

Brasil e OCDE: efeitos concretos de uma política pró-arbitragem

MARIA AUGUSTA ROST

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS AO AUTOR
Proibida a reprodução sem indicação da fonte.

1^o CONGRESSO
CAMESC

**ARBITRAGEM
NAS RELAÇÕES
INTERNACIONAIS.**

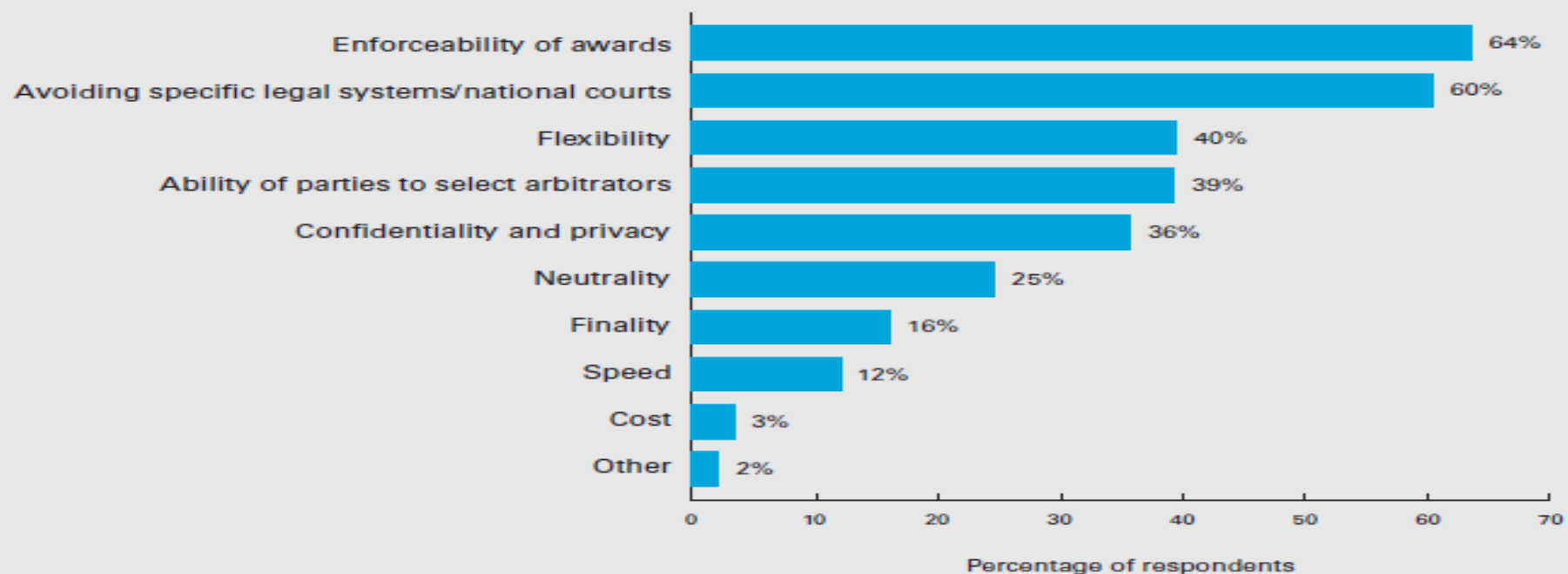
**12
JULHO
2019**

Por que os empresários que atuam com comércio internacional devem considerar a arbitragem como um mecanismo de resolução de disputas?

Case: a proximidade do Brasil à OCDE e a aplicação concreta pelo CADE das práticas europeias para estimular a resolução de disputas comerciais por meio de arbitragens fast-track.

Por que um empresário opta pela utilização da arbitragem?

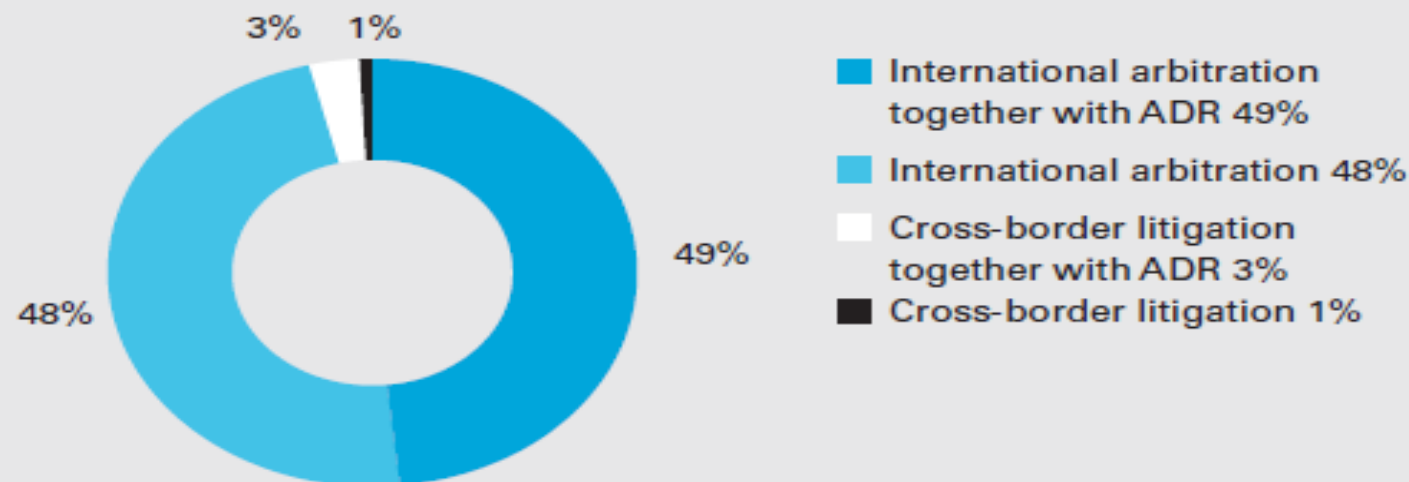
Chart 3: What are the three most valuable characteristics of international arbitration?



Fonte: School of International Arbitration. Centre for Commercial Law Studied at Queen Mary University of London.

97% dos entrevistados pela arbitragem internacional

Chart 1: What is your preferred method of resolving cross-border disputes?



97%

of respondents expressed that **international arbitration** is their preferred method of resolving cross-border disputes

Fonte: School of International Arbitration. Centre for Commercial Law Studied at Queen Mary University of London.

O reflexo positivo da aproximação do Brasil à OCDE para as arbitragens

- OCDE, Comitês e postura pró-arbitragem
- Precedentes europeus representativos na OCDE
- Precedentes brasileiros

Entrada no Brasil na OCDE – Opinião do Governo

- Economia aberta e transparente;
- Melhoria no ambiente de negócios, governança e gasto público;
- Mitigar a perda do grau de investimento e retomada da confiança;
- Possibilidade de influenciar no debate das políticas públicas em contexto global; e
- Compromisso com as melhores práticas internacionais.

O QUE É A OCDE

A OCDE é uma organização internacional dedicada ao desenvolvimento e à promoção de padrões em várias áreas, incluindo questões econômicas, financeiras, comerciais, sociais e ambientais.

O tema central das atividades e da produção normativa da OCDE são as políticas públicas e práticas regulatórias dos governos.

1 - COMO FUNCIONA



Soft Law

- Normas, em sua maioria sem caráter vinculante, mas que ainda assim produzem efeitos concretos.
- Não há mecanismo de solução de controvérsias.

Peer Reviews

Avaliações realizadas entre os membros, que influenciam as reformas nos países.

Estudos

Arcabouço de estudos e boas práticas internacionais para o aprimoramento de políticas.

Tratados

Acordos de cumprimento obrigatório para as partes e que podem incluir países não membros da OCDE.

2 - COMO ESTÁ ORGANIZADA

MEMBROS

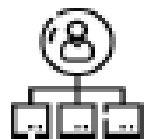


36 países: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Coréia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Suíça, Suécia e Turquia.

RELEVÂNCIA ECONÔMICA

- 62% do PIB mundial (Banco Mundial, 2017).
- 59% das exportações mundiais (Trade Map, 2018).
- 61% das importações mundiais (Trade Map 2018).
- 65% dos Investimentos Estrangeiros Diretos (FDI Markets, 2018).
- 17% da população mundial (Banco Mundial, 2017).

ESTRUTURA E NÚMEROS GERAIS



- 200 Comitês, Grupos de Trabalho e Forças Tarefas.
- Mais de 2.000 reuniões anuais.
- 3.300 funcionários.
- 250 estudos publicados por ano, aproximadamente.

3 - COMO É O PROCESSO DECISÓRIO

- **Conselho da OCDE:** principal instância decisória, composto por embaixadores dos países membros e da Comissão Europeia. É presidido pelo Secretário-Geral e reúne-se regularmente para discutir as prioridades da Organização e prover orientações estratégicas. As decisões são tomadas por consenso.
- **Comitês:** ajudam a embasar as decisões tomadas pelo Conselho, principalmente pelo trabalho desenvolvido durante as peer reviews e processos de acesso. É no âmbito dos Comitês que membros apresentam recomendações de políticas, monitoram a implementação de instrumentos e, ocasionalmente, desenvolvem instrumentos legais.

4 - INSTRUMENTOS DA OCDE

A OCDE tem 3 instrumentos principais:

DECISÕES



São os instrumentos que são juridicamente vinculantes para todos os Membros, ou seja, os aderentes são obrigados a implementá-las. Embora não sejam tratados internacionais, eles acarretam o mesmo tipo de obrigações legais.

DECLARAÇÕES



Instrumentos que geralmente estabelecem princípios gerais ou metas de longo prazo e definem compromissos políticos, mas não possuem caráter vinculante.

RECOMENDAÇÕES



Atos que apesar de não serem juridicamente vinculantes, representam a vontade política dos países membros e, como tal, impõem forte incentivo para a sua implementação. Tem sido o tipo de compromisso não vinculante mais utilizado pela OCDE.

OCDE – Brasil no Comitê da Concorrência

- Participação ativa nos Comitês
- Brasil ingressa como membro no Comitê da Concorrência
- Capacidade de influenciar políticas
- Conhecimento e disseminação das melhores práticas
- Importante: preocupação do Comitê da Concorrência com a autonomia dos agentes econômicos para resolução de suas disputas e manutenção das relações comerciais

OCDE - Arbitration and Competition Report

- Flexibilidade na escolha dos árbitros e do procedimento
- Afastamento da jurisdição estatal
- Celeridade
- Amplo reconhecimento da exequibilidade da decisão



OCDE - Arbitration and Competition Report

*“Another way in which arbitration can be used in competition law enforcement is through the inclusion of **arbitration clauses in merger remedies**. [...] a distinction should be made between commitments in merger cases, which are voluntary tools, and the imposition of remedies”.*

“Access commitments oblige parties to grant access to, for example, technology licenses or infrastructure”.



Case: Lufthansa / SN Holding (2009)

- **Lufthansa** pretende adquirir o controle da SN Airholding (Brussels Airlines)
- **Lufthansa (2007)**: 45 milhões de passageiros; 206 destinos; 272 aeronaves; hubs em Frankfurt, Munich e Dusseldorf; controladora da Swiss International Airlines (Zurich), da Air Dolomiti, da Eurowings e da low cost Germanwings; em processo de aquisição do controle da British Midland e detinha 19% das ações da americana Jet Blue.
- **SN** era a holding da Brussels Airlines (2007): 6 milhões de passageiros; 61 destinos; 51 aeronaves. SN tem seu hub em Bruxelas.
- **Impacto** na competição de empresas na área econômica europeia.

Case: Lufthansa / SN Holding (2009)

Compromisso apresentados para viabilizar o negócio:

- **acesso** e transferência de slots aos Entrantes nos aeroportos de Bruxelas, Frankfurt, Munich, Hamburgo e Zurique, bem como outras medidas laterais; e
- **cláusula arbitral** (fast-track) para disputas relativas ao cumprimento.

Entrante:

"Any airline, or airlines that are each members of the same alliance (other than the Parties), including all airlines controlling it/them or controlled by it/them, able to offer a new or additional Competitive Air Service individually or collectively by codeshare and needing a slot or slots to be made available by Lufthansa in accordance with the Commitments to operate a Competitive Air Service."

Case: Lufthansa / SN Holding (2009)

- 9.1** In the event that a Prospective New Entrant or a New Air Services Provider has reason to believe that the Parties are failing to comply with the requirements of the Commitments vis-à-vis that party, the fast track dispute resolution procedure described in this Section 9 will apply.
- 9.3** Should the Requesting Party and the Parties fail to resolve their differences of opinion through cooperation and consultation as provided for in Section 9.2, the Requesting Party shall nominate an arbitrator.
- 9.4** The Parties shall, within two (2) weeks of receiving notification in writing from a Requesting Party of the appointment of the Requesting Party's arbitrator, nominate its arbitrator and provide to the Requesting Party in writing detailed reasons for its challenged conduct.
- 9.5** The arbitrators nominated by the Parties and the Requesting Party shall, within one (1) week from the nomination of the former, agree to appoint a third arbitrator. If the arbitrators nominated by Lufthansa and the Requesting Party cannot agree on the nomination of a third arbitrator, they shall ask the President of the International Chamber of Commerce ("ICC") to appoint the third arbitrator.

Case: Deutsche Bahn / EWS (2007)

- **Deutsche Bahn** pretende adquirir o controle da English Welsh & Scottish Railway Holding Limited
- **DB (2007)**: transporte de passageiros e cargas em linha férrea nos países da Alemanha, Itália, Holanda, Suíça e Dinamarca.
- **EWS (2007)**: sucessora da UK National Rail no transporte de cargas. Atuava no Reino Unido e na França.
- **Impacto** no mercado francês: DB possui incentivos para enfraquecer a competição existente na França entre a EWS e a SNCF, resultando no fortalecimento de uma posição dominante da SNCF.

Case: Deutsche Bahn / EWS (2007)

Compromissos apresentados para viabilizar o negócio:

- **o fortalecimento** de um plano de expansão das atividades da Euro Cargo Rail (ECR) uma subsidiária da EWS;
- **restrição** quanto ao uso de locomotivas da EWS pela DB na França;
- **o acesso** às instalações da ECR, de treinamento e manutenção, para quaisquer terceiros Entrantes no mercado francês, durante período determinado; e
- **cláusula arbitral** (fast-track) para disputas relativas ao cumprimento da obrigação de acesso às instalações da ECR.

Case: Deutsche Bahn / EWS (2007)

5. In the event that a third party claims that DB is failing to comply with the requirements of the Driver Training and Maintenance Commitment vis-à-vis that third party, the fast track dispute resolution procedure as described herein shall apply.
11. The Arbitral Tribunal shall consist of three persons. The Requesting Party shall nominate its arbitrator in the Notice; DB shall nominate its arbitrator in the Answer. The arbitrator nominated by the Requesting Party and by DB shall, within five working days of the nomination of the latter, nominate the chairman, making such nomination known to the Parties to the Arbitration and the Arbitral Institution which shall forthwith confirm the appointment of all three arbitrators.
15. The Dispute shall be finally resolved by arbitration under the Rules of the Arbitral Court of the International Chamber of Commerce, with such modifications or adaptations as foreseen herein or necessary under the circumstances (the “*Rules*”). The arbitration shall be conducted in Paris, France, in the English language.



Reflexos positivos no Brasil?

Caso: All Rumo (ACC nº 08700.000871/2015-32 - CADE)

Incorporação das ações da ALL pela Rumo (Cosan).

A operação foi notificada ao CADE em 2014.

A SG impugnou a operação por identificar impactos nos mercados de:

- produção e distribuição de açúcar,
 - produção e distribuição de combustíveis líquidos,
 - serviços logísticos para exportação de açúcar e
 - terminais portuários de grãos vegetais no Porto de Santos, tendo apontado possíveis problemas concorrenciais com relação aos três primeiros mercados.
- Nesse sentido, apontou que a Operação poderia criar incentivos para a adoção das seguintes condutas anticompetitivas: (a) adoção de estratégias de discriminação; (b) criação de dificuldades ao estabelecimento de players independentes em mercados verticalmente relacionados; (c) acesso a informações concorrenciaismente sensíveis de concorrentes; e (d) venda casada.

Caso: All Rumo (ACC nº 08700.000871/2015-32 - CADE)

Compromissos:

...a **garantia de acesso** e utilização das atividades relacionadas à Operação de maneira isonômica e não discriminatória, seja na oferta, na contratação e na prestação de:

- serviços de transporte ferroviário;
- serviços de transbordo;
- serviço de armazenagem; e
- serviço de elevação portuária.

E mais: compromisso de submissão das disputas à **arbitragem**.

Caso: All Rumo (ACC nº 08700.000871/2015-32 - CADE)

2.32. Caso o Usuário entenda que a resposta apresentada pelo Supervisor é insatisfatória, o Usuário poderá iniciar procedimento arbitral privado.

§ 1º. A NOVA COMPANHIA acatará, se satisfeita a condição do *caput*, todos os pedidos de arbitragem formulados pelos Usuários de serviço de transporte ferroviário.

§ 2º A decisão do Tribunal Arbitral será de constatação se a contratação e prestação do serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória, considerando-se a contratação e a prestação dos serviços com Partes Relacionadas.

§ 3º. O Tribunal Arbitral será constituído por 3 (três) árbitros, cabendo a cada uma das Partes a escolha de um árbitro. Os árbitros indicados pelas Partes deverão escolher em conjunto o terceiro árbitro, a quem caberá a Presidência do Tribunal Arbitral. Na hipótese de demanda com valor inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o Tribunal Arbitral poderá ser constituído por apenas 1 (um) árbitro a ser escolhido pelas partes.

§ 4º O processo arbitral não poderá ter duração maior do que 6 (seis) meses.

§ 5º. Os custos e despesas relacionados à arbitragem serão arcados pela NOVA COMPANHIA caso a decisão arbitral ateste discriminação.

§ 6º. As decisões arbitrais serão fornecidas ao CADE no relatório de auditoria indicado no item “I” abaixo.

2.33. O CADE não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação das suas decisões, e nem se obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada.

Caso: Bovespa / CETIP (ACC nº 08700.004860/2016-11 - CADE)

Ato de concentração entre Bovespa e CETIP.

A operação foi notificada ao CADE em 2016.

A SG impugnou a operação ao Tribunal do CADE com os seguintes fundamentos:

- formação de monopólio em alguns segmentos de balcão em que havia concorrência, ainda que incipiente, entre as Requerentes, embora seja relevante destacar que se trata de poucos segmentos, e muito pouco significativos em relação ao todo;
- eliminação da concorrência potencial entre as Requerentes em alguns segmentos, especialmente no mercado de balcão; e
- potencial elevação das barreiras à entrada de novos agentes nos mercados afetados, em razão de sua estrutura verticalizada e da possibilidade de caracterização de sua central depositária como *essential facility*.

Caso: Bovespa / CETIP (ACC nº 08700.004860/2016-11 - CADE)

Compromissos:

- Fixação **regras de acesso** aos mercados de bolsa e balcão;
- **Tratamento isonômico e não discriminatório** a IMFs;
- Comitê de Produtos e **Precificação e Participação** dos Clientes;
- Submissão das disputas à **arbitragem**.

Caso: Bovespa / CETIP (ACC nº 08700.004860/2016-11 - CADE)

2.8. As Compromissárias se comprometem a oferecer a Prestação de Serviços CSD em condições justas, transparentes e não-discriminatórias, o que inclui os termos e as condições contratuais de acesso a sua infraestrutura.

2.9. Para efeitos desse ACC “Prestação de Serviços de CSD” significa a prestação de serviços, pela central depositária da BVMF, de transferência de valores mobiliários objeto de operações compensadas e liquidadas por intermédio de outra IMF, bem como as funcionalidades acessórias para a prestação do serviço principal.

2.10. As Compromissárias se comprometem a empreender período de negociação de até 120 (cento e vinte) dias com qualquer interessado na contratação da Prestação de Serviços CSD.

2.11. Em caso de fracasso nas negociações, a parte interessada poderá acionar o mecanismo de arbitragem previsto nesta cláusula, para fins de solução de controvérsias (“Arbitragem”).

2.12. A Arbitragem será conduzida por tribunal arbitral composto por 3 (três) árbitros (“Tribunal Arbitral”) e será realizada na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, observando, no que for aplicável, o procedimento previsto no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Nos termos do mencionado Regulamento, cada parte indicará um árbitro para compor o Tribunal Arbitral, os quais indicarão, em conjunto, um terceiro árbitro que figurará como Presidente do Tribunal Arbitral.

Caso: Bovespa / CETIP (ACC nº 08700.004860/2016-11 - CADE)

2.13. O Tribunal Arbitral terá poderes para decidir sobre quaisquer aspectos relativos ao preço e/ou o escopo das regras de acesso à Prestação de Serviços CSD, desde que esses elementos tenham sido objeto de efetiva negociação entre as partes durante o período de negociação, com vistas a obter um acordo que seja comercialmente razoável.

2.14. A Arbitragem deverá ter duração razoável, preferencialmente inferior a 6 (seis) meses contados da constituição do Tribunal Arbitral.

2.15. A decisão do Tribunal Arbitral é irrecorrível e terá caráter vinculante para as Compromissárias, observado o disposto na regulamentação aplicável.

2.16. As Compromissárias deverão enviar cópia da sentença arbitral ao CADE e à CVM em até 5 (cinco) dias contados da ciência da decisão arbitral.

2.17. O CADE não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação de suas decisões, tampouco se obriga a se manifestar ou a tomar qualquer providência em relação às decisões arbitrais proferidas.

2.18. A arbitragem não vincula a CVM, que poderá, no âmbito do seu mandato legal e a seu exclusivo critério, aguardar o desfecho da arbitragem, mesmo que já lhe tenham sido submetidos assuntos relativos a políticas, regras, preços ou condições de acesso.

Brasil e OCDE: efeitos concretos de uma política pró-arbitragem

- acolhimento e aplicação das **boas práticas** propagadas pela OCDE
- **estímulo às arbitragens** comerciais com componente concorrencial no Brasil
- necessidade de visão **estratégica**
- **desenvolvimento**



Obrigada.

maria@barrettorost.com.br