

Vol. 6

Nº 1

2018- Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

Grupos de compras: cooperação ou colusão?

Carolina Saito²⁶⁸

Zack Douer²⁶⁹

RESUMO

O presente artigo busca esclarecer a diferenciação entre acordos lícitos que formam grupos de compra e cartéis de compra. Os grupos de compra têm como objeto primário a união de concorrentes para negociar conjuntamente a compra de insumos e outras condições de contratação, algo que se aproxima da definição tradicional de cartel, especialmente dos cartéis de compra. Ainda que tenha fins legítimos, o grupo de compras pode acarretar a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre concorrentes, facilitando ou possibilitando a colusão entre as partes, bem como prejudicar o mercado *upstream* e os demais concorrentes que não são parte do acordo. Com base em doutrina especializada e na experiência de outros países, apresentamos as principais variáveis que devem ser consideradas quando da análise de um grupo de compra pelo CADE, para verificar se há um acordo lícito ou um cartel de compra.

Palavras-chave: Grupos de Compra; Acordos de Cooperação; Colusão; *Joint Venture*; Cartel; Análise *Per se*.

ABSTRACT

This article aims to clarify the differentiation between licit agreements that form buying groups and buyers' cartels. Buying groups have as their primary object the union of competitors to jointly negotiate the purchase of inputs and other conditions, something that approaches the traditional definition of cartel, especially of buyers' cartels. Even if it is for legitimate purposes, the buying group may entail the exchange of competitively sensitive information among competitors, facilitating or enabling collusion, as well as harming the upstream market and other competitors that are not party to the agreement. Based on specialized doctrine and experience from other countries, we present the main variables that should be considered by CADE when analyzing a buying group, in order to check if it is a licit agreement or a buyers' cartel.

Keywords: Buying groups; cooperation agreements; collusion; joint venture; *Per se* analysis.

Código de classificação JEL: K12, K21, K42, L24, L41

²⁶⁸ Chefe de Assessoria do Tribunal do CADE - Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Advogada em Direito Concorrencial e Anticorrupção em Grinberg e Cordovil Advogados (2011-2017). Mestra em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2014-2016). Especialista em Direito da Concorrência pela Fundação Getulio Vargas de São Paulo (2011-2013). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006-2010).

²⁶⁹ Graduado em Direito pela Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP), atualmente é Fellow no Menachem Begin Center, em Israel.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. *Caveat emptor*: mapa das indefinições, perigos e controvérsias 2.1. Um por todos, todos por um? A composição dos *buying groups*. 2.2. Um velho novo desafio antitruste. 2.3. Panorama jurisprudencial: incertezas, discussões e possibilidades. 3. As variáveis em jogo. 3.1. Estrutura: embate entre poder de compra e poder compensatório. 3.2. Problemas paraíso: efeitos no mercado *upstream*. 3.3. Jogo desleal: aumentando os custos dos rivais. 3.4. Facilitação à colusão: o mercado *downstream*. 3.5. Eficiências: juntos vamos mais longe? 4. Fragmentos de um problema maior: algumas considerações finais (iniciais?) 5. Bibliografia.

1. Introdução

A célebre frase de Adam Smith, verdadeiro mantra da defesa da concorrência²⁷⁰, captura de forma ímpar a suspeita que surge quando se está diante de acordos de cooperação entre concorrentes²⁷¹: “Pessoas no mesmo ramo comercial raramente se encontram, ainda que seja meramente para entretenimento e diversão, sem que a conversa termine em uma conspiração contra o povo ou em algum tipo de acordo para aumentar os preços²⁷²”.

No entanto, não se pode considerar essa frase como uma presunção absoluta. Há acordos entre concorrentes que não têm por objeto a restrição da concorrência, ou podem gerar efeitos de restringi-la, mas são, na verdade, uma forma lícita de cooperação. Tais acordos podem, inclusive, resultar em eficiências ao mercado, ao reforçar o ambiente concorrencial por meio da criação de um agente mais forte, bem como criar benefícios aos consumidores, ao aumentar as opções de produtos e serviços, além de criar condições mais favoráveis de contratação²⁷³.

Uma situação comum de associação lícita entre concorrentes é a formação de grupos de compra, também denominados *buying groups*. Empresas que utilizam insumos comuns têm incentivos para se associar com o fim de adquirir conjuntamente os produtos²⁷⁴. Por meio desse arranjo cooperativo, as empresas veem seu poder de compra aumentado e conseguem

²⁷⁰ Nesse sentido, por exemplo, SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - SDE. Combate a cartéis em sindicatos e associações: como atuar em conformidade com a Lei de Defesa da Concorrência. 2009.

²⁷¹ Sobre o tema, recomenda-se a leitura de HENZLER, Herbert A. *Alliances in Europe: Collusion or Cooperation*. BLEEKE, Joel; ERNST, David. *Collaborating to compete: using strategic alliances and acquisitions in the global marketplace*. McKinsey and Company, 1993.

²⁷² SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. V.1. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1988.

²⁷³ HENZLER, Herbert A. *Obra citada*, pág. 268.

²⁷⁴ CORDOVIL, L. *Buying Group ou grupos de compra: a análise das experiências norte-americana e brasileira*. In.: MENDONÇA, E.C; GOMES, F.L; MENDONÇA, R.P.A. *Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira*. Ed. Migalhas, 2015.

obter insumos a preços menores, bem como podem vir a negociar condições mais favoráveis.

Dentre as várias espécies de cooperação entre concorrentes, o tema do acordo de compra é de suma relevância, não só por ser frequentemente discutido, mas também por ser paradigmático em demonstrar tanto que a cooperação entre concorrentes pode gerar eficiências, quanto diversos riscos e preocupações concorrenciais²⁷⁵, em especial por sua similitude com cartéis de compra²⁷⁶.

Além disso, ainda que tenha fins legítimos, o acordo de compra pode acarretar a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre competidores diretos, facilitando ou possibilitando a colusão entre os agentes, ou ainda prejudicar tanto o mercado *upstream* quanto os demais concorrentes que não são parte do acordo. Assim, os acordos de compra são bastante controversos no que tange à diferenciação entre cooperação lícita e colusão.

A escolha do presente trabalho pela análise específica dos grupos de compra se deve ao fato de que, na prática, há enorme penumbra no que tange à diferenciação entre acordos lícitos e cartéis de compra. A histórica jurisprudência estadunidense teria trilhado um entendimento de que os grupos de compra devem apresentar uma série de eficiências para serem considerados lícitos²⁷⁷, o que exigiria uma análise da autoridade antitruste pela regra da razão. A mera obtenção de maiores descontos, ou aumento do poder de compra dos seus membros, não são considerados argumentos suficientes para justificar a existência de tais grupos. Nesse sentido, acordos de compra legítimos envolveriam algum grau de integração entre as funções de preços, com o objetivo de trazerem maior eficiência²⁷⁸.

No Brasil, pode-se dizer que a situação foi diferente: o Direito Concorrencial surge de modo efetivo apenas em 1994, em um contexto no qual o controle de preços, tanto por parte do governo quanto pela atuação concertada entre concorrentes, era prática corriqueira²⁷⁹. Nesse contexto, a função primordial do direito concorrencial era difundir o ideal de que práticas anticompetitivas são prejudiciais para a sociedade e seriam severamente punidas. A falta de conhecimento e de crença nas regras de livre mercado justificavam uma abordagem mais rigorosa e inflexível na análise de eventuais acordos entre concorrentes, já que havia a

²⁷⁵ ATHAYDE, Amanda. Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica. São Paulo: Singular, 2017, pág. 173.

²⁷⁶ “A buyers’ cartel focuses on the input side of the market rather than the output. The objective of such a group is to eliminate competition in some aspect of their input purchases in order to reduce the prices associated with such purchases or otherwise control supplier conduct (...) buyer cartels can use their power directly to lower prices paid by the participants, and/or they can use the power to regulate aspects of competition in the downstream markets”. CARTENSEN, Peter. Buyer Cartels v. Buying groups: legal distinctions, competitive realities and antitrust policy. *William Mary Business Law Review*, v. 1, I. 1, February 2010, pág. 11.

²⁷⁷ CARTENSEN, Peter. Obra citada.

²⁷⁸ DAVIDOW, Joel. Antitrust Foreign Policy and International Buying Cooperation. *Yale Law Journal*, n. 84, 268, 1974.

²⁷⁹ GICO, Ivo T. Cartel: Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Ed. Lex, 2012.

necessidade de emitir um sinal suficientemente claro aos empresários país afora.

Atualmente, vale indagar: estaria o cenário brasileiro amadurecido o suficiente para que se possa introduzir discussões mais sofisticadas acerca do conceito e delimitação da (i)licitude dos acordos de compra entre concorrentes? Parece-nos que sim, sob pena de perder todas as eficiências ocasionadas pela cooperação entre concorrentes. Furquim e Almeida²⁸⁰ esclarecem que não há novidade quanto ao conflito entre cooperação e concorrência e que, inclusive, foi em torno desses conflitos que o direito antitruste se consolidou. E concluem:

“(…) aplicar a defesa da concorrência, sem maiores qualificações, para impedir a organização de fornecedores de serviços por meio de associações ou cooperativas – sem dúvida, formas de coordenação horizontal – é contradizer o princípio que deu origem e justifica a própria existência do sistema de defesa da concorrência”.²⁸¹

A partir desse diagnóstico, o presente artigo se propõe a analisar o tratamento conferido ao tema da cooperação entre concorrentes, utilizando como referencial de pesquisa um tipo específico de acordo, os chamados *buying groups*, ou grupos de compra coletiva. O objetivo desse trabalho, portanto, longe de esgotar a discussão sobre esse assunto de grande complexidade, é apresentar de forma crítica as principais questões que deveriam ser abordadas por uma autoridade de defesa da concorrência quando da análise desses acordos, principalmente para diferenciar as cooperações lícitas de colusão²⁸².

Para tanto, além da presente introdução, o trabalho estruturar-se-á em outras três partes: **o segundo capítulo** se propõe a apresentar mais a fundo as estruturas, justificativas e possíveis problemáticas advindas dos acordos de compra; **no terceiro capítulo** pretende-se analisar as principais variáveis concorrenciais em jogo quando da análise de acordos de compra, em especial no que diz respeito aos efeitos da prática nos mercados relacionados e possíveis eficiências; **no quarto capítulo**, por fim, são apresentadas as conclusões sobre o tema.

²⁸⁰ AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Silvia Fagá. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência. Disponível em <<http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A175.pdf>>, acesso 18/01/2018.

²⁸¹ AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Silvia Fagá. Obra citada.

²⁸² Vale notar, nesse ponto, que o presente trabalho adota como conceito de colusão aquele apresentado por Motta, segundo o qual a colusão é uma situação de mercado na qual os preços de uma empresa estão objetivamente maiores do que um benchmark competitivo, ou seja, a situação na qual se encontra a empresa está a permitir a imposição de preços e outras condições supra-competitivas. Cf. MOTTA, Massimo. Competition Policy: Theory and Practice. EUA: Ed. Cambridge Press, 2009, pág. 138.

2. *Caveat emptor*: mapa das indefinições, perigos e controvérsias em torno dos grupos de compra

A análise crítica sobre a posição do CADE quando da análise de grupos de compra exige, em um primeiro momento, empreender algum esforço a fim de identificar e conceituar as estruturas, justificativas e possíveis problemáticas advindas desses acordos.

O objetivo central dessa seção não é o de esgotar a análise do tema, o que exigiria um longo trabalho de enfrentamento das mais diversas questões e problemáticas, mas sim o de estabelecer um panorama que permitirá analisar com maior propriedade as problemáticas e desafios a serem enfrentados quando da análise de grupos de compra. Afinal, como será demonstrado, trata-se de prática que, ainda que provida de importância histórica e econômica, continua sendo intensamente discutida pelas autoridades de diversos países.

2.1. Um por todos, todos por um? A composição dos *buying groups*

Os grupos de compra, tipicamente, têm por objetivo utilizar o poder combinado de seus participantes para obter vantagens que não conseguiriam individualmente. Em outras palavras, os agentes buscam aumentar seu poder de compra para obter melhores condições contratuais, melhorias em qualidade e na gestão da cadeia de suprimentos, bem como criar incentivos para que o fornecedor apresente atendimento mais célere e atencioso às demandas do grupo²⁸³.

Apesar desse objetivo comum, não há apenas uma composição para grupos de compra. Diversas diferenças podem se fazer presentes, a depender do que for acordado pelas empresas²⁸⁴. As principais diferenças são verificadas quanto ao objeto da compra conjunta, aos participantes do grupo, à sua estrutura, suas regras, bem como à forma de atividade do grupo.

Em termos de objeto, o grupo pode ser estabelecido para: (i) a compra conjunta de componentes que integram o produto final; (ii) a contratação de serviços em geral; ou tão somente para (iii) a compra de produtos ou serviços não relacionados diretamente ao produto final (custos indiretos)²⁸⁵. Pode-se também pensar em (iv) grupos de compra que centralizem todas essas compras, ainda que para produtos claramente heterogêneos²⁸⁶.

²⁸³ RBB ECONOMICS. Office of Fair Trading (OFT): The competitive effects of buyer groups. Disponível em <<http://www.rbbecon.com/downloads/2012/12/oft863.pdf>>, acesso 19/01/2018.

²⁸⁴ MCFALLS, Michael S. The role and assessment of classical market power in joint venture analysis. *Antitrust Law Journal*, vol. 66, no. 3.

²⁸⁵ CORDOVIL, Leonor. Obra citada.

²⁸⁶ É o caso das plataformas B2B, por exemplo, prática já analisada pelo CADE.

Quanto aos participantes, o grupo pode ser composto por: (i) empresas concorrentes no produto ou serviço final; (ii) não diretamente concorrentes; ou (iii) por empresas verticalmente relacionadas. Importante esclarecer que, para a análise das relações entre os participantes, considera-se o produto ou serviço oferecido pelas empresas e não aquele que será adquirido pelo grupo, já que, nesse caso, independentemente dos participantes, sempre haverá uma relação de concorrência no mercado de compra do produto ou serviço.

No que diz respeito à estrutura, o grupo pode ser formado por meio de: (i) constituição de nova empresa, na qual um ente separado atua de forma independente das empresas participantes; (ii) contrato simples entre os participantes do acordo, sem constituição de nova pessoa jurídica; ou (iii) cooperativas e associações.

Quanto às regras, pode haver: (i) grupos com estrutura aberta e receptiva para o ingresso de novas empresas; (ii) grupos com regras mais estritas para o ingresso de outras empresas²⁸⁷; até (iii) grupos em que a participação de novas empresas é proibida. Ainda, pode haver (iv) uma diferença quanto ao tratamento conferido a cada empresa dentro do grupo, ou seja, se há tratamento simétrico ou assimétrico entre os mais diversos participantes²⁸⁸.

Por fim, quando se analisa as formas de atividade dos grupos, verifica-se, principalmente, a existência de grupos ativos e passivos²⁸⁹. No formato passivo, o grupo de compras atua meramente como uma fonte de centralização das informações, disponibilizando aos membros uma espécie de catálogo com as ofertas de fornecedores, já que as empresas se unem para meramente aproveitar descontos por volume que já eram concedidos pelo fornecedor como prática padrão. De outro lado, o grupo pode negociar ativamente, de forma a tentar extrair, por meio do poder de compra adquirido, melhores condições de um fornecedor que antes se sobrepunha, em termos de poder de mercado, a cada um dos compradores individualmente.

Percebe-se, do que exposto, que os *buying groups*, ainda que se caracterizem por um objetivo comum, podem apresentar diferenças entre si, o que pode impactar a análise concorrencial. Mais do que isso, há indefinição na própria definição de grupos de compra, o que explica a indefinição que também se verifica na análise doutrinária e econômica do tema.

2.2. Um velho novo desafio antitruste

²⁸⁷ Por exemplo, por meio da obrigação de aquisição de quantidade mínima de insumos.

²⁸⁸ Um exemplo clássico é conferir tratamento distinto e privilegiado a empresas de maior porte e que contribuam com maior volume de compras individual, como apresentado em RBB ECONOMICS. Obra citada.

²⁸⁹ EZRACHI, Ariel. *Buying Alliances and Input price fixing: in search of a European enforcement standard*. *Journal of Competition Law and Economics*, 8 (1), 2012.

Conforme aponta Goldberg²⁹⁰, o problema de qual tratamento jurídico outorgar à barganha coletiva é muito antigo, mais antigo do que o próprio direito antitruste. A aplicação mais basilar do conceito de que uma associação de fornecedores poderia incrementar o poder de barganha perante compradores se concretiza na figura dos sindicatos, que surgem como resposta às precárias condições de trabalho impostas por grandes corporações na Revolução Industrial²⁹¹.

Galbraith, um dos primeiros defensores dos acordos de compra, escreve que a concentração econômica entre compradores de bens intermediários surge como resposta ao poder de mercado historicamente exercido pelos ofertantes, que se tornava cada vez mais abusivo. Assim, esse tipo de aliança, bem como a formação do poder de compra de um modo geral, surgiria como resposta a um poder de mercado original, atuando em direção inversa, portanto, ao poder exercido pelo fornecedor, que ficou conhecida como uma terceira via, além da concorrência e da regulação, para contraposição a um exercício de poder de mercado²⁹².

A própria história de aprovação e disseminação das leis antitruste é a história de movimentos contrários e compensatórios às grandes concentrações na indústria²⁹³. Assim, a concentração cada vez maior em setores como varejo, saúde e agricultura, fizeram com que casos envolvendo barganha coletiva surgissem mundialmente nos mais diversos mercados, algumas situações contando até mesmo com amparo legal²⁹⁴.

A realidade econômica está repleta de exemplos que demonstram ser intuitiva a conclusão de que, quanto maior a quantidade comprada por dado consumidor, menores os preços e melhores as condições ofertadas. Nesse sentido, percebe-se a proliferação de diversos arranjos coletivos, que vão desde cooperativas agrícolas tradicionais até figuras como franquias empresariais e plataformas de grupos de compra na internet voltadas a consumidores finais²⁹⁵.

²⁹⁰ GOLDBERG, Daniel K. Poder de compra e política antitruste. São Paulo: Ed. Singular, 2006, pág 149.

²⁹¹ A promulgação do Sherman Act no final do século XIX deu causa a uma série de ações antitruste dos empregadores contra negociações coletivas de trabalhadores, tendo a Suprema Corte admitido, em 1908, que a atuação dos sindicatos poderia configurar ilícito antitruste. Posteriormente, em 1932, o Congresso estadunidense se viu obrigado a conceder imunidade antitruste à negociação sindical. GOLDBERG, Daniel K. Obra citada.

²⁹² ALMEIDA, Sílvia Fagá. Poder compensatório e política de defesa da concorrência: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>>, acesso 19/01/2018.

²⁹³ AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Sílvia Fagá. Obra citada.

²⁹⁴ Nesse sentido: KING, Stephen P. Collective Bargaining by Business: economic and legal implications. University of New South Wales Law Journal. Disponível em <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/2013/5.html>>, acesso em 19/01/2018.

²⁹⁵ É o caso de plataformas como Peixe Urbano, Groupon, ClickOn, City Best, dentre outras. No Brasil, ainda que o CADE tenha poucos casos julgados sobre a matéria, é possível constatar, na prática, a presença de inúmeras alianças de compra em setores como supermercados (para mais detalhes: DALMAGRO et al. Centrais

Em termos de estratégia competitiva, a eficiência nas compras e na gestão da cadeia de fornecimento é fundamental para a melhor inserção no mercado e aumento da lucratividade. Exemplo claro é a proposta de Porter em seu clássico “Estratégia Competitiva”²⁹⁶ de se criar instrumentos e técnicas para análise de indústrias e da concorrência, com o fito de aperfeiçoar a posição de dada empresa no mercado. O autor enfatiza que a concorrência em dado mercado deve ser analisada com base em cinco forças subjacentes: (i) ameaça de entrada, (ii) rivalidade, (iii) pressão de produtos substitutos; (iv) poder de negociação de fornecedores; e (v) poder de negociação de compradores. Ou seja, das cinco forças determinantes da estrutura de um dado mercado, duas delas dizem respeito diretamente à posição da empresa em relação ao poder de compra de seus fornecedores, de um lado, e clientes, de outro.

Assim, do ponto de vista de estratégia comercial, há claros incentivos para a formação de grupos de compra. Da perspectiva do direito concorrencial, no entanto, trata-se de tema controverso e que, apesar da sua importância histórica, continua a ser debatido de forma intensa, com argumentos bastante conflitantes e divergentes.

2.3. Panorama jurisprudencial: incertezas, discussões e possibilidades

O entendimento de autoridades antitruste acerca da prática nas principais jurisdições passou por diversas mudanças ao longo dos anos. Há manifestações tanto reconhecendo o caráter pró-competitivo dos acordos de compra, quanto no sentido de indicar diversos efeitos anticoncorrenciais e ilícitos.

Na Europa²⁹⁷, de início se tinha uma visão pró-colaboração. É interessante lembrar que, historicamente, junto com o Japão, a Europa é tida como um exemplo do modelo de desenvolvimento, no qual indústrias teriam se associado e colaborado para garantir maior crescimento e desenvolvimento tecnológico²⁹⁸. Isso é especialmente verdadeiro em relação à Alemanha²⁹⁹.

de compras no setor supermercadista: análise dos benefícios percebidos pelos agentes envolvidos. Disponível em <http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos10/450_Artigo%20Seget%202010%20Central%20de%20Compras%20IDENTIF.pdf>, acesso em: 19/01/2018), drogarias e varejo em geral.

²⁹⁶ PORTER, Michael E. *Estratégia Competitiva*. São Paulo: Ed. Campus, 2004. Destaca-se que referida obra teve grande influência no desenvolvimento e aprimoramento do direito concorrencial.

²⁹⁷ Para maiores informações sobre os casos, citamos: ATHAYDE, Amanda. *Obra citada*; RIEDEL, Paula. *Independence or collaboration when purchasing: a buyer’s dilemma*. ABA Spring Meeting, April 2016.

²⁹⁸ De fato, um dos principais motivos apontados pelos autores dos anos 80 e 90 nos EUA para que o tema da cooperação entre concorrentes fosse mais amplamente discutido foi o fato de que a prática era consolidada na Europa, ao passo em que nos EUA era barrada pelas leis antitrustes, deixando assim o país em forte desvantagem competitiva e atraso tecnológico.

²⁹⁹ JORDE, T.M; TEECEM D.J. *Acceptable Cooperation Among Competitors in the Face of Growing International Competition*. *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, No. 2, 37th Annual Meeting (August 6-9, 1989), pág. 529-556.

Atualmente, o tema vem sendo discutido recorrentemente e estudos setoriais realizados pelas autoridades de países-membros da União Europeia, como Alemanha e França, já demonstram menor predisposição a tratar os acordos de compra com tanta tolerância, indicando uma possível alteração de entendimento histórico quanto à prática da cooperação entre concorrentes.

Nos EUA, por outro lado, a prática, antes tida como suspeita, paulatinamente, passou a ser aceita com alguns condicionantes. Atualmente, a grande maioria dos acordos são aceitos e dificilmente há algum tipo de impugnação por parte do Departamento de Justiça (DOJ)³⁰⁰. Em sentido similar, no Canadá o tratamento conferido a esses acordos é ainda mais leniente³⁰¹. A própria autoridade concorrencial já indicou que um acordo desse tipo dificilmente sofrerá qualquer sanção, civil ou criminal, ainda que os participantes detenham poder de mercado considerável, sendo passível apenas de se sujeitar à eventual imposição de remédios de natureza civil.

Embora tanto na União Europeia quanto nos EUA a diferenciação entre cooperação e colusão esteja mais consolidada, por meio da edição de Guias³⁰²³⁰³ e por respeito a precedentes relevantes sobre a matéria³⁰⁴, além da instituição de algumas salvaguardas³⁰⁵, há

³⁰⁰ Sobre a evolução da análise dos EUA quanto aos grupos de compra, sugerimos a leitura de CORDOVIL, Leonor. *Obra citada*; UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION. *Statements of Antitrust Enforcement Policy and Health Care*. Agosto de 1996. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/statements-antitrust-enforcement-policy-health-care>>, acesso em 19/01/2018; *Sewell Plastics, Inc. v. Coca-Cola Co.* (1989); *United States and the State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation* (2007); e PALMER, Roy C. *Buying Groups under the Robinson-Patman Act*. *Chicago Kent Law Review*, vol. 42 (2), 1965.

³⁰¹ HALLADAY, Casey W. *Caveat Emptor: The legality of buying groups under Canadian Competition Law*. ABA Spring Meeting, April 2016.

³⁰² DOJ, FTC. *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. April 2000. Disponível em <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf>, acesso em 19/01/2018.

³⁰³ EUROPEAN COMMISSION. *The EU Horizontal Guidelines, Section 5, Purchasing Agreements*. Disponível em <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)>, acesso em 19/01/2018.

³⁰⁴ Verifica-se que houve intenso debate sobre o tema de cooperação horizontal ao longo do desenvolvimento antitruste nos EUA. Em casos paradigmáticos, como *Wholesale Stationers Inc v. Pacific Stationery Printing Co* (1985) e *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists* (1986), a Suprema Corte fixou entendimento segundo o qual “unless a practice facially appears to be one that would always or most always tend to restrict competition and decrease output, the agreement should be analyzed under the rule of reason”. Na União Europeia, o art. 101 (3) do Tratado da União Europeia expressamente exclui do conceito de cartel qualquer acordo entre concorrentes que cumulativamente preencham os requisitos estabelecidos no artigo, quais sejam: (i) contribuam para a produção ou distribuição de bens ou promovam progressos técnicos e econômicos; (ii) beneficiem diretamente ao consumidor; (iii) sejam necessários e proporcionais para atingir os objetivos almejados, ou seja, que não possam ser atingidos pelas partes individualmente; (iv) não impliquem na eliminação ou possibilidade de eliminação da competição no que diz respeito à parcela substantiva do mercado dos produtos em questão.

³⁰⁵ Tal como a já mencionada isenção conferida expressamente pelo DOJ para alianças de compra nas quais estejam representadas menos de 35% do total demandado pelo mercado; e na qual os custos de produtos ou serviços comprados não representem mais de 20% dos custos dos produtos ou serviços vendidos por cada um

ainda risco de que determinado arranjo contratual cooperativo seja percebido como cartel³⁰⁶.

Vale citar também o exemplo da Austrália, país que adota modelo bastante inovador e parte da premissa de que acordos entre concorrentes, em especial acordos envolvendo a prática da barganha coletiva, são de suma importância para o desenvolvimento da economia e diversificação das empresas. Nesse contexto, há verdadeira política pública de incentivo à celebração de acordos de barganha coletiva entre concorrentes, que podem receber total isenção antitruste³⁰⁷. O principal propósito dessa política é permitir que empresas de pequeno e médio porte tenham maior segurança jurídica e incentivos para celebrar tais acordos³⁰⁸.

No Brasil, na grande maioria dos atos de concentração julgados pelo CADE³⁰⁹, a autoridade parece ter se preocupado quase que exclusivamente em analisar o poder de compra das requerentes, além dos possíveis efeitos dos acordos na dinâmica da relação entre comprador e fornecedor, sendo possível notar uma posição razoavelmente leniente.

Note-se ainda que, em alguns desses casos, as requerentes detinham *market share* significativo no mercado *downstream* e a estrutura do grupo de compras era meramente contratual, sem maiores integrações entre as partes. Mesmo assim, houve pouca ou nenhuma preocupação expressa com a problemática da troca de informações sensíveis ou mecanismos para mitigar essas trocas. Na maioria dos casos, as eficiências ou a possibilidade de repasse das eficiências ao consumidor final sequer chegaram a ser objeto de discussão.

Por outro lado, nos precedentes envolvendo a constituição de associações³¹⁰, a

dos participantes do acordo.

³⁰⁶ Cordovil apresenta como exemplo desse perigo o caso *Mid-South Distributors v. FTC*, no qual a Corte Distrital entendeu que como os pedidos, depois de processados, eram remetidos de forma individual a cada comprador, não havia nenhuma eficiência, sendo que a única vantagem era o aumento puro do poder de barganha. CORDOVIL, Leonor. Obra citada.

³⁰⁷ AUSTRALIA. *Authorisation Guidelines ACC*, p. 3. Disponível em <<http://www.accc.gov.au/system/files/Authorisation%20guidelines.pdf>>, acesso em 09/11/2016.

³⁰⁸ AUSTRALIA. *Streamlined collective bargaining for small business 2011*. Disponível em <<https://www.accc.gov.au/system/files/Small%20Business%20Collective%20Bargaining%20Notifications%20and%20the%20Competition%20and%20Consumer%20Act.pdf>>, acesso em 20/01/2018.

³⁰⁹ Ato de Concentração nº 08012.003603/00-55, Requerentes: General Motors do Brasil Ltda e Fiat Automóveis S.A. Relator Cons. Fernando de Oliveira Marques, 02.07.2003; Ato de Concentração nº 08012.000052/2007-33, Requerentes: Nippon Steel Corporation e Pohang Iron Steel Co. Ltd. Relator Cons. Paulo Furquim de Azevedo, 18.04.2007; Ato de Concentração nº 08012.00953712008-73, Requerentes: Cargill Agrícola S/A e Arcor do Brasil Ltda. Relator Vinicius Marques de Carvalho, 24.06.2009; Ato de Concentração nº 08012.008025/2010-12, Requerentes: MAN Latin America Indústria e Comércio de Veículos Ltda. e Scana Latin América Ltda.. Relator Cons. Elvino de Carvalho Mendonça, 15.06.2011; Ato de Concentração nº 08012.002022/2012-29, Requerentes: General Motors Holding LLC e Peugeot S.A. Relator Cons. Olavo Zago Chinaglia, 04.07.2012; Ato de Concentração nº 08700.002887/2015-80, Requerentes: Guarani S.A., Noble Brasil S.A. e Bunge Alimentos S.A. Superintendência Geral, 27.04.2015; Ato de Concentração nº 08700.009334/2014-77, Requerentes: Companhia de Gás de São Paulo COMGÁS e Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro CEG. Superintendência Geral, 31.08.2015.

³¹⁰ Como a formação da ABREE (Associação do setor de eletrodomésticos e eletroeletrônicos), Ato de Concentração no 08012.007477/2011-50, Requerentes Electrolux do Brasil S.A, Esmaltec S.A, Mabe Brasil

preocupação maior do CADE parece ter sido com possíveis incentivos à colusão entre as associadas no mercado *downstream*. As decisões se atentaram muito mais à análise dos estatutos das associações e à busca de formas para garantir a devida segregação de informações concorrencialmente sensíveis entre as associadas. As medidas de governança sugeridas e analisadas pelo CADE foram as mais diversas, indo desde previsão de período de quarentena dos funcionários da associação, até comprometimento com uma *open door policy*.

Nos casos de plataformas B2B³¹¹, em contraste, nos parece ter sido uma análise muito mais sistematizada, completa e uniformemente aplicada em todos os precedentes. Todas as decisões encontradas focaram em três temas: (i) possibilidade de aquisições conjuntas levarem ao exercício do poder de monopólio; (ii) possibilidade de facilitação da colusão e coordenação entre concorrentes, devido à facilidade de compartilhamento de informações; e (iii) possibilidade de implementação de práticas exclusionárias que aumentem os custos dos rivais.

Interessante notar que, em alguns desses precedentes, as requerentes sequer negociariam conjuntamente com o fornecedor, e em outros não eram concorrentes diretas e estavam se unindo apenas para compra de insumos indiretos. Não obstante, a análise do CADE parece ter sido muito mais rigorosa à questão da troca de informações sensíveis. Esse maior rigor fica evidente quando se percebe que o único precedente em que a operação foi aprovada com restrição se deu em caso constituição de plataforma B2B³¹².

Quanto à análise de condutas relacionadas a cartel de compra³¹³, destacamos o caso UNIDAS, no qual o CADE discute diretamente as negociações coletivas como potencial ilícito em si. Chama a atenção as posições diretamente conflitantes dos Conselheiros do

Eletrodomésticos Ltda., Panasonic do Brasil Ltda., Philips do Brasil Ltda., Grupo SEB do Brasil - Produtos Domésticos Ltda., Springer Carrier Ltda., Tec Toy S.A. e Whirlpool S.A, Relator Alessandro Octaviani Luis, 10.02.2012.

³¹¹ Ato de Concentração nº 08012.00001/2001-16 Requerentes: General Motors Corporation, Ford Motor Company, Renault S/A, Nissan Motor Co., Ltd., Oracle do Brasil Sistemas Ltda., DaimlerChrysler AG., e Commerce One, Inc. Conselheiro-Relator: Cleveland Prates Teixeira, 16.06.2004; Ato de Concentração nº 08012.003632/2001-97, Requerentes: Sadia SA (“Sadia”), Cargill Agrícola SA (“Cargill”) e Danone SA (“Danone”). Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, 29.09.2004; Ato de Concentração 08012005832/2000-01, Requerentes: Quadrem Internacional Holdings Ltd., Alcan Finances (BDA) Ltd.; Alcoa Internacional Holdings Company, e outras. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, 15.06.2005.

³¹² Caso Sadia/Cargill/Danone.

³¹³ Processo Administrativo nº 08012.006241/1997-03, Representados Associação de Drogarias do Brasil - Rede Economia; Coelho e Araújo Ltda. - Drogaria Tati; Droga Centro Drogas e Medicamentos Ltda. - Drogaria Nossa Sra. De Fátima, e outras. Relator Cons. Paulo Furquim de Azevedo, 07.10.2009; Processo Administrativo nº 08012.005135/2005-57, Representados: Associação Médica do Rio Grande do Norte, Sindicato dos Médicos do Rio Grande do Norte, Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Norte e União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS. Relator Cons. Eduardo Pontual, 15.10.2014; e Requerimento 08700.008213/2015-99 (ref. Inquérito Administrativo nº 08700.009515/2014-01). Proponente: Associação Capixaba de Supermercados (ACAPS). Nota Técnica SG 66/2015.

CADE se: (i) haveria um acordo lícito de compra coletiva ou se seria cartel de compras; e (ii) se o caso deveria ser julgado como ilícito por objeto ou pela regra da razão. Ainda nesse caso, há aprofundamento da tese de poder compensatório e limites de sua aplicabilidade.

Já no caso da Rede Economia, o acordo de compra coletiva foi entendido como totalmente pró-competitivo, a ponto de poder, em tese, justificar a existência das tabelas de preços. Ao final, embora o CADE tenha condenado a prática de limitação de descontos imposta pela associação às drogarias, fez-se questão de ressaltar o caráter pró-competitivo da associação em si, especialmente das compras conjuntas, que poderiam continuar a operar tal como antes.

Por fim, no caso da Associação Capixaba de supermercados, foram estabelecidos limites para negociações coletivas, que não podem implicar na inversão do poder de barganha e nem em medidas de coação da outra parte. Nesse caso, a associação representava quase a totalidade dos supermercados da região, algo que por si só não foi tido como problemático pelo CADE.

O que se percebe é que há ainda grande indefinição sobre o papel dos acordos de compra na dinâmica concorrencial, o que se justifica pela quantidade e complexidade de possíveis riscos que podem resultar desse tipo de acordo. A análise concorrencial dos acordos de compra é, portanto, naturalmente complexa devido à miríade de variáveis concorrenciais em jogo, devido a possíveis efeitos anticompetitivos que um acordo dessa natureza pode vir a apresentar. É à exploração dessas complexidades mais a fundo que se dedica a próxima seção.

3. As variáveis concorrenciais em jogo

Para além da análise tradicionalmente conduzida sempre que se está diante de qualquer outra celeuma no direito da concorrência³¹⁴, há algumas preocupações concorrenciais específicas que devem ser levadas em consideração quando da análise de acordos de compra coletiva. Como muitos dos participantes desses grupos atuam no ponto intermediário de dado mercado, variáveis como estrutura do mercado, barreiras à entrada, competição em potencial, concentração e poder de mercado, devem ser analisadas, em tese,

³¹⁴ Na análise clássica “o CADE procede a análise em etapas: (i) definição do MR; (ii) análise do nível de concentração; (iii) avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado adquirido por meio da operação, considerando variáveis como: a possibilidade de uma entrada tempestiva, provável e suficiente; o nível de rivalidade restante no mercado; (iv) avaliação do poder de compra existente no mercado ou criado pela operação; (v) ponderação das eficiências econômicas inerentes ao AC.” CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016.

tanto do ponto de vista do próprio mercado relevante³¹⁵ em que se inserem os participantes no acordo, quanto para os mercados verticalmente relacionados³¹⁶.

Dessa forma, as mesmas problemáticas e eficiências que são discutidas em relação às integrações e restrições verticais podem ser aplicadas na análise desses acordos, ainda que se tratem, a rigor, de operações de concentração horizontal³¹⁷³¹⁸.

Outra dificuldade é que a análise do tema permite adentrar aspectos bastante controversos do direito antitruste, que vêm sendo intensamente debatidos no Brasil e no mundo, tais como *compliance* e governança corporativa; cooperação entre concorrentes e tratamento de acordos ancilares; imposição de remédios comportamentais; poder compensatório e poder de compra.

A presente seção se propõe a mapear algumas das principais considerações e preocupações concorrenciais traçadas pela doutrina especializada, especificamente acerca do tema de acordos de compra coletiva, de modo não só a fornecer maior substrato para análises futuras a serem realizadas por autoridades antitruste, mas, também, para reforçar ainda mais a complexidade, importância e indefinição que permeia esse instituto³¹⁹.

Há cinco grandes grupos de variáveis concorrenciais³²⁰³²¹ que podem vir a exigir análise

³¹⁵ Sobre a importância da correta delimitação do mercado relevante em casos envolvendo análise de grupos de compra, vale citar Cartensen, para quem “Closely related is the need to have an appropriate product market definition. Product inputs can have a variety of uses (e.g., milk yields cheese, butter, and ice cream) that are not very competitive in the downstream market, yet the input can be used in any of the outputs. Hence, the relevant product market should not be equated with any specific output use (...) Buying markets can be quite narrow in both geographic and product terms, but the market for the product being sold can be much larger and subject to more competition from other sources and substitutes”. CARSTENSEN, Peter. Obra citada, pág 19.

³¹⁶ EZRACHI, Ariel. Obra citada.

³¹⁷ RBB ECONOMICS. Obra citada.

³¹⁸ Como ensinam Pereira Neto e Casagrande, estrutura-se uma análise em três etapas para avaliação do caráter anticompetitivo de certa prática em mercados verticalmente relacionados: “primeiramente, deve-se verificar se a parte investigada detém uma posição dominante, uma vez que, na ausência de poder de mercado, dificilmente haverá algum efeito negativo decorrente da conduta. Em segundo lugar, é importante demonstrar se o fechamento do mercado seria uma estratégia racional para a empresa dominante e até que ponto seria possível gerar algum prejuízo concreto à concorrência. Isso depende diretamente da extensão da prática e do seu efetivo impacto de fechamento do mercado. Finalmente, em terceiro lugar, as autoridades devem contrapor os potenciais efeitos negativos e as eventuais eficiências compensatórias para estabelecer os efeitos líquidos da conduta”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, pág. 143.

³¹⁹ Que a nosso ver, por isso mesmo, é um ótimo ponto de partida para a compreensão das problemáticas dos acordos cooperativos em geral.

³²⁰ De acordo com Jacobson e Dorman, são diversas as motivações que levam empresas concorrentes a celebrarem um acordo de compras, mas apenas três, não mutuamente exclusivas, são relevantes para a análise antitruste: (i) concorrentes se unem para alcançar eficiências que não conseguiriam alcançar agindo individualmente; (ii) concorrentes se unem para possibilitar o exercício do poder de monopsonio em desfavor dos fornecedores, com o fito de aumentar margem e lucratividade; (iii) competidores se unem para, com o pretexto de cooperar, melhor coordenar a implementação e execução de práticas anticompetitivas no mercado downstream. JACOBSON, Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Joint Purchasing, Monopsony and Antitrust. 36 Antitrust Bull. 1, 4 (1991).

³²¹ De forma semelhante, um relatório da OFT sobre o tema aponta que são três as indagações centrais que

mais pormenorizada quando se está diante de um acordo de compra coletiva: (i) a primeira, relacionada à alteração na estrutura do mercado, indaga se o fato de um grupo de compra representar parcela considerável da demanda pode acarretar na formação de uma estrutura de mercado próxima ao monopólio, fenômeno tradicionalmente conhecido como “a imagem no espelho” do monopólio³²², ou, em menor grau, possibilitaria exercício de poder de compra em desfavor dos fornecedores, com efeitos deletérios ao mercado *upstream*; (ii) a segunda busca identificar possíveis impactos do acordo na dinâmica concorrencial do mercado *upstream*; (iii) a terceira expressa preocupação com as externalidades negativas que o acordo pode apresentar para concorrentes que não são participantes no grupo; (iv) a quarta, relacionada ao mercado *downstream*, indaga se o acordo pode vir a facilitar práticas colusivas entre as empresas participantes e em que medida a dinâmica do mercado final da cadeia (consumidores) pode ser prejudicada; (v) a quinta busca mapear as principais fontes de eficiência geradas pelos acordos.

Como já era de se esperar, há diversas divergências, não só quanto às variáveis concorrenciais que podem ser afetadas, mas também quanto à importância conferida a cada uma delas. Essas divergências, por vezes, são inconciliáveis, o que pode ser creditado tanto à natureza aberta do direito antitruste (por ter objetivos diferentes³²³), quanto à dificuldade em projetar impactos econômicos e sociais de dada conduta ou estrutura no mercado³²⁴.

Para além disso, vale ter em mente que não há certo ou errado, mas apenas a escolha de alguma possibilidade, valor ou cenário, em detrimento dos demais³²⁵. O objetivo do presente artigo não é encontrar respostas, mas apresentar as principais questões que devem ser enfrentadas quando da análise de casos envolvendo acordos de compra coletiva.

surtem quando se está diante de um acordo de compra coletiva: (i) de que forma o grupo consegue obter melhores termos de compra em face dos fornecedores e em que medida esses benefícios são repassados ao consumidor final; (ii) quando um grupo de compras pode vir a causar danos ao mercado downstream, por possibilitar colusão direta ou por diminuir a rivalidade entre os concorrentes participantes no acordo; e (iii) quando, por meio do exercício de influência indevida na conduta de fornecedores, pode o grupo de compras influir de forma indireta e negativa nos demais concorrentes que não são parte no acordo. Para maiores detalhes: RBB ECONOMICS. Obra citada.

³²² BLAIR, Roger D.; DURRANCE, Piette C. Group Purchasing Organizations, Monopsony and Antitrust Policy. *Managerial and Decision Economics* 35(7), October 2014.

³²³ Nesse sentido, “a great debate exists among scholars of antitrust law and economics concerning the question of whether antitrust should concern itself with consumer harms narrowly defined or with the aggregate harm to economic welfare a primary concern of antitrust law (...) some would argue its central concern-is the protection and advancement of economic competition as a process”. CARSTENSEN, Peter. Obra citada, pág. 23.

³²⁴ Vale considerar a discussão existente entre efeitos de longo prazo e de curto prazo, ou entre eficiência dinâmica e estática. Cf. GOLDBERG, Daniel K. Obra citada.

³²⁵ Afinal, conforme máxima proposta por Forgioni, o Direito Antitruste nada mais é do que um instrumento para a persecução e implementação de políticas públicas. FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

3.1. Estrutura: embate entre poder de compra e poder compensatório

Um primeiro tipo de preocupação concorrencial diz respeito à própria dinâmica de um acordo de compras: quando duas ou mais empresas se unem para negociar e comprar insumos conjuntamente, tem-se que, da perspectiva do fornecedor, as empresas passam a ser uma só, que congrega a demanda e participação de mercado de todas. Isso pode acarretar a criação de poder de mercado em desfavor dos fornecedores, o chamado poder de compra.

Conforme explica Goldberg³²⁶, o poder de compra é, fundamentalmente, expressão de poder de mercado do lado da demanda. Segundo o autor, assim como o poder de mercado pode se manifestar por meio de agentes econômicos que cobram um sobrepreço por seus produtos, restringindo a quantidade ofertada, também pode se manifestar com a imposição de condições de compra que destoam do padrão competitivo. Tal como em qualquer manifestação de poder de mercado, prossegue Goldberg, o poder de compra é questão de grau e pode tanto ter efeitos deletérios quanto positivos para o bem-estar geral³²⁷.

De acordo com estudo da OCDE, o poder de compra pode se manifestar de duas formas: poder de monopsonio e poder de barganha³²⁸. O poder de monopsonio pode ser definido como o poder de reduzir artificialmente o preço por meio da restrição de quantidade comprada, ou seja, a forma de manifestação de poder de compra mais pura, tradicionalmente descrita nos clássicos modelos econômicos³²⁹. Em definição mais abrangente, proposta pelo CADE³³⁰, o poder de monopsonio é “o poder de mercado na compra de insumos usado pelo comprador para se apropriar de parte do excedente do fornecedor”.

Para Blair e Durrance³³¹, no entanto, ainda que a ameaça do poder de monopsonio seja real, não seria aplicável à análise dos grupos de compra. Em geral, as empresas já têm uma

³²⁶ GOLDBERG, Daniel K. Obra citada.

³²⁷ “O poder de mercado apresenta-se, em princípio, deletério e prejudicial ao bem estar social em duas circunstâncias: quando exercido contra produtores que não têm, por sua vez, poder de mercado, ou quando exercido por compradores que detêm, simultaneamente, poder de mercado a montante e a jusante da cadeia”. GOLDBERG, Daniel K. Obra citada, pág. 161.

³²⁸ “Buyer power is concerned with how downstream firms can affect the terms of trade with upstream suppliers. A distinction is made between monopsony power and bargaining power. A buyer has monopsony power if it can profitably reduce the price paid below competitive levels by withholding demand. Bargaining power refers to the bargaining strength that a buyer has with respect to suppliers with whom it trades. The lower prices obtained from monopsony power is achieved through the act of purchasing less, not, as with bargaining power, the threat of purchasing less. Bargaining power is only exercised when in its absence suppliers would exercise market power. It is countervailing power” OCDE. Policy Roundtables on Monopsony and Buyer Power. 2008. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>>, acesso em 19/01/2018, pág. 21.

³²⁹ Para que exista poder de monopsonio, não necessariamente haverá apenas uma empresa atuando no mercado, já que o mesmo efeito pode ocorrer com o chamado monopsonio colusivo, ou oligopsonio, em que pequeno número de compradores também diminui a quantidade demandada e reduz artificialmente preços, acarretando maiores custos de produção e redução da quantidade produzida.

³³⁰ CADE. Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016.

³³¹ BLAIR, Roger D.; DURRANCE, Christine P. Obra citada.

demanda determinada antes de entrarem no grupo, e a manterão mesmo após a formação do grupo. Para os autores, o poder de monopsonio, caracterizado pela diminuição de quantidade demandada, não ocorrerá porque os membros do acordo de compra não querem comprar menos, mas sim comprar igual com preços inferiores.

Ainda, Blair e Durrance procedem a análise do poder de monopsonio por meio do Índice de Lerner³³² adaptado e chegam à conclusão de que inferir poder de compra pela análise do *market share* de um comprador pode levar a conclusões equivocadas. Isso porque as condições de elasticidade da oferta e elasticidade da demanda da franja competitiva também são de grande importância na análise de probabilidade de exercício do poder de mercado: quanto maior a elasticidade da oferta, menor o índice de Lerner; e quanto mais elástica a demanda da franja competitiva, menor habilidade o comprador tem para negociar ou exigir preços menores. Assim, para os autores, a reação dos ofertantes e de outros concorrentes que não são parte do grupo também devem ser objeto de consideração³³³.

De forma similar, Carstensen³³⁴ afirma que a elasticidade da oferta deve ser um dos pontos centrais de análise do acordo de compra: a depender do grau de elasticidade, o grupo de compra pode ou não conseguir, ainda que queira, diminuir a quantidade ofertada. No entanto, no que pode ser visto como conclusão contrária à de Blair e Durrance, o autor identifica que, quanto menor a elasticidade, maior a probabilidade de exercício de poder de mercado³³⁵.

Outra importante discussão que vale ter em mente é a de que o monopsonio seria mera construção teórica, em que se fazem uma série de suposições pouco verificáveis na realidade, dentre as quais: (i) o comprador paga o mesmo preço por todos os insumos; (ii) a curva de oferta do mercado é inclinada, de forma que comprar uma unidade adicional aumenta o preço da compra; (iii) o mercado dos fornecedores é perfeitamente competitivo; e (iv) o grupo de

³³² “It is easily shown that the dominant buyer variant of the Lerner Index (λ) is $\lambda = S / (\varepsilon + \eta f (1-S))$ where S is the share of total purchases accounted for by the dominant buyer, ε is the elasticity of supply, and ηf is the elasticity of the competitive fringe demand (Blair and Harrison, 1991). While it is true that $\partial\lambda/\partial S$ is positive, i.e., higher shares increase monopsony power, the index shows that relying on market share alone is misguided”. BLAIR, Roger D.; DURRANCE, Christine P. Obra citada, pág. 5.

³³³ “To see this, consider the following numerical example. In one case, suppose $S = 0.25$, $\varepsilon = 0.50$, and $\eta f = 1.0$. In this case, the GPO would enjoy the safe harbor afforded by Statement 7’s 35 percent threshold. The value of λ is 0.20, which means that there is a 20 percent deviation from the competitive price.” BLAIR, Roger D.; DURRANCE, Christine P. Obra citada.

³³⁴ CARSTENSEN, Peter. Obra citada.

³³⁵ “Where the elasticity of supply is substantial, such as when the sellers will substantially reduce production of the input if price is depressed below a reasonably profitable level, the plausibility of a buying group being a legitimate method of seeking economies and efficiencies in the transactional aspects of buying becomes more likely (...) Supply inelasticity is a particularly relevant part of the buyer power analysis. The more a producer is committed for the intermediate or longer term to a set quantity of output, the greater is the capacity of even relatively small volume buyers to exercise buyer power.” CARSTENSEN, Peter. Obra citada, pág. 19.

compra representa parcela substancial do total de compra em dado mercado³³⁶.

Portanto, ainda que o modelo do monopsonio tenha importância teórica, por demonstrar a máxima de que empresas podem diminuir a quantidade demandada com o objetivo de aumentar preços, pode ser difícil verificar um mercado que, na prática, apresente as condições necessárias para que se faça possível a existência do poder de monopsonio. Na prática de mercado, pode ser mais usual que os termos de oferta sejam objeto de negociação entre comprador e vendedor, sendo que os preços ofertados tendem a diminuir quanto maior a quantidade adquirida³³⁷.

Assim, quando da análise de grupos de compra, parte significativa da literatura propõe a passagem da discussão do modelo de monopsonio para discussões envolvendo a chamada “teoria da barganha”, que explora o poder de compra por meio da perspectiva de barganha bilateral entre as partes, cenário no qual o preço acordado se aplica apenas às partes do acordo, não estando disponível para todo o mercado³³⁸. É o que a literatura antitruste identifica como poder compensatório³³⁹.

Em pesquisa sobre o tema, Almeida³⁴⁰ se propõe a determinar as condições sob as quais a criação de poder compensatório pode ser benéfica do ponto de vista do bem-estar econômico, com aumento da quantidade comercializada e redução do peso-morto. Segundo a autora, as condições usualmente apontadas para que o resultado seja positivo seriam: (i) existência, *ex-ante*, de poder de mercado “original” a ser compensado; (ii) não ocorrência de inversão de assimetria de poder na negociação³⁴¹ e; (iii) existência de interdependência entre os agentes, que se verão obrigados a negociar entre si com novas condições.

Almeida é ainda menos restritiva, tendo apontado que, mesmo que as partes não cooperem e não negociem entre si, o poder compensatório pode ser benéfico. A autora verifica que, na presença de cooperação entre as partes, a criação de poder compensatório sempre gera resultados positivos. Além disso, observa que, a depender da relação das

³³⁶ JACOBSON, Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Obra citada.

³³⁷ “(...) a key difference is that the exercise of monopsony power results in prices being depressed below competitive levels, whereas the exercise of bargaining power might countervail seller market power and push prices toward competitive levels”. OCDE. Obra citada, pág. 9.

³³⁸ EZRACHI, Ariel. Obra citada; OCDE. Obra citada; JACOBSON, Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Obra citada.

³³⁹ Galbraith foi responsável por demonstrar, de forma inédita, que nem todo o poder de mercado é prejudicial: é possível haver a criação de poder de mercado para contrapor poder econômico pré-existente à jusante ou montante na cadeia. Trata-se, no entanto, de uma das teorias mais controversas e contestadas do Direito da Concorrência, tanto que à época em que foi inicialmente publicado, o trabalho de Galbraith foi extremamente criticado e ignorado pela academia, tendo sido reavivado por advogados interessados nas possibilidades de defesa que a teoria apresentava.

³⁴⁰ ALMEIDA, Silvia Fagá. Obra citada.

³⁴¹ ALMEIDA, Silvia Fagá. Obra citada.

elasticidades-preço da demanda e da oferta, a criação de poder compensatório pode ter efeitos positivos em termos de bem-estar geral, ainda que as partes não reconheçam sua interdependência e não cooperem entre si, desde que se leve em consideração a elasticidade-preço da oferta³⁴².

No entanto, conforme ressalta Azevedo e Almeida³⁴³, na ausência do reconhecimento de interdependência entre as partes, o aumento da concentração poderia resultar apenas em problemas de “dupla-margem”, com piora do bem-estar social. Isso porque a empresa localizada à jusante toma como custo marginal o preço do insumo que a empresa à montante lhe oferece. A consequência é que o preço ao consumidor final pode ser superior³⁴⁴.

Jacobson e Dorman³⁴⁵ propõem uma solução mais simples para o poder compensatório: desde que o poder de compra resultante do acordo entre compradores seja substancialmente ou evidentemente inferior ao poder de mercado dos ofertantes do produto em questão, deve-se reconhecer, sem qualquer receio, a aplicabilidade do poder compensatório.

A essa visão mais otimista se contrapõe, por exemplo, o estudo de Goldberg³⁴⁶, que conclui que a elevação do poder de compra só resultará em redução de preços ao consumidor final se for preservada uma franja competitiva que garanta a concorrência no mercado à jusante³⁴⁷. De fato, tal como Athayde³⁴⁸, Goldberg é bastante crítico não só em relação ao argumento de poder compensatório, como também aos supostos benefícios do poder de compra.

Para o autor, o mero fato de determinado grupo de agentes ter reduzido poder de barganha perante poderosos compradores não autoriza o uso da tese do poder compensatório, já que, na maioria dos casos, a formação de alianças de compra terá efeitos deletérios ao bem-estar. Isso porque, o poder de compra exercido em face de fornecedores competitivos nunca é benéfico para a sociedade, já que se traduz em quantidade de bens e serviços inferior à ideal. Além disso, em uma situação na qual as partes já possuam algum poder de mercado, um

³⁴² ALMEIDA, Silvia Fagá. Obra citada, pág. 71.

³⁴³ AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Silvia Fagá. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência. Disponível em <<http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A175.pdf>>, acesso 19/01/2018.

³⁴⁴ “Se houver poder de mercado no primeiro estágio, serão maiores custos marginais no segundo estágio, sobre os quais incidem uma nova margem, decorrente do poder de mercado nesse estágio”. AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Silvia Fagá. Obra citada.

³⁴⁵ JACOBSON, Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Obra citada.

³⁴⁶ GOLDBERG, Daniel K. Obra citada.

³⁴⁷ “Como a participação nos lucros do fornecedor diminui, este- por sua vez- aumenta a quantidade de vendas direcionadas à franja competitiva, diminuindo, para tanto, o preço de atacado cobrado da franja. E quando a quantidade vendida por meio da franja competitiva aumenta, os preços de mercado do produto no varejo caem”. GOLDBERG, Daniel K. Obra citada, pág. 223.

³⁴⁸ ATHAYDE, Amanda. Obra citada, pág. 443.

aumento no poder de compra dos adquirentes não traz qualquer benefício além da distribuição de renda entre os próprios agentes, o que pode vir a prejudicar seriamente, a longo prazo, o lado da cadeia que está tendo sua renda redistribuída.

Em sentido mais extremo, há quem entenda que não cabe falar em poder compensatório em qualquer situação, como Ezrachi³⁴⁹. Isso porque, se o mercado em que atuam os fornecedores está gerando lucros supracompetitivos e permite o exercício de poder de mercado do lado da oferta, o mercado em questão irá atrair novos agentes. Permitir ou incentivar a formação de poder de compra para se contrapor a um poder original pode quebrar a lógica de que os mercados, quando ausentes significativas barreiras à entrada, sempre tendem à competição.

Outra importante discussão presente na literatura em relação ao poder de compra é se de fato há paralelo entre poder de compra e poder de mercado do lado da oferta, ou seja, se a análise antitruste tradicional que se faz da perspectiva do ofertante deve ser a mesma que se faz na análise do poder de compra, ou, caso contrário, se a análise do poder de compra deve ser menos ou mais restritiva em comparação à análise tradicional do lado da oferta.

Carstensen explica que³⁵⁰ em uma relação entre vendedor e comprador, é o comprador que decide quando, como, quanto e de quem comprar, ou seja, o comprador é a parte que tem discricionariedade de escolha. Sempre que o comprador em questão possa exercer seu poder discricionário, é possível verificar poder de compra na relação do comprador em face do vendedor. Assim, ao menos em tese, um grupo de compra poderia alcançar poder de compra substancial mesmo não detendo *market share* significativo³⁵¹³⁵².

Em contraponto, estudo da OFT³⁵³ concluiu que um acordo de compra coletiva só gera efeitos deletérios à concorrência se o grupo for uma espécie de ‘*gatekeeper*’, ou seja, se o fato de o vendedor não conseguir vender seus produtos para aquele grupo em questão (a) forçar o fornecedor a escoar sua produção por meio de canais alternativos substancialmente inferiores; ou (b) impedir o fornecedor de alcançar substanciais economias de escala ou efeito de rede

³⁴⁹ EZRACHI, Ariel. Obra citada.

³⁵⁰ CARSTENSEN, Peter C. Obra citada.

³⁵¹ “Data from the United Kingdom suggests that buyers taking as little as 10 percent of the total sales of grocery products had significant buyer power. The Toys R Us case and the older Klor’s case also demonstrate that important buyers can exercise significant power even if they do not buy very large shares of the inputs involved.” CARSTENSEN, Peter. Obra citada, pág. 18.

³⁵² No mesmo sentido “(...)It is important to note, however, that in a vertical relationship, buyer power may arise even absent horizontal market power. This may be the case where the group of buyers represents a significant portion of demand for a small or medium size seller, without which its economic viability may be undermined. To illustrate in the context of the retail market, it has been suggested that switching between distribution channels is difficult, costly and generally impossible in the short term”. EZRACHI, Ariel. Obra citada, pág. 66.

³⁵³ RBB ECONOMICS. Obra citada.

que teria caso negociasse com o grupo de compra. Para isso, a demanda da franja competitiva deve ser substancialmente menor do que a demanda do grupo, ou o grupo deve ser responsável por parcela substancial da demanda do produto ofertado. Essas condições, segundo o relatório, seriam de difícil verificação prática.

Assim como a posição da OCDE, o Novo Guia de Concentrações Horizontais do CADE³⁵⁴ diferencia o poder de compra entre o poder de monopólio e como forma compensatória. Deixa patente que “o escrutínio do poder de compra, portanto, deve ser feito com cuidado, para que eventuais efeitos positivos aos consumidores sejam preservados”. O Guia parece apresentar maior ceticismo em relação à possibilidade de se verificar poder de monopólio deletério, parecendo ser mais favorável a enxergar o poder de compra através das lentes do repasse de efeitos positivos ao consumidor³⁵⁵.

No que diz respeito ao poder compensatório, por sua vez, o Guia aponta como fatores relevantes na análise (i) a participação de mercado do comprador; (ii) a importância deste para o fornecedor; (iii) alternativas de troca de fornecedor (como, por exemplo, verticalização da estrutura produtiva ou patrocínio da entrada); e (iv) outros fatores.

Verifica-se, portanto, que o poder de compra, passo inicial na análise de um acordo de compra coletiva, é uma noção extremamente relativa. Para além disso, percebem-se já de início alguns conflitos substanciais na análise dos grupos de compra: (i) se há de se falar em monopólio, (ii) em caso positivo, quais seriam as situações; (iii) quais seriam os efeitos do poder de compra; (iv) em quais condições se fazem presentes as benesses do poder compensatório; e (v) se a análise do poder de compra deve ser mais, menos ou igualmente restritiva em comparação ao que se verifica na análise tradicional a partir da perspectiva da oferta³⁵⁶.

³⁵⁴ CADE. Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016.

³⁵⁵ “O exame de poder de compra é importante usualmente nos casos em que os compradores são os formadores do preço e os fornecedores atuam como tomadores de preços. É o caso em indústrias nas quais o mercado de compra dos produtos é concentrado (com poucas empresas adquirindo toda a produção de insumos) e os fornecedores, normalmente, são menos concentrados e mais numerosos”. CADE. Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016.

³⁵⁶ Nesse sentido, Gordilho traz as seguintes indagações, que bem resumem os problemas iniciais aqui encontrados: “Até que ponto o incremento do poder de barganha das empresas que atuam no varejo pode, ao invés de gerar benefícios ao consumidor, tornar a concorrência menos efetiva e, dessa forma, reverter esse poder de barganha para as próprias varejistas, propiciando às mesmas maiores lucros? Será mesmo verdade que todo incremento no poder de barganha do lado varejista se reverte em menores preços aos consumidores? E se esse poder de barganha for tal que torne a concorrência no setor desigual, privilegiando as grandes e expulsando do setor as pequenas e, ainda, tornando novas entradas cada vez mais difíceis? Até que ponto ganhos no poder de barganha podem afetar a rivalidade desse setor? E quanto a possíveis efeitos dinâmicos negativos nos mercados dos fornecedores, afetando a qualidade dos produtos e o lançamento dos novos?” GORDILHO, Mário Sérgio Rocha. Poder de Compra em Análises de Atos de Concentração Econômica - Novos Desafios no Mercado Brasileiro de Bens Duráveis. In.: IBRAC. Ideias em Competição: 5 anos do Prêmio IBRAC-Tim. Ed. Singular,

Expostas as principais discussões relativas à estrutura de mercado criada pelo grupo de compra, a análise deve prosseguir em relação aos potenciais efeitos ao mercado *upstream*.

3.2. Problemas no paraíso: efeitos no mercado *upstream*

Em algumas circunstâncias, o agente com poder de compra pode ter incentivos para enfraquecer a competição no mercado *upstream*, prejudicando demasiadamente a margem dos fornecedores. É possível, também, conceber efeitos adversos na dinâmica concorrencial de longo prazo, visto que o fornecedor, quando confrontado com o grupo de compra, pode perder incentivos ou capital para investir na constante inovação de produtos e processos. O grupo de compra pode, ainda, criar barreiras à entrada no mercado *upstream*³⁵⁷.

Para que qualquer um desses efeitos ocorra, no entanto, o grupo deve ter poder de compra significativo, já que a única forma de realmente afetar a conduta no mercado *upstream* seria por meio de certa dependência dos fornecedores em face dos compradores³⁵⁸. Assim, para além de demonstrar a existência e possibilidade de exercício do poder de compra, deve-se demonstrar que os produtos vendidos não encontram fontes alternativas e suficientes de demanda, seja no mercado em análise, seja em mercados em que o produto possa ser um substituto ou no qual ele também seja utilizado como insumo³⁵⁹.

Em termos de relação negocial, há preocupação de que o grupo de compras estabeleça, contratualmente, o comprometimento de adquirir quantidade mínima de certo fornecedor, ou que haja algum tipo de exclusividade entre comprador e fornecedor, o que pode vir a beneficiar fornecedores com maior poder de barganha e prejudicar outros fornecedores no mercado.

Tal como ocorre em contratos de exclusividade no âmbito de integração vertical³⁶⁰, aqui também há diversas opiniões divergentes. Há quem entenda que, se todas as firmas ofertantes forem igualmente eficientes, a “vencedora” será aquela que ofertar menores preços e, caso não sejam igualmente eficientes, o grupo de compra atuará selecionando a empresa mais eficiente e excluindo as demais³⁶¹. Alguns alegam que, para o direito da concorrência, o importante é que se utilizem *standards* da empresa igualmente eficiente, não que se proteja

pág. 204.

³⁵⁷ EZRACHI, Ariel. Obra citada.

³⁵⁸ Sobre a discussão de poder de compra, ver o item acima.

³⁵⁹ Daí a importância de correta delimitação do mercado relevante do produto que é objeto de negociação. Cf. CARSTENSEN, Peter. Obra citada.

³⁶⁰ No que diz respeito às práticas de restrição vertical, ver PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; GERADIN, Damien. Restrições verticais adotadas por empresas dominantes. São Paulo: Ed. RT.

³⁶¹ BLAIR, R.; DURRANCE, C. Obra citada.

empresas menores e menos eficientes. Há, por outro lado, quem defenda que o direito concorrencial deve ter por objetivo a preservação da competição como processo em si³⁶².

Outro tipo de prática contratual bastante discutida é a de contratos “tudo ou nada”, em que o grupo de compradores impõe ao fornecedor que venda uma certa quantidade de insumos a um preço determinado, caso contrário, não venda nada³⁶³. Deve-se observar que (i) a estratégia do tudo-ou-nada só funciona quando a ameaça do comprador de buscar outro fornecedor é crível e substancial, ou seja, deve existir outro fornecedor com produtos similares a quem o grupo de compras pode recorrer; (ii) a quantidade demanda é igual ao *output* competitivo, ou seja, do ponto de vista de eficiência alocativa, não há qualquer problema concorrencial; e (iii) caso o volume maior de compras ocasione economias de escala ou escopo ao fornecedor, a prática do tudo-ou-nada pode ser uma forma encontrada pelo grupo para capturar parte dessa eficiência, que surgiu em decorrência direta das compras em maior volume. Assim, para parcela da doutrina especializada, não há de se falar em problemas concorrenciais também no que diz respeito a essa prática³⁶⁴.

Em contraponto, um risco concorrencial bastante específico aos *buying groups* é o do boicote coletivo, que ocorre quando as empresas acordam entre si que não irão comprar, seja no âmbito do grupo, seja individualmente, insumos e serviços de fornecedor que não aceitar as condições impostas pelo grupo³⁶⁵.

De uma perspectiva de longo prazo, uma preocupação significativa é a de que a transferência de renda do fornecedor para o comprador, ao reduzir o retorno dos fornecedores e forçar preços cada vez menores, reduziria incentivos e possibilidades de investimento em inovação ou em melhoria dos produtos³⁶⁶. Existem diversas discussões se os compradores

³⁶² Essa visão vem explicada nas palavras de Forgioni, para quem “(...) no Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste visa apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico”. FORGIONI, Paula A. Obra citada, pág. 189.

³⁶³ “So long as the offered price approximates the seller’s average total cost, it is likely to take the offer even though the marginal cost of the incremental units exceeds the price received. The effect of such contracts in the short run is to transfer producer surplus to the buyer, but in the long run it results in disincentives for the producer to remain in the market given the reduced reward. Thus, the use of such contracts can harm the competitive process over time”. CARSTENSEN, PETER C. Obra citada, pág. 16.

³⁶⁴ BLAIR, R.; DURRANCE, C. Obra citada.

³⁶⁵ Disponível em: <<https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/collective-bargaining-boycotts#collective-boycott>>, acesso em 19/01/2018.

³⁶⁶ “(...) from the perspective of dynamic economics, a buyer cartel distorts incentives and causes a misallocation of economic rewards over time. As such, it weakens the core goals of a competitive markets system. This policy focuses on the dynamic interest in having proper incentives to invest in activities and develop new, innovative solutions to problems. Buyer cartels, however they operate, diminish the rewards to the producer below the level that a competitive market would have provided. As such, they send the wrong signal to

teriam interesse ou incentivos para impedir a inovação no mercado, mas há a possibilidade de que os compradores não consigam visualizar a importância da inovação com a mesma intensidade que os fornecedores.

Além disso, há quem defenda que, pelo fato de as margens dos fornecedores serem suprimidas, já se verifica a criação, por si só, de incentivo para inovar, tendo em vista que a inovação pode auxiliar na redução de custos de produção ou na criação de uma demanda alternativa para um novo mercado no qual não há poder de compra³⁶⁷. Ao ter uma demanda consolidada e estável, com reduzidos custos de transação, o fornecedor pode estar mais aberto ao risco e mais apto a empregar capital em investimentos incertos. Apesar disso, outra consideração merece ser feita: empresas novas e inovadoras podem não ter incentivos para entrar no mercado, já que a presença do poder de compra pode ser vista como barreira à entrada³⁶⁸.

Outro efeito possível, em termos de eficiências dinâmicas, é o de diminuição da diversidade e qualidade dos produtos ofertados ao consumidor final em decorrência do poder de compra do grupo³⁶⁹. Em geral, reconhece-se a dificuldade ínsita em prever resultados de longo prazo no mercado, em especial em uma economia globalizada e disruptiva na qual as condições de mercado se alteram constantemente. Assim, o argumento das eficiências dinâmicas, ainda que tenha importância, por vezes é desconsiderado na análise concorrencial.

Poder-se-ia conceber diversas outras condições, práticas e cláusulas contratuais potencialmente controversas e que poderiam afetar o mercado *upstream*. Porém, o importante é ter em mente que grande parte delas tem relação com a própria lógica da formação de grupos de compra: quanto maior a quantidade comprada, menores, na visão dos compradores, devem ser os preços e melhores as condições de oferta³⁷⁰³⁷¹

investors and innovators”. CARSTENSEN, Peter. Obra citada, pág. 25.

³⁶⁷ “It has been argued that buyer power could lead the supplier to focus more on reducing incremental supplier costs and hence increase its incentive to innovate (...) In addition, it has been argued that at times, despite decreasing profits, the supplier’s incentive to invest may increase when faced with a large buyer, as it receives a larger fraction of the incremental profits generated by the investment”. EZRACHI, Ariel. Obra citada, pág. 54.

³⁶⁸ “Once the R&D costs have been incurred, they are sunk. If a GPO extracts all of the producer surplus, the operating profits will be zero and the firm’s investment would become a total loss. The possibility of this happening will reduce the expected net present value and will lead to reduced investments in some forms of R&D. Consequently, social welfare may be reduced in the future even though there is no allocative inefficiency in the present”. BLAIR, R.; DURRANCE, C. Obra citada.

³⁶⁹ É bastante rica e ampla a discussão no direito da concorrência acerca dos efeitos concorrenciais de longo prazo e consideração de eficiências dinâmicas. Nesse sentido, ver GOLDBERG, Daniel K. Obra citada, pág. 12.

³⁷⁰ “Upon closer examination, however, these terms may be the quid pro quo for lower prices”. BLAIR, R.; DURRANCE, C. Obra citada.

³⁷¹ “Again, this is not to suggest that in the context of a legitimate buying group some restraints on the freedom of suppliers might not be reasonable and essential to the efficient operation of the agreement. One can imagine that, as the buyers obtained goods with greater differentiation, they would be more concerned in retaining the

3.3. Jogo desleal: aumentando os custos dos rivais

O poder de compra, ainda que justificado do ponto de vista econômico e distante da realidade perversa do monopólio, pode vir a criar incentivos para que, ao exercer pressão sobre os fornecedores, as empresas participantes do acordo consigam afetar a competição no mercado *upstream* de forma a prejudicar outros concorrentes que não são parte do grupo. Uma das preocupações principais nessa seara é a possibilidade de fechamento de mercado a empresas concorrentes, por meio do aumento de custo dos rivais.

Há diversas formas pelas quais o grupo de compras pode aumentar o custo dos rivais, seja intencionalmente³⁷², ou não³⁷³. É possível pensar, à título exemplificativo, na possibilidade de o grupo de compra esgotar todos os fornecedores que ofertam dado produto a menor preço, restando aos demais compradores do mercado somente a alternativa de adquirir insumos de fornecedores que cobram preços superiores.

Vale ter em mente o chamado *waterbed effect*, teoria segundo a qual o poder de compra pode diminuir os preços para um grupo de compradores, mas, simultaneamente, aumentar os preços e outros custos para os demais compradores do mercado³⁷⁴. A teoria parte da racionalidade de que, ao ter suas margens de lucro comprometidas pela oferta de produtos com preços reduzidos ao comprador com poder de barganha, o fornecedor tende a querer recuperar sua receita aumentando o preço de oferta aos competidores com menor poder de barganha³⁷⁵.

Entretanto, parte da literatura aponta que essa teoria tem pouca utilidade para o direito da concorrência³⁷⁶, visto que (i) os consumidores não serão necessariamente afetados, a menos que esse aumento nos custos leve os compradores desprivilegiados a encerrarem suas

rights to those products to avoid risks of free-riding or other strategic conduct by either the producer or competing buyers. Hence, the challenge once again is to find a reasonable basis to differentiate between the reasonably necessary restraints and those that simply protect a group of powerful buyers from threats of entry and competition in their downstream market". CARSTENSEN, Peter. Obra citada, pág. 31.

³⁷² Por exemplo, ao pagar um prêmio a fim de que importante fornecedor se recuse a contratar com qualquer comprador concorrente.

³⁷³ Por exemplo, na hipótese em que um grupo demanda grandes quantidades de um fornecedor com capacidade produtiva restrita, situação na qual outros compradores podem não conseguir acesso ao produto, conforme citado em RBB ECONOMICS. Obra citada.

³⁷⁴ ATHAYDE, Amanda. Obra citada, pág. 339-345.

³⁷⁵ "This may be the result of the smaller order volume procured by non-members and the fact that upstream sellers may need to balance their books and offset losses resulting from the discounted rate obtained by the buying alliance. However, even when the conditions for waterbed effects are present, there is a possibility that prices for final consumers may decrease". EZRACHI, Ariel. Obra citada.

³⁷⁶ Assim, nas palavras do estudo da OFT, "as a result, we expect that in the large majority of cases where buyer groups secure better terms of supply for their members, harmful waterbed effects will not arise". RBB ECONOMICS. Obra citada.

atividades; e (ii) se o fornecedor tem, em tese, poder para cobrar preços superiores ao que está cobrando atualmente dos compradores com menor poder de mercado, não parece haver razão para já não estar cobrando o preço superior. Para Athayde, no entanto, amparada em substancial doutrina antitruste, esse tipo de efeito deletério não só é possível, como também pode ser verificado atualmente em diversos setores da economia, como o varejista³⁷⁷.

Outra possibilidade é a de que um grupo de compra, quando negocia com fornecedores que atuam em mais de um ramo, possa prejudicar compradores e consumidores finais em outro mercado. A lógica é a mesma do aumento de custo de rivais, mas nesse caso há um *rent shifting* entre diferentes mercados: para compensar a perda em um dos mercados em que atua e no qual há grupo de compra com poder de mercado, o fornecedor acaba cobrando, como forma de compensar sua perda de rentabilidade, preços superiores em outro mercado no qual aqueles insumos também são demandados³⁷⁸.

Para além da questão de aumento de custo de rivais, discute-se em que medida algumas das previsões contratuais estabelecidas entre comprador e fornecedor podem vir a ser prejudiciais. Um exemplo clássico é a da cláusula MFN, por meio da qual o vendedor concorda em não cobrar do comprador beneficiário da MFN preço mais elevado do que o menor preço que oferece a qualquer outro comprador³⁷⁹.

Havendo essa cláusula, se o vendedor oferecer a outro comprador um preço inferior ao previsto no contrato com o beneficiário da MFN, o vendedor deverá, obrigatoriamente, oferecer o mesmo preço ao comprador beneficiário da cláusula. Há diversas discussões acerca dos efeitos desse tipo de cláusula na concorrência, sendo que, como efeitos negativos, aponta-se a elevação dos preços médios praticados no mercado, visto que o fornecedor perde incentivo para ofertar preços menores aos concorrentes que não são parte do grupo.

A depender da conjunção dos fatores, essa cláusula pode ser vista tanto como positiva, ao permitir que determinado comprador adquira insumos a menor preço³⁸⁰, quanto negativa, dado que indica a existência de forte influência do comprador na conduta do vendedor.

³⁷⁷ “Especificamente no varejo supermercadista, essa correlação entre o efeito colchão d’água e o aumento do custo dos rivais foi apontada pela primeira vez pela Competition Commission do Reino Unido, em 2008. (...) Essa situação também está em linha com preocupações concorrenciais apontadas pela Comisión Nacional de la Competencia em 2011, no sentido da redução da concorrência no mercado varejista a longo prazo, como decorrência do “waterbed effect”, que pode ser implementado direta ou indiretamente pelo varejista”. ATHAYDE, Amanda. Obra citada, pág. 342-343.

³⁷⁸ RBB ECONOMICS. Obra citada.

³⁷⁹ Também conhecida como cláusula do comprador mais favorecido, inspirada nas práticas do direito internacional. Para mais informações: RIBEIRO, Eduardo Pontual e SAITO, Carolina. Defesa da concorrência e cláusulas contratuais que se referem à terceiros: cláusulas da nação mais favorecida (MFN). In.: MENDONÇA, Elvino de Carvalho et al. (Org). Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira, p. 145 a 171.

³⁸⁰ CARSTENSEN, Peter. Obra citada.

3.4. Facilitação à colusão: o mercado *downstream*

Uma vez mapeadas as principais discussões relativas aos possíveis efeitos do grupo de compras no mercado *upstream*, passa-se agora às discussões referentes ao mercado *downstream*, que, em grande parte, dizem respeito à preocupação de que o maior contato entre os concorrentes, possibilitado pelo grupo de compras, possa facilitar ou até criar incentivos para que as empresas acordem entre si uma série de práticas anticompetitivas.

Vale notar que esse tipo de preocupação é muito mais premente na hipótese de as empresas do grupo serem concorrentes entre si. Além disso, a preocupação se torna mais significativa quanto maior for a proporção, em relação ao produto final, do custo e importância dos insumos e/ou serviços que estão sendo adquiridos conjuntamente³⁸¹.

Isso porque o custo dos insumos é um fator significativo na formação dos preços dos produtos finais, o que faria dos grupos de compra mecanismo ideal para melhor coordenação de preços, estabilização do mercado e consequente diminuição da concorrência³⁸². Importa também atentar para o tipo e finalidade do insumo comprado conjuntamente, já que, se o grupo atua na compra de insumos genéricos, que podem ser utilizados nas mais diversas atividades, o risco de colusão pode ser menor.

Algumas considerações genericamente aplicáveis à institucionalização de cartéis, como o poder de mercado das empresas, racionalidade da colusão, rivalidade no mercado e presença de produtos substitutos, dentre outras, também podem ser consideradas como indicativos da possibilidade e viabilidade de práticas anticompetitivas entre as empresas.

Nesse sentido, vale ter em mente alguns dos indicativos facilitadores de colusão direta, apontados por Pereira Neto e Casagrande³⁸³: (i) o número de participantes do acordo é reduzido; (ii) os agentes econômicos são parecidos entre si, o que se traduz na homogeneidade de produtos e de custos de produção; e (iii) o escopo do possível acordo é limitado, sendo mais fácil obter consenso e monitorar poucos itens. No contexto específico do grupo de compras, algumas questões mais específicas podem se fazer necessárias³⁸⁴: (iv) o grau de contato dos competidores dentro do grupo; (v) se há troca de informações sensíveis; (vi) se os termos de compra obtido são simétricos; e (vii) se há standardização dos produtos adquiridos.

³⁸¹ EZRACHI, Ariel. Obra citada.

³⁸² RBB ECONOMICS. Obra citada.

³⁸³ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo. Obra citada.

³⁸⁴ RBB ECONOMICS. Obra citada.

Um dos riscos mais relevantes diz respeito à possibilidade de serem trocadas informações concorrencialmente sensíveis entre integrantes do *buying group*³⁸⁵. Poder-se-ia definir informação sensível como a informação estratégica não agregada que diz respeito à parcela relevante da atividade-fim das empresas, seja em termos de composição de custos do produto/serviço final, seja em termos de planejamento futuro ou de demanda e oferta do produto/serviço³⁸⁶³⁸⁷.

Ao centralizar os pedidos, entrar em contato direto com fornecedores e acompanhar a demanda de cada uma das empresas individualmente, os participantes têm acesso facilitado a diversas informações estratégicas das demais empresas participantes.

De um modo geral, as autoridades antitruste presumem que o simples acesso à informação sensível de concorrentes já seria suficiente para impactar a estratégia futura da empresa e, portanto, lesar a concorrência³⁸⁸. Há quem indique, por outro lado, que a troca de informações pode, em determinadas condições, ser benéfica e proporcionar eficiências ao mercado.

De acordo com relatório da OCDE³⁸⁹, por exemplo, os potenciais benefícios da troca de informações incluem: (i) melhor entendimento do mercado e da demanda, possibilitando à empresa o desenvolvimento de estratégias de mercado mais eficientes e de melhores canais de distribuição; (ii) facilitar a competição por parte de novos entrantes; (iii) melhorar a eficiência na gestão de inventários e aquisição de insumos, já que as empresas passam a ter melhor visualização do comportamento da demanda; (iv) permitir que as empresas procedam a estudos de *benchmarking*, melhorando processos e reduzindo custos; dentre outros.

Para minimizar o risco de troca de informações sensíveis, algumas medidas³⁹⁰ podem

³⁸⁵ CORDOVIL, Leonor. Obra citada.

³⁸⁶ Observe-se, no entanto, que o conceito de informação sensível varia de acordo com as características do mercado, das empresas participantes e da composição de custos dessas empresas.

³⁸⁷ Neste sentido, o Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração do CADE enumera, exemplificativamente, o que são consideradas informações concorrencialmente sensíveis: (i) custos; (ii) nível de capacidade e planos de expansão; (iii) estratégias de marketing; (iv) precificação de produtos (preços e descontos); (v) clientes e descontos praticados; (vi) salários de funcionários; (vii) relações comerciais havidas pelos concorrentes; (viii) dados não públicos sobre marcas e patentes, bem como pesquisa e desenvolvimento (P&D); (ix) planos de aquisições futuras; (x) estratégias competitivas), dentre outros (pág. 7). Já o Guia de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações, dispõe: “sindicatos, associações e seus membros devem tomar extrema cautela quando coletam e disseminam informações comercialmente sensíveis, como preços atuais e futuros, participações de mercado, custos, níveis de produção, planos de marketing, planos de crescimento, política de descontos, entre outras. Quanto mais concentrado for um setor, maior o risco de a coleta e a disseminação de informação serem consideradas uma violação à concorrência”. CADE. Guia de Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações, p. 14.

³⁸⁸ GHEZZI, Federico Cesare Guido; MAGGIOLINO, Maria Teresa. Know Your Enemy: The Dark Side of Information Flows (June 20, 2014).

³⁸⁹ OCDE. Policy Roundtables: Information Exchanges Between Competitors under Competition Law. 2010.

³⁹⁰ CANADIAN COMPETITION BUREAU. Enforcement Guidelines: Competitor Collaboration Guidelines,

ser adotadas³⁹¹, tais como: (i) agregação/ anonimato dos dados; (ii) apresentação de dados com certa defasagem de tempo (dados históricos); (iii) que as informações sejam trocadas apenas entre funcionários específicos, que mantenham completo sigilo e não utilizem as informações do concorrente para benefício da empresa na qual atuam; ou que a troca de informações seja intermediada por órgão autônomo e independente, que mantenha o sigilo das informações trocadas (estrutura de governança corporativa e/ou contratação de auditoria independente); (iv) mecanismos de segregação informacional; e até (v) política de portas abertas (*open door policy*), reconhecendo o direito de a autoridade antitruste realizar inspeções nas áreas de atividades das empresas, dentre outras.

Outro risco considerável envolve a possibilidade de uniformização dos custos das empresas integrantes do acordo. Se o insumo que está sendo adquirido representar parcela substancial dos custos finais das empresas do grupo, há maior possibilidade de colusão, com a geração de incentivo para que as empresas cobrem preços similares³⁹².

Para Blair e Durrance³⁹³, no entanto, trata-se de preocupação peculiar, visto que a teoria econômica clássica presume que todas as firmas têm acesso às mesmas funções de produção e adquirem insumos com o mesmo preço, sem qualquer assimetria informacional, o que faz com que, no modelo ideal, os custos das empresas concorrentes sejam iguais. Logo, não é claro ou lógico, para os autores, que a similaridade de custos seja anticompetitiva.

Para além disso, vale considerar que as empresas podem competir em outros aspectos que não preço, o que ocorre em diversos dos mercados classificados como de competição monopolística. Assim, um fator de risco significativo seria o de haver certa homogeneidade no produto ofertado pelas empresas participantes no acordo.

A possibilidade de standardização dos insumos adquiridos também pode ser entendida como benéfica ou prejudicial à concorrência, a depender das circunstâncias³⁹⁴. Padrões técnicos podem acarretar diversas eficiências, tais como a melhora do fluxo de informações, a redução de custos de transação e aumento de interoperabilidade. Por outro lado, pode afetar negativamente o mercado ao elevar barreiras à entrada, aumentar o custo de rivais, facilitar a colusão entre empresas e proteger posições de mercado, bem como reduzir o padrão geral de qualidade dos produtos ofertados ao consumidor final.

2009; US DOJ, Collaboration Among Competitors.

³⁹¹ O Guia para Análise de Consumação Prévia de Atos de Concentração do CADE, por exemplo, traz uma série de recomendações para o trato de informações sensíveis.

³⁹² LINDSAY, Michael A. Antitrust and Group Purchasing. <http://files.dorsey.com/files/upload/antitrust_group_purchasing.pdf>, acesso em 19/01/2018.

³⁹³ BLAIR, R.; DURRANCE, C. Obra citada.

³⁹⁴ MOTTA, Massimo. Obra citada, p. 207-208.

Por fim, vale citar que algumas práticas e cláusulas contratuais adotadas entre as empresas participantes no acordo podem se mostrar extremamente prejudiciais, tais como controle de preço de revenda, alocação e restrição territorial, restrições à compra fora do grupo, dentre outros. Em geral, essas cláusulas restritivas são tidas como deletérias, mas, a depender do contexto, podem ser enxergadas como *ancillary restraints*³⁹⁵.

Percebe-se, portanto, que há diversos problemas e possibilidades que podem surgir de um acordo de compra coletiva, seja no mercado *downstream*, no *upstream*, ou na concorrência de forma geral. Se isso é verdade, no entanto, pode ser ainda mais verdadeiro que acordos de compra coletiva tragam consigo diversas eficiências que contrabalançam ou afastem as preocupações concorrenciais. É a investigar isso que o próximo item se destina.

3.5. Eficiências: juntos vamos mais longe?

Para Jacobson e Dorman³⁹⁶, os acordos de compra quase sempre são pró-competitivos, resultando em diminuição de preços e maior *output* ao consumidor final. Carstensen³⁹⁷ reconhece que, em contraposição ao modelo teórico de concorrência “perfeita”, em grande parte dos mercados, os fornecedores têm alguma discricionariedade e margem ao determinar seus preços de oferta, o que faz com que um grupo de compras possa vir a apresentar eficiências.

Há diversas possibilidades de um grupo de compras gerar eficiências, sendo as principais a significativa redução de custos das empresas³⁹⁸ e o aumento da qualidade dos produtos adquiridos. Apesar disso, é importante esclarecer que as eficiências dependem da estrutura do grupo, do setor no qual atua, das atividades desenvolvidas pelo grupo em nome das empresas e da relação do grupo com os fornecedores³⁹⁹.

³⁹⁵ “(...)existem casos em que certas limitações são apenas coadjuvantes necessários para obtenção de resultados economicamente positivos, como o progresso tecnológico ou mesmo a melhor eficiência das empresas. Trata-se da teoria das *ancillary restraints* que cedo ganhou o favor das Cortes americanas”. SALOMÃO FILHO, Calixto. Obra citada, p. 318

³⁹⁶ JACOBSON Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Obra citada.

³⁹⁷ CARSTENSEN, Peter. Obra citada.

³⁹⁸ “By combining their volume, the purchasers may enable a seller or sellers to reduce per unit selling expenses, administrative expenses and production costs, or to utilize unused (excess) capacity. The familiar ring of the phrase “volume discount” suggests that this type of efficiency is quite common and, one suspects, one of the most frequent motivations for joint purchasing”. JACOBSON Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Obra citada, pág. 62.

³⁹⁹ Nesse sentido, vale ter em mente alerta de McFalls: “Even when joint ventures are limited to one function, though, the terms and operation of joint venture agreements may vary significantly and could have a decisive impact on the assessment of a particular venture's market power. A joint venture may be exclusive or nonexclusive; it may last one year or twenty years; it may establish price and output jointly with its parents or independently; it may permit new members to join the venture or limit participation to the original parents; it may facilitate the coordination of non-joint venture activities, or it may employ safeguards to prevent the

Segundo King⁴⁰⁰, na ausência de negociação coletiva, as empresas individualmente enfrentam diversos custos de transação e outros custos derivados da negociação com os fornecedores. Quando se unem para barganhar, as empresas têm maior possibilidade de negociar contratos mais completos⁴⁰¹, que melhor atendam às necessidades concretas do negócio, com maiores particularidades, o que não seria possível na hipótese de terem de se contentar, devido ao custo-benefício das negociações, com contratos padrão ou de adesão.

Além disso, a redução dos custos de transação e a união das empresas para barganhar coletivamente pode diminuir substancialmente as assimetrias informacionais e as limitações de busca de informação que cada empresa teria individualmente. É comum que os vendedores tenham acesso a informações que não compartilham com o comprador, e vice-versa; além de ser possível que um dado comprador tenha acesso a informações que outro comprador na mesma posição não tenha⁴⁰². A união entre empresas e o aumento do poder de barganha pode limitar esse tipo de problema e permitir a celebração de contratos mais eficientes, já que fica alterada a assimetria informacional e a maneira pela qual as informações podem ser utilizadas no desenho e formação da estratégia contratual.

Assim, como grupo, as empresas podem melhor coordenar as informações recebidas, agregá-las e interpretá-las de maneira que os interesses e incentivos do contrato estejam alinhados, não só entre o grupo e o fornecedor, mas também entre as empresas do grupo.

Dessa forma, mesmo que os contratos continuem com lacunas ou incompletos, há outros fatores a serem considerados, como: (i) um fornecedor pode preferir lidar com poucos compradores, ou então com poucos representantes de muitos compradores, reduzindo custos para o próprio fornecedor e permitindo melhor alinhamento de interesses também da perspectiva do fornecedor⁴⁰³; (ii) a comunicação do grupo com o fornecedor pode ser mais eficiente do que a comunicação de cada membro individual com o fornecedor.

Ademais, a barganha coletiva permite a redução nos custos de encontrar um fornecedor com produtos de qualidade e que tenha capacidade para garantir o fornecimento do insumo de modo contínuo⁴⁰⁴. As empresas podem decidir estratégias de compra com mais informações,

exchange of competitively sensitive information with or between the parents; it may combine or obtain a small share of the relevant market at the time of formation, but could acquire a significant share of the relevant market over time without any changes in contractual provisions". MCFALLS, Michael S. Obra citada, pág. 653.

⁴⁰⁰ KING, Stephen P. Obra citada.

⁴⁰¹ Para maiores discussões sobre teoria dos contratos, ver ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Ed. Almedina.

⁴⁰² KING, Stephen P. Obra citada.

⁴⁰³ RBB ECONOMICS. Obra citada.

⁴⁰⁴ STEPTOE, Mary Lou. The Power Buyer Defense In Merger Cases. *Antitrust Law Journal*. Vol. 61, No. 2 (Winter 1993), pág. 493-504.

reconhecendo mais facilmente quando os vendedores estão cobrando preços supracompetitivos.

Nesse contexto, os acordos de compra coletiva podem ser importantes também como forma de ameaça e controle do mercado *upstream*. O poder de compra do grupo poderia ser utilizado para estimular maior competição no mercado de venda, seja pela constante ameaça exercida pelos compradores de trocar de fornecedor, seja pela ameaça de integração para trás⁴⁰⁵ - que o grupo de compras, quando confrontado com mercado *upstream* pouco competitivo, passe a participar do mercado, seja adquirindo uma das empresas, seja financiando a entrada de novo *player*, seja viabilizando a importação dos insumos em questão a melhores preços. Ou seja, a habilidade da empresa ofertante cobrar preços supracompetitivos depende também da estrutura de mercado dos compradores com os quais se vê obrigada a negociar.

Desse modo, é mais fácil para dada empresa abusar de poder de mercado quando se vê diante de grande número de compradores dispersos, sem poder de barganha significativo, do que quando está diante de grupo de compradores com maior poder de barganha⁴⁰⁶.

Assim, em termos de relação com o fornecedor, o acordo possibilita que as empresas tenham custos de troca substancialmente reduzidos, o que induz a maior competição no mercado *upstream* e pode evitar abusos por parte do vendedor⁴⁰⁷.

Outras eficiências em termos de *supply chain management*⁴⁰⁸ incluem diminuição no custo de fretes e custos envolvidos na distribuição, com possível redução de tempo de entrega

⁴⁰⁵ MOTTA, Massimo. Obra Citada.

⁴⁰⁶ “This power seemed to show up quite clearly in oral-auction experiments involving a single seller. When the monopolist faced a small number of active buyers, prices tended to be lower than when the monopolist faced a passive buyer programmed to act like a perfect competitor. Thus, one explanation for the significant price competition that appeared in double-oral-auction markets may be that buyer market power neutralized any market power that sellers possessed. (...) Perhaps the most likely explanation for the double-oral-auction experimental results, therefore, is that as few as three or four sellers are simply unable to coordinate their actions in the face of active, negotiating buyer”. KIRKWOOD, John B. Antitrust Implications of the Recent Experimental Literature on Collusion. Antitrust L. & Econ. 605 (1988), pág. 612.

⁴⁰⁷ Sobre as formas pelas quais o grupo de compras pode diminuir o custo de troca, citam-se as seguintes: contratação de funcionários especializados em prospecção de novos fornecedores e mercados; constante busca por novos fornecedores e novas cadeias de distribuição; monitoramento constante da qualidade dos produtos; testes de adequação de produtos inovadores, dentre outros. RBB ECONOMICS. Obra citada.

⁴⁰⁸ Sobre o conceito e importância do controle logístico: “Até o produto chegar ao cliente final ele passa por vários processos que podem variar de acordo com o tipo de produto vendido e que podem afetar o atendimento deste cliente final. Mesmo um lojista que aparentemente “somente” compra um produto para revender pode ter no seu portfolio produtos muito simples que ele compra diretamente do primeiro “processador” do produto e produtos complexos que passam por várias fases de fabricação. Para que ele atenda o seu cliente tem que conhecer muito bem todos os aspectos de cada produto comprado como lead time de entrega, possíveis períodos de alta de consumo que podem afetar a disponibilidade do produto no mercado, como seu fornecedor trabalha, onde está localizado, enfim gerenciar todo o processo de forma a atender com excelência o seu cliente”. FERNANDES, José Mauricio. Supply Chain: o que significa e qual a importância. Disponível em <<http://www.industria hoje.com.br/supply-chain-o-que-significa-e-qual-importancia>>, acesso 18/01/2018.

dos produtos; integração e compartilhamento de estoques, bem como de armazém no qual os produtos são estocados e ficam à disposição das empresas; além de integração de diversas funções, como faturamento e pagamento dos fornecedores.

É importante ter em mente a possibilidade do que concebemos como um “poder compensatório intramercado”. Para entender o conceito, basta pensar na situação em que dado mercado é altamente concentrado, e que o maior *player* consiga impor diversas condições aos fornecedores e compradores que o beneficiem. Nesse caso, as concorrentes diretas de menor porte podem se ver naturalmente desfavorecidas e enfrentar custos substancialmente maiores do que os do concorrente de maior porte. A união das empresas, nesse sentido, seria uma forma de conseguir equiparação à situação do competidor dominante.

Por fim, em termos de eficiências dinâmicas, o grupo de compras pode ainda incentivar fornecedores a inovarem em produtos e processos de produção, seja devido ao fato de que o fornecedor, ao celebrar um contrato de longo prazo com os compradores, se vê mais apto a investir e mais disposto a aceitar riscos; seja devido ao fato de que, com suas margens suprimidas, o vendedor se vê obrigado a reduzir custos; ou, ainda, porque a empresa no mercado *upstream* precisa agora diferenciar seus produtos, por meio de inovações e melhorias em qualidade, com o fim de alcançar maior parcela do mercado ou eventualmente justificar, perante o grupo de compras, a razão de estar cobrando preços superiores.

Ressalte-se, no entanto, que para que essas eficiências cheguem ao consumidor final é necessário que o mercado *downstream* se mantenha competitivo, tanto com empresas atuantes fora do grupo, quanto com garantias de que as empresas do grupo manterão sua independência⁴⁰⁹.

4. Fragmentos de um problema maior: algumas considerações finais (iniciais?)

O que se percebeu no presente trabalho, foi que há pouca ou quase nenhuma sistematização na análise realizada pelas autoridades antitruste. Grande parte dos elementos sugeridos nesse artigo não estão presentes nas decisões, ao menos não de forma direta. Não bastasse isso, as inúmeras problemáticas identificadas no Capítulo 2 do trabalho, bem como a complexidade a elas inerentes, não parecem ter encontrado reflexo em todos precedentes, individualmente.

Em relação ao CADE, quando se consideram todos os precedentes em conjunto, é possível perceber que a autoridade está ciente de grande parte das variáveis concorrenciais em

⁴⁰⁹ RBB ECONOMICS. Obra citada.

jogo. Ainda assim, fica claro que a falta de sistematização e de consolidação acerca de quais os principais problemas a serem enfrentados prejudicou em muito algumas decisões, que acabaram por focar em algum ponto específico e ignorar os demais.

Para Pereira Neto e Casagrande⁴¹⁰, o fato de o CADE não possuir guia ou orientações a respeito de acordos de cooperação entre concorrentes, ao contrário do que se verifica em outros países, dificulta a identificação de critérios mais claros quanto a elementos que podem ser considerados problemáticos. Essa constatação dos autores foi confirmada no presente trabalho, especialmente quando da comparação das decisões do grupo de precedentes envolvendo a constituição de Portais B2B em relação aos demais precedentes analisados em sede de ato de concentração.

O conflito entre cooperação e colusão e a criação de incentivos à cooperação são elementos centrais, a nosso ver, de um direito da concorrência mais alinhado com a realidade econômica. Como já dizia F. Scott Fitzgerald, “o teste de primeira qualidade é a habilidade de manter duas ideias opostas ao mesmo tempo e ainda guardar a capacidade de funcionar”.

De todo o exposto, é possível concluir que a formulação de guias é de suma importância para garantir maior segurança jurídica aos jurisdicionados e tornar as decisões do CADE mais eficientes e céleres.

Ademais, acreditamos que os exemplos da União Europeia e da Austrália devem servir de inspiração para delinear novos contornos da política da concorrência. O primeiro no sentido de que nem tudo o que hoje se entende por cartel é realmente um cartel no sentido negativo do termo, e que podem haver critérios, mais ou menos claros, para excluir do conceito de cartel algumas práticas horizontais pró-concorrenciais, a exemplo do que faz o art. 101 (3) do Tratado da União Europeia. O segundo no sentido de que alegações de eficiência podem ser, desde que não se trate de um cartel *hardcore*, utilizadas tanto para aprovação e imunização prévia, quanto como item a ser considerado em análises de condutas pela regra da razão.

⁴¹⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo. Obra citada.

5. Bibliografia

ALMEIDA, Sílvia Fagá. Poder compensatório e política de defesa da concorrência: referencial geral e aplicação ao mercado de saúde suplementar brasileiro. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/4259>>.

ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Ed. Almedina.

ATHAYDE, Amanda. Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica. São Paulo: Singular, 2017.

AUSTRALIA. Authorisation Guidelines ACC, p. 3. Disponível em <<http://www.accc.gov.au/system/files/Authorisation%20guidelines.pdf>>

AUSTRALIA. Streamlined collective bargaining for small business 2011. Disponível em <<https://www.accc.gov.au/system/files/Small%20Business%20Collective%20Bargaining%20Notifications%20and%20the%20Competition%20and%20Consumer%20Act.pdf>>

AZEVEDO, Paulo Furquim; ALMEIDA, Sílvia Fagá. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência. Disponível em <<http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A175.pdf>>.

BLAIR, Roger D.; DURRANCE, Piette C. Group Purchasing Organizations, Monopsony and Antitrust Policy. *Managerial and Decision Economics* 35(7), October 2014.

CADE. Guia de Combate a Carteis em Sindicatos e Associações.

CADE. Guia Para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016.

CANADIAN COMPETITION BUREAU. Enforcement Guidelines: Competitor Collaboration Guidelines, 2009

CARTENSEN, Peter. Buyer Cartels v. Buying groups: legal distinctions, competitive realities and antitrust policy. *William Mary Business Law Review*, v. 1, I. 1, February 2010.

CORDOVIL, L. Buying Group ou grupos de compra: a análise das experiências norte-americana e brasileira. In.: MENDONÇA, E.C; GOMES, F.L; MENDONÇA, R.P.A. *Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira*. Ed. Migalhas, 2015.

DALMAGRO et al. Centrais de compras no setor supermercadista: análise dos benefícios percebidos pelos agentes envolvidos. Disponível em <http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos10/450_Artigo%20Seget%202010%20Central%20de%20Compras%20IDENTIF.pdf>.

DAVIDOW, Joel. Antitrust Foreign Policy and International Buying Cooperation. *Yale Law Journal*, n. 84, 268, 1974.

DOJ, FTC. Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors. April 2000. Disponível em <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-

2.pdf>

EUROPEAN COMMISSION. The EU Horizontal Guidelines, Section 5, Purchasing Agreements. Disponível em <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN)>

EZRACHI, Ariel. Buying Alliances and Input price fixing: in search of a European enforcement standard. *Journal of Competition Law and Economics*, 8 (1), 2012.

FERNANDES, José Mauricio. Supply Chain: o que significa e qual a importância. Disponível em <<http://www.industriahoje.com.br/supply-chain-o-que-significa-e-qual-importancia>>

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

GHEZZI, Federico Cesare Guido; MAGGIOLINO, Maria Teresa. Know Your Enemy: The Dark Side of Information Flows (June 20, 2014)

GICO, Ivo T. Cartel: Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Ed. Lex, 2012.

GOLDBERG, Daniel K. Poder de compra e política antitruste. São Paulo: Ed. Singular, 2006.

GORDILHO, Mário Sérgio Rocha. Poder de Compra em Análises de Atos de Concentração Econômica - Novos Desafios no Mercado Brasileiro de Bens Duráveis. In.: IBRAC. Ideias em Competição: 5 anos do Prêmio IBRAC-Tim. Ed. Singular.

HALLADAY, Casey W. Caveat Emptor: The legality of buying groups under Canadian Competition Law. ABA Spring Meeting, April 2016.

HENZLER, Herbert A. Alliances in Europe: Collusion or Cooperation. In. BLEEKE, Joel;

ERNST, David. Collaborating to compete: using strategic alliances and acquisitions in the global marketplace. McKinsey and Company, 1993.

JACOBSON, Jonathan M.; DORMAN, Gary J. Joint Purchasing, Monopsony and Antitrust. *36 Antitrust Bull.* 1, 4 (1991).

JORDE, T.M; TEECEM D.J. Acceptable Cooperation Among Competitors in the Face of Growing International Competition. *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, No. 2, 37th Annual Meeting (August 6-9, 1989), pág. 529-556.

KING, Stephen P. Collective Bargaining by Business: economic and legal implications. *University of New South Wales Law Journal*. Disponível em <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/2013/5.html>>.

KIRKWOOD, John B. Antitrust Implications of the Recent Experimental Literature on Collusion. *Antitrust L. & Econ.* 605 (1988).

LINDSAY, Michael A. Antitrust and Group Purchasing. <http://files.dorsey.com/files/upload/antitrust_group_purchasing.pdf>

MCFALLS, Michael S. The role and assessment of classical market power in joint venture analysis. *Antitrust Law Journal*, vol. 66, no. 3.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. EUA: Ed. Cambridge Press, 2009.

OCDE. *Policy Roundtables on Monopsony and Buyer Power*. 2008. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>>

OCDE. *Policy Roundtables: Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*. 2010.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo. *Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

PORTER, Michael E. *Estratégia Competitiva*. São Paulo: Ed. Campus, 2004.

PORTER, Michael E. *Estratégia Competitiva*. São Paulo: Ed. Campus, 1986.

RBB ECONOMICS. *Office of Fair Trading (OFT): The competitive effects of buyer groups*. Disponível em <<http://www.rbbecon.com/downloads/2012/12/oft863.pdf>>.

RIBEIRO, Eduardo Pontual e SAITO, Carolina. *Defesa da concorrência e cláusulas contratuais que se referem à terceiros: cláusulas da nação mais favorecida (MFN)*. In.:

MENDONÇA, Elvino de Carvalho et al. (Org). *Compêndio de Direito da Concorrência: Temas de Fronteira*, p. 145 a 171.

RIEDEL, Paula. *Independence or collaboration when purchasing: a buyer's dilemma*. ABA Spring Meeting, April 2016

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - SDE. *Combate a cartéis em sindicatos e associações: como atuar em conformidade com a Lei de Defesa da Concorrência*. 2009.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. V.1. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1988.

STEPTOE, Mary Lou. *The Power Buyer Defense In Merger Cases*. *Antitrust Law Journal*. Vol. 61, No. 2 (Winter 1993), pág. 493-504.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE

COMMISSION. *Statements of Antitrust Enforcement Policy and Health Care*. Agosto de 1996. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/statements-antitrust-enforcement-policy-health-care>>