. *Symbiotic Relationships Between Producers and Retailers in the German Food Market?*, Tübingen, p. 741-747, 1993.
- KIRCHNER, C. Symbiotic Arrangements as a Challenge to Antitrust. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 152, Tübingen, p. 226-243, 1996.
- LANGE, Knut Werner. *Das Recht der Netzwerke – Moderne Formen der Zusammenarbeit in Produktion und Vertrieb*, Heidelberg, Editora Verl. Recht und Wirtschaft, 696 p., 1998.
- LANGEN, Eugen & HERMANN-JOSEF, Bunte. *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*. 10ª edição, Berlin, 3498 p., 2004.
- MERNARD, M. On Cluster, Hybrids, and Other Strange Forms: The Case of the French Poultry Industry. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 152, Tübingen, p. 154-184, 1996.
- PARETO, Vilfredo. *Manuel d'economie politique*, 5ª edição, Genova, 1981.
- PICOT, A. Contingencies for the Emergence of Efficient Symbiotic Arrangements. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Tübingen, p. 731-740, 1993.
- POSSAS, M. L.; FAGUNDES, J. & PONDE, J. L., Política Antitruste: um Enfoque Schumpeteriano. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n. 22, p. 45-68, jan./mar. 1996.
- RAUB, W. & WEESIE, J. *Symbiotic Arrangements: A Social Perspective*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Tübingen, p. 716-724, 1993.
- SCHANZE, E. Symbiotic Contracts: Exploring Long-Term Agency Structures Between Contract and Corporation. *Franchising and the Law – Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden, p. 67-104, 1991.
- _____. Regulation by Consensus – The practice of International Investment Agreements. *Journal of Institutional and Theoretical Agreements*, p. 142 -171, 1988.
- _____. Symbiotic Arrangements. *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, Londres e Nova York, vol. 3, p. 554-559, 1988.
- SCHMIDT, R. & FELLERMANN, S. *On Explaining Strategic Alliances*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Tübingen, p. 748-755, 1993.
- Site da União Européia: www.europa.eu.int.
- Site do Ministério da Justiça Alemão: www.bundesrecht.juris.de.
- SPINDLER, G. Symbiotic Contracts and Corporate Groups. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Tübingen, p. 756-761, 1993.
- TEUBNER, G. Piercing the contractual veil: social responsibility of contractual networks? *Perspectives of Critical Contract Law*, Ed. T. Wilhelmsson (Aldershot/ Brookfield, VT: Dartmouth), Tübingen, p. 211-238, 1993.
- WILLIAMSON, O. E. The Logic of Economic Organization. 4 *Journal of Law, Economics and Organization*, Londres, p. 65-73, 1988.
- _____. The Fading Boundaries of the Firm: Comment. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 152, Tübingen, p. 85-88, 1996.
- _____. Transaction Costs Economics: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics* 233, Chicago, 1979.
- _____. The Economic Institutions of Capitalism. Nova York, Editora Free Press, 1985, 442 f.