VOTO DO CONSELHEIRO ANTÔNIO FONSECA

Ato de Concentração. Lei n.º 8.884/94, art. 54. Caso Kolynos-Colgate. Mercados de creme, escova, fio e fita dentais e enxaguante bucal. Concorrência intermarcas. 1. Mercado de creme dental: A lealdade à marca Kolynos, cujo titular detém *market share* superior a 78%, revela dominação de mercado de creme dental capaz de limitar ou prejudicar à livre concorrência, sobretudo tendo em vista a conservadora relação produto/consumidor. Operação que se excede em escopo, opõe considerável obstáculos a entradas e não oferece eficiências suficientemente compensatórias. 2. Mercados de escova, fio e fita dentais e enxaguante bucal: ausência de danos. Nessa parte, a operação gera maior vigor concorrencial e por isso merece aprovação. 3. Aprovação parcial: Alienação forçada da marca Kolynos que se suspende sob dois conjuntos de condições: (A) suspensão temporária ou licença sob regime de marca dupla por 4 anos ininterruptos e (B) licença exclusiva por 20 anos. Aceita e cumprida integral e satisfatoriamente uma dessas condições, devidamente dimensionadas, a ordem de alienação se exaure.

VOTO (vogal)

O SENHOR CONSELHEIRO ANTONIO FONSECA: Trata-se da aquisição da Kolynos do Brasil S.A. (então Kolynos do Brasil Ltda.) pela Colgate-Palmolive Company, esta representada pela sua subsidiária, no Brasil, K & S Aquisições Ltda. A operação decorreu de venda forçada, i.e., processo privado de leilão, em que a American Home Products

Corporation alienou parte dos seus negócios de saúde bucal. No Brasil, a transação foi ultimada em janeiro de 1995 e envolveu ativos, inclusive marcas de saúde bucal pertencentes a Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda., subsidiária brasileira da American Home Products Corporation. No presente Ato de Concentração, as companhias envolvidas na operação detêm no País mais de 78% do mercado de creme dental e mais de 35% do mercado de escovas de dentes, abrangendo as marcas Kolynos e Colgate. Dessa forma, está atendido um dos requisitos de jurisdição, i.e., relevante participação relativa de mercado, previsto no § 3º, art. 54, da Lei n.º 8.884, de 1994, doravante designada simplesmente Lei de Defesa da Concorrência (LDC). Daí, conhecimento do requerimento.

2. A apreciação pelo CADE dos atos de concentração funda-se na potencialidade de dano à livre concorrência decorrente da dominação de mercados relevantes, nos termos do art. 54 da LDC. O sentido de dominação ou poder de mercado expressa, em síntese, a capacidade de uma empresa de aumentar os preços dos seus produtos acima do custo marginal, sem perder clientes, i.e., agindo por um razoável período de tempo independentemente dos concorrentes e consumidores. A dominação de mercado pode também ser revelada, embora com menos freqüência, mediante a prática de temporária de preços predatórios. Daí, o complexo teste jurídico-econômico da dominação exige uma análise estrutural de mercado, em que as empresas, partes na operação sob exame, são relacionadas com os concorrentes, consumidores e fornecedores dentro de um particular cenário de mercado. Esse exame foi realizado, com maestria, pela Conselheira Relatora que parte da identificação e análise do mercado relevante e da participação relativa de mercado, embora este indicador não seja bastante em si para denotar dominação.

I. Exame da Operação

3. Os mercados relevantes envolvem quatro linhas de produtos:

- creme dental que se apresenta sob a forma de creme, gel, líquido ou pó. É utilizado para limpar dentes. As matérias-primas são: abrasivo (sílica, dicalcium fosfato dihydrato e carbonato de cálcio), umectantes/umedecedores (glicerina e sorbitol), espessadores (carboximethyl cellulose-CMC), detergente (lauril sulfato de sódio) e ingredientes ativos (flúor, triclosan) e sabores;
- escova dental, utilizada para remover resíduos alimentares e placas bacterianas. Varia no formato do cabo e configuração das cerdas. Essas duas categorias (escova e creme dentais), no Brasil, representam 93% do faturamento bruto do mercado nacional.
- fio e fita dental que têm a mesma função e são fabricados com fio de poliamido - matéria-prima básica; e
- enxaguante bucal, utilizado como aplicador de agentes tópicos orais (substâncias quimioterapêuticas). Enxaguante consiste de água, álcool, umectantes (glicerina e sorbitol), surfactantes, essências e elementos ativos (triclosan, cetypyridinium clórico e flúor).

4. O grau de concentração, segundo o HHI, apresenta-se elevado para os produtos acima descritos, exceto enxaguante bucal e fio/fita de dentes. Quanto a creme dental e escovas de dentes, a concentração é potencialmente ruinosa.

5. Não há substituto comercial para o creme dental tampouco para a escova. A elasticidade da demanda entretanto é bastante distinta, dependendo do extrato de renda do consumidor.

6. O mercado relevante geográfico é de âmbito nacional. Isso decorre do vasto número de produtos distribuídos pelas empresas estabelecidas nas várias regiões do País. No momento, não há um fluxo apreciável de comércio exterior capaz de favorecer a contestabilidade. Os concorrentes que atuam no País detêm a seguinte participação de mercado:

Volume Físico	Creme Dental	Escova Dental	Fio Dental	Enxaguante Bucal
Kolynos	50,9%	26,7%	7,9%	-
Colgate	26,6%	8,4%	2,3%	14,5%
Kolynos + Colgate	78,5%	35,1%	10,2%	14,5%
Gessy-Lever	22,4%	2,6%	-	-
Johnson & Johnson	-	25,8%	56,3%	5,4%
Augusto Klimmek	-	16,9%	-	-
Merrel Lepetit	-	-	-	39,4%
Oral B (gillete)	-	9,5%	12,8%	2,5%

7. O mercado de creme dental é o mais concentrado. Quase a totalidade, i.e., 99,8%, está nas mãos de 3 empresas. O restante, 0,2%, pertence a pequenos fabricantes.

8. A brilhante e exaustiva análise procedida pela Conselheira Relatora inclui investigação dos múltiplos aspectos do regime de comércio, tais como nível de alíquota e presença de barreiras não tarifárias ou técnicas, e sua interação com a estrutura doméstica de mercado. Apurou-se também o impacto da propaganda sobre a preferência do consumidor e sobre os custos de entrada, particularmente com respeito aos mercados em questão.

9. A metodologia de exame seguiu a comumente adotada em outras jurisdições de experiência secular, que deve orientar a interpretação e aplicação do direito brasileiro. Há várias virtudes nessa postura. Primeiro, é sempre confortável aderir à ética da maioria. Segundo, tem havido gestões em foros internacionais no sentido de se estabelecer um acordo multilateral sobre defesa da concorrência. Esse intento, inspirado na economia globalizada, será dificilmente realizado se os países não estiverem preparados para desenvolver, cada um, uma política de concorrência que caminhe para a harmonização de procedimentos e de princípios. Terceiro, a diversidade de critérios de exames poderá abrir, ou tem aberto, oportunidade de discriminação de tratamento do fato econômico. O resultado é um desequilíbrio em termos de vantagens competitivas. Quarto, de certo que uma versão particularmente brasileira do direito de concorrência não contribuiria para o aperfeiçoamento desse ramo, que tende a ganhar foro de internacionalidade.

10. O Brasil possui, na prática, um sistema semi político de defesa da concorrência. Isso não é necessariamente ruim. A Grã-Bretanha tem um dos sistemas mais políticos que conheço. O problema, no caso brasileiro, é que a obscuridade da legislação gera dúvidas na interpretação de papéis. A hesitação legal na definição substancial de mandatos, i.e., até onde autoridades politicamente comprometidas são capazes influenciar as decisões, pode gerar frustração de expectativas, fato altamente pernicioso no campo da regulamentação econômica. Levará algum tempo até que esse vício seja escoimado do sistema.

Danos à concorrência

11. No mercado relevante de escovas dentais, portanto, não se identificam danos reais ou potenciais à concorrência. Pelo contrário, a operação gerará maior dinamismo concorrencial e conseqüentes benefícios aos consumidores.

12. A Senhora Relatora conclui que no mercado de cremes dentais despontam sérios prejuízos, reais e potenciais, à concorrência. Ao descrever as implicações da operação nesse mercado em particular, a Conselheira Lúcia Helena estabelece que:

“A aquisição, no mercado relevante de creme dental, significa a eliminação substancial da concorrência, posto que a marca líder do mercado é adquirida pela segunda marca, ficando o grupo com uma participação de quase 80% do mercado, enquanto a empresa seguinte em participação detém 20%. As demais participantes do mercado não chegam a atingir 1% de participação. A influência que essa franja de pequenos produtores poderá exercer sobre o comportamento da empresa dominante é nula e as duas competidoras remanescentes - Colgate-Kolynos de um lado e Gessy de outro - detêm participações tão desiguais que sequer pode-se cogitar que o relacionamento entre elas no mercado será marcado pela rivalidade competitiva. O grupo Colgate-Kolynos exercerá liderança e um eventual movimento altista de preços será seguido pela empresa secundária, assim como pela franja de pequenos produtores.”

13. Com a Relatora, estou convencido também que o controle da marca Kolynos, nas suas variações e associadas a creme dental, é o ponto essencial. Roger Blair and Lawrence Kenny, no seu livro “Microeconomics with Business Applications,” p. 202, sugerem que lealdade a marcas (“brand preferences”), desenvolvida pela influência da propaganda, “give some firms market power, which erodes competition.” Os mesmos autores acrescentam que na circunstância “o custo de divulgação de novos produtos torna sua introdução no mercado mais difícil” (p. 448).

14. Edwin Mansfield, na sexta edição do seu livro “Microeconomics, theory and applications”, Norton, 1988, esclarece:

“If advertising makes customers recognize certain brands and if it encourages them to be loyal to these brands, sellers may have more power to raise prices without losing sales to competitors. In many retail establishments, advertised brands are priced higher than lesser-known brands. Advertising encourages customers to think that advertised brands are better than other brands, even though they may be essentially the same.” (p. 330).

15. Esses trechos citados não esgotam, certamente, toda informação especializada e disponível sobre o assunto. Não se pode dizer que há unanimidade, por exemplo, quanto aos efeitos da preferência por certa marca sobre o grau de elasticidade do produto que ela representa. Indiscutível, todavia, é que a preferência confere um poder de monopólio, isto é, contribui ou pode contribuir para dominação de mercado. Isso é mais frisante no caso vertente, em que a empresa detém 2 fortes marcas num mercado onde domina certo conservadorismo na relação produto/consumidor.

16. Economistas e juristas nem sempre falam a mesma coisa quando se referem a poder de monopólio da marca. Faço uso, aqui, da posição dos dois experts, economistas, para dizer que me refiro a monopólio no sentido econômico, não no sentido meramente jurídico, de poder legal garantido ao titular da marca de afastar o seu uso por terceiro. Desse poder falam Anselm & Spyros Maniatis, em artigo sob o título “A Consumer Trade Mark: protection based on origin and quality”, [1993] 11 EIPR 406-415.

17. Ao explorar as funções jurídicas da marca, os autores por último citados transcrevem passagem de E.H. Chamberlin em “The Theory of Monopolistic Competition”, Harvard University Press, 1933, nos seguintes termos: “se uma marca

faz um produto diferente do outro, dá ao titular um monopólio, daí podemos argumentar que não há concorrência”, p. 61. Devo advertir que não estou proclamando que a propriedade industrial, da qual a marca é espécie, gera de per si um monopólio no sentido econômico. Essa é uma tese que ganhou peso na jurisprudência americana, mas que foi abandonada na década de 80.

II. Papel do CADE

18. Ao CADE cabe apenas remover os obstáculos que, do ponto de vista jurídico e econômico, se revelam restritivos à entrada no mercado e capazes de minar a posição monopolista. O seu papel é apontar os meios possíveis de reparação ou prevenção, deixando à empresa uma margem de escolha, quando possível, como convém a um sistema de freios jurídicos orientados pela livre iniciativa e livre concorrência. O CADE não poder dizer o que vai acontecer depois da decisão. Com esta, certamente, os concorrentes terão maior chance de competir.

III. Medidas preventivas

19. A estruturação dos remédios há de levar em conta a marca como obstáculo à concorrência, sem ignorar, contudo, a capacidade de produção do monopolista. Tais remédios têm por objetivos encorajar produção e distribuição orientadas pela eficiência, inovação e preços baixos, cenário indispensável à ampliação do bem-estar social.

20. No caso Ficap/Alcan por mim relatado e julgado recentemente, disse que é hora do CADE avançar nos compromissos estruturais, abandonando os compromissos comportamentais de monitoramento dispendioso e de insignificante efeito como medidas efetivas de correção ou

prevenção de defeitos de mercados. As medidas, entretanto, não devem exceder em escopo, a ponto de embaraçar ou onerar indevidamente o planejamento privado da produção. Reafirmo agora a minha convicção sem querer passar uma diretriz, pois somente o Plenário é suficientemente soberano para induzir um entendimento autorizado.

21. Não há, de princípio, superioridade entre esse ou aquele remédio aqui cogitado como adequados. Todos são vistos como meios capazes de proporcionar oportunidade de entradas. Ao se contemplar e combinar remédios razoavelmente equivalentes nos seus efeitos, parece recomendável conferir à empresa a iniciativa responsável da medida. Ademais, é duvidosa e artificial (pouco realista) a sugestão de que a ausência da marca no mercado reduz o bem-estar do consumidor. Tal elocubração projeta um afago à sociedade consumidora mas esquece que a satisfação do consumidor é assegurada pela presença do produto no mercado, em quantidade, qualidade e preços razoáveis, propósitos - pelo menos mediatos - da defesa da concorrência ora exercida. A presença do produto creme dental, no mercado doméstico, não sofrerá solução de continuidade, qualquer que seja a alternativa a final implementada. A ambição pelo mercado externo, declarada pela empresa, não será prejudicada. Por fim, a empresa continuará exercendo o controle do uso da marca por terceiro. Ainda que o uso em geral seja opcionalmente suspenso, por prazo determinado, a empresa não perde a propriedade do registro da marca e suas extensões.

22. A alienação da marca é uma medida considerada. Para evitá-la, a alternativa da suspensão ou licença faz parte do pacote. Todas essas medidas exigem cuidados para que os seus objetivos não sejam solapados. Na estruturação das alternativas estabelecidas na conclusão reproduzo parte do voto da Relatora, com a sua licença.

23. Dentro da preocupação acima cabe indagar, por exemplo, a licença:

- permitirá que as principais barreiras ou impedimentos à entrada no mercado sejam ultrapassadas?
- garantirá que o titular da marca (licenciante) de alguma maneira não venha a minar os esforços da empresa que licenciar a marca (licenciado), mediante recusa de apoio ou informações técnicas?
- facilitará conspirações entre o licenciante e o licenciado (e.g., intercâmbio contínuo ou de informações)?
- permitirá o controle ou restrição à produção, pelo licenciante, mediante cobrança de taxa escalonada de royalties excessivos?
- permitirá uma substituição útil (que o novo concorrente altere a situação hoje presente de concentração potencialmente ruínosa à concorrência) do titular da marca por um ou mais concorrentes?
- exigirá esforço razoável de monitoramento capaz de ser executado pelo CADE?

24. A licença poderá ser sujeitada a um regulamento de utilização (política comercial privada) a ser apresentado pela empresa e aprovado pelo CADE, o qual indicará critérios, entre outros, de fixação de royalties, escolha de potenciais licenciados, qualidade do produto, direitos de ação contra infratoras e medidas de controle da marca, uso casado da marca, uso gratuito de know-how (suportes) necessário à fabricação do creme dental por conta e risco (segundo a capacidade produtiva própria) do licenciado, possível limitação da produção e prazo da licença.

25. Por fim, a suspensão como remédio jurídico voluntariamente aceito pelo titular da marca, a fim de prevenir potencial defeito de mercado, passa a configurar

um fato jurídico exterior à vontade da empresa e revela desuso por razões legítimas. Daí, a suspensão por si, vinculada a essa decisão, não gera o desaparecimento jurídico da marca. No curso da suspensão, a empresa poderá, com aprovação do CADE, optar por licença do uso ou cessão do registro, caso em que a suspensão, enquanto remédio é substituída. Nada impede que a empresa use a marca em papéis e documentos. Durante a suspensão, a empresa não poderá, no território nacional, veicular propaganda das marcas senão associando-as a produtos diversos de creme dental. A suspensão impede também o uso de marcas existentes ou que venham a ser criadas pela mesma ou outra empresa as quais possam gerar confusão ou associação com as marcas suspensas.

IV. Conclusão

26. Diante do exposto, DECIDO:

27. O ato de concentração em apreço não cumpre os requisitos previstos no art. 54, §§ 1º e 2º da LDC, necessários à integral aprovação. Reconheço a necessidade de adoção de medidas, nos termos do § 9º do mesmo artigo, capazes de remover os efeitos potencialmente ruinosos à concorrência. Daí aprovo parcialmente a operação. De conseqüência, determino tão-somente a alienação (cessão de registro) da marca KOLYNOS e extensões, registradas no INPI para identificar creme dental, produtos e serviços idênticos semelhantes ou afins, em favor de comprador que não detenha atualmente participação maior que 1% no mercado brasileiro de creme dental e simultaneamente apresente-se como competidor capaz de manter a marca.

28. A alienação deverá:

- incluir os ativos indispensáveis à garantia da reputação da marca;
- ser realizada por processo de leilão privado, que poderá ser conduzido por banco de investimento escolhido pela empresa. O resultado do leilão será submetido à apreciação do Cade à luz do artigo 54 da LDC;
- ocorrer no prazo de 180 dias, a contar da publicação do acórdão, caso contrário o Conselho requererá ao Judiciário a nomeação de interventor para execução da decisão.

29. A empresa deverá:

- zelar pela manutenção de todos os ativos a serem alienados, enquanto não for concretizada a operação;
- organizar cronograma de alienação, com especificação pormenorizada dos ativos, o qual será apresentado ao CADE, no prazo de sessenta dias da publicação do acórdão, para a devida apreciação.

30. A alienação fica suspensa se aceita pela empresa uma das alternativas (A) e (B) abaixo:

A - Suspensão ou licença com uso de marca dupla

Suspensão

31. Suspensão do uso da marca KOLYNOS e extensões, no território brasileiro, para identificação de creme dental, pelo prazo ininterrupto de quatro anos, a contar do 61º dia da aprovação por este Conselho do plano de suspensão a ser apresentado pela empresa, no prazo de sessenta dias da publicação do acórdão, conforme termo de compromisso de desempenho a ser assinado no curso do primeiro prazo. Inclui-se na suspensão qualquer material de embalagem, propaganda e promoção relacionado à marca do produto creme dental. As extensões referidas nesta decisão são *Kolynos Super Branco*, *Kolynos Ação Total*, *Kolynos Fresh*, *Kolynos Clorofila*, *Kolynos Anti-placa*, *Kolynos Star Gel*, *Kolynos Prevent*, *Kolynos Tandy*, *Kolynos Fluor2 Gel*, *Kolynos Bicarbonato de Sódio* e todas as que, embora não citadas aqui, estejam registradas no INPI ou possam por ele vir a ser registradas como extensão da marca KOLYNOS.

32. O plano de suspensão deverá incluir, especificadamente, os passos a serem adotados para adaptação das linhas de produção da KOLYNOS a novas embalagens e demais materiais relacionados, assim como dispor sobre a resolução de contratos de suprimento e distribuição em andamento.

Licença com uso de marca dupla

33. Ainda no subconjunto “A” de medidas, se não se aceitar a suspensão, ou no curso desta, a empresa poderá licenciar a marca KOLYNOS para uso sob o regime de marca dupla. O contrato de licenciamento, de caráter exclusivo, deverá incluir cláusula de desaparecimento gradual (*fading out*) da marca KOLYNOS, além de assistência técnica e operacional, mais cláusula de suprimento a critério do licenciado.

34. O contrato de licenciamento, que será apreciado pelo CADE nos termos do art. 54 da LDC, observará o prazo mínimo e ininterrupto de quatro anos, renovável a critério do licenciado.

35. A empresa deverá publicar documento de “política comercial privada”, que será antecipadamente apreciado pelo CADE e no qual ofereça:

- a varejistas e distribuidores de grande porte toda a assistência necessária para o lançamento de marcas próprias no mesmo segmento da “KOLYNOS Super Branco”. Tais contratos deverão incluir contratos de fabricação por encomenda, bem como outros serviços de apoio, solicitados pelo distribuidor ou varejista, a custo que viabilize com sucesso a operação econômica no segmento;
- a concorrentes existentes ou potenciais, em atuação no País, contratos de fornecimento de tecnologia, com remuneração definida de acordo com os usos e costumes, para a produção de creme dental no mesmo segmento da “KOLYNOS Super Branco”, utilizando o carbonato de cálcio precipitado, assim com assistir os contratantes no desenvolvimento de seus negócios;
- a concorrentes existentes ou potenciais no mercado de creme dental contratos de produção de creme dental no mesmo segmento ocupado atualmente pela marca “KOLYNOS Super Branco” por encomenda, em volume solicitado pelo licenciado e desde que aprovado pelo CADE. Esses contratos deverão incluir todos os serviços de suporte necessários à produção e entrega do produto.

B - Licença longa de 20 anos

36. Como segunda alternativa, a empresa poderá licenciar com exclusividade por 20 anos, ininterruptos ou não, renováveis de acordo com o interesse do licenciado, o uso no

País da marca KOLYNOS e suas extensões para a fabricação e comercialização de creme dental no mercado interno.

37. O contrato de licenciamento deverá observar os usos e costumes quanto aos critérios de determinação das cláusulas de royalties, controle de qualidade, direitos de ação contra infrações e medidas de controle da marca, uso gratuito de know-how, escolha do licenciado, dentre outras, e deverá ser apresentado ao CADE para apreciação à luz do artigo 54 da LDC.

38. O licenciamento, seja qualquer for a modalidade escolhida, exclui o uso, pela proprietária, da marca KOLYNOS e suas extensões, no território nacional, assim como de marcas similares e qualquer material relacionado à embalagem, propaganda e promoção, associada a creme dental.

Disposições finais

39. A suspensão, em princípio, exclui o uso da marca por quem quer que seja, no território nacional. A licença, todavia, interrompe a suspensão quando no curso desta for contratada.

40. Esta decisão não prejudica o exercício pela empresa dos atos previstos na legislação de propriedade industrial destinados a manter a vigência dos registros da marca Kolynos e suas extensões.

41. Fica aprovada a operação no que toca aos mercados relevantes de escova dental, fio e fita dentais e enxaguante bucal, sem prejuízo da aplicação do item 40 acima, se for o caso, e do compromisso indicado no item seguinte.

42. Integra ainda o termo de compromisso as seguintes prescrições:

- manutenção do Programa de Investimentos da KOLYNOS 2001, nos termos apresentados ao Cade; e
- prosseguimento dos programas de P&D e de exportação da KOLYNOS do Brasil.

43. No curso da suspensão ou depois do respectivo prazo, seja ou não utilizada a prerrogativa de licenciamento nos termos definidos nesta decisão, a titular da marca KOLYNOS poderá alienar uma ou mais das extensões de marcas, mencionadas no item 31 desta decisão.

44. O cumprimento integral e satisfatório de uma das exigências (A) e (B) exaure a decisão de alienação (itens 27 a 29).

45. A suspensão do uso da Kolynos se estende a internação (importação de países do Mercosul) de creme dental debaixo da mesma marca.

46. O CADE dará ciência ao INPI da presente decisão e eventual opção feita pela empresa.

47. O CADE, se necessário, tomará as medidas judiciais cabíveis, por intermédio da sua Procuradoria, para integral cumprimento da presente decisão, podendo, para esse efeito, requerer a nomeação de interventor e demais providências que se revelarem adequadas.

48. Aplico a multa diária de R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), devida no caso de a empresa não apresentar, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da publicação do acórdão, nenhum plano, seja para suspender, licenciar ou alienar a marca e suas extensões, sem prejuízo do disposto no item anterior.

É o voto.