



OS POSSÍVEIS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS DA CLÁUSULA *MFN*

*Cristiane de Oliveira Coelho**

I. Restrições verticais

Para identificar um acordo vertical, a Comissão Européia, em suas Orientações relativas às restrições verticais¹, estabelece três elementos principais. O primeiro é que se trate de acordo ou prática concluída entre duas ou mais empresas, ou seja, os acordos feitos com clientes finais que não operam como uma empresa não são abrangidos. Note-se que o termo operar como empresa significa mais do que simplesmente ser uma empresa; na verdade, o que quer dizer a expressão é que, dentro da relação comercial, ambos os pólos operem atividades empresariais. O segundo requisito é de que cada uma das empresas, no contexto do acordo ou da prática, opere em um nível diferente de produção ou da cadeia de distribuição.² Por fim, o terceiro requisito é de que o acordo ou prática diga respeito aos termos em que as partes no acordo, o fornecedor e o comprador, podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços, que podem ser utilizados pelo comprador como um fator de produção ou como um simples produto para revenda.

As restrições verticais podem trazer certos efeitos negativos ao mercado. Primeiramente, elas podem levar a uma exclusão de outros fornecedores ou outros compradores por meio de um aumento de obstáculos à entrada, ocorrendo o chamado fechamento de mercado; podem também facilitar a colusão entre competidores, reduzindo a concorrência intermarcas entre as empresas que operam no mercado; outro efeito negativo seria o de diminuir a concorrência intramarcas. O primeiro efeito, o de fechamento de mercado, pode ocorrer por meio de um aumento de custos dos rivais, seja por um aumento das barreiras à

* Estudante do último ano de Direito da Universidade de Brasília - UnB

¹ Commission notice de 13 de outubro de 2000: Guidelines on vertical restraints. 2000/C 291/01.

² Podem existir acordos concluídos entre empresas concorrentes que possuem características de acordos verticais. Ou seja, dentro do acordo as empresas operam em diferentes níveis de produção ou distribuição sendo que, no entanto, ampliando-se a perspectiva de observação, tais empresas contratantes são concorrentes. É o caso, por exemplo, de um fabricante se tornar distribuidor dos produtos de outro fabricante. Nesse caso, a análise de eventual ilícito anticompetitivo deve sempre comportar a presunção de que a restrição vertical pode falsear a concorrência no mercado horizontal e, portanto, deve-se buscar eficiências que justifiquem a imposição de restrições.

entrada para competidores potenciais, seja por meio de um aumento dos custos de competidores efetivos. O segundo efeito, de facilitação de colusão entre produtores, fornecedores ou distribuidores também pode ser facilitada por meio de implementações de estratégias empresariais que permitam que as empresas monitorem o preço de seus produtos intermediários por meio de um monitoramento de flutuação de preços dos produtos finais.

É importante reconhecer que as restrições verticais, entretanto, tem, freqüentemente, efeitos positivos: promovendo a concorrência a nível de qualidade. Para empresas que não possuem poder de mercado, os acordos verticais restritivos também podem se mostrar muito importantes na medida em que possibilitam que o novo entrante otimize seus processos de fabricação e distribuição. Nesse sentido, as restrições verticais podem solucionar, por exemplo, os problemas de parasitismo (“free rider”), de captividade (“hold-up”) – que é o problema de o fornecedor ter que realizar vultosos investimentos antes de oferecer seu produto específico, de economias de escala e de padronização da qualidade.

II. As cláusulas MFN

As cláusulas “most-favoured-customer” (MFC), também conhecidas como cláusulas “most-favoured-nation” (MFN), são previsões contratuais utilizadas em acordos verticais que estipulam a obrigação de que o vendedor-contratante cobre, pelas mercadorias vendidas ao comprador-contratante, o menor preço cobrado de qualquer outro comprador. Assim, se o vendedor reduz o seu preço a um cliente, ele deverá também reduzir o preço cobrado de seu “cliente mais favorecido”³.

Estas cláusulas são freqüentemente vistas pela doutrina e pela jurisprudência como possuidoras de efeitos pró-competitivos uma vez que implicariam em eficiências como a proteção do preço, garantindo sempre preços mais baixos ao comprador-contratante, ou como a impossibilidade de discriminação vertical, já que o efeito imediato dessas cláusulas é a uniformização do tratamento dispensado pelo vendedor a diferentes clientes. As cláusulas MFN também garantem ao comprador-contratante a obtenção de preços menores sem incorrer em custos associados à busca de informações sobre os preços ofertados a outros compradores.

Não se pode, entretanto, considerar tais cláusulas como inquestionavelmente legais sob o aspecto do direito antitruste. As cortes americanas já se manifestaram várias vezes nesse sentido, afirmando que as cláusulas

³ Esta cláusula também é uma figura contratual utilizada no comércio internacional e consiste no acordo feito entre dois países sob o qual cada um deles se compromete a estender ao outro quaisquer privilégios dispensados a um terceiro país.

MFN não são legais *per se* e, portanto, podem ser submetidas à investigação dos Departamentos de Justiça.⁴

As preocupações das autoridades antitruste relativas a tal cláusula não dizem respeito, entretanto, a efeitos verificados na relação vertical entre os vendedores e compradores, mas sim, a possíveis efeitos anticompetitivos que as restrições verticais podem gerar nos mercados horizontais dos compradores ou dos vendedores.

III. Os possíveis efeitos anticompetitivos das cláusulas MFN

A doutrina reconhece três diferentes mecanismos pelos quais as cláusulas MFN podem constituir embaraços à livre concorrência. Nesses casos, a cláusula funcionaria como (i) meio facilitador da coordenação entre concorrentes, (ii) como meio de contenção da concorrência ou, por fim, (iii) como um meio de elevar os custos de concorrentes levando a um fechamento de mercado.

O termo “facilitador de coordenação horizontal” refere-se às condutas praticadas pelas empresas que permitem a obtenção de preços supracompetitivos por meio de uma atividade não-cooperativa, porém previsível, porque utilizada repetitivamente. A cláusula MFN, dependendo do contexto em que ela é inserida, pode funcionar como um desses elementos facilitadores de coordenação, pois possibilita que os membros de um determinado cartel, por exemplo, monitorem os demais membros.

Como se sabe dentre os riscos enfrentados pelas empresas em um cartel, está o perigo de que um dos participantes fraude o acordo por meio de uma redução do preço acordado e acabe ganhando participação no mercado sobre seus competidores. Assim, um dos maiores custos associados ao cartel é, justamente, o custo de monitoração de seus membros. A cláusula MFN reduz tais custos por meio de uma redução dos incentivos de que o participante do cartel fraude os demais por meio de uma redução do preço a um de seus clientes, já que essa redução levaria a uma redução generalizada. De fato, de acordo com Hovenkamp:

*“The MFN clauses effectively make discriminatory price reductions very expensive and easy to detect, giving the cartel a new set of policemen: customers.”*⁵

⁴ United States v. Delta Dental, 943 F.Supp. 172 (D.R.I.1996) e Blue Cross & Blue Shield v. Klein, 117 F.3d 1420 (6th Circuit 1997).

⁵ HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its Practice. 2a ed. St. Paul: West Group, 1999. p.177.

Tal conduta foi objeto de investigação por parte do FTC no caso Ethyl⁶, em que se imputou a dois dos quatro competidores no mercado de aditivos de chumbo a adoção unilateral de cláusulas MFN que serviriam como práticas facilitadoras de cartel. A Corte americana, entretanto, entendeu que, no caso em questão, o FTC não conseguiu provar os efeitos anticoncorrenciais da conduta e não conseguiu afastar a característica pró-competitiva das cláusulas MFN que, a primeira vista, vão ao encontro do direito da concorrência. A Corte também alegou que as evidências eram de que os próprios consumidores pareciam concordar e até mesmo preferir tais cláusulas, o que afastaria as alegações de que tal prática prejudicaria os consumidores de aditivos de chumbo.⁷

De todo o exposto, portanto, percebe-se que a identificação da cláusula MFN como um mecanismo facilitador da coordenação ainda não representa um grande risco antitruste para as empresas que visam adotar tal cláusula em contratos de fornecimento.

Outra consequência anticompetitiva possível de ocorrer com a utilização das cláusulas MFN, como anteriormente dito, é a contenção ou redução da concorrência. Esse efeito ocorre tanto como resultado de um menor incentivo do vendedor para negociar reduções de preço, quanto de uma diminuição dos esforços dos compradores em barganhar, já que estes possuem menos incentivos para investir em negociações com vendedores que, de antemão, consideram altamente oneroso dar descontos. Assim, um dos efeitos da cláusula MFN é a redução da concorrência por meio de um desincentivo para negociar.

A cláusula MFN também leva a uma contenção da concorrência na medida em que proporciona uma facilidade aos competidores-compradores permitindo que cada um saiba os custos de seus rivais referentes a determinado produto e tenha a garantia de que sua posição competitiva não será afetada negativamente por um concorrente que consiga preços melhores de um fornecedor chave.

Por fim, outra forma de conter a concorrência seria a utilização de uma cláusula MFN por um fornecedor com poder de mercado com a intenção

⁶ Ethyl Corp., 1001 FTC 425 (1983), revisto sob a denominação du Pont de Nemours & Co. v. FTC, 729 F. 2d 128 (2nd Cir 1984).

⁷ JOSEPH KATTAN diz que a preferência do consumidor pode não ser um bom termômetro para a aferição de danos decorrentes da utilização das cláusulas MFN. Como o interesse individual de cada um dos compradores é por preços mais baixos em relação a seus competidores e não os mais baixos possíveis, não lhes importa, em termos, se existe um prejuízo coletivo com a utilização da cláusula. Para os compradores é melhor proteger-se de variações relativas de preços do que engajar em transações competitivas. (In.: Beyond facilitating practices: price signaling and price protection clauses in the new antitrust environment, 63 ALJ 133, Vol. 1, 1994)

de desencorajar uma demanda por descontos por parte de um comprador também com poder de mercado. O fornecedor criaria um falso poder de barganha, pois sempre recorreria ao argumento de que a diminuição do preço para o comprador levaria a redução do preço dos demais.

Deve-se ter em conta, no entanto, que tal consequência só ocorre quando, no mercado comprador, existem vários concorrentes, isso porque, quando há poder de mercado no lado da demanda, as cláusulas MFN são benéficas e, muitas vezes, ajudam na redução dos preços. Tal evidência foi empiricamente constatada por uma pesquisa feita por GREETHER & PLOTT em que seus alunos participavam de negociações simuladas. Os autores concluíram que:

*“The characteristics of the demand side of the market might play a role in determining the effect of these clauses – leading to lower prices where large buyers account for a large share of the purchases in the market but higher prices where small buyers account for a large share of the purchases in the market.”*⁸

Além do mais, dificilmente tal aspecto das cláusulas MFN seria bastante para se sobrepor aos efeitos positivos que a cláusula enseja, quais sejam, o de proteção do preço e uniformização do tratamento dispensado aos diversos consumidores, como anteriormente mencionado. Ademais, em toda a bibliografia consultada, não se mencionou qualquer caso de condenação, ou mesmo investigação pelos órgãos competentes, por condutas assemelhadas. O caso mais parecido seria o já mencionado caso Ethyl em que o juiz relator confirmou a tese de que os efeitos de contenção da concorrência não seriam suficientes para superar os efeitos positivos da cláusula, dizendo:

“even though such clauses arguably reduce price discounting, they comport with the requirements of the Robinson – Patman Act, which prohibits price discrimination between customers.”

Conclui-se, portanto, que tampouco tal alegado efeito anti concorrencial justificaria a não adoção da cláusula MFN pelas empresas.

A última consequência anticoncorrencial da cláusula MFN identificada pelos doutrinadores e aplicadores do Direito Antitruste seria a monopolização por meio de um aumento dos custos de seus rivais (sejam eles concorrentes efetivos ou potenciais). É que uma das formas de se introduzir falsas barreiras à

⁸ Citado por KATTAN em artigo mencionado na nota anterior.

entrada de um novo participante ou de dificultar o estabelecimento de um competidor seria por meio de um aumento dos custos marginais referentes a um determinado custo – com matérias-primas ou com distribuição - que, normalmente, não seria considerado caro por este último competidor. Uma das formas de se fazer isso é exatamente pela utilização de uma cláusula MFN pelos outros competidores líderes de mercado, que não se importariam em pagar um preço levemente acima do preço competitivo com vistas a dificultar uma possível negociação entre o fornecedor e o novo entrante.

Um dos primeiros casos em que tal conduta foi discutida foi no caso *Ocean State*⁹, no qual a legalidade da cláusula MFN estava sendo contestada. Neste caso, a seguradora Blue Cross demandava que se aplicasse a cláusula MFN prevista em seus contratos aos médicos que também haviam se afiliado a uma nova organização de seguro de saúde. O pagamento feito por esta última contemplava divisão de lucros, mas também previa que, no caso de prejuízos, esses seriam divididos com os médicos. A seguradora Blue Cross afirmava que os médicos também teriam que aceitar pagamentos menores se a segunda alternativa ocorresse, por força da cláusula MFN. Como resultado, vários médicos se desligaram da nova operadora de seguro. As decisões judiciais, no entanto, consideraram que tal conduta não seria anticompetitiva uma vez que, a primeira vista, tal cláusula tem como resultado a diminuição de preços ao consumidor.

Em 1993, no entanto, o Departamento de Justiça americano demonstrou não considerar o caso *Ocean State* como um paradigma no caso de cláusulas MFN. Em uma carta endereçada ao Conselheiro de Seguros de Saúde da Pensilvânia¹⁰, o departamento recomendou a não aceitação da cláusula MFN imposta pela Blue Cross of Western Pennsylvania (BCWP), que asseguraria preços favorecidos a esta seguradora face aos preços dos demais contratantes. Tal cláusula teria sido trazida à baila pela empresa por perceber que dela estavam sendo cobrados preços mais altos que dos demais contratantes, apesar de ser a maior compradora. O Departamento de Justiça, entretanto, afastou tal alegação dizendo que tal prática aumentaria o custo dos competidores e que, se realmente a Blue Cross era uma das maiores usuárias de serviços hospitalares, ela teria outros meios, ainda mais competitivos, de reduzir seus custos com hospital.

Outra evidência de que as cláusulas MFN podem ser consideradas problemáticas pelas autoridades antitruste, quando possuem o efeito de limitar

⁹ *Ocean State Physicians Health Plan, Inc. v. Blue Cross & Blue Shield of R.I.*, 692 F. Supp. 52 (D.R.I. 1988), *aff'd*, 883 F.2d 1101 (1st Cir. 1989), certiorari negado em 1990.

¹⁰ Carta enviada pela Assistente do Procurador Geral, Anne Bingaman, à Conselheira de Seguros de Saúde da Pensilvânia, Cynthia Maleski, em 7 de setembro de 1993.

a entrada de um novo concorrente no mercado por meio de uma elevação dos custos dos rivais, é o caso Medical Mutual of Ohio (antes denominada Blue Cross & Blue Shield of Ohio).¹¹ Nesse caso, o Departamento de Justiça Americano (DOJ) acusou a maior operadora de planos de saúde da região de utilizar-se de prática anticompetitiva consistente em exigir, por meio de cláusulas MFN, que os hospitais cobrassem dos competidores da Medical Mutual preços no mínimo 15% mais caros do que lhe cobravam. Apesar da principal acusação ser a de que a mencionada cláusula contratual levava a um aumento dos custos dos concorrentes, dificultando sua entrada ou impedindo seu crescimento, também foi alegado pelo DOJ que a cláusula MFN estaria reduzindo a competitividade por preços, descontos e inovações tecnológicas entre os hospitais e operadoras de planos de saúde de Cleveland. Em 1999, a *District Court* de Ohio homologou um acordo entre o DOJ e a Medical Mutual, pelo qual esta consentiu em deixar de utilizar as cláusulas MFN na região.

IV. Conclusão

JONATHAN BAKER¹² afirma que grandes compradores devem preocupar-se com possíveis investigações antitruste quando negociam cláusulas de proteção de preço como, por exemplo, cláusulas MFN. Diz ele que estes compradores devem estar preparados para demonstrar que sua atitude realmente visa assegurar preços menores e condutas não discriminatórias, e que o simples argumento de que o propósito do contratante-comprador é de não ser desfavorecido frente a compradores menores, apesar de seu volume de compras, pode não ser suficiente.

Deve-se ressaltar, entretanto, que as conseqüências anticompetitivas desta cláusula devem ser sopesadas face às conseqüências benéficas que, geralmente, se sobrepõem àquelas no entendimento das autoridades da concorrência (é de se lembrar que a discriminação imotivada de concorrentes já foi diversas vezes condenada pelas autoridades antitruste, e a cláusula MFN seria um bom instrumento para impedir tal discriminação). Ademais, poucas foram as situações em que se questionou e efetivamente se analisou a legalidade de tal cláusula, portanto, uma conclusão sobre seus efeitos anticompetitivos é ainda incipiente.

¹¹ United States v. Medical Mutual of Ohio, Inc., 63 Fed. Reg. 52,764, instaurado em 1º de outubro de 1998.

¹² In.: Vertical restraints with horizontal consequences: competitive effects of “most-favored-customer” clauses. 64 ALJ, 1996.

V. Bibliografia

AREEDA, Philip; KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*. 4ª ed. Boston: Little, Brown, 1988.

BAKER, Jonathan. Vertical restraints with horizontal consequences: competitive effects of “most-favored-customer” clauses. 64 *Antitrust Law Journal*, 1996.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, 1ª ed. São Paulo: Editora RT, 2001.

CULUM, Kevin. Memorandum in opposition to petition to set aside civil investigative demand number 11466 and in support of petition for enforcement. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f0000/0075.pdf> Acesso em 15 de outubro de 2005.

DEPARTMENT OF JUSTICE, Health Care Task Force: Recent Enforcement Actions. Disponível em: http://www.usdoj.gov/atr/public/health_care/2044.htm Acesso em: 15 de outubro de 2005.

DOBSON, Paul; WATERSON, Michael. *Vertical restraints and Competition Policy*. Research Paper 12, Office of Fair Trading, 1996.

EUROPEAN COMMISSION. *Guidelines on Vertical Restraints*. 2000/ C 291/ 01. Disponível em: <http://www.cerna.ensmp.fr/Enseignement/CoursEUCompetitionLaw/4-NoticeVertiRestraints.pdf>.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Cases and Materials on Antitrust*. St. Paul, MN: West Pub. Co., 1989.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE*, São Paulo: Ed. Singular, 1998.

HOLMES, William C. *Antitrust Law Handbook*. New York: Clark Boardman Callaghan, 1994.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy - The Law of Competition and its Practice*. 2ª ed. St. Paul: West Group, 1999 (Hornbook Series).

KATTAN, Joseph. Beyond facilitating practices: price signaling and price protection clauses in the new antitrust environment, 63 *Antitrust Law Journal* 133, Vol. 1, 1994.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as Conduas*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.