

**PAINEL 2**



## ABERTURA

**Mauro Grinberg:** Muito boa tarde. Antes de dar início à sessão, gostaria de dar aqui dois avisos em nome da diretoria do IBRAC. O primeiro deles é que isso que vocês estavam vendo antes, no quadro, eram DVDs de Seminários que o CADE fez, de todos os Seminários do CADE, que em breve estarão à venda. O outro aviso que eu tenho a fazer é que logo após esta sessão, teremos a distribuição dos prêmios ESSO, e eu peço a todos que fiquem no recinto e que prestigiem os escritores que se dedicam ao estudo do Direito da Concorrência.

Vamos então dar início a esta sessão fazendo inicialmente a apresentação dos expositores. Vamos tratar de cartéis, e eu vou apresentar os três expositores de uma só vez, de modo que depois cada um deles irá se sucedendo junto ao microfone. À minha esquerda, Dr. Ricardo Cueva, que é LL.M. em Harvard, Ph.D. em Frankfurt, Procurador da Fazenda Nacional, hoje Conselheiro do CADE, mas que, na qualidade de Procurador da Fazenda Nacional já representou a União junto ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. À minha direita imediata, a Dra. Bárbara Rosenberg, já bem conhecida de todos vocês, que é LL.M. em Berkeley e Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direitos Econômicos, que todos vocês já conhecem. A grande novidade do currículo dela é que há poucos dias ela obteve o seu doutorado, o que talvez tenha sido um alívio, mas também pode ser o início de uma outra carreira. À minha direita, ao lado da Dra. Bárbara, Martin Low, nosso velho amigo do IBRAC, que é MBA em Economics em Toronto, LL.M. em Cambridge, diploma de International Law (Direito Internacional) em Haia, representou contra diversos casos de acusações de cartéis somando cerca de US\$ 150 milhões de multas, e hoje sócio do escritório McMillan Binch sediado em Toronto, no Canadá.

Quero também esclarecer as ausências deste escritório: uma delas a do Dr. Ruy Santacruz, que não pôde vir por motivos absolutamente justificados, e de Martijn Snoep, da Holanda, que me passou e-mail na véspera de virmos para cá dizendo que acabara de falecer seu avô, que efetivamente o havia criado, de modo eu tenho a certeza de que todos considerarão justificadas as ausências, e todos nós certamente passaremos as nossas condolências a Martijn Snoep.

Dito isto, podemos passar imediatamente às exposições deste Painel sobre cartéis, que será um Painel mais curto do que o habitual porque nós temos menos expositores, mas cada um poderá falar um pouquinho mais do que havia sido previsto, de modo que eu serei menos cruel na contagem do tempo. Dr. Ricardo Cueva, por favor.

**Ricardo Cueva:** Eu queria antes de tudo agradecer o convite feito pelo IBRAC e especialmente ao Mauro, que é meu colega de Procuradoria desde que eu entrei, na verdade, na Procuradoria em Brasília e em São Paulo.

Queria lembrar, para começo de conversa, uma anedota que eu ouvi hoje do Luiz Fernando, no café-da-manhã. O Ministro Eros Grau recentemente disse que a palestra mais curta que ele havia ouvido era sobre cobras na Austrália. Como não há cobras na Austrália, bastou esta frase e estava dada a palestra. Eu não diria que a minha seja tão curta; talvez seja uma palestra sobre cobras na Irlanda, onde também não há cobras, mas há pelo menos uma lenda de que São Patrício exterminou as cobras.

Eu realmente não preparei nenhuma apresentação em PowerPoint, porque previa que tivéssemos um debate entre cinco pessoas, inclusive com um economista, que poderia dinamizar um pouco a questão, mas eu prometo ser breve.

A relação entre autoridade da concorrência e Poder Judiciário, ou melhor, o controle jurisdicional das decisões administrativas emanadas das autoridades antitruste, tem sido objeto de discussão em vários países. Questiona-se, sobretudo, a natureza e a extensão do controle que os magistrados exercem sobre os atos administrativos. Em outras palavras, indaga-se se o controle jurisdicional é externo ou se pode adentrar o próprio mérito da decisão. No plano teórico, há argumentos nos dois sentidos. No plano prático, os argumentos tendem a girar em torno da alegada falta de especialização dos juizes. Nenhum dos argumentos permite chegar a conclusões inequívocas. No Brasil, essa discussão tem sido especialmente relevante em vista das ações judiciais em que se questionam decisões do CADE, sejam elas referentes ao controle dos atos de concentração, sejam elas voltadas à repressão de infrações à ordem econômica. Também aqui não é possível obter respostas claras quanto ao alcance do controle jurisdicional das decisões administrativas, até porque as poucas decisões judiciais existentes pendem ainda de exame nos tribunais superiores.

Para melhor entender o problema, proponho uma questão mais específica: quais são as condições de exigibilidade das decisões condenatórias do CADE, ou seja, quais são as condições necessárias para que as decisões que aplicam sanções nos processos administrativos instaurados para reprimir infrações à ordem econômica resistam ao controle jurisdicional? Deixarei de lado, portanto, os atos de concentração e centrarei a atenção nos processos administrativos punitivos. Procurarei demonstrar que, nesse campo, há muito que aprender com o direito administrativo sancionador, o qual abrange todas as áreas em que o Estado, no exercício de seu poder de polícia, aplica sanções.

O primeiro ponto a enfatizar é a necessidade de reforma do regimento interno do CADE, no sentido de adaptá-lo ao direito administrativo sancionador. Como se sabe, o processo administrativo foi até certo ponto equiparado ao processo judicial na Constituição de 1988, na medida em que, no art. 5º, LV, que assegura aos acusados em processo administrativo “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Mais recentemente, a Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou ao art. 5º o inciso LXXVIII, visando garantir a todos, no âmbito judicial ou administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Não há dúvida, assim, de que o processo administrativo deve obedecer ao devido processo legal, tanto em sentido formal como em sentido material. Vale dizer: o processo administrativo deve obedecer *pelo menos* aos princípios do contraditório e da ampla defesa (sentido formal), devendo atentar, ainda, para requisitos substantivos, como os princípios da proporcionalidade e da eficiência (sentido material). Com isso, caracterizou-se claramente na doutrina e na jurisprudência que os antes denominados “procedimentos administrativos” têm natureza de processos administrativos, e que devem sujeitar-se ao devido processo legal.

É claro que subsistem procedimentos de natureza inquisitorial, como os inquéritos administrativos ou averiguações preliminares, que, espelhados nos inquéritos policiais, destinam-se a coligir os indícios e as provas minimamente necessários à instauração do processo administrativo. Neles não há e nem poderia haver contraditório. Mas nem por isso há prejuízo para o administrado. Ao contrário, sua existência justifica-se exatamente para que a Administração possa investigar as inúmeras informações e denúncias que recebe, formulando acusações somente quando estritamente necessário, sem impor ao administrado o ônus de se defender em processo administrativo.

De todo modo, tem-se que a Lei 9.784/99, a lei do processo administrativo, baliza o que seja devido processo legal no âmbito administrativo. O regimento interno do CADE, no entanto, não foi ainda adaptado às inovações da lei. Basta mencionar, como um exemplo entre muitos, a participação no processo dos terceiros interessados, que é um problema mais freqüente nos atos de concentração do que propriamente aos processos para punição de condutas anticoncorrenciais, mas de qualquer modo é uma questão ainda não equacionada. A lei de processo administrativo, em seu art. 9º, claramente dá legitimidade para que os terceiros interessados intervenham no processo, mas isso não encontrou no CADE ainda uma disciplina muito eficaz. Situações como essa mereceriam um tratamento mais adequado no regimento.

Outra possibilidade, freqüentemente discutida, seria a criação, no regimento interno, de um rito próprio para a punição das condutas anticoncorrenciais.

De um lado, haveria um rito de jurisdição voluntária para os atos de concentração. De outro, um rito adequado ao direito punitivo, ao qual se aplicaria subsidiariamente não apenas o Código de Processo Civil, mas também o Código de Processo Penal, o que, entretanto, por depender de alteração da lei, não poderia ser feito num horizonte tão curto.

No que tange especificamente à repressão das condutas anticoncorrenciais, ou seja, ao direito punitivo, percebe-se no ainda pequeno repertório de decisões do CADE que não houve uma absorção plena do direito administrativo sancionador como norte das deliberações, especialmente quanto à aplicação de princípios de direito penal e de processo penal. Por isso, impõe-se uma rápida comparação entre o direito administrativo sancionador e o direito penal. Na doutrina, tanto nacional – e aqui vale lembrar o livro de Fábio Medina Osório, “Direito Administrativo Sancionador” – quanto européia, postula-se a unidade do *jus puniendi* estatal. Fala-se numa unidade substancial, principiológica, das normas penais e das normas administrativas repressoras, e não, é claro, numa unidade plena. Enquanto no direito penal predominam os tipos fechados, no direito administrativo predominam os tipos abertos, sobretudo no direito da concorrência. A prova da volição ou do elemento subjetivo também é substancialmente diferente no direito penal, que dá ênfase maior ao dolo ou ao dolo eventual, sendo os ilícitos de negligência, que envolvem culpa, uma minoria. Já no direito administrativo sancionador fala-se quase sempre em culpa ou, no máximo, em culpa grave como requisito necessário para a punição. No direito administrativo sancionador, de um modo geral, nos diversos setores onde há o exercício do poder de polícia do Estado, constata-se uma tendência à criação de tipos que reflitam ilícitos de mera conduta ou de perigo e que não exijam uma prova tão completa como nos ilícitos de resultado. Recentemente num seminário sobre o sistema financeiro, por exemplo, discutiu-se o futuro da Instrução Normativa CVM nº 8, que foi editada nos primórdios da Comissão de Valores Mobiliários para punir casos de fraudes, de simulação, casos em que não há como de antemão especificar qual o tipo de conduta que está sendo punida, e que, portanto, tem que ser um tipo necessariamente aberto. Verificou-se ali que essa norma contém um tipo de encerramento, ou tipo de reserva, necessário para os casos em que houver manifesta má-fé, manifesta intenção de causar dano ao mercado. Mas a tendência é substituí-lo por tipos de mera conduta, tipos que reflitam a falta de zelo, a falta de cumprimento de certas normas essenciais daquele ramo do direito. É que tais ilícitos têm uma apuração muito mais simplificada e admitem até ritos sumários de apuração, sendo, em princípio, mais adequados para garantir, por exemplo, a higidez do sistema financeiro do que os ilícitos de resultado, que demandariam uma apuração mais lenta e custosa. Assim, em vista do princípio da eficiência administrativa, é possível justificar uma

reorientação dos tipos infracionais administrativos, no sentido de uma simplificação. Mesmo no direito da concorrência, no qual a chamada regra da razão tem ampla aplicação, pode-se identificar uma tendência a simplificar os tipos infracionais ou, ao menos, a criar tipos que ensejem apuração mais abreviada. Cito como exemplos o texto de Martin Low, apresentado neste seminário, bem como o texto da conferência proferida recentemente na Fordham University pela comissária do Bureau Canadense de Concorrência, no qual se fala claramente na necessidade de criar um tipo infracional que permita punir os cartéis *hardcore*, ou cartéis clássicos, *per se*, isto é, independentemente de uma longa e custosa dilação probatória.

Uma outra característica importante do direito administrativo sancionador, para lembrar mais uma vez o livro de Medina Osório, é a incidência do princípio constitucional da culpabilidade, que pressupõe a evitabilidade do ilícito, isto é, a possibilidade de o fato ser evitado, e remete às noções de exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa, as quais lastreiam as clássicas excludentes de ilicitude, como a legítima defesa, o estado de necessidade ou o estrito cumprimento de dever legal. No direito punitivo, portanto, a responsabilidade é sempre subjetiva. A Constituição, ao assegurar a dignidade da pessoa humana, os princípios da pessoalidade e da individualização, o devido processo legal e os demais direitos e liberdades fundamentais estatuídos no direito internacional e no próprio texto constitucional, não admite a responsabilidade objetiva na seara punitiva, seja penal, seja administrativa. Aplicar o princípio da culpabilidade no direito da concorrência leva de imediato à questão de como interpretar o art. 20 Lei 8.884, o qual dispõe que os ilícitos anticoncorrenciais serão caracterizados independentemente de culpa. Não há falar aqui em responsabilidade objetiva, pelas razões já apresentadas, mas de inversão parcial do ônus da prova. Por certo, a autoridade tem o ônus de provar a autoria e a materialidade do ilícito, mediante a apresentação dos indícios que comprovem o nexo de causalidade entre a conduta e a lesão ou o risco de lesão à concorrência, mas não precisa provar a culpa do acusado. Cabe a este apresentar os contra-indícios que excluam a ilicitude de sua conduta. Portanto, a lei, ainda que afaste a necessidade da prova da culpa para a caracterização do ilícito, permite que o acusado apresente contraprova, no sentido de que seu agir não era evitável ou de que não se revestia de antijuridicidade. O princípio da culpabilidade tem por corolários, ainda, os princípios da pessoalidade e da individualização da sanção, os quais são contemplados dentre os critérios para a dosimetria da pena previstos no art. 27 da Lei 8.884.

Quanto à prova indiciária, não há dúvida de que o indício – definido no art. 239 do Código de Processo Penal como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência

de outra ou outras circunstâncias” – é um meio legítimo de prova, tanto no processo penal como no direito administrativo sancionador, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Dois casos recentemente julgados no CADE permitem ilustrar a aplicação da prova indiciária no direito antitruste brasileiro. O primeiro é o processo em que se condenou um acordo de concorrentes numa cidade-satélite em Brasília para distribuição de gás de cozinha. Nesse caso, houve uma ampla coleta de depoimentos pela SDE que permitiu afirmar, sem margem a dúvida, que os distribuidores de gás de cozinha haviam chegado a um acordo claro para fixar o preço. A prova indiciária foi acolhida no Conselho por unanimidade, sem qualquer discussão. Fala-se aqui, portanto, em prova indireta, prova por indícios, prova circunstancial; não houve nenhum documento, nenhuma ata, nada que pudesse provar diretamente a colusão. A decisão, a seu turno, fundou-se em precedentes do CADE. O segundo caso diz respeito ao cartel da ponte-áerea, que envolvia quatro companhias de aviação, uma das quais já não existe mais - a Transbrasil -, que operavam no trecho Santos Dumont-Congonhas, e, em 1999, decidiram aumentar o preço de forma paralela. Quais eram as provas dos autos? Havia a prova de uma reunião secreta realizada em hotel entre os dirigentes das quatro empresas e, mais importante, o aumento realizado de maneira paralela no mesmo percentual, seis dias depois dessa reunião. Houve uma imensa discussão sobre o sistema chamado ATPCO (Airline Tariff Publishing Company), de divulgação das tarifas, que é usado tanto pelas empresas áreas quanto pelos agentes de viagem, mas essa discussão no fim acabou sendo afastada porque não tinha sido objeto de contraditório. O argumento decisivo para punir as empresas acusadas foi, na verdade, a doutrina do paralelismo plus, pois se provou que, além da reunião - que a rigor não seria necessária como elemento de prova para determinar a existência do cartel -, havia uma série de indícios a serem levados em conta, os quais não foram objeto de uma contraprova bem-sucedida. Vê-se, aqui também, que a prova indiciária permite estabelecer um juízo de reprobabilidade, mesmo na ausência de prova direta.

A admissibilidade da prova indiciária no CADE conduz à errônea contraposição entre ilícito *per se* e regra da razão. Na doutrina brasileira, Calixto Salomão e Luis Fernando Schuartz demonstram tratar-se de uma falsa dicotomia: qualquer tratamento jurídico de um ilícito é de antemão um tratamento *per se*, na medida em que, preenchido um certo requisito fixado pela norma, e desde que o julgador se sinta suficientemente convencido a motivar sua decisão, caracteriza-se um ilícito *per se*. Na verdade, há um contínuo entre esses *standards* probatórios. No limite, pode-se imaginar dois exemplos de cartel. No primeiro, há uma prova direta, cabal, da existência do cartel, como uma ata assinada por seus membros. Provada a materialidade da colusão, é dispensável a demonstração da concretude

dos efeitos e da racionalidade da conduta. No segundo, não se encontra nenhuma prova direta da existência do cartel, mas há indícios que demonstram que o comportamento dos agentes somente pode ser explicado pela hipótese de um acordo entre concorrentes. Nos dois exemplos, é possível, em tese, sustentar a caracterização do ilícito anticoncorrencial. O que muda é apenas o *quantum* probatório necessário a motivar a condenação. É claro que o uso da chamada regra da razão, isto é, dos princípios da razoabilidade e da adequação, é útil não apenas para caracterizar a materialidade do ilícito, como também para determinar a dosimetria da pena, que deve ser fixada sempre em atenção às peculiaridades do caso concreto e do princípio da proporcionalidade.

Se quisermos “blindar” as decisões proferidas nos processos instaurados para punir as condutas anticoncorrenciais, é preciso, ainda, que a portaria ou o despacho inaugural contenha uma narração o mais completa possível do fato, lembrando sempre aquele princípio de que o julgador decide sobre os fatos e não sobre o direito, podendo até mesmo fazer a *emendatio libelli*, pode requalificar o ilícito, dependendo do caso, se o processo em seu desenrolar se configurar inadequado para aquele tipo infracional indicado na portaria inaugural ou no despacho do secretário.

Com essas breves considerações, espero ter conseguido demonstrar que o direito administrativo sancionador tem muito a contribuir para o incremento da efetividade dos processos instaurados para reprimir condutas anticoncorrenciais, os quais tendem a se tornar mais frequentes e relevantes com o amadurecimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

**Bárbara Rosenberg:** Boa tarde a todos. Antes de mais nada, gostaria de agradecer ao IBRAC, uma vez mais, a oportunidade de estar participando do Seminário Anual de Defesa da Concorrência, que reputamos da maior relevância. A Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) entende, aliás, que não só é um privilégio poder estar aqui, como é uma obrigação: por constituir uma autoridade pública, tem o dever de prestar todas as informações relativas às atividades que desenvolve, dar transparência a essas atividades para, em última instância, justificar a forma como a SDE vem alocando seus recursos. Grandes esforços têm sido feitos pela SDE no sentido de investigar e punir condutas anticoncorrenciais, em particular os cartéis, prática tão deletéria ao mercado e a economia. O objetivo, agora, é que isso resulte efetivamente em um maior volume de casos sendo encaminhados ao CADE e, obviamente, na medida em que esses casos estejam mais bem instruídos, que este esforço investigativo resulte em mais condenações. O ideal, aliás, seria que não houvesse infrações à ordem econômica e, que, por conseqüência, não buscássemos aumentar o número de condenações. No entanto, dado que infrações existem, o nosso objetivo é identificá-

las e investigá-las de forma efetiva, de maneira que o CADE receba processos com evidências fortes e efetivas. Julgamos imprescindível instruir bem os casos não só para que CADE possa ter elementos suficientes para condenar, mas também fazê-lo dentro de toda a legalidade, para garantir que essas decisões sejam mantidas no Judiciário. Este, aliás, tem sido um foco constante de preocupação da SDE desde o início do ano passado: no tocante aos procedimentos que vêm sendo adotados dentro da Secretaria, posso garantir que temos nos esforçado para que todas as provas sejam colhidas respeitados os princípios de legalidade, garantindo-se a lisura de todos os procedimentos e a garantia dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Para ilustrar esse cenário, o que eu gostaria de discutir hoje com vocês é um aspecto específico relativo à prática de cartéis. Na literatura atinente ao tema, é comum encontrarmos referências a mercados que, dadas suas características, normalmente não seriam suscetíveis à formação de cartel. Uma das características de mercado apontada em livros texto como mercados em que a cartelização é considerada difícil refere-se àqueles mercados extremamente pulverizados. Diz-se que mercados que têm um elevado número de empresas tendem a ser concorrenciais, pois a coordenação seria extremamente difícil. Nesse cenário, portanto, um mercado formado por vinte empresas, por exemplo, seria um mercado que não suscitaria *a priori* maiores preocupações para a autoridade de Defesa da Concorrência. No entanto, do ponto de vista das empresas que ali atuam, a perspectiva pode ser diferente. Ao observar que existe concorrência no mercado e que, em razão disso, o preço tende a ser competitivo e as margens comprimidas, as empresas poderiam tentar buscar o que eu chamei – ali no *slide* – de uma solução “inteligente” para esse assunto, com vistas a melhorar suas margens. Mais uma vez, qualquer livro-texto começa dizendo que um cartel tem poucas empresas que dele participam, mas, possivelmente, se uma solução inteligente para o assunto for encontrada, é possível que o comportamento dos preços melhore sob a ótica das empresas, ajudando, em última instância, a recompor as margens que seriam erodidas com a concorrência.

Vamos pensar, por exemplo, num mercado em que o preço venha caindo de forma muito clara durante um período de quatro anos - vamos usar uma estatística de preços deflacionados pelo índice do IBGE. Diante dessa situação, as empresas que fazem parte desse setor vão dizer: “Precisamos recompor a margem, mas para isso vamos precisar fazer um estudo aprofundado de mercado, será necessário conhecer as empresas que nele atuam, saber quais são os volumes de produção de cada agente, quais são os preços e custos e elaborar projeções e estatísticas. A partir desse cenário, será possível às empresas fazer uma análise que permita, em última

instância, recuperar margens por meio da divisão de mercados, estipulação de volume de vendas, direcionamento de clientes ou até, se for o caso, restrição da produção. Por que? Porque se essa prática for bem planejada e monitorada, é possível que essa coordenação entre empresas concorrentes resulte em aumento de preços e/ou recomposição de margens, já que os preços passarão a ser supracompetitivos”.

Se houver barreiras à entrada nesse mercado, a situação tende a ser ainda mais simples, uma vez que, ainda que as empresas existentes coordenem suas práticas e acabem vendendo a preços mais altos, será difícil que terceiros ingressem no mercado vendendo os produtos por valores competitivos. Então, apenas para dar um exemplo (isso está ilegível nos slides, vez que escrito à mão), posso ler para vocês essas anotações que sugerem medidas para “coordenar” mercados que tenderiam a ser competitivos. As medidas seriam: (i) o estabelecimento de cotas dentro desse mercado; (ii) o monitoramento e o conhecimento desse mercado; (iii) o estabelecimento de carteiras de clientes; e (iv) o estabelecimento de algumas regras necessárias para o funcionamento desse mercado coordenado. Em outras palavras, poderia dizer que o que está na tela e sendo aqui descrito consistiria em uma espécie de “manual básico” para o funcionamento de um cartel. Por meio dessas práticas, possivelmente o que esse setor estaria buscando, teria como *visão* é a construção de um setor equilibrado, fundado no trabalho em grupo. A *missão* desse grupo, portanto, seria gerenciar o mercado com vistas a um aumento de *market share* do grupo, buscando maximizar o resultado total. Assim, os valores que teriam que permear esse acordo entre os concorrentes (não esqueçamos que estamos falando em um grupo de empresas que, em tese, seriam concorrentes, mas que estão atuando de forma não-concorrencial) seriam a integridade, a confiança, o respeito e a harmonia. Esses valores são fundamentais, uma vez que, no limite, como todos sabemos, o cartel é um arranjo intrinsecamente inestável e, portanto, precisa de regras muito claras, muito bem-estabelecidas, para o seu bom funcionamento.

**Arthur Badin (Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico):** Mas, Bárbara como é que esse grupo de 20 pessoas pode introjetar esses valores de integridade, confiança, respeito, harmonia se há um grupo tão grande, tão eclético de pessoas e de empresas?

**Bárbara Rosenberg:** Esse é, de fato, Badin, um ponto extremamente sensível e que é um dos pontos centrais de qualquer livro-texto. Um cartel, para funcionar devidamente, deve de fato introjetar tais valores nos seus membros, por meio de métodos e procedimentos claros, bem definidos, de forma que a prática de coordenação se justifique.

Algumas alternativas seriam, por exemplo, que esse grupo de empresas se reunisse e estabelecesse metas claras de aumentar sua participação de mercado de, por exemplo, 68% para 75%. Estratégias de definição de preço e visão de mercado também poderiam ser compartilhadas. É importante ressaltar, no entanto, que essas empresas, ao se reunirem, deveriam ser cuidadosas ao identificar o escopo de suas reuniões, já que, cientes da ilicitude de um cartel, não faria sentido denominar o encontro de “Reunião para formação de cartel”. Por outro lado, um nome possível, bem mais discreto, poderia ser, por exemplo, “Curso avançado de vendas para dirigentes”. Esse curso avançado de vendas, que poderia reunir-se semanal ou mensalmente, conforme o caso, poderia ter por escopo definir procedimentos muito claros e muito específicos para a prática de todos os participantes do “curso”. Poderia ser ali ensinado, entre outros, a lidar com *softwares* que auxiliassem na divisão e monitoramento de mercado. Para tanto, esse “curso” poderia contar com representantes de empresas e envolvidas que se reunissem semanalmente ou mensalmente, estabelecendo-se, ainda, regras estritas com relação ao não-comparecimento: quem não comparecesse à reunião, por exemplo, não poderia opinar posteriormente ao que foi ali deliberado. Seria fundamental, logo de início, que os clientes fossem claramente identificados e então, alocados os clientes às empresas a partir dessa lista. Divididos os clientes, seria fundamental que tais regras fossem estritamente respeitadas e observadas, como uma “Bíblia”, já que sua observância é quase um dogma para garantir o funcionamento de qualquer coordenação. Mais do que isso, seria possível estabelecer diversos mecanismos no que toca à participação nas reuniões, definindo tratamentos específicos com relação à atuação junto a clientes, observadas, inclusive, suas características específicas. Se o produto objeto do cartel fosse utilizado em obras públicas, e vendido por meio de licitações, seria interessante pensar também em regras específicas, de forma a garantir que a empresa a quem cabe o cliente ganharia a licitação, sem impugnações ou concorrência das demais. Um aspecto de implementação que poderia garantir os resultados pretendidos seria que, uma vez definido a quem caberia o cliente, todas as outras empresas ofereceriam preços superiores, dando-se assim o “preço de cobertura” necessário para garantir a alocação, o direcionamento, de clientes. Por outro lado, caso algum cliente opte por pagar esse “preço de cobertura”, a venda deve ser realizada, para não levantar maiores suspeitas. Posteriormente, se for o caso, as partes voltam a equalizar as participações.

Além disso, já que está havendo uma troca de informações para dividir mercado, por que não colaborar mútua e reciprocamente informando aos demais quem são os maus pagadores. Cabe pensar: “Puxa vida, se a minha empresa foi prejudicada por um mau pagador, por que não passaria essa informação relevante ao meu concorrente que, em tantas outras circunstâncias, tem me ajudado?”.

Para facilitar a divisão e o monitoramento, uma idéia seria atribuir números às empresas e, se fosse o caso de obras públicas, por exemplo, também defini-las com códigos ou numerações, de forma a garantir a efetividade da divisão desse mercado. Esta dinâmica poderia, de fato, auxiliar na organização do mercado, garantindo seu funcionamento harmônico. Claro que para isso Serpa imprescindível o cartel definir normas de representatividade dos membros, fixar cotas de mercado, realizar assembleias deliberativas e, por que não, poderia ter ele um “comitê gestor”. Na medida em que o cartel seja organizado e gerido por tal comitê gestor, elevam-se as chances de ser ele implementado da forma devida, já que este zelaria pela perenidade do programa, poderia estabelecer um sistema para eliminar conflitos, além de buscar garantir o sigilo e a segurança do programa. Evidentemente, a temática do sigilo é recorrente, além de ser um elemento central, da maior importância quando se fala de cartéis.

Ainda na linha de definir procedimentos, por que não pensar em procedimentos de rateio de despesas, de direcionamento de clientes e de regras sobre adesões e desistências de membros, definindo-se quem poderia entrar ou não nesse sistema. No tocante à divisão de mercado, por exemplo, pode ser estabelecido que haverá mensalmente uma assembleia na qual será determinada a estimativa de mercado para o mês seguinte, atribuindo-se quantidades específicas a cada membro, que se comprometerão a cumprir o acordado. Mais do que isso, por que não cogitar de um acompanhamento sofisticado de vendas, pelo qual as empresas se comprometam a informar diariamente, no dia subsequente à venda realizada, tudo aquilo que foi vendido no dia anterior. Além disso, é evidente que é necessário um sistema de auditoria que garanta essa credibilidade do sistema também.

Contudo, ainda que os valores de “integridade, confiança, respeito, harmonia” dentro do grupo sejam seu pilar, é importante que haja penalidades para o caso de descumprimento das normas do cartel. Se, por hipótese, houvesse desrespeito à alocação de um cliente, que resultasse na invasão de uma obra direcionada, seria fundamental que aquele que descumpriu fosse punido. Por exemplo, se determinada obra foi direcionada para uma empresa e outra empresa acabou não “dando cobertura” e ficou com a obra para si, poder-se-ia cogitar de uma pena de R\$ 1.000,00, sendo que 80% iriam para o prejudicado e 20% iriam para o caixa que custeia e é responsável a “organização” do grupo. As penalidades podem, ainda, ser mais detalhadas. Podem ser previstas, ainda, uma série de outras penalidades em caso de falta de fornecimento de dados ou de envio de dados falsos, porque – repito – os elementos de “segurança” e “confiança” são vitais, fundamentais para a existência e estabilidade do cartel.

Se quiséssemos sofisticar ainda mais os procedimentos para o cartel, poder-se-ia cogitar que todas as informações que comentava fossem organizadas e oferecidas em “pacotes” diferentes aos membros. Dentro de uma associação ou de um sindicato, por exemplo, alguém poderia ter interesse de simplesmente ter acesso a estatísticas de mercado, hipótese em que adquiriria o “Pacote de Informações de Mercado”; outros, poderiam querer um “Pacote de Consórcio”, mais abrangente, que seria destinado a implementar junto às empresas participantes a fixação do *market share* dentro de um consórcio de comercialização, estabelecendo claramente uma divisão de mercado e a efetiva implementação de cartel.

A fim de garantir, ainda, que as práticas, os procedimentos e as dinâmicas sejam efetivamente introjetados e inculcidos nos gerentes ou diretores das empresas participantes, seria conveniente pensar em estratégias de dinâmica de grupo, por exemplo. Iniciada uma dinâmica de grupo, seria sugerido ao grupo que cada participante escrevesse em pedaços de cartolina, frases com propostas de mecanismos que permitissem levar adiante o objetivo de coordenação pretendido. Nessa linha, talvez surgissem propostas como: “respeitar o acordado, não roer a corda”, “respeitar 100% a tabela”, “termos uma central de vendas administrada pela mesa visando ao equilíbrio de cotas”, “toda a programação deve ser descarregada na mesa para que obviamente possa fazer essa distribuição”, “criar um mecanismo de repasse para reajustes de frete”, “concentrar mercado”, “equilibrar oferta e procura”, “combater não-alinhados”, “combater não-alinhados, mas não com redução de preço”. Como mencionado, inculcida a lógica do cartel, tais sugestões poderiam surgir como propostas dos próprios gerentes.

Vocês podem estar se perguntando o que eu acabei de expor aqui, caberia indagar por que a diretora do DPDE “ensinaria” alguém a organizar um cartel. Esse, definitivamente, não é o caso. Na verdade, o que gostaríamos na SDE é de desencorajar, a qualquer custo, que esse tipo de prática ocorresse – esse aliás, é meu dever legal. Ocorre que, por mais curioso e caricatural que a descrição que acabo de fazer pareça, o fato é que todos os documentos que acabei de descrever a vocês, foram documentos apreendidos pela Secretaria de Direito Econômico na primeira ação de busca e apreensão realizada no Brasil nos termos da Lei 8.884/94. Essa busca foi realizada, com a devida autorização judicial, em julho de 2003 do ano passado.

No entendimento da SDE, a utilização deste instrumento de investigação [busca e apreensão] revelou-se fundamental e imprescindível, na medida que permitiu colher fortíssimas evidências que apontam, no entendimento desta SDE, para a existência de um sofisticado cartel. Após um ano e quatro meses de intenso trabalho de análise e investigação, ouvidas as partes envolvidas e analisados todos

os fatos e indícios coligidos, a SDE concluiu sua investigação e encaminhou ao CADE, nesta semana, parecer com sugestão de condenação das partes envolvidas. O parecer, tornado público esta semana – e contendo documentos também públicos – obviamente ainda será objeto de análise e julgamento pelo CADE. No entanto, já tendo a SDE formado seu convencimento, e assim se manifestado nos precisos termos da lei, viu-se compelida a reiterar sua declarada missão de não medir esforços para combater a conduta anticoncorrencial potencialmente mais nociva à economia e aos consumidores, qual seja, o cartel.

Em outras palavras, entendemos que narrar resultados de nosso trabalho é parte de nosso dever de prestar contas para a comunidade do IBRAC, que tem acompanhando tão de perto o trabalho do Sistema de Defesa da Concorrência – precisamos justificar a forma na qual temos alocado os escassos recursos públicos de que dispomos, com vistas a justificar nossa atuação, na busca constante da promoção de bem estar. Voltando ao comentário que o Dr. Pedro Dutra fez esta manhã à Dra. Elizabeth Farina, sobre a necessidade de que os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tenham claramente definida sua finalidade, bem que prestem contas de suas atividades, diria, com candura, que o que fiz aqui hoje visava atender a ambos os comentários. No ano passado, também por ocasião do Seminário do IBRAC, tive a oportunidade e o privilégio de estar presente em uma mesa que tratava de cartéis. Naquela ocasião, deixei clara qual entendíamos ser nossa missão, bem como narrei o que a equipe da Secretaria de Direito Econômico vinha fazendo para essa finalidade. Na medida que o combate a cartéis colocava-se como prioridade de nossa atuação, explicitiei as novas técnicas de investigação que começávamos a implementar, tais como a realização de buscas e apreensão, a adoção de acordos de leniência, a implementação de acordos de cooperação com a polícia, Ministério Público e autoridades estrangeiras. Citei, também, a relevância que atribuímos à criação de programas de compliance pelas empresas e as medidas de fomento criadas pela Secretaria.

O Dr. Ricardo Cueva, neste painel, já resaltou, com absoluta propriedade, a importância e necessidade de que provas efetivas sejam obtidas de forma legal. Nesse sentido, gostaria de ressaltar, uma vez mais, que a SDE tem sido particularmente zelosa na observância dos procedimentos adotados e, no caso narrado, isso restou claro na medida em que os documentos que instruíram o processo foram coligidos a partir de autorização de judiciário paulista em ação cautelar de busca e apreensão, tal como preceitua o art. 35-A da Lei 8.884. Diante disso, é importante ressaltar que o esforço conjunto que a equipe do DPDE vem demonstrando até o presente momento continuar – e aqui faço questão de deixar registrado o extraordinário empenho e dedicação dessa equipe. Se o caso hoje narrado é um dentre os

tantos casos que vem ocupando a pauta de trabalho da SDE, devemos frisar que não serão medidos esforços para que nossas atribuições sejam cumpridas, com vistas a buscar, em conjunto com a SEAE e o CADE, o fortalecimento institucional do Sistema de Defesa da Concorrência.

Eram, então, esses os comentários e fatos que gostaria de apresentar hoje, tendo certeza que teremos oportunidade de voltar a alguns destes pontos durante o debate. Por fim, gostaria de agradecer mais uma vez a oportunidade de participar desta mesa e, em especial, aproveitar para fazer um agradecimento público à equipe da SDE, ao Secretário, Daniel Goldberg, e ao seu chefe de gabinete, Arthur Badin, pois é de fato gratificante ver como este trabalho conjunto tem começado a gerar bons resultados. Muito obrigada.

### SLIDE 1

10º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA  
IBRAC

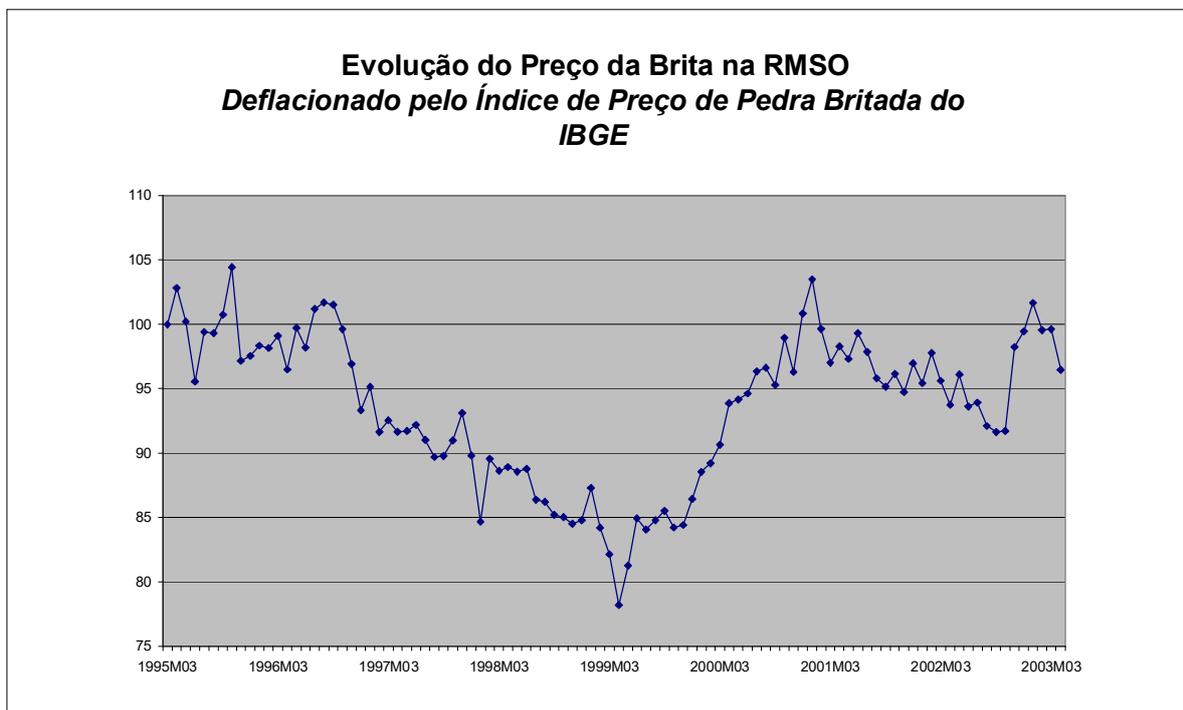
Barbara Rosenberg  
Departamento de Proteção e Defesa Econômica  
Secretaria de Direito Econômico  
Ministério da Justiça

### SLIDE 2

COMO ORGANIZAR UM CARTEL EM MERCADOS POUCO CONCEN-  
TRADOS

- Mercados pulverizados tendem a ser concorrenciais => preços baixos
- É necessário procurar uma “*solução inteligente para o assunto*”
- A troca de informações entre empresas tende a “melhorar o comportamento dos preços” e, com isso, ajudar a recompor a margem

## SLIDE 3



## SLIDE 4

**COMO ORGANIZAR UM CARTEL EM MERCADOS POUCO CONCEN-**  
**TRADOS (CONT.)**

- Necessário realizar estudos do mercado, conhecer as empresas, clientes, volumes de produção, preços e elaborar estatísticas
- Esta análise do mercado permitirá:
  - *Dividir de mercados;*
  - *Estipular volume de vendas;*
  - *Direcionar vendas; e*
  - *Controlar e (se for o caso, restringir) produção.*
- Se bem coordenado e monitorado, deverá resultar em aumento de preços
  - *Barreiras à entrada corroboram esta perspectiva*

### SLIDE 5

Meta  
③ Alcançar preço médio final 100 de R\$ em 05/2/2020

④ Estratégia → Ordenação do mercado  
→ contagem

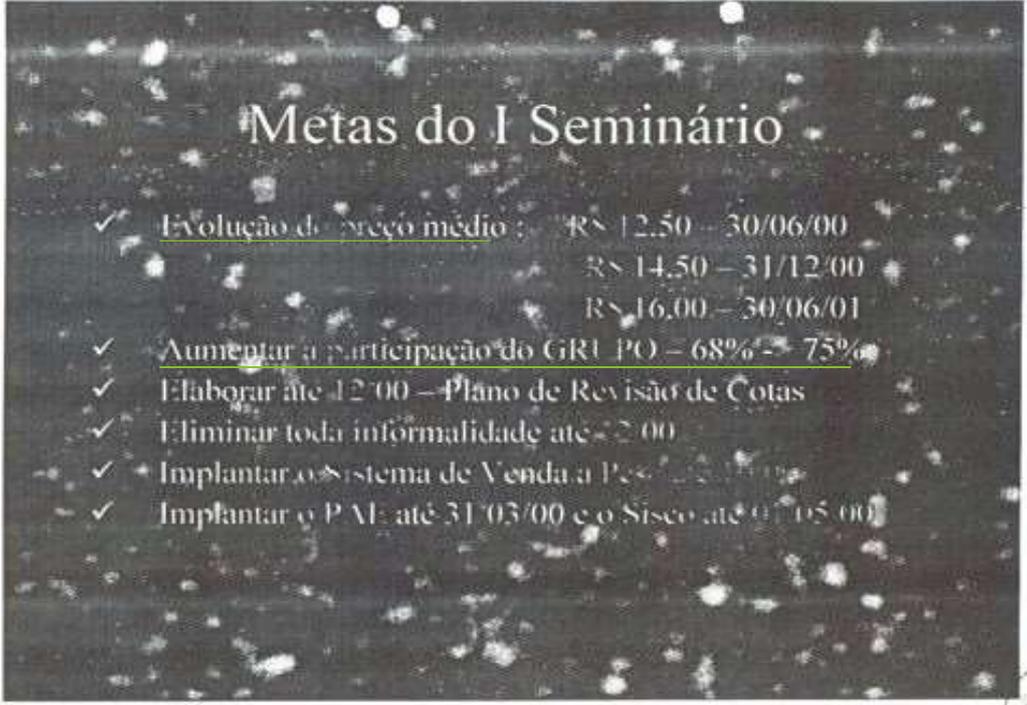
⑤ Meta  
Preço 50B - Junho/2020  
- Dezembro/2020  
↓  
R\$ 50 por semana

Ações:  
- Conhecer muito do mercado  
- Estabelecimento de metas  
- Resposta a concorrência  
- Diferença dos cursos → pagar (Coluna)

### SLIDE 6

## Visão, Missão e Valores

- Visão : construção de um setor equilibrado, com base no trabalho em GRUPO
- Missão : gerenciamento do mercado, com o aumento do Market Share do GRUPO, maximizando o resultado
- Valores : integridade, confiança, respeito e Harmonia

**SLIDE 7**

**Metas do I Seminário**

- ✓ Evolução do preço médio: R\$ 12,50 – 30/06/00  
R\$ 14,50 – 31/12/00  
R\$ 16,00 – 30/06/01
- ✓ Aumentar a participação do GRI PO – 68% -> 75%
- ✓ Elaborar até 12/00 – Plano de Revisão de Cotas
- ✓ Eliminar toda informalidade até 2/00
- ✓ Implantar o Sistema de Venda a Preço Fixo até 31/03/00
- ✓ Implantar o P.M.E. até 31/03/00 e o Sisco até 01/05/00

**SLIDE 8**

Curso Avançado de Vendas para Dirigentes

## SLIDE 9

### PROGRAMAS DE COMPUTADORES UTILIZADOS PARA MONITORAMENTO

- Um *software* utilizado para definir as cotas e os preços a serem praticados.
- Outro *software* utilizado para direcionamento dos clientes.

## SLIDE 10

### CURSO AVANÇADO DE VENDAS Procedimentos

1

O curso deve contar com pelo menos um representante de cada empresa.  
O elemento que representa a empresa deverá ter autonomia para tomar decisões relativas as condições aqui descritas.  
O horário de funcionamento do curso será no período da tarde, em todos os dias úteis, e seguirá uma agenda pré-estabelecida (horários e atividades)

O atraso no horário e o não comparecimento, prejudicam a sequência dos trabalhos. Em ambos os casos, as empresas ausentes se obrigam a aceitar as decisões do grupo.



## SLIDE 11

2

Para o início das atividades do curso foi formatada a carteira de clientes de cada empresa (Bíblia), correspondendo ao fornecimento de materiais no período de 01/08/99 a 20/10/99 e posteriormente atualizada para o período de 21/10/99 a 13/11/99.

A partir de 16/11/99 passou a existir a planilha de obras direcionadas, denominada "COTAÇÕES GERAIS"

Fica estabelecido o prazo até 21/02/00 para atualização da "Bíblia".  
Cada empresa deve fornecer uma relação impressa (acompanhada de diskete), informando as correções de endereço no fornecimento e eventuais ausências existentes.  
Para cada alteração reivindicada é necessário anexar uma cópia de nota fiscal, sempre respeitado o período de 01/08/99 a 13/11/99.

3

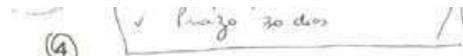
Todas as empresas devem apresentar diariamente (até as 15 hs), durante o curso, todas as cotações recebidas para os fornecimentos de materiais.

Uma vez encerrado o prazo das 15 hs, será compilada uma listagem para apreciação e análise das cotações, com a finalidade de estabelecer:

- Direcionamento de fornecimento para cada empresa
- Cobertura de preços para as demais empresas



## SLIDE 12


  
 4 Para a apresentação das cotações é responsabilidade de cada empresa verificar a "Bíblia" e a planilha de "Cotações Gerais", observando se as mesmas já não são "carimbos" de outras empresas. É vedado a qualquer empresa o fornecimento de materiais aos clientes "carimbados" de outras empresas. Se houver cotações para estes casos, a empresa cotada deve fornecer o preço de cobertura acordado.

Penalidade para o caso de fornecimento a clientes da "Bíblia" ou de obras direcionadas de outras empresas,

- RECOMPOR O VOLUME NO PRAZO MÁXIMO DE 30 DIAS *e pagar em prazo de 15 dias*  
 (respeitar relação produto x R\$)

Sugestão Comercial – Recompôr o volume na proporção 1,5 x 1 *e faturar o volume entregue à Editora*

5 As empresas podem efetivar entrega de materiais para clientes que constem de sua "Bíblia" ou que tenham tido o Cliente/obra direcionado para ela. Cada empresa deve manter internamente uma pessoa ("filtro") que deve impedir o faturamento/entrega caso não estejam satisfeitas as condições de "Bíblia" ou de direcionamento.

## SLIDE 13

6 Todos os fechamentos de cotações e o fornecimento de preços devem ser estabelecidos dentro do curso. Todas as cotações devem passar pelo curso. Somente em casos extremos de urgência pode-se passar preços. Neste caso utilizar a tabela existente ( SP – ABC – Quadrilátero – Especiais – Retira )

Penalidade para o caso de fornecimento a clientes que não tiveram cotações apresentadas e/ou fechamentos fora do curso,

- PARAR IMEDIATAMENTE O FORNECIMENTO

7 Clientes TOP  
 Para clientes especiais, ( relação atual: TOP 19 ), as cotações serão sigilosas e entregues a Coordenação.

Aguarda-se 24 hs para colocação na planilha de cotações. Se algum TOP entregue em "D" coincidir com outro entregue em "D-1" será incluído no dia.



## SLIDE 14

8

As cotações são preenchidas em modelo padrão. A ausência do nome do cliente, de endereço identificável, de volume ou nome do responsável pela cotação (cliente), ANULA a cotação.

9

O direcionamento de obras, em casos de 2 ou mais empresas apresentarem a mesma cotação, será pelo critério de cotas do dia ( direcionamento para a empresa mais abaixo da cota ) (Sistema de Cotas – vide Regras e Procedimentos Gerais)

Sugestão Comercial – Monitorar, diariamente, obras direcionados na razão de 50% do Volume declarado na cotação

10

A partir de 02.02.00 extingue-se o "Orçamento". Passam a existir somente cotações. A validade de uma cotação direcionada passa a ser de 15 dias corridos. Se a empresa não efetuar entrega de materiais nesse período, e comprovar, a obra será considerada disponível.

Sugestão Comercial – Manter Orçamento ✓ – sigilo (90 dias)  
Validade da Cotação – Grupo dividido (20 ou 30 dias)  
Prorrogáveis por mais 20 ou 30 dias

A

## SLIDE 15

11

## Distribuidores

Um distribuidor de materiais é também considerado um cliente, podendo estar "carimbado" para alguma empresa. Todavia se este distribuidor estiver entregando em obra de cliente "carimbado" de outra empresa (Logicamente com preço menor ou igual), prevalece a empresa que tem a obra "carimbada". A empresa, que fornece ao distribuidor, assume o compromisso de tirar o distribuidor desta obra direcionada.

12

Uma vez definido o direcionamento e o preço de cobertura, se houver um cliente que aceita o preço acima da cobertura, a venda é válida. (COMPROVAÇÃO)

13

Se uma cotação direcionada for perdida para uma empresa não alinhada e se por algum motivo houver uma nova cotação dentro do curso, a empresa que possuía a cotação inicial também participa da disputa pelo novo direcionamento.

## SLIDE 16

14

A partir da lista de Inadimplentes formada pelos clientes devedores de cada empresa, é estabelecido o cliente "BOLA PRETA". Nenhuma empresa pode fornecer para clientes "Bola Preta", salvo na condição do retira a vista. Não poderá existir venda posto obra para "Bola Preta" mesmo a vista.

Critério para fixação do "Bola Preta" – As empresas que lançaram os clientes na relação de Inadimplentes podem solicitar a fixação do "Bola Preta". Alguma empresa pode reivindicar uma defesa para o cliente. Caso não haja um acordo, haverá votação pelo grupo. O cliente se reabilita por desejo da empresa que o indicou.

## SLIDE 17

15

Concessionárias

A partir de 25/01/00 constituir o grupo Concessionárias

Cotações em separado – Monitoramento de volumes em relatório a parte

Bíblias e carimbos anteriores a 26/01/00 não valem.

Regionalização ( Habilitação de fornecimento)	Grupo Gestor
█ – 1 3 5 6 9 10 13 14 e 17	5, 9, 10 e 13
█ 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 e 17	4, 8 e 16
█ 1 3 6 9 10 13 14 e 17	1, 14 e 17
█ - 2 4 7 11 e 12	2, 7 e 11
█ - 1 3 5 6 9 10 13 14 15 16 e 17	3, 6, 9, 10 e 13

Condições para o fornecimento: Habilitadas na Regionalização e apresentar cotações  
 Habilitações somente até 3.000 m<sup>3</sup> por cotação  
 Grupo Gestor monitora preços e distribuição de volumes  
 Sugestão Comercial – Não limitar habilitação em 3.000 m<sup>3</sup> por cotação



**SLIDE 18**

## ROTEIROS E PROCEDIMENTOS

- Representatividade dos membros
- Fixação de cotas de mercado
- Realização de Assembléias deliberativas
- Comitê Gestor, que terá por *atribuições*:
  - *“Resguardar a perenidade do Programa*
  - *Trabalhar a eliminação de conflitos [...]*
  - *Trabalhar pelo sigilo e segurança do Programa”*
- Rateio de Despesas
- Adesões e desistências
- Direcionamento

**SLIDE 19**

## ROTEIROS E PROCEDIMENTOS

- Funcionamento
  - “Determinação do mercado: na assembléia mensal será determinado por estimativa o mercado para o mês seguinte por consumo geral.
  - Participação da empresa: cada E.P. se compromete a vender o número de unidades apresentado pelo valor de sua cota mercado pelo mercado estimado.
  - Acompanhamento diário: através do meio de comunicação determinado pelo CG. As E.P. se comprometem a informar no dia subsequente a venda total realizada no dia anterior e também eventuais exceções.”
- Auditoria
  - “para efeito de credibilidade do Programa serão auditados por empresa idônea escolhido pelo CG, três empresas participante. A escolha será fará por sorteio na reunião mensal.”

## SLIDE 20

### MECANISMOS DE MONITORAMENTO E PREVENÇÃO DE DISSIDÊNCIAS

#### ● Penalidades

– “1) Quebra (furo) de direcionamento

- *Invasão de obras direcionadas ou já fechadas (biblia)*
- *R\$ 1000,00 ( 80% para o prejudicado - 20% para o caixa), por ocorrência*
- *Após comunicação à coordenação e aviso ao infrator (horário), pedido para parar fornecimento*
- *Tolerância 20 minutos. Se houver emissão de outra nota nota, após o horário estabelecido mais R\$ 1000,00 e na continuidade R\$ 1000,00 por dia (Cobertura - R\$ 2,00 acima valor declarado p/ fechamento por ocasião do direcionamento)*
- *Vendas iguais ou acima ao preço de cobertura não serão consideradas invasões*

## SLIDE 21

### MONITORAMENTO E PREVENÇÃO (CONT.)

“2) *Entrega ou fornecimento, sem lançamento e direcionamento no curso: (i) R\$ 1000,00 por ocorrência (Caixa); (ii) Parar o fornecimento imediatamente; (iii) Fornecimento passa ao descobridor da infração; (iv) Se descoberto na auditoria, somente penalidade; (v) Lançar no sistema é garantia e proteção*

3) *Feed-Back - errado ou mentiroso: (i) Sem comprovação de fornecimento - R\$ 1000,00 (por ocorrência) - Caixa; (ii) Se denúncia, fornecimento passa ao denunciante; (iii) Se descoberto na auditoria, somente penalidade*

4) *Feed-Back - omissivo: (i) Houve o fechamento, mas existiu falha interna em não efetuar o feed-back; (ii) R\$ 200,00 (por ocorrência) - Caixa*

5) *Não respeito ao processo de habilitação para concorrências/convites: (i)*

*R\$ 2000,00 (por ocorrência) - Habilitados*

6) *Não cumprimento ao Compromisso de Preços [...]: (i) R\$ 1000,00 (por ocorrência) - Caixa”*

- *“Acordos passados, bem como casos anteriores devem ser esquecidos*
- *Acordos entre as partes prevalecem*
- *Dúvidas ou recursos – Comitê”*

**SLIDE 22****OPÇÕES DE PARTICIPAÇÃO NO GRUPO DE TRABALHO DE COMERCIALIZAÇÃO**

*“1- Pacote de Informações de Mercado: Destinado a compartilhar informações de mercado de forma a orientar políticas estratégicas e comerciais da empresa, incluindo: a) PAE; b) Caderno Mensal; c) Reunião Mensal; d) Eventuais conferências de informações; e) Obrigação de informar no prazo estabelecido pelo grupo: transmissão do PAE, preço médio, concreteiras, inadimplentes e estoques;*

*2- Pacote Comercial: Destinado a minimizar confrontos comerciais cliente a cliente a fim de maximizar o preço da venda. Incluindo: a) Sisco; b) Reuniões regionais de comercialização; c) Compromisso de proteção da carteira; d) Aceitação da distribuição de obras*

*3- Pacote de Consórcio: Destinado a implementar junto às empresas participantes a fixação de seu market share dentro de um consórcio de comercialização. Inclui: a) Aceitação inconteste do seu market share; b) Aceitação das regras de compensação de volume.”*

**SLIDE 23****OPÇÕES DE PARTICIPAÇÃO NO GRUPO DE TRABALHO DE COMERCIALIZAÇÃO**

*Planos para Aquisição do programa:*

	<b>Pacote Info.</b>	<b>Pacote Comercial</b>	<b>Pacote Consórcio</b>
<b>Plano Básico</b>	<i>Sim</i>	<i>Não</i>	<i>Não</i>
<b>Plano Comercial</b>	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>	<i>Não</i>
<b>Plano Total</b>	<i>Sim</i>	<i>Não</i>	<i>Não</i>

**SLIDE 24****DINÂMICA DE GRUPO**

- ✓ *“Respeitar obras e pontos de distribuição das empresas do grupo, não diferindo concorrência entre nossas empresas”*
- ✓ *“Respeitar o acordado - Não roer a corda”*
- ✓ *“Respeitar 100% a tabela”*
- ✓ *“Termos uma central de vendas, administrada pela mesa, visando o equilíbrio de cotas. Toda programação descarregada na mesa”*
- ✓ *“Criar mecanismo para repasse do reajuste do frete”*
- ✓ *“Separar a brita do frete, criar uma cooperativa de transporte”*
- ✓ *“Empresas participantes da mesa só contratariam transporte dos filiados.”*
- ✓ *“Combater não alinhados. NÃO COM PREÇOS BAIXOS”*
- ✓ *“Não abaixar preços p/ combater os não alinhados”*
- ✓ *“Descobrir pontos fracos dos nossos concorrentes ã alinhados e induzir com denúncias fiscalizações”*

**SLIDE 25****DINÂMICA DE GRUPO**

- ✓ *“Maior união entre as empresas alinhadas”*
- ✓ *“CONCENTRAR MERCADO”*
- ✓ *“CONTROLE DE PRODUÇÃO”*
- ✓ *“Equilibrar oferta e procura. Combater não alinhados”*
- ✓ *“Diminuir a produção das pedreiras para que diminua a oferta de brita no mercado, quando o mercado estiver com poucas obras”*
- ✓ *“Provocar crise de oferta. Desde que se conheça o potencial da concorrência.”*
- ✓ *“Compra de produção dos Ñ.A.”*
- ✓ *“Não fazer fechamentos precipitados. Valorar o grupo. Estudar junto – decidir antes”*
- ✓ *“Aumento de preços sistêmico”*
- ✓ *“Praticar pequenos reajustes mensais”*

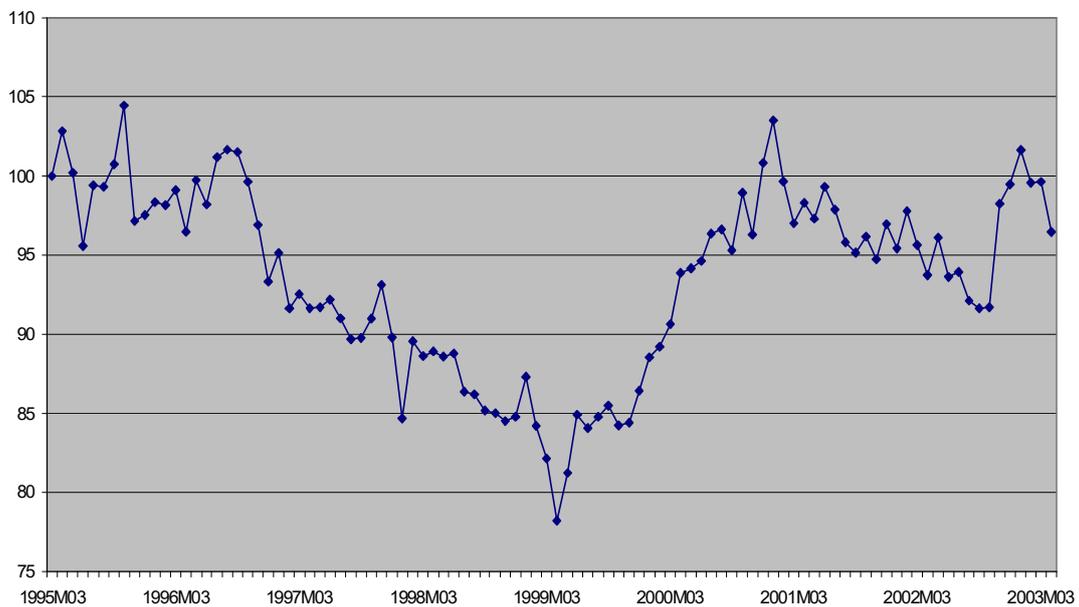
**SLIDE 26**

**ISTO É REAL!**

- Por mais surpreendente que seja, a integralidade dos fatos narrados nesta apresentação derivam de documentos apreendidos na sede de um sindicato em São Paulo, na primeira busca e apreensão realizada com base na Lei 8.884/94, pela Secretaria de Direito Econômico em 2003.
- Este caso, que foi encaminhado esta semana ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, marca, portanto, um momento histórico para a defesa da concorrência no País, demonstrando a importância de que sejam empreendidas técnicas de investigação efetivas no combate a cartéis.
- A atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem se focado no combate aos cartéis em virtude dos imensos danos causados aos consumidores e ao erário público.

**SLIDE 27**

**Evolução do Preço da Pedra Britada na RMSP  
Deflacionado pelo Índice do IBGE de Custos de Pedra  
Britada na Construção Civil**



## CARTEL ENFORCEMENT IN CANADA

*D. Martin Low, QC and Omar K. Wakil\**

### 1. INTRODUCTION

Canada has a well-developed system of investigation and prosecution of cartel offences, with a number of features that promote its ability to challenge anti-competitive conduct that targets the Canadian economy from abroad. The objective of this paper is to provide an assessment of Canada's law and enforcement practice from a pragmatic perspective. The aim is to identify a number of features of the present legislation, some recent developments, and some proposed changes to Canadian law that may be of comparative interest in other jurisdictions that face problems comparable to those of Canada in responding to increasing international, functionally global, economic and competitive influences.

### 2. CANADA'S CARTEL OFFENCES

Canada has one federal statute, the *Competition Act*,<sup>1</sup> which governs all aspects of competition law. The *Act* contains several specific criminal prohibitions against cartel behaviour. The best known is section 45, the general conspiracy offence. Described by the Supreme Court of Canada as the "core" of the *Act*,<sup>2</sup> section 45 is a provision which has been used to great effect by Canada's antitrust regulator, the Competition Bureau ("Bureau"), in recent years in contesting international cartels which were once beyond the effective reach of Canadian enforcement. Since 1995, the Bureau has obtained over 40 convictions in international cartel cases (mostly through plea agreements) with fines in excess of C\$150 million, and several convictions against individual executives.

---

\* The authors are members of the Competition Group at McMillan Binch LLP, Toronto (<http://www.mcmillanbinch.com/competitionantitrust.html>).

<sup>1</sup> R.S.C. 1985, c. C-34 [the "*Act*"].

<sup>2</sup> See *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society* (1992), 43 C.P.R. (3d) 1 at 32 [ "*PANS*" ].

Section 45 provides that:

Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(a) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product,

(b) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product or to enhance unreasonably the price thereof,

(c) to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance on persons or property or,

(d) to otherwise restrain or injure competition unduly is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine not exceeding ten million dollars or to both.

As this language demonstrates, cartel conduct is not *per se* illegal in Canada. Rather, section 45 prohibits only those conspiracies that have “undue” anti-competitive effects, as determined under a partial rule of reason analysis.<sup>3</sup> As with most other serious criminal offences, a conviction under section 45 requires the prosecution to prove beyond a reasonable doubt both the *actus reus* (illegal acts) and the *mens rea* (mental intent) of the offence. The *actus reus* is established by demonstrating that: (i) the accused was a party to a conspiracy, combination, agreement or arrangement, and (ii) the conspiracy, combination, agreement or arrangement, if implemented, would likely prevent or lessen competition unduly. In determining whether the agreement would or did cause an “undue” or significant lessening of competition, courts will consider the structure of the market (including the parties’ market shares) and the behaviour of the parties. Proof of the *mens rea* of the offence is also a two-part test. The prosecution must prove that: (i) the accused subjectively intended to enter into the agreement and had knowledge of its terms, and (ii) on an objective test, that a reasonable business person would or should have known that the likely effect of the agreement would be to cause an undue lessening of competition.

---

<sup>3</sup> However, as noted in Part 5 below, there are reform proposals under consideration which would transform section 45 into a *per se* offence against so-called (but vaguely defined) “hard core cartels”: see, e.g., Government of Canada, *Discussion Paper*, “Options for Amending the *Competition Act*: Fostering a Competitive Marketplace” (June 2003), online: <<http://www.pforum.ca/competitionact/dp2003.html>> [“*Discussion Paper*”].

Prosecutions have proceeded on numerous occasions against international cartels, including cases where the co-conspirators were never present in Canada. In most of those cases, including the lysine and vitamins cases, there was a specific evidence to show that the parties had targeted specific Canadian customers and markets. A similar jurisdictional basis was shown in two prosecutions in the Thermal Fax Paper conspiracy — *R. v. Mitsubishi Paper Mills Ltd.*<sup>4</sup> and *R. v. New Oji Paper Co.*<sup>5</sup> In those cases, the manufacturers sold their product in Japan to Japanese trading houses, at prices established by agreement among the manufacturers. As the trading houses were party to the agreement, which was specifically directed to the Canadian market, the manufacturers were held liable even though the acts leading to the agreement took place wholly in Japan. However, Canada has never directly espoused the US “effects based” jurisdictional test of *Alcoa*<sup>6</sup> and *Nippon Paper*<sup>7</sup> and thus there has never been a contested prosecution, which sought to apply the leading Canadian decision of jurisdictional questions, *R. v. Libman*<sup>8</sup> to offshore cartels. In that case, the Supreme Court found Canadian criminal subject matters to exist where there was a “real and substantial connection” between the offence and Canada. This is a practical and flexible test that could be usefully considered in cases of international cartels, even though the facts of *Libman* concerned individuals who were in Canada for most of the acts which made up the offence, while the effects of the offence, or those victimized by the illegal conduct, were abroad.

Subsection 45(1)(c) is the specific offence most frequently charged against defendants in conspiracy cases, as it is the most-broadly worded. It covers “hard core” aspects of cartel behaviour, including naked price fixing and customer and market allocation. While there is no formal basis for doing so, it is frequently the case that the Competition Bureau will recommend, and the Attorney-General of Canada (who has exclusive authority to prosecute offenders) will accept, that multiple charges be brought against defendants, relating to anti-competitive agreements affecting either different products, regions or duration

<sup>4</sup> See Competition Bureau, News Release, “Mitsubishi Paper Mills Ltd. Pleads Guilty to Two Charges Under the Competition Act” (February 17, 1997).

<sup>5</sup> See Director of Investigation and Research, *Annual Report for the Year Ending March 31, 1997* (Ottawa: Industry Canada, 1997) at 13.

<sup>6</sup> *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 146 (2d Cir. 1945).

<sup>7</sup> *United States v. Nippon Paper Industries, Co.*, 944 F. Supp. 55 (D. Mass. 1996), rev’d 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997).

<sup>8</sup> [1985] 2 S.C.R. 178.

of the conspiracy.<sup>9</sup> Among other things, this practice has the effect of dramatically increasing a defendant's exposure to penalties (which are capped under section 45 at C\$10 million/5 years' imprisonment *per count charged*) and hence the prosecutor's leverage in securing a guilty plea.

In addition to section 45, the *Competition Act* includes several other prohibitions against specific forms of competitor interaction: bid-rigging (section 47), price maintenance (section 61) and implementing a foreign-directed conspiracy (section 46). As more fully described below, each offence has its own particular elements that must be met in order for the Attorney-General to obtain a conviction.

### (a) Bid-rigging

Section 47 provides a *per se* criminal prohibition on bid-rigging. The offence is exhaustively defined<sup>10</sup> to mean: (i) the submission of bids, in response to a call for bids or tenders, that have been arrived at by agreement or arrangement between two or more parties; or (ii) an agreement or arrangement between two or more parties, in response to a call for bids or tenders, under which one or more parties agree not to submit a bid. The defined conduct will only constitute an offence where the parties to the agreement do not provide notice to the tendering authority, before the deadline for the submission of bids, of their agreement.<sup>11</sup> It is now clear, from *Welland Chemical*, that the illegal agreement must have been entered into *prior* to the submission or withholding of the bid, and that post-bid conduct is not caught by the *Act*.<sup>12</sup> That is a clear difference

---

<sup>9</sup> For example, F. Hoffman-LaRoche Ltd. was convicted of eight counts of conspiracy and fined a total of \$50.9 million for its role in the bulk vitamins and citric acid cartels: see Competition Bureau, News Release, "Federal Court Imposes Fines Totalling \$88.4 Million For International Vitamin Conspiracies" (September 22, 1999).

<sup>10</sup> See, e.g., *R. v. Welland Chemical et al.*, (December 29, 2003), Toronto M82-03 (S.C.J.), as yet unreported [*Welland Chemical*]. Mr. Low appeared as counsel in the *Welland Chemical* case, which involved a determination of whether or not an alleged agreement between two apparent competitors, by which one party agreed to withdraw a bid submitted to a municipality, constituted the offence of bid-rigging. The Ontario Superior Court accepted the submission on behalf of the accused that the offence in section 47 had been exhaustively defined by Parliament, and could therefore not extend to an agreement to withdraw a previously-submitted bid.

<sup>11</sup> *R. v. Lorne Wilson Transportation Ltd. et al.*, sub nom. *R. v. Charterways Transportation Ltd. et al.* (1982), 67 C.P.R. (2d) 188 (Ont. C.A.).

<sup>12</sup> *Welland Chemical*, *supra* note 10.

between Canadian and American law on bid-rigging. The principle at stake in *Welland Chemical* is that the offence is strictly defined by the language of the statute, which does not catch post-bid agreements. However, the focus is on agreements that the party seeking bids cannot effectively deal with, and once a bid is submitted, the contracting authority is able to hold bidders to the tenders. Subsequent agreements among bidders might therefore have been thought to be immaterial when the *Competition Act* was enacted. On the other hand, agreements to withdraw a submitted bid for a federal or provincial government tender are prohibited by subsection 121(1)(f) of the *Criminal Code*. There is thus some dissonance between government and commercial tenders that the recent decision in *Welland Chemical* has brought into focus.

As noted, section 47 is a *per se* offence. The prosecutor need not prove that the parties held market power or that the illegal agreement had any harmful effect on competition, as the policy basis for the offence is to protect the competitive tendering process. Commission of the defined act alone is sufficient for a conviction, which carries penalties of a fine “in the court’s discretion” and/or five years’ imprisonment.<sup>13</sup>

### (b) Price Maintenance

Section 61 of the *Act* prohibits any attempt by “agreement, threat, promise or any like means” to “influence upward” or “otherwise discourage the reduction of” the price at which any other person sells, or advertises for sale, any product. Typically, it is used to prevent suppliers from controlling the prices at which distributors and retailers offer their goods. A companion offence prohibits refusals to supply a person due to the person’s low pricing policies.

While price maintenance has traditionally been seen as a means of protecting consumers, by minimizing the restrictions on a retailer’s ability to compete on prices, the offence is broadly-worded and, by the inclusion of the word “agreement”, would apply to horizontal agreements between competitors to raise or otherwise stabilize prices.<sup>14</sup> Like bid-rigging, price maintenance is *per se* illegal.<sup>15</sup> The offence lies in the attempt, and parties can be liable even where

<sup>13</sup> *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 735.

<sup>14</sup> See generally, O.K. Wakil & C.W. Halladay, “Canada Again Considers Reform of Criminal Pricing Offences” *Antitrust Report* (July, 2002) 2 at 4-6.

<sup>15</sup> Typically, price maintenance tends to be local in character, involving restraints on merchants in sales to consumers. However, in *R. v. Rittenhouse Ribbons & Rolls Ltd.* the

there has been no harm to competition or, worse, where the initial attempt to raise prices was unsuccessful. Penalties for price maintenance are the same as for bid-rigging: unlimited fines<sup>16</sup> and/or prison sentences for up to five years.

### (c) Foreign-directed Conspiracies

Section 46 is a unique provision of Canadian competition law which reflects the vulnerability of the Canadian economy to the influence of offshore corporate decision-making. The section literally provides that a Canadian corporation may be convicted and fined in an unlimited amount for implementing any policy or directive of any foreign person that is in a position to influence the Canadian entity, where the policy or directive would give effect to a foreign cartel in Canada. Notably, under the language of the section, liability can attach even where the Canadian company had no knowledge of the foreign conspiracy:<sup>17</sup>

Any corporation, wherever incorporated, that carries on business in Canada and that implements, in whole or in part in Canada, a directive, instruction, intimation of policy or other communication to the corporation or any person from a person in a country other than Canada who is in a position to direct or influence the policies of the corporation, which communication is for the purpose of giving effect to a conspiracy, combination, agreement or arrangement entered into outside Canada that, if entered into in Canada, would have been in contravention of section 45, is, whether or not any director or officer of the corporation in Canada has knowledge of the conspiracy, combination, agreement or arrangement, guilty of an indictable offence and liable on conviction to a fine in the discretion of the court. (emphasis added)

To date, the section has only been used to reach the Canadian affiliate of a foreign corporate cartel participant. An arguable objective of imposing such a strict liability is to ensure that the economic penalties imposed on the Canadian affiliate will be felt by related parties abroad, where a multi-national entity is involved in an offshore cartel that is carried out in Canada. By facilitating the pros-

---

accused was convicted under section 61 as an aspect of the international cartel arrangements in the thermal fax paper case: see Director of Investigation and Research, *Annual Report for the Year Ending March 31, 1996* (Ottawa: Industry Canada, 1996) at 18.

<sup>16</sup> Note that, despite the lack of a cap on fines under sections 47 and 61, fines under these provisions typically do not exceed C\$200,000 per count charged.

<sup>17</sup> See D.W. Kent, R. Wisner and O.K. Wakil, "Record Fine in Canadian UCAR Case: Competition Bureau Continues to Target International Conspiracies" (Summer, 1999) *International Antitrust Bulletin*.

ecution of their Canadian affiliates, this provision is aimed at deterring foreign corporations from carrying out international cartels in Canada. However, the language of the section, read literally, would apply to any Canadian corporation that is subject to *any* foreign directive. It could clearly be argued that a Canadian arms' length, third-party distributor for an offshore supplier that is involved in a foreign cartel is liable under the statute. This interpretation has never been put before a Canadian court, but prosecutors have recently asserted that such a third party is liable to prosecution as the unwitting agent of a foreign manufacturer beyond Canadian jurisdiction. The policy basis for that approach, as opposed to treating related parties as components of a single economic undertaking, seems controversial. Unlike cases under the bid-rigging and price maintenance provisions, fines assessed under section 46 have been very substantial.<sup>18</sup> Due to the absence of any statutory cap, fines have on occasion exceeded the maximum fine that could have been levied against a member of the cartel under the general conspiracy offence.<sup>19</sup>

Notably, all of these companion provisions are *per se* offences, leading perhaps to the conclusion that where the Bureau can make a case against conspirators under one of these offences, it will do so in order to avoid having to prove market power and economic harm as required in a section 45 prosecution. No less an observer than the Industry Committee of the Canadian House of Commons has reached a similar conclusion — in commenting on proposals to abolish the price maintenance offence and treat cases of horizontal price maintenance under section 45, the Committee noted that the Bureau was the “lone dissenter” to this proposal, and that it could “only offer a higher success rate when prosecuting under a *per se* offence as its reason from departing from expert opinion”.<sup>20</sup> For the present, while it is true that

<sup>18</sup> Bid-rigging and price maintenance offences have generally been local in character with limited economic impact. International cartel convictions, on the other hand, have typically involved very significant volumes of commerce, consistent with their statutory status as “*unduly* preventing or lessening competition” in Canada.

<sup>19</sup> See, e.g., *R. v. SGL Carbon AG* (C\$12.5 million) (2000, graphite electrodes) and *R. v. UCAR Inc.* (C\$11 million) (1999, graphite electrodes), where fines exceeded the C\$10 million cap that would have applied had the defendants been charged under section 45. Other corporations that have been convicted and fined under this section include *Sumitomo Canada Limited* (C\$1.25 million) (1993, insecticides), *Chemagro Limited* (C\$1.25 million) (1993, insecticides), *Roussel Canada Inc.* (C\$370,000) (1999, bulk vitamins), *Tokai Carbon Co., Ltd.* (C\$250,000) (2001, graphite electrodes) and *Mitsubishi Canada Limited* (C\$250,000) (1994, thermal fax paper).

<sup>20</sup> House of Commons, Standing Committee on Industry, Science and Technology, “A Plan to Modernize Canada’s Competition Regime” (April, 2002) at 75.

the general conspiracy offence requires a “rule of reason” analysis, companies and their legal counsel should be aware of these instances where cartel behaviour could be prosecuted on a *per se* standard.

### 3. THE INVESTIGATIVE POWERS OF THE COMPETITION BUREAU

The Bureau has extensive compulsory powers that may be invoked where the Commissioner of the Bureau commences a formal “inquiry”. An inquiry may be commenced where the Commissioner has “reason to believe” that there has been a violation of the criminal provisions of the *Act*, where the Commissioner is directed to do so by the Minister of Industry, or where an application to open an inquiry is made by six residents of Canada. The latter two criteria seek to ensure that there is scope for examinations of competitive situations where the Competition Bureau may have other priorities and, in that sense, they may operate as an outlet for broader public interest analyses. A directive from the Minister or a six-resident application cannot compel the Commissioner to take any particular enforcement proceedings, but the statutory requirement to submit a written report to the Minister upon the discontinuance of such an inquiry typically ensures that the Commissioner will closely examine the facts. The risk of such “public interest” inquiries is that the target(s) of the examination may have to incur the substantial costs and inconvenience that such an inquiry precipitates without any objective, prior reason to believe that anti-competitive conduct has occurred. The Commissioner has historically tended to approach such inquiries with considerable care to avoid the risk of frivolous, unsubstantiated or competitively motivated complaints. Ministerial directions for inquiries have been used very sparingly, out of concern that such initiatives may be perceived to flow from political, rather than competitive or economic, concerns.

During an inquiry, the Commissioner has extensive investigative powers to obtain information by means of search warrants, wiretaps and orders for production (under section 11 of the *Act*). These statutory powers supplement information supplied voluntarily by complainants, marketplace participants, immunity applicants<sup>21</sup> or fellow enforcement agencies in other jurisdictions. With co-operation between competition agencies on the rise,<sup>22</sup> it can be expected that this latter category will grow in importance as a source of information for the Bureau.

<sup>21</sup> See Part 4, “Immunity Considerations in Canada”, below.

<sup>22</sup> See Part 5, “International Co-operation”, below.

## (a) Search Warrants

Search warrants may be obtained by means of an *ex parte* court order under section 15 of the *Act*. Under that section, the Commissioner must establish that there are reasonable grounds to believe that a criminal offence has been or is about to be committed, as well as reasonable grounds to believe that relevant evidence is located on the premises to be searched. Preventing access to premises or otherwise obstructing the execution of a search warrant is a criminal offence and the Commissioner may enlist the support of the police if access is denied. It is an almost universal practice in Canada for search warrants to be used in Bureau investigations of cartel activity.

Section 16 of the *Act* expressly provides for the search and seizure of computer records and permits court applications to set the terms and conditions for the operation of a computer system during the search. The Bureau has developed cutting-edge, internal expertise and technology for the conduct of electronic searches, and has shared this expertise with fellow competition agencies. Its powers under section 16 are very broad, though there has been little judicial consideration of these powers. One particular issue relates to the territorial scope of computer searches. In past investigations, Bureau officers have downloaded data stored outside Canada in the course of searching computer systems located in Canada. If the data stored abroad can be retrieved on a terminal in Canada, there is a strong textual argument that such data can be seized from that location. (It should be noted that this interpretation does have important privacy and extraterritorial implications that are untested.) But there continues to be controversy as to the precise limits of the authority granted by a warrant authorising a search of computer systems. Other provisions in the *Act* conferring explicit investigative authority to deal with records physically located abroad could suggest that the scope of section 16 should be limited to data stored and retrievable in Canada. The Bureau has exercised care, in practice, where an information system in Canada is linked to other systems abroad. There are practical measures, such as the establishment of inter-office firewalls, that private parties might take to inhibit access by Canadian searchers to foreign-located data. However, to avoid any risk of perceived obstruction or interference with an investigation, such steps should only be undertaken as part of a corporate data management policy, and not as an *ad hoc* response to the execution of a warrant under section 16.

Documents that are subject to solicitor-client privilege may not be seized under a search warrant, and the *Act* contains a specific rules for determining the validity of privilege claims, as well as provisions requiring the Commissioner to

make a report to the court in order to retain seized documents. Since the affected corporation can ultimately request a retention or privilege hearing, and because evidence procured through an illegal search may be excluded at trial, the courts have generally ruled that search warrant orders may not be appealed.<sup>23</sup> However, a warrant may be set aside in specific circumstances (e.g. due to material non-disclosure or misrepresentation in the affidavit supporting the Commissioner's *ex parte* application) and proceedings to challenge such warrants are not unusual.

Amendments to the *Criminal Code* in 1999 gave the Commissioner the additional power to intercept private communications through electronic means, *i.e.* wiretapping.<sup>24</sup> This power is restricted to investigations of conspiracy, bid-rigging and serious deceptive marketing cases. It requires prior judicial authorisation. Wiretapping has very significant resource and other implications and its use therefore will likely imply that other investigative tools have produced sufficient probative information to satisfy a judge that the intercept should be authorized. How often those circumstances will arise in cartel cases remains to be seen, although there are indications of increasingly frequent resort to wiretaps in the context of deceptive telemarketing scams.

### **(b) Section 11 Orders**

By means of an order under section 11 of the *Act*, the Commissioner may compel the production of pre-existing records and documents, as well as newly-created, written returns of information. These orders require a person to produce records and written returns under oath or affirmation within a certain period of time. In the application for a section 11 order, which is *ex parte*, the Commissioner need only satisfy the court that an inquiry has been initiated (see Part 3(a) above) and that a person is likely to have relevant documents in his possession or control. Section 11 orders are often used as a follow-up to the execution of search powers under section 15. But they may also be used in lieu of search warrants, because the threshold test for obtaining a section 11 order is lower than that for obtaining a warrant.<sup>25</sup> However, as noted, the Bureau is prone to start its investigations with a search.

<sup>23</sup> *R. v. Hoffman-La Roche Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 694, 125 D.L.R. (3d) 607 (C.A.).

<sup>24</sup> S.C. 1999, c. 2, s. 47 (amending s. 183 of the *Criminal Code*).

<sup>25</sup> There is some uncertainty about this statutory standard for compelling production of documents: *R. v. Jarvis* [2002] 3 S.C.R. 73.

Section 11 may also be used to compel witnesses who may have relevant information to appear and answer questions related to the inquiry under oath. The examination takes place before a presiding officer who can determine the propriety of questions asked and the conduct of the examination. Although inquiries must be conducted in private, any person who is the subject of an inquiry is entitled to attend the examination of a witness, unlike the US tradition of Grand Jury secrecy. This may have significant implications, both for the investigation and for the party whose employee is being examined, particularly if other subjects of the inquiry become aware of the examinations. However, the presiding officer has the power to safeguard confidential information by excluding representatives of competitors from commercially sensitive aspects of the examination.

A witness is not excused from testifying on the ground that the testimony may incriminate the person, although section 11(3) provides that no evidence obtained from a witness under a section 11 order may be used against that person in any subsequent criminal proceedings. This limitation is consistent with decisions of the Supreme Court of Canada establishing use and derivative use immunity for persons compelled to give evidence under statutory powers of investigation.<sup>26</sup> But where an individual employee of a corporation has been compelled to give evidence under section 11, the evidence is admissible against the corporate accused or co-workers. Furthermore, there is no protection against the subsequent use of documents obtained under a section 11 production order.

A significant Canadian investigative innovation is found in subsection 11(2) of the *Act*. That provision is directed against the foreign affiliate of a Canadian corporation, and permits a court to order the Canadian entity to obtain and produce to the Bureau relevant records that are in the possession or control of an affiliated corporation outside Canada. There are numerous untested legal questions that arise from this provision, which is a “long arm” investigative tool not unlike those available to US litigants. It may require action which the Canadian entity has no legal capacity to carry out; for example, the Canadian corporation may have no legal right to require compliance by its foreign parent or a sister company. Notwithstanding this potential limitation, the exposure of the Canadian entity to compulsion in Canada, enforceable by the Canadian court’s power to punish non-compliance with its orders, is a practical effort to secure evidence in matters affecting Canadian commerce. Current litigation may test some of these issues.

---

<sup>26</sup> See, e.g., *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research)*, [1990] 1 S.C.R. 425, 67 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 161; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, 123 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 462.

## 4. IMMUNITY CONSIDERATIONS IN CANADA

### (a) Immunity Applications

The Commissioner's *Information Bulletin*, "Immunity Program Under the *Competition Act*",<sup>27</sup> sets out the circumstances under which immunity can be obtained and the level of co-operation required to maintain immunity throughout the life of an investigation. The Bulletin (and its related FAQs)<sup>28</sup> reflects the current practice of the Commissioner and, by extension, the Attorney General. Since its publication in September 2000, there has been a significant increase in the number of immunity requests and, in the early going, the Bureau received about one per month.<sup>29</sup> The authors understand that many applications under the new policy involve purely domestic cases whereas, under the previous program, only one or two exclusively domestic cartels were uncovered by the availability of immunity.

The Bureau's programme offers immunity or leniency in exchange for co-operation with a Bureau investigation, subject to certain minimal requirements. The Commissioner will recommend to the Attorney General that immunity be granted to a party in the following situations: (i) the Bureau is unaware of an offence, and the party is the first to disclose it; or (ii) the Bureau is aware of an offence, and the party is the first to come forward before there is sufficient evidence to warrant a referral of the matter to the Attorney General.

The requirements for a grant of immunity are as follows:

- the party must take effective steps to terminate its participation in the illegal activity;
- the party must not have been the instigator or the leader of the illegal activity, nor the sole beneficiary of the activity in Canada;
- the party must provide complete and timely co-operation throughout the course of the Bureau's investigation;

<sup>27</sup> Competition Bureau, "Immunity Program Under the Competition Act" (September 21, 2000), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/immunitye.pdf>>. See also Competition Bureau, Frequently Asked Questions "Immunity Programme under the Competition Act" (November 27, 2001), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct02312e.html>>.

<sup>28</sup> See D. M. Low, Q.C., "The Competition Bureau's Immunity Program: A View of Policy and Practice in Canada" (April, 2001) *Antitrust Report* at 2.

<sup>29</sup> Notes for an Address by Konrad von Finckenstein QC, Commissioner of Competition, to the Canadian Bar Association Competition Law Section Annual Meeting (September 20, 2001) at 5, online: <<http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/kvf0901.pdf>>.

- where possible, the party must make restitution for the illegal activity; and
- if the first party fails to meet the requirements, a subsequent party that does meet the requirements may be recommended for immunity.

While the Commissioner's policy does not legally bind the Attorney General, who has the exclusive authority to grant immunity in competition cases, there is a high degree of probability that a recommendation by the Commissioner will be followed (the Attorney General's policy directives to federal prosecutors now make specific reference to the Commissioner's Program, and the Commissioner's legal advisors conduct the prosecutions under the *Act* and advise on the conduct of an investigation). We are not aware of any case in which a recommendation for immunity has been rejected and the Canadian approach seems a practical way of marrying the interests of an investigative body with the requirements for an independent exercise of prosecutorial discretion.

However, as a recent case in the United States has demonstrated,<sup>30</sup> an applicant's responsibilities do not end once a provisional guarantee of immunity ("PGI") has been granted. A PGI can be withdrawn where the applicant does not comply with all of its ongoing obligations (most notably, "complete and timely co-operation" and full, frank and truthful disclosure of *all* offences<sup>31</sup>). There are other, potentially debatable aspects of disqualification; for example, where the instigator or ringleader of a cartel is disqualified. That is a criterion that may be only capable of evaluation subsequent to the provision of the applicant's self-incriminating evidence and other material that comes to light in the course of the inquiry. As the immunity applicant will provide its evidence under the scope of an inducement — a provisional grant of immunity — there might be serious issues of voluntariness of a corporate or individual "confession", if the immunity were revoked on this ground. At present, all that can be said is that, pending clarification of the *Stolt-Neilsen* decision, there will be some uncertainty for parties that have been admitted to the US or Canadian programmes.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> See, e.g., *Global Competition Review*, "DOJ in Leniency Shock" (March 26, 2004), online: <[http://www.globalcompetitionreview.com/news/news\\_item.cfm?item\\_id=1665](http://www.globalcompetitionreview.com/news/news_item.cfm?item_id=1665)>, which discusses the recent decision by the US Department of Justice to terminate the immunity granted to *Stolt-Nielsen*, in the ocean tanker cartel investigation, for making "false representations".

<sup>31</sup> Immunity Program, *supra* note 27 at 5 (section F, items 27-28).

<sup>32</sup> Scott Hammond, the Director of Criminal Enforcement of the US Department of Justice, recently indicated at the ABA Antitrust Section's Spring Meeting that the decision was an objective application of the clear conditions of the DOJ's policy. He also stated that

The Canadian program reflects the “first-in” amnesty regime employed in the United States. It is therefore important to stress the advantage of being the first party to approach the Canadian competition authorities. Firms that are “first in” with evidence of a conspiracy where the Bureau does not have a provable case can expect a free pass for both the corporation and all implicated officers and employees. However, the party must be “first in” *in Canada*. The Immunity Bulletin is clear that being first in another jurisdiction will *not* result in any favourable treatment in Canada.<sup>33</sup> There have been two cases in which the party that obtained amnesty as the first to apply in the US was slow to come forward in Canada; each corporation was required to plead guilty in Canada and subjected to significant fines.<sup>34</sup> In this sense, timing is everything. The timing of a telephone call may mean the difference between complete immunity and a corporate fine of millions of dollars.

Because of the acknowledged pressure to be the first to apply, the Competition Bureau has adopted the US Department of Justice’s practice of accepting a “marker”. If a party is certain that an offence has been committed, but is not yet able (due to the state of its internal investigation) to substantiate the matter, it may preserve its place as “first in” by requesting a marker, often by means of a telephone application to reserve its status. There is a clear incentive for the Bureau to encourage parties to take the initiative as early as possible, and the marker practice facilitates that objective. Granting a temporary marker is fair treatment for the first party to recognize and accept its responsibility in Canada. But it is susceptible to strategic practice, if a party learns about the problem from initiatives taken by another amnesty applicant with other enforcement agencies abroad. In one recent case a party applied for a marker in Canada, while a different amnesty applicant in the US is trying to ascertain whether the conduct applied to Canada. In such a case, there is a real prospect of incompatible immunity outcomes in different jurisdictions, and parties considering an immunity application should be aware of the importance of coordinated applica-

---

when the facts in that case become public, the conduct that led to the decision will be apparent to all observers. However, this does not assist the advisors of companies or individuals who may be considering an immunity application in the interim.

<sup>33</sup> Immunity Program, *supra* note 27 at 5 (section G, item 31).

<sup>34</sup> See Competition Bureau, News Releases, “Federal Court Imposes Fines Totalling \$88.4 Million for International Vitamin Conspiracies” (September 22, 1999); and “Competition Bureau Investigation Nets \$600,000 Fine from Bioproducts Incorporated” (August 19, 2003).

tions to all relevant competition agencies that have adopted leniency or immunity programs.

Related to this concern is the potential for strategic delay by the beneficiary of the marker. Having blocked applications by others to qualify as “first in”, it is unacceptable for the marker holder to stall in providing the requisite evidence to the Competition Bureau. Although there are no specific standards or timetables laid down by the Bureau on this issue, it is evident that it is aware of the problem, and in particular, bureau officials have expressed concern that its investigative needs are being subordinated to a marker holder’s interests elsewhere. It appears that a marker holder in Canada has been displaced due to their inability or unwillingness to move forward quickly with providing cooperation, but so far (unlike the *Stolt-Neilsen* example in the US) there have been no public pronouncements to this effect. There is, however, a countervailing concern that excessive pressure not be placed on the marker-holder, in order to avoid jeopardizing proper investigation of the conduct and interviews of the key individuals. There is a need for both administrative care and further clarification of the ground rules applicable to the marker initiative.

If it is not possible to be “first in”, there are important reasons to consider being the second party to co-operate. A party will not be eligible for immunity if the Bureau has been made aware of the offence by another, earlier, immunity recipient, but the second party to offer co-operation will, as a practical matter, be considered for favourable treatment. (It may also qualify for immunity where the first party fails to meet of the requirements under the Immunity Program.) Typically, a secondary applicant will qualify for a reduced penalty, perhaps as low as 12% of affected commerce (depending on the value of co-operation and any aggravating factors), especially if the Bureau does not yet have sufficient evidence to recommend that charges be brought against the applicant. Subsequent applicants are likely to be offered fine settlements of 20% and then 30-40% of the relevant volume of commerce, depending upon their position in the queue as well as other aggravating or mitigating factors.<sup>35</sup> Individual executives of the second party to cooperate may also escape prosecution, whereas later parties should expect individual prosecutions and possible jail sentences. Conspirators who seek to resolve their exposure later in the investigation will have very limited opportunity to negotiate favourable terms regarding both fine levels and the exposure of culpable indi-

---

<sup>35</sup> See *R. c. Ueno Fine Chemicals Industry Ltd.* [2001] J.Q. no 3424 (Que. Sup. Ct.), where the court generally adopted this hierarchy of fines.

viduals. In short, those who wait inevitably have less to offer, as each co-operating party strengthens the prosecution's case by reducing the evidentiary and litigation risks for the prosecution, and thus its incentive to accept lower fines.

## **(b) The Application Process**

The immunity application process typically involves the following steps:

- Initial Contact: Anyone may initiate a request for immunity in a cartel case by communicating with the Deputy Commissioner of Competition, Criminal Matters. Some information will need to be provided to determine whether the party qualifies for immunity and, as noted above, a “marker” may be granted.
- Provisional Guarantee of Immunity: If the party decides to proceed with the immunity application, there will need to be a description of the illegal activity, usually in hypothetical terms. The Bureau will then present all the relevant information to the Attorney General, who has independent discretion in these matters and who will, if satisfied, issue a written provisional guarantee of immunity.
- Full Disclosure: Following the provisional guarantee of immunity, the party must make full disclosure to the Bureau. The disclosure will be on the basis that the Bureau will not use the information against the party, unless there is a failure to comply with the party's continuing obligations under the immunity agreement.
- Immunity Agreement: If the Attorney General accepts the Bureau's recommendation after full disclosure, the Attorney General will execute an immunity agreement that will include all of the party's continuing obligations.

The moment that corporate managers become aware that their enterprise is implicated in an international cartel — or conclude that they do not want to continue participating in such a venture — they face a pivotal decision. Whether the corporation should contact authorities with an offer to co-operate or hope that none of its co-conspirators initiate such contact (and take the attendant risk of discovery, prosecution and conviction) becomes the key question. The latter course is a high-risk strategy, especially in light of the existence of amnesty programs. There may be enormous consequences associated with a litigated loss and, therefore, tempting reasons to co-operate.

<sup>36</sup> See generally, D.M. Low QC, “International Co-operation in the Enforcement of Competition Laws: Recent Canada-United States Criminal Experience,” in Competition

## 5. INTERNATIONAL CO-OPERATION

In international cartel cases, the Bureau will often co-operate closely with other competition agencies, either through formal processes or informally.<sup>36</sup> Formal procedures in criminal cases involve the invocation of Mutual Legal Assistance Treaties (“MLATs”), with the United States and numerous other countries and under competition co-operation agreements, which have a civil-focus, such as the recently upgraded positive comity agreement between Canada-US<sup>37</sup> as well as agreements between Canada and Australia and New Zealand,<sup>38</sup> Chile,<sup>39</sup> Costa Rica,<sup>40</sup> the EU,<sup>41</sup> Mexico<sup>42</sup> and the United Kingdom.<sup>43</sup> Several other agreements are under negotiation. Furthermore, there are often informal contacts between Canadian and foreign investigative agencies on common issues during an inquiry. While they have been used sparingly, the MLATs permit Canada and co-operating countries to undertake formal procedures in their own jurisdictions to obtain evidence for a foreign investigation. These arrangements also permit Canadian and other agencies to co-ordinate their enforcement activities, exchange confidential

---

Law for the 21<sup>st</sup> Century: Canadian Bar Association Competition Law Section 1997 Annual Conference (Huntington, NY: Juris Publishing Inc., 1998).

<sup>37</sup> See Competition Bureau, News Release, “Canada and the U.S. Sign Cooperation Agreement on Competition Law Enforcement” (October 5, 2004), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct02958e.html>>.

<sup>38</sup> See Cooperation Arrangement Between the Commissioner of Competition, the Australian Competition and Consumer Commission and the New Zealand Commerce Commission, online: <<http://strategis.ic.gc.ca/ssc/ct02030e.html#top>>.

<sup>39</sup> See Competition Bureau, News Release, “Competition Bureau Signs Co-operation Arrangement with Chilean Competition Agency” (December 17, 2001), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct02175e.html>>.

<sup>40</sup> See Competition Bureau, News Release, “Canada-Costa Rica Agreement could provide Framework for Competition Policy in FTTA” (April 23, 2001), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct02172e.html>>

<sup>41</sup> For commentary regarding the Canada-EU agreement, see O. K. Wakil, J. F. Clifford & N. H. Johnson, “Canada and the European Union Enter into A New Era of Antitrust Enforcement Cooperation” (February 2000) *Antitrust Report* 20.

<sup>42</sup> See Competition Bureau, News Release, “Canada and Mexico Sign Cooperation Agreement on Competition Law Enforcement” (November 15, 2001), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct02307e.html>>.

<sup>43</sup> See Competition Bureau, News Release, “Cracking Down on Cross-Border Scams: Competition Bureau Signs Cooperation Arrangement with UK Counterparts” (October 14, 2003), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct02730e.html>>.

information in some circumstances and to meet regularly to discuss case-specific matters. There have been MLAT requests in competition cases between Canada and the US and with a number of European countries. With legal developments in the UK, these procedures may become more routine.

In the summer of 1994, Canadian and US authorities conducted their first joint investigation. The case involved suppliers of thermal facsimile paper and ended with convictions in both jurisdictions. A similar joint investigation by the Bureau and the US Department of Justice was conducted in the ductile iron pipe investigation resulting in a conviction in Canada. There was also informal co-ordination (in otherwise independent and parallel investigations) in the feed additives, graphite electrodes, sorbates and bulk vitamins cases. And several new matters have highlighted that such co-operation is ongoing. In a major inquiry involving an alleged plastics additives cartel, Canadians participated in co-ordinated searches with American, European and Japanese enforcers.<sup>44</sup> Last May, Canadian enforcers appear to have been involved in co-ordinated international enforcement action relating to investigations in the paper and forest products industry.<sup>45</sup> In fact, UPM Kymmene appears to have obtained immunity from penalties in the EU, the US and Canada, according to media reports.<sup>46</sup> This sort of informal co-operation has

---

<sup>44</sup> Certainly the most notable recent example of true multi-agency coordination is the simultaneous searches in multiple countries by the US DOJ's Antitrust Division, the EC Directorate-General for Competition, the Canadian Competition Bureau, and the Japanese Fair Trade Commission in February 2003 in the plastic additives industry. See European Commission Press Release, "Statement on inspections at producers of heat stabilisers as well as impact modifiers and processing aids - International cooperation on inspections" (February 13, 2003), online: EUROPA <[http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p\\_action.gettxt=gt&doc=MEMO/03/33|0|RAPID&lg=EN](http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=MEMO/03/33|0|RAPID&lg=EN)>; and see R.H. Pate, "Anti-Cartel Enforcement: The Core Antitrust Mission" (May 16, 2003), online: US Department of Justice <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/201199.htm>>.

<sup>45</sup> "The Commission's spokesperson has also confirmed that the inspections have been carried out in close coordination with competition authorities in a number of EU countries, as well as the US and Canada." See "Spokesperson's statement on investigation in the paper and forestry products sector" (May 26, 2004) MEMO/04/123.

<sup>46</sup> See UPM reports, "UPM receives conditional full immunity from competition authorities" (May 25, 2004), online: <[http://w3.upm-kymmene.com/upm/internet/cms/upmcms.nsf/\(\\$all\)/9979c08dde3c1d42c2256e9f003c3935?OpenDocument&qm=menu,0,0,9](http://w3.upm-kymmene.com/upm/internet/cms/upmcms.nsf/($all)/9979c08dde3c1d42c2256e9f003c3935?OpenDocument&qm=menu,0,0,9)>; see Securities and Exchange Commission Form 6-K, "Report on Foreign Issuer" (May, 2004), online: <<http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1089642/000119312504094004/d6k.htm>>; and see EU business, "EU raids major forestry firms over paper cartel allegations" (May 26, 2004), online: <<http://www.eubusiness.com/afp/040525141115.m0hemykl>>.

been very successful and appears likely to be the norm in future investigations into cartels affecting North American markets. In fact, there are now annual international conferences of cartel investigators; a meeting of cartel enforcers is now being held in Australia, with the previous meeting having taken place in Rio de Janeiro. There is no doubt that these meetings provide a forum for international cross-fertilization on best practices in enforcement and informal discussions about current issues of mutual enforcement interest.

In 1995 and 1999, the competition co-operation agreements between Canada and the United States and the European Union respectively came into force. Both agreements envisage co-ordinated enforcement activities, exchanges of information (though generally of a non-confidential character) and regular meetings to discuss matters of mutual interest. Each jurisdiction must notify the other of enforcement activities that could affect the other's "important interests" and, when requested, each must also assist the other "to the extent compatible with the assisting Party's laws and important interests". The agreements also allow one party to request that the other commence enforcement action for matters affecting the requesting state – an exercise of "positive comity" which has been invoked only very rarely in criminal matters.

Legal barriers to international co-operation, particularly with the United States, have lowered following a recent court of appeal decision that considered the thresholds for formal co-operation under the auspices of the *Canada-United States Mutual Legal Assistance Treaty*<sup>47</sup> ("*Canada-US MLAT*"). In *Canada (Commissioner of Competition) v. Falconbridge*<sup>48</sup>, the Bureau had, at the request of the US Department of Justice, executed search warrants and evidence-gathering orders against Canadian companies. It subsequently sought a "sending order" authorising the delivery of materials gathered in connection with the search to the US DOJ. A lower court issued the order; the parties subject to the search appealed, claiming that the warrants were invalid and that the *Canada-US MLAT* did not authorise the exchange. Two key arguments were relied upon by the appellants, on grounds that would certainly have borne weight in a challenge to a warrant in domestic criminal proceedings:

<sup>47</sup> *Treaty between the Government of Canada and the Government of the United States of America on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*, 1990, C.T.S. 1990/19 (Canada Gazette, Part 1, 1990, p. 953).

<sup>48</sup> (2003) 173 C.C.C. (3rd) 466; 12 C.R.(6th) 243; 225 D.L.R. (4th) 1; leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied 179 C.C.C. (3rd) v; 28 C.P.R. (4th) vi.

- The sworn informations to obtain the warrants were deficient in that they failed to disclose grounds for obtaining the warrants; in particular that there were no reasonable grounds to believe that evidence relating to the offence would be found at the place where the search was conducted.
- The *Sherman Act* offences in question could not constitute the basis of a valid request because they were not “offences” as defined by the *Canada-US MLAT* and because the substance of the American offence had no Canadian counterpart as required by the Treaty.

The Court rejected both arguments. It considered the informations adequate, even though the Canadian officials were relying on “double hearsay”. The factual basis for the warrants was information obtained from an unnamed informant, which had been passed on to the Canadian authorities by US enforcement officials. The Court found that the information was credible because of the level of detail provided and the fact that the Canadians were relying on US officials with whom they had previously worked and whom they considered to be honest. The Court concluded that there was no need for Canadian enforcers to independently verify the information. The Court also rejected the appellant’s technical arguments that the *Sherman Act* offences were not “offences” for the purposes of the Treaty, as well as arguments that there was a “reciprocal offence requirement.” The Court made it clear that it was not necessary for the conduct in question to violate Canadian laws before Canadian enforcers could assist American colleagues: it is sufficient that the conduct be an “offence” as defined in the Treaty. The decision has clearly established a low threshold for the Bureau to carry out searches in connection with an American investigation and removed doubts as to whether a US offence must have a Canadian analogue before assistance can be provided and information exchanged. The apparent deference shown by the Court in *Falconbridge* to the interests of international cooperation in criminal matters is hardly exceptional, and it is likely that the disposition in this long running case will smooth the way for future Canada-US cooperation in the investigation of competition offences under the MLAT.

Unlike the Canada-US MLAT, the Canada-EU accord does not allow the respective enforcement agencies to gather and exchange confidential information for the use of the other party. The agreement is nevertheless expected to play an important role in international investigations, having regard in particular to the notification requirements that apply to the agencies’ work. It will therefore make it even more necessary for companies with Canadian interests to consider the international implications of an antitrust investigation before initiating contact with investigative agencies or responding to investigative initiatives.

In light of the MLAT and the Canada-EU and Canada-US accords, a company defending a cartel investigation that has multi-jurisdictional implications, and particularly one involving the US or the EU, should be highly sensitive to the potential involvement of the Bureau. Co-operation and the provision of mutual assistance between Canadian and US enforcement officials in international conspiracies cases have now become routine. The trend is clearly moving toward greater co-operation among international agencies.<sup>49</sup>

A co-ordinated approach to the defence of international cartel cases is therefore increasingly critical to an effective strategy. The timing of approaches to the regulators in each jurisdiction should be considered carefully. The exposure of key individuals to prosecution in Canada is a factor of particular concern in developing a coherent defence strategy.

## 6. WHAT DOES THE FUTURE HOLD FOR CANADA'S CARTEL REGIME?

In June of 2003, Canada's federal government released a discussion paper entitled *Options for Amending Competition Act: Fostering a Competitive Marketplace*,<sup>50</sup> which contains numerous (and controversial) proposals for reforming

<sup>49</sup> The Commissioner of Competition noted in 1998 that “[c]ompetition law agencies around the world are increasingly co-operating to combat global cartels [...] criminal behaviour is unacceptable and perpetrators cannot expect to escape sanction in Canada by carrying out their illegal conduct outside the country”: see Competition Bureau, News Release, “\$16 Million in Fines Paid by Archer Daniels Midland for Violations of the *Competition Act* in the Food and Feed Additive Industries” (May 27, 1998), online: <<http://stategis.ic.gc.ca/SSG/ct01240e.html>>.

<sup>50</sup> *Supra* note 3.

<sup>51</sup> Some of the proposals were perceived to have been spearheaded by the former Commissioner of Competition; it remains to be seen what level of priority the new Commissioner and new Minister of Industry assign to the reforms.

<sup>52</sup> See Competition Bureau, News Release, “Minister of Industry Tables Amendments to Strengthen the *Competition Act*” (November 2, 2004), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct02976e.html>>.

<sup>53</sup> See, e.g., the opposition to this proposal expressed by the Task Force of Canadian Bar Association's Competition Law Section, “CBA Competition Law Section – Section 45 Amendments Task Force Report”, 21 Can. Compet. Rec. 3 (Summer, 2003) at 26ff, and by numerous (in fact, a majority) of the written submissions from stakeholders in the government's consultation process, online: <[http://www.ppforum.ca/competitionact/submissions\\_e.htm](http://www.ppforum.ca/competitionact/submissions_e.htm)>.

the *Act*. The precise place of proposals to amend the criminal provisions of the *Act* in the new government agenda is difficult to predict at present,<sup>51</sup> but they were not part of a recently announced package of proposed amendments.<sup>52</sup> The most controversial proposal<sup>53</sup> in the *Discussion Paper* would replace the current “rule of reason” conspiracy offence in section 45 with a *per se* criminal offence aimed at “hard-core cartels” (and a companion civil provision for pre-notifying and reviewing non-criminal alliances among competitors). Among other things, proponents of reform have argued that, by requiring proof of market power and harmful effects on competition, section 45 is too difficult to enforce. The Bureau’s poor record in litigating contested cartel cases is typically cited in support of this assertion.

While effective cartel enforcement is obviously a necessary and desirable element in any competitive economy, it is extremely misleading to suggest that simply making an offence easier to prove would result in a more competitive economy. The Bureau’s impressive enforcement record over the last twelve years, since the watershed decision of the Supreme Court of Canada in the *PANS*<sup>54</sup> case clarified the application of section 45, suggests that Canada’s cartel law *is* effective: the Bureau has obtained convictions in 25 of 28 conspiracy cases, an 89% success rate.<sup>55</sup> Recent fines have exceeded C\$150 million, including several convictions against individual corporate executives. As one commentator has noted, “if defendants thought they had a chance at acquittal because of a weak law, one would not expect to see firms consistently entering guilty pleas”.<sup>56</sup>

It is equally notable that, in each of the three acquittals under section 45, the prosecution’s case contained serious flaws — in one case, the Crown was unable to prove the illegal agreement and, in another, was unable to prove intent. A *per se* offence would not have changed either of these outcomes. Thus, only one case since 1992 has been lost due to the prosecutor’s inability to prove sufficient economic harm, and in that case the court expressly found that the Crown’s evidence was “unreliable and inconclusive” (in part due to the credibility of the Crown’s expert witness).<sup>57</sup> In its country report for Canada, the OECD

---

<sup>54</sup> *Supra* note 2.

<sup>55</sup> See H. Chandler and R. Jackson, “Beyond Merriment and Diversion: The Treatment of Conspiracies Under Canada’s Competition Act”, Roundtable on *Competition Act* Amendments, May 2000.

<sup>56</sup> B.A. Facey & D.H. Asaf, “Innovation, Growth and Prosperity: A Framework for Amending Canada’s Conspiracy Laws” 20 Can. Compet. Rec. 4 (Winter, 2001-2002) 61 at 63.

<sup>57</sup> *R. v. Clarke Transport Canada Inc.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 290 (Ont. Ct. Gen. Div.) at 325.

<sup>58</sup> Organization for Economic Co-operation and Development, “Regulatory Reform in

has noted that [s]ome of the problems in enforcement — notably the record of success in contested conspiracy cases — are explained by inexperience, both of the Bureau’s litigators and of the court [...] the Bureau staff too has reportedly ‘overtried’ cases, failing to focus the analysis and delaying the process.<sup>58</sup> Obviously, there are other factors that must be considered when evaluating the Bureau’s record in contested conspiracy cases: the uncertainties of litigation, defendants’ retention of specialized antitrust counsel to defend the case, the presumption of innocence and all of the other general rights and protections that an accused person or corporation enjoys when facing criminal charges. Perhaps the more natural expectation is that the Bureau should *not* win all, or even most, of its contested cases: where cases are clear, settlements are the norm. Where the chances of success in a prosecution are uncertain, a loss does *not* mean that the case should not have been prosecuted.

Other issues that require careful consideration at the level of policy development in considering “*per se*” liability are the definitional and administrative difficulties with such a development. The OECD’s *Recommendation on Hard Core Cartels*<sup>59</sup> took years of debate to develop a description of “hard-core cartels” that is by no means sufficiently precise to provide a standard for national criminal legislation. Nor is it apparent that the OECD definition is broader or more tailored to the economic harm associated with cartels than is the current law. In fact, the economic focus of section 45 might be more properly self-defining than a *per se* standard, by concentrating enforcement efforts on those offences that are economically “undue”. The development of US jurisprudence over an extended period provides guideposts for legitimate and illegal conduct.

---

Canada — The Role of Competition Policy in Regulatory Reform in Canada” (September, 2002) at 42, online: <[http://www.oecd.org/infobycountry/0,2646,en\\_2649\\_33759\\_1\\_70315\\_119663\\_1\\_37463,00.html](http://www.oecd.org/infobycountry/0,2646,en_2649_33759_1_70315_119663_1_37463,00.html)>.

<sup>59</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development, *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels* (March 25, 1998) at recommendation A.2, online: <<http://webdomino1.oecd.org/horizontal/oecdacts.nsf/Display/7328AA9E04799859C1256DAA00643D29?OpenDocument>>. The OECD defines “hard core cartel” conduct as “an *anticompetitive* agreement, *anticompetitive* concerted practice, or *anticompetitive* arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce.” By very use of the term “anticompetitive” in its definition, the OECD *Recommendation* would require a competitive effects test in determining whether or not an agreement among competitors was a “hard-core cartel” — Canada’s current conspiracy offence already meets this description.

Those standards neither inhibit appropriate self-determination by businesses, in the conduct of their affairs within the law, nor do they risk allocating scarce regulatory resources to trivial, but facially anti-competitive agreements that may have no economic impact in any relevant market. But at a time when even the US is debating the *per se* rule of liability,<sup>60</sup> it is not obvious that the adoption of the *per se* standard by itself, without concentrating on improved measures of detection, broader international cooperation and more efficient and effective prosecution, is likely to produce greater success or more desirable regulatory intervention in a sensitive area of economic activity.

## 7. CONCLUSION

The purpose of this survey of Canadian investigative authority, practice and recent developments has been to highlight a number of Canadian procedures that may be of interest to international efforts to deter and punish cartels. Tremendous achievements in cartel enforcement have been recorded in recent years, which have made significant contributions to the restoration of competitive markets. Other initiatives are awaiting development in Canada and abroad. For example, the extension of extradition treaties to hard core cartel participants has been projected for several years by enforcement officials. Extradition has been available in Canada/US relations, and has recently become available to UK/North American cases (and may become a possibility for Japan, if pending proposals are enacted). In one very recent development, the US Department of Justice has initiated a formal extradition request to the UK, seeking the extradition of Ian Norris, former CEO of Morgan Crucible, a company which has been convicted of cartel related offences in the US and Canada.<sup>61</sup> As this example shows, the efforts of enforcers to pursue cartel misconduct are always evolving.

These initiatives (and the potential flaws in them, outlined above) may be of value as Brazil and other South American countries are increasingly active in the prosecution of international cartels.

---

<sup>60</sup> See, e.g., *In the Matter of Polygram Holdings Inc. et al.*, Docket No. 9298 (July 28, 2003) and *California Dental Association v. F.T.C.* 526 U.S. 756 (1999), and a spirited debate during the Chair's Showcase Program, "The Challenge of Counselling and Litigating in the Shadow of the *Per Se* Rule" at the recent ABA Antitrust Section Spring Meeting, April 1, 2004.

<sup>61</sup> See Competition Bureau, News Release, "Morgan companies fined \$1 Million for Obstruction and Price-Fixing" (July 16, 2004), online: <<http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct02917e.html>>; US Department of Justice Antitrust Case Filings, "United States v. Morganite, Inc. and The Morgan Crucible Company plc" (April 11, 2002), online: <<http://www.usdoj.gov/atr/cases/morganite0.htm>>.

**SLIDE 1****COMPETITION LAW DEVELOPMENTS****10th International Seminar on Competition Policy**

Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo

**Costa do Sauípe, Bahia, Brazil**

**November 26-27, 2004**

D. Martin Low, Q.C.  
McMillan Binch LLP  
Toronto

**SLIDE 2****NORTHERN DEVELOPMENTS****Canada: 2003 – 2004:**

- Current Investigations: 35 (20 international, 15 domestic), with 773 complaints
- Criminal Pleas: 10
- Fines Imposed: \$5,870,000
- Immunity Policy Review Announced
- Marker Revocation

**SLIDE 3****NORTHERN DEVELOPMENTS (CONT'D)****Canada: 2003 – 2004:**

- MLAT Decision: *R. v. Falconbridge*
- Extension of Jurisdiction: *R. R.J. Reynolds*
- Morgan Crucible: Obstruction and Price Fixing
- Total Fines Since 1995: \$185,000,000

## SLIDE 4

### **NORTHERN DEVELOPMENTS (CONT'D)**

#### **United States: 2003 – 2004:**

- Empagran: Uruguayan plaintiff who bought vitamins in Uruguay from a Uruguayan vendor may not sue in the U.S [unless directly “connected to” US conspiracy]
- Norris Extradition: First request from UK
- Stolt-Nielsen Conditional Immunity Revocation

## SLIDE 5

### **NORTHERN DEVELOPMENTS (CONT'D)**

#### **United States: 2003 – 2004:**

- ***Antitrust Criminal Penalty Enhanced and Reform Act: June 2004***
  - *Corporate fine maximum increases from \$10 Million to \$100 Million*
  - *Individual penalties increased to \$1 Million and/or 10 years in jail*
  - *De-trebling civil damages for amnesty recipient*

## SLIDE 6

### **NORTHERN DEVELOPMENTS (CONT'D)**

#### **United States: 2003 – 2004:**

- Infineon Plea in DRAM investigation: \$160 Million fine; 4 individuals carved out
- Total Fines Since 1997: \$2.5 Billion

## SLIDE 7

### **EUROPEAN UNION: 2003 - 2004**

- Decisions: 5
- Fines Imposed: •404 Million
- Total Fines 2001-2003: • 3.2 Billion (average of 8 decisions per year)

**SLIDE 8****EUROPEAN UNION: 2003 – 2004 (CONT'D)****• New Leniency Notice**

- *Implemented in February 2002*
- *40 applications for full leniency up to September 2004*
- *27 grants of conditional leniency*

**SLIDE 9****EUROPEAN UNION****Recent Developments:**

- New Commissioner Appointed: very strong staffing, including Oliver Guersent
- Competition Rules Modernized
- New Merger Regulation
- Microsoft Case: •497 Million penalty
- Increased International Co-operation: coordinated dawn raids and leniency/amnesty/immunity grants

**SLIDE 10****CANADA:****KEY AREAS OF DEVELOPMENT**

1. Broadening of Criminal Jurisdiction
2. Creation of New Rights of Action
3. Expansion of Civil Litigation

**SLIDE 11****1. BROADENING OF CRIMINAL JURISDICTION**

- (a) Subject Matter Jurisdiction
- (b) Personal Jurisdiction
- (c) Indirect Long-Arm Effects

How do the competition regulators in one country take enforcement action against offshore cartel participants that target its economy?

**SLIDE 12****SUBJECT-MATTER JURISDICTION**

- **Strong historical opposition to extraterritoriality**
  - *Blocking statutes enacted in response to extraterritorial application of U.S. antitrust law*
  - *Government of Canada has filed amicus briefs with the U.S. Supreme Court opposing U.S. extraterritorial reach of the Sherman Act*
  - *Bureau very concerned about offshore cartels that target Canadian markets or produce anti-competitive effects in Canada*

**SLIDE 13****SUBJECT-MATTER JURISDICTION (CONT'D)**

- General “real and substantial connection” test (*R. v. Libman*, SCC) now being applied to cover international cartels (and mergers or other anti-competitive activity) which impacts Canadian customers

**SLIDE 14****PERSONAL JURISDICTION**

- Traditional common law and statutory presumption is that courts only have personal jurisdiction in criminal matters (*e.g.* for cartels) if accused is present within the territory
  - *Personal service of originating process only effective in Canada*
  - *Service on corporation effected by personal service on an officer etc.*
  - *Contrast with civil service under Hague Convention*

**SLIDE 15****PERSONAL JURISDICTION (CONT'D)**

- Prosecutors now attempting to extend service by mail rules to foreign corporations in criminal matters
  - *R. v. R.J. Reynolds (Delaware)*

**SLIDE 16****PERSONAL JURISDICTION (CONT'D)**

- Extradition can be used where criminal competition offences are covered by applicable treaties
  - *Eg. cartels in Canada, U.S. and now U.K.*
- 2 Canada/US extraditions
- 1 US/UK - Norris
  - Unclear whether extradition of an executive could also confer personal jurisdiction in Canada on a foreign corporation

**SLIDE 17****INDIRECT EXTENSION OF CANADIAN LAW ABROAD**

- **2 main tools**
  - *Section 11 orders vs. Canadian subsidiaries*
  - *Section 46 prosecutions of Canadian companies*

**SLIDE 18****SECTION 11 ORDERS**

- Section 11(2) orders allow Competition Bureau to require Canadian subsidiaries to obtain and produce documents from foreign affiliates
  - *Contempt penalties if non-compliance*
  - *Bureau now applying to subsidiaries not involved in selling the products being investigated*

**SLIDE 19****SECTION 46 - PROSECUTIONS**

- Section 46 allows prosecution of Canadian companies that implement foreign-directed conspiracies
  - *Not limited to affiliates – Bureau sees unrelated distributors as exposed*
  - *No “Guilty Mind” requirement for Canadian company*
  - *No fine cap – Competition Bureau has used to avoid \$10 million maximum for main conspiracy offence*

## SLIDE 20

### 2. CREATION OF NEW CIVIL RIGHTS OF ACTION: A NEW REGIME

- New private rights of action for tied selling, territorial restrictions, exclusive dealing and refusal to deal (Not the general abuse of dominance provision but legislative proposals to extend Parliament)
  - *Leave of Competition Tribunal is required*
  - *Focus is on prohibition or other remedial orders*
  - *Future amendments will add penalties and / or damages for abuse of dominance*

## SLIDE 21

### CREATION OF A NEW CIVIL RIGHTS OF ACTION: A NEW REGIME (CONT'D)

- Tribunal to perform gate keeping function - “may” grant leave if it:
  - “...has reason to believe that the applicant is directly and substantially affected in the applicant’s business by any practice [in ss. 75 or 77] that could be subject to an order under that section.” [s. 103.1(7)]

## SLIDE 22

### CURRENT CASES

- Tribunal has granted leave in 4 cases
  - *Barcode Systems v. Symbol Technologies*
  - *Allan Morgan v. La-Z-Boy Canada*
  - *Robinson Motorcycle Limited v. Fred Deeley Imports Ltd.*
  - *Quinlan’s Huntsville Inc. v. Fred Deeley Imports Ltd.*
- No case has been tried on merits
- 3 internet pharmacy refusal to deal applications rejected
- 1 refusal to deal: access to Parliamentary Press Gallery rejected

**SLIDE 23****CURRENT CASES (CONT'D)**

- Tribunal applied low test for granting leave:
  - Grant leave if:
    - “sufficient credible evidence...to satisfy Tribunal that there is a reasonable possibility that [applicant’s] business has been directly and substantially affected” by respondent’s impugned conduct (e.g. refusal to deal)

**SLIDE 24****3. EXPANSION OF CLASS ACTION LITIGATION**

- **Procedurally attractive**
  - *Most provinces and Federal Court have introduced comprehensive modern class action regimes*
  - *Supreme Court ruled that ad hoc class actions OK in jurisdictions without modern rules*
  - *Courts in key jurisdiction (Ontario) allow national classes*

**SLIDE 25****EXPANSION OF CLASS ACTION LITIGATION (CONT'D)**

- **Cross-border trade in class actions increasing**
  - *Vitamins*
  - *Auction Houses*
  - *Copper*
  - *Polyester Staple*
  - *Travel Agency Commissions*
  - *Linerboard*
- **Cross-border trade in class actions increasing**
  - *Polybutylene (tort), Auction Houses, McDonalds*

## SLIDE 26

### EXPANSION OF CLASS ACTION LITIGATION (CONT'D)

- Doctrinaire *Illinois Brick* approach rejected
  - Direct purchasers not deemed to bear price fixing harm
  - Indirect purchasers may sue
  - Pass-on defence available
  - Harder for direct or indirect purchaser class to show how they can prove harm on common basis

## SLIDE 27

### Expansion of Class Action Litigation (cont'd)

- Overall, Canada friendlier to antitrust class action defendants
  - No treble damages
  - No juries
  - No significant punitive damages
  - No *Illinois Brick*: pass on defence available; direct purchasers not deemed to bear harm & indirect purchasers entitled to prove harm
  - Cartels not *per se* illegal: Class certification requires economic evidence to permit assessment of cartel impact where no conviction has been registered
  - Representative plaintiffs may be liable for costs: *Gariepy v. Shell*
  - Co-defendants may have right to contribution and indemnity

**SLIDE 1**

**ANTI-COMPETITIVE CONSPIRACIES:  
THE OPERATION OF IMMUNITY**

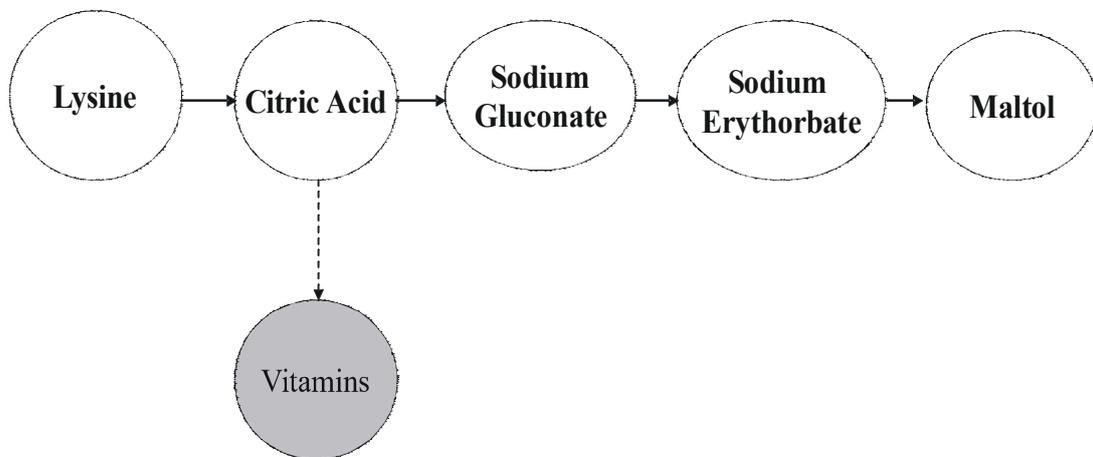
**10<sup>TH</sup> INTERNATIONAL SEMINAR ON COMPETITION POLICY  
INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES  
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO**

**COSTA DO SAUÍPE, BAHIA, BRAZIL  
NOVEMBER 26 – 27, 2004**

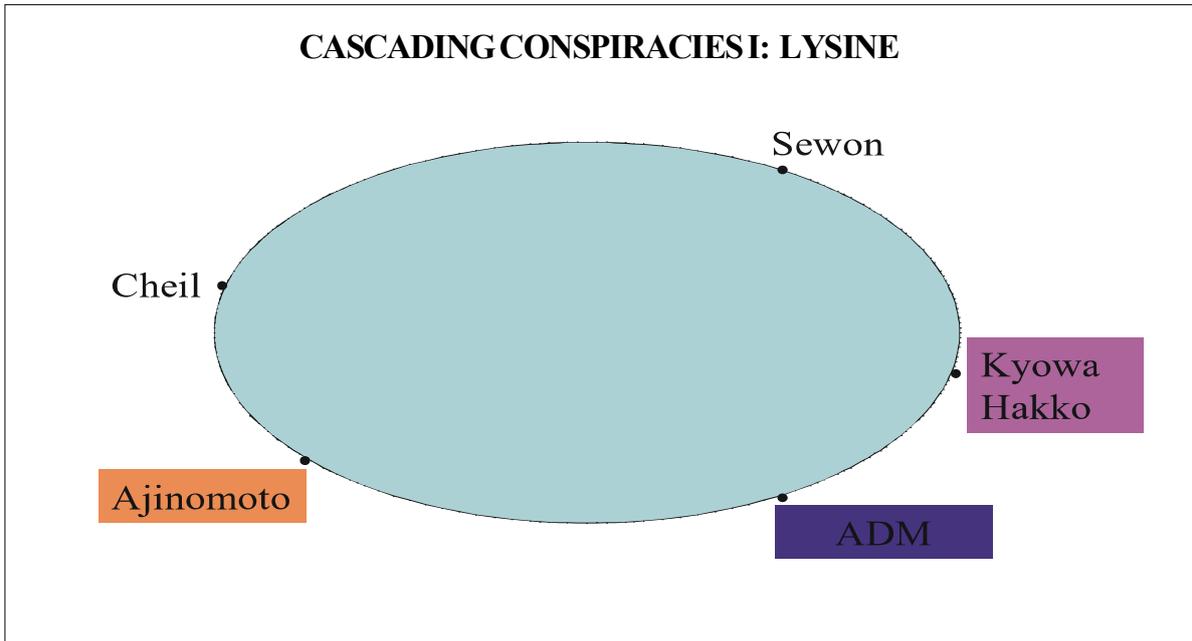
**D. Martin Low, Q.C.  
McMillan Binch LLP  
Toronto**

**SLIDE 2**

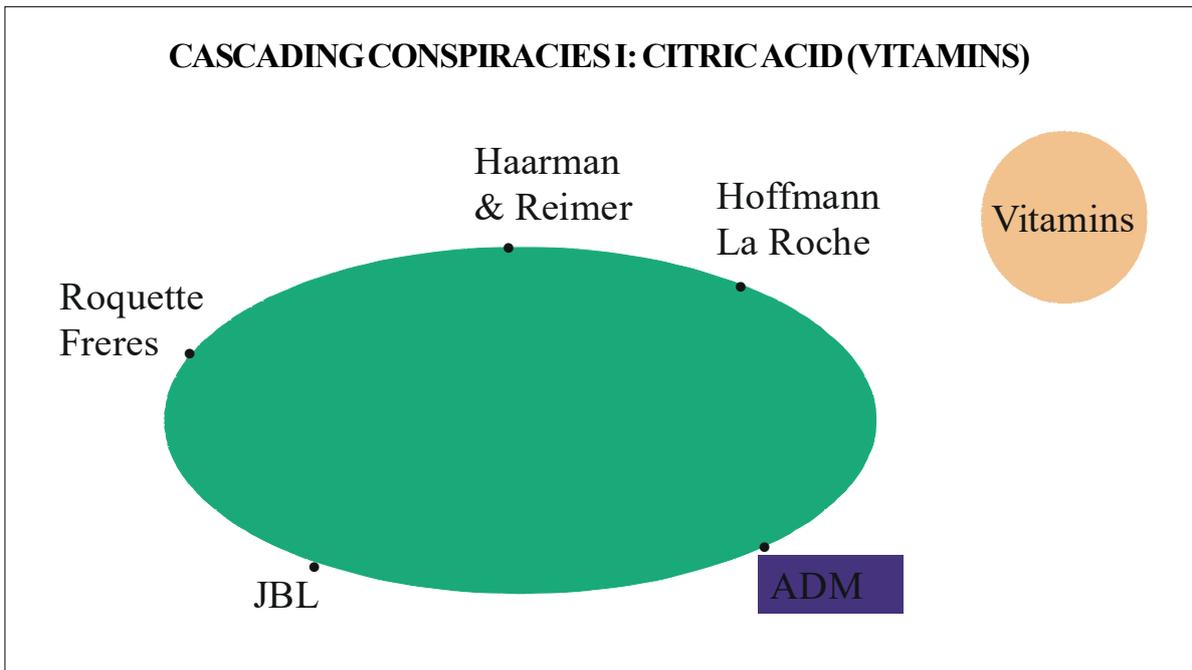
**CASCADING CONSPIRACIES I: LYSINE OVERVIEW**



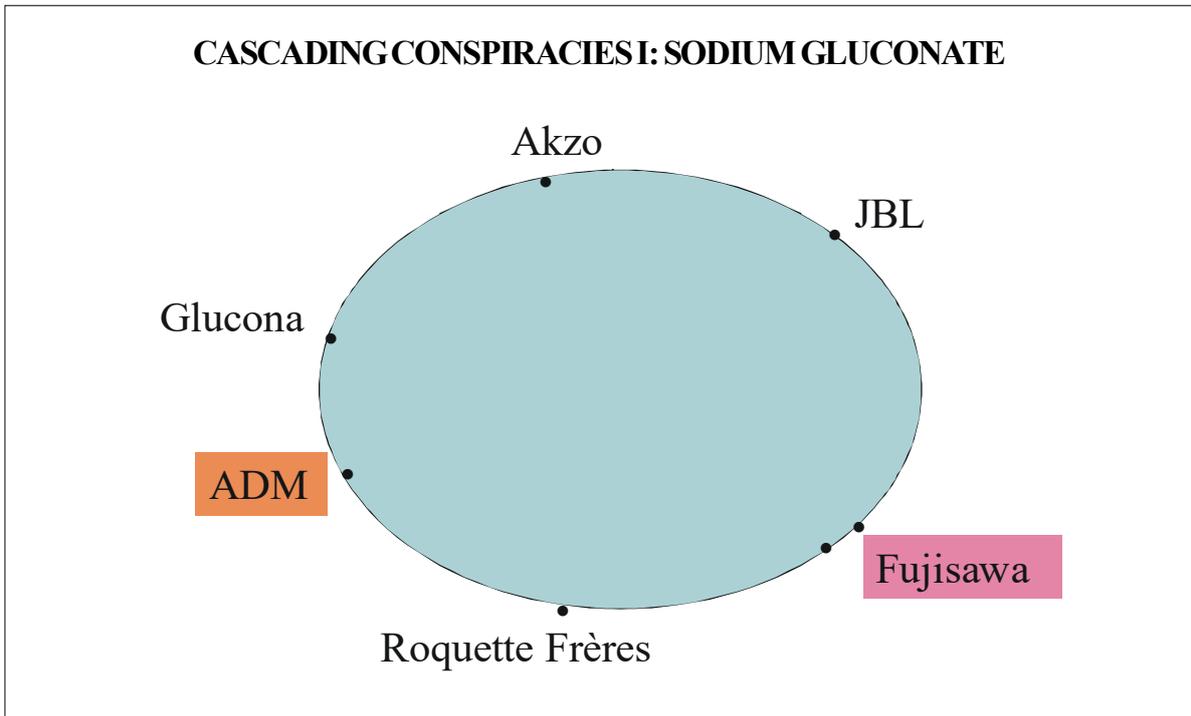
**SLIDE 3**



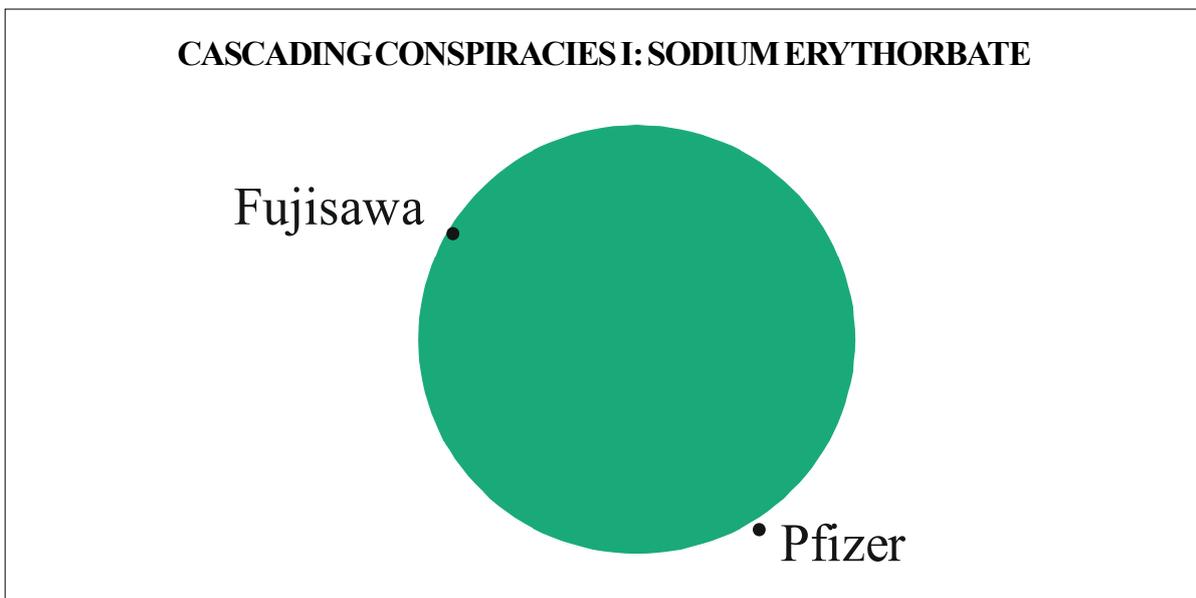
**SLIDE 4**



**SLIDE 5**



**SLIDE 6**



## SLIDE 7

## INTERNATIONAL CARTEL OUTCOMES: FINES - LYSINE

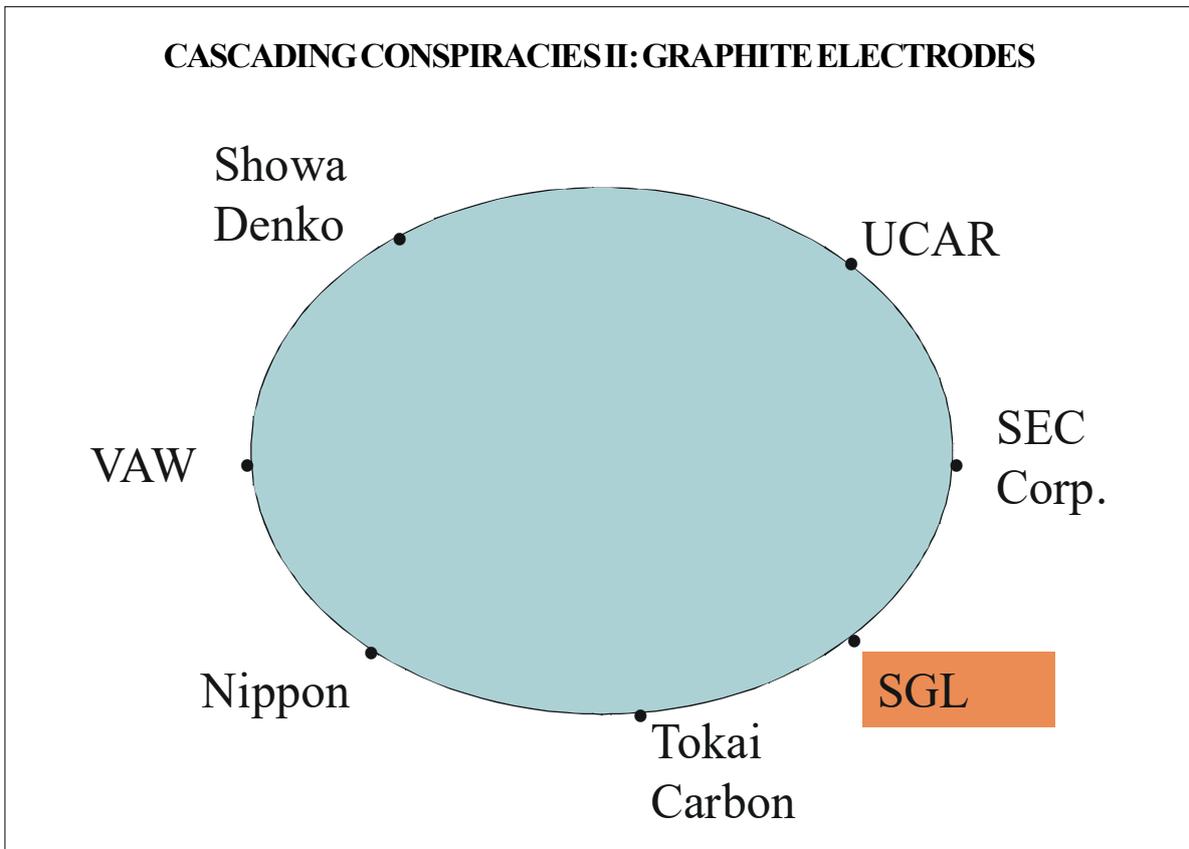
	U.S.	Canada	E.U.
ADM	\$100 M	C\$16 M	€ 43.9 M
Ajinomoto	\$10 M	C\$3.5 M	Pass
Kyowa Hakko	\$10 M	Pass	€ 13.2 M
Cheil	\$1.25 M	No sales/action	€ 10.1 M
Sewon	\$250 K	C\$70 K	€ 7.1 M

## SLIDE 8

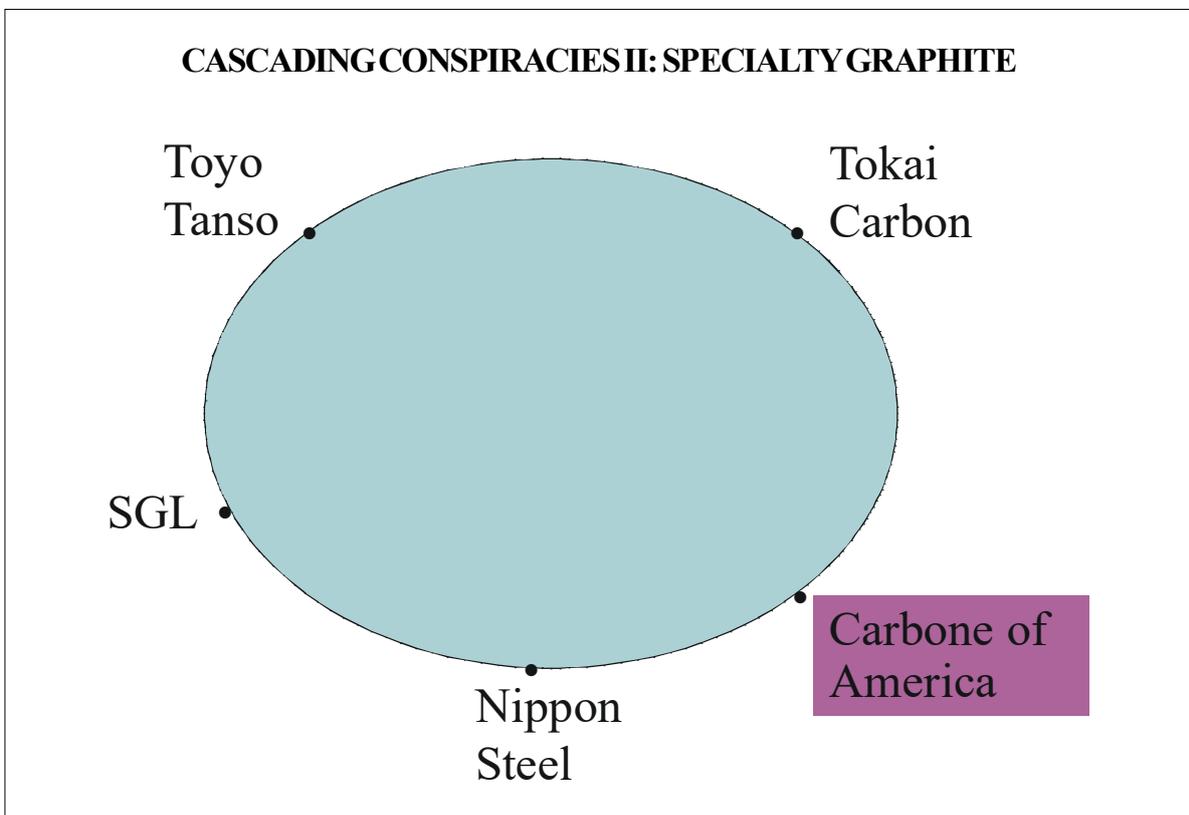
## CASCADING CONSPIRACIES II: GRAPHITE ELECTRODES OVERVIEW



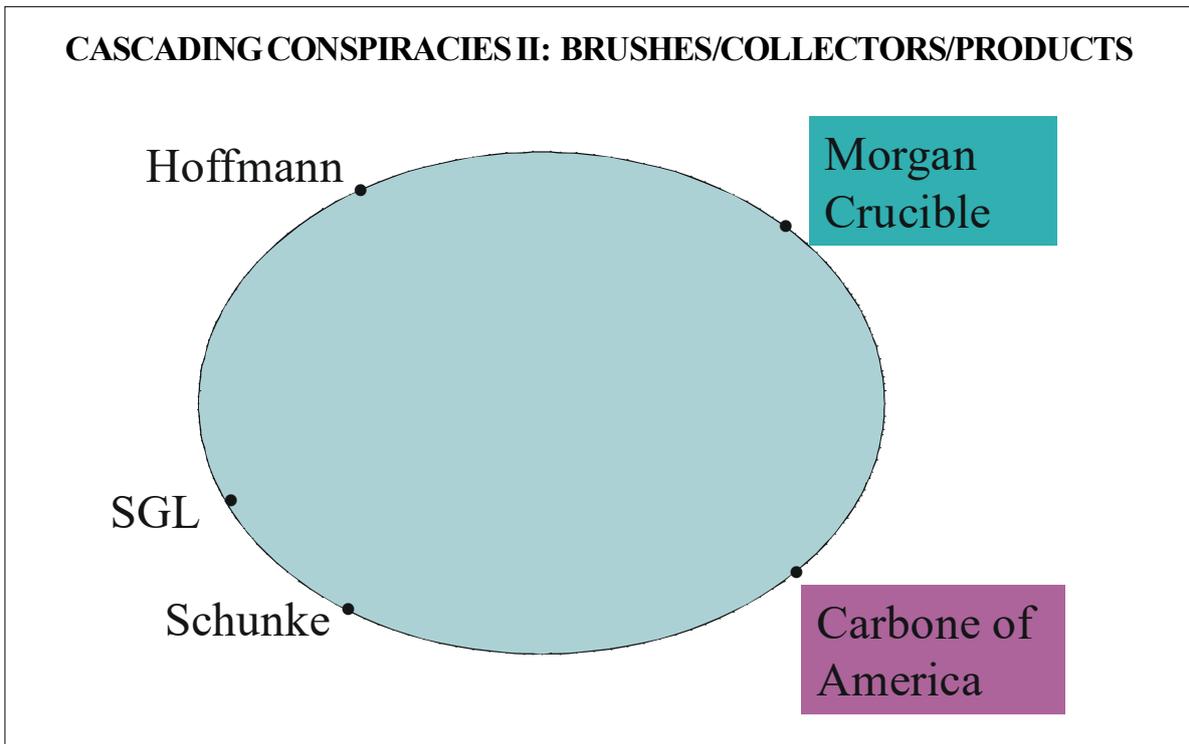
**SLIDE 9**



**SLIDE 10**



**SLIDE 11**

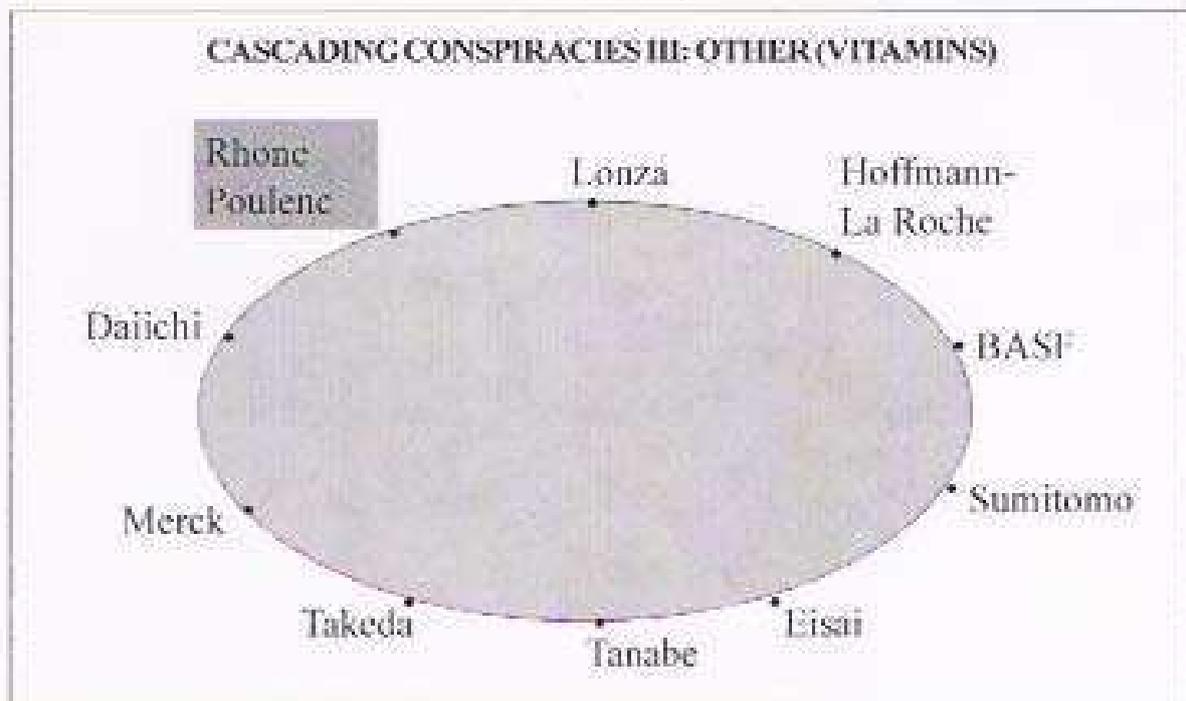


**SLIDE 12**

**INTERNATIONAL CARTEL OUTCOMES: FINES - GRAPHITE ELECTRODES**

	<b>U.S.</b>	<b>Canada</b>	<b>E.U.</b>
UCAR	\$110 M	C\$11 M	€ 50 M
SGL	\$135 M	C\$12.5 M	€ 80M
Tokai Carbon	\$6 M	C\$0.25 M	€ 25 M
Showa Denko	\$32.5 M	-----	€ 17 M

## SLIDE 13



## SLIDE 14

## INTERNATIONAL CARTEL OUTCOMES: FINES - VITAMINS

	<b>U.S.</b>	<b>Canada</b>	<b>E.U.</b>
Roche	\$500 M	C\$48 M	€ \$462 M
BASF	\$225 M	C\$18 M	€ \$296 M
Rhone-P.	Amnesty	C\$14 M	€ \$5 M
Takeda	\$72 M	C\$5.2 M	€ \$37 M
Daiichi	\$25 M	C\$2.5 M	€ \$23 M
Eisai	\$40 M	C\$ 2 M	€ \$13 M
Merck	\$14 M	C\$1 M	€ \$9 M

**SLIDE 15**

**ISSUES IN IMMUNITY PRACTICE**

- Overview
  - *“First In/Complete Cooperation”*
  - *Justice decision on Bureau recommendation*
  - *Federal Prosecution Service Deskbook*
  - <http://canada.justice.gc.ca/en/dept/pub/fpsdeskbook.pdf>
  - *Immunity Program Information Bulletin*
  - <http://strategis.ic.gc.ca/pics/ct/immunitye.pdf>
  - *Immunity Program - FAQ*
    - <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterE/ct02312e.html>

**SLIDE 16**

**ISSUES IN IMMUNITY PRACTICE (CONT'D)**

- Immunity-Plus
  - *new product; longer timeframe*
- Penalty-Plus
  - *undisclosed related conduct and seriously aggravating factors*
- Confidentiality/Non-Disclosure
  - *recent developments*

**SLIDE 17**

**ISSUES IN IMMUNITY PRACTICE (CONT'D)**

- Marker System and its Administration
  - *“First In”*
  - *marker issued by Competition Bureau*
  - *good faith/timeliness required*
- Certainty/Predictability
  - *grounds for revocation – Stolt-Neilsen*
  - *consequences of revocation*
- Desirability of Review

**SLIDE 18****EXTERNAL REACH OF CANADIAN COMPETITION ENFORCEMENT**

- Introduction: US Policy/Canadian Reaction
  - Alcoa (1934)
  - *From Uranium to Nippon Paper*
  - *CDN/UK/Australia/Japan opposition*
- Substantive Jurisdiction of Canada
  - *International conspiracies under the Criminal Code: s. 465*
  - *Effects-based jurisdiction: Libman?*
  - *Sins of those abroad: s. 46: who is exposed?*

**SLIDE 19****EXTERNAL REACH OF CANADIAN COMPETITION ENFORCEMENT  
(CONT'D)**

- Personal Jurisdiction
  - R. v. R. J. Reynolds – (2004), 182 C.C.C. (3d) 126.
  - *MLAT service/ Immigration watch lists*
  - *Extradition*
- **Thomas Liquidation**
- **Plastic Tableware**
  - *Interpol Red Notices*
  - *Personal Circumstances/Need to Travel*

## DEBATE

**Mauro Grinberg:** Vamos dar início à parte de perguntas. Eu gostaria antes de fazer um comentário, de que esse Painel me pareceu muito curioso, porque primeiro Ricardo Cueva inverte todo o conceito que eu tinha de prova, depois a Bárbara nos ensina a fazer um cartel, depois o Martin Low manda passar o chapéu, ver se há alguém aqui querendo fazer leniência agora. Então, ficou um Painel bastante peculiar, mas de qualquer forma eu quero já dar início às perguntas e respostas e eu vou usar o privilégio da presidência dos trabalhos para fazer uma pergunta ao Conselheiro Ricardo Cueva, porque eu sempre entendi a premissa, a expressão “independentemente de culpa”, que está na lei, como contrária ao artigo da Constituição que diz que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico”, que vise à, ou seja, que tenha um objetivo, preço, aquela coisa toda. Agora, o Conselheiro nos disse aqui que essa expressão “independentemente de culpa” resulta em inversão do ônus da prova. Eu quero então perguntar a ele, pedir a ele que explicitate isso, por favor.

**Ricardo Cueva:** A questão levantada pelo Conselheiro Prado, sobre se é possível cogitar de inversão do ônus da prova no direito da concorrência, vez que a inversão do ônus *probandi* dependeria de uma situação de hipossuficiência, é muito relevante e permite que esclareça melhor meu ponto de vista. A responsabilidade objetiva no âmbito civil aparece no limiar do século XX, quando a tecnologia e a industrialização tornam certas relações tão perigosas que é necessário abolir certas cautelas do processo convencional e inverter o ônus da prova. Exemplos disso são a responsabilidade civil do transportador, a responsabilidade civil do Estado, entre outros, nas quais a inversão do ônus da prova se justifica para remediar uma situação de hipossuficiência. Mas, quando se trata de responsabilidade administrativa por dano ao ambiente ou por lesão à concorrência, a questão já não é mais de hipossuficiência, e sim de atomização dos agentes, de uma relativa assimetria entre eles e da necessidade de garantir eficiência na apuração daquele dano a um bem jurídico relevante. Justifica-se, assim, a inversão do ônus da prova também no caso da concorrência, já que o bem jurídico tutelado pela Constituição e pela Lei 8.884 é de tal magnitude que dá ensejo a isso. Na prática, a autoridade administrativa se deferonta com uma questão de *quantum* probatório, ou seja, ela só se desincumbe da prova da autoria e da materialidade do ilícito concorrencial se tiver um mínimo de indícios que demonstrem a racionalidade econômica do comportamento do agente, com exceção, é claro, das hipóteses de cartel *hardcore* ou cartel clássico, quando os indícios da existência de colusão, por si só, permitem a formação do juízo de reprobabilidade.

**Mauro Grinberg:** Muito obrigado. Eu quero perguntar à Dra. Bárbara e ao Martin se têm perguntas também a fazer dentro do Painel. Reciprocamente. Cueva, não?!

**Ricardo Cueva:** Eu teria uma pergunta a fazer ao Dr. Martin, é o seguinte: Se, no âmbito da cooperação internacional que existe, do Bureau com outras agências, com outras autoridades da concorrência é comum trabalhar com prova emprestada? E qual o alcance da prova emprestada de outras jurisdições e da prova feita num caso que tem as mesmas partes mas em outra jurisdição? Qual o efeito que essa prova emprestada teria num caso apresentado no Canadá?

**Martin Low:** Well, there is, as you should all recognize a great deal of international cooperation among competition agencies. All of those agencies operate within the confidentiality obligations that they have under their domestic laws, but until, I would say two or three years ago, there was a division in the way different agencies approach this. Canada and the United States were very very close. They had a Mutual Legal Assistance Treaty which enable them to provide documents or all testimony, availability of witnesses to the other country. It did not work quite that way with the Europeans, who were very cooperative but could never, as they interpretate their law, provide any help to anyone else. They will give you anything that they had a specific obligation under their law to provide. In the last two or three years, the way that parties cooperate internationally is that if there is no specific prohibition to the provision of information then they would give you as much as they can.

In Canada, there is specific legislation for information pursue into the mutual legal assistance program. So that, if the United States were to conduct searches or downraids after request of Canada, then, after that information were provided through diplomatic channels to the Canadian authorities, that evidence would be admissible in a Canadian Court for the purposes of the prosecution of a Canadian offender. The way the process of international cooperation seems to work today is that because of the confidentiality obligations that may apply to Dr. Rosenberg and her colleagues, and that certainly apply to the competition bureau in Canada, which is prohibited by statut from disclosing any confidential information, the agencies cooperate with each other on public informations, which they can share. They cooperate with each other on economic analysis. They provide each other with leads for parties to investigate, for questions to ask, for generic description of documents that they should seek out. And all that information that is provided will be not confidential, but it will be very very helpful operation law information. And there are also cooperation agreements among many of the

competition authorities between Canada and the US, between Canada and the EU, Japan, Australia and New Zealand, and I think... Am I right, that we are working in something like that in Brazil?

**Bárbara Rosenberg:** Yes.

**Martin Low:** And so, there are these networks of cooperation arrangements that were intended to assist each of the competition authorities in providing. There is also been a study for a number of years going on in the OECD to provide for framework, for information sharing, for information that is confidential, and the American Bar Association, the Canadian Bar Association we've sent represents at to the OECD – to assist them – with that project. I'm optimistic that we'll see a recommendation from the OECD sometimes in the next year or two. That was a long answer.

**Bárbara Rosenberg:** Para complementar, especificamente no caso brasileiro, temos acordos de cooperação celebrados com a Argentina e com os Estados Unidos, além de um no âmbito do Mercosul. Mas um aspecto que eu queria aproveitar para enfatizar refere-se a algo mencionado pelo Martin que é a cooperação informal. De fato, esta cooperação tem tido um papel fundamental no desenvolvimento e implementação das técnicas de investigação que têm sido adotadas pela Secretaria de Direito Econômico, ressaltando que, para essa finalidade, não há qualquer necessidade de que utilizemos dados confidenciais. Em outras palavras, tomar conhecimento sobre setores que estão sendo publicamente investigados em outras jurisdições, bem como conhecer o tipo de informação ou de análise que está sendo utilizada em determinado caso acaba por auxiliar e tornar mais eficiente e efetiva nossa atividade. Assim, os contatos que vem sendo feitos com autoridades estrangeiras – seja na OCDE, seja na International Competition Network (ICN), seja em visitas a autoridades de outras jurisdições para justamente estreitar esses laços, tal como tem feito o Secretário Daniel Goldberg – reforçam a importância da cooperação internacional para tornar mais eficientes, eficazes e efetivas as investigações.

**Mauro Grinberg:** Para passar agora para as perguntas do público, eu quero primeiro pedir que as nossas colaboradoras se mostrem para distribuir os microfones e segundo, eu quero pedir também um pouco mais de luz para eu poder enxergar quem é que está perguntando. O Dr. Daniel Goldberg, por favor se identifique.

**Daniel Goldberg (Secretário de Direito Econômico):** Na verdade, eu queria só fazer uma complementação com relação à pergunta do Ricardo e às respostas da Bárbara e do Jim. Na verdade, são duas possibilidades, além dessas que foram descritas, que são as possibilidades de cooperação internacional genéri-

cas, nos termos da recomendação da OCDE e dos tratados guarda-chuva que já existem entre Estados Unidos e Brasil, e um pouco mais específicas, que é o caso dos Estados Unidos e Europa, que não é apenas um tratado guarda-chuva, é um tratado um pouco mais elaborado. O que deve estar sendo negociado com o Departamento de Justiça, para os advogados especializados em antitruste presentes, é uma pequena inovação, que é possível tecnicamente, que é o seguinte: a SDE está negociando um protocolo de atuação conjunta com o Departamento de Justiça, em que o Departamento de Justiça colhe provas para a SDE aqui no Brasil e vice-versa. Então, para responder à pergunta do Ricardo, é mais do que a prova emprestada, é uma derivação desse problema da prova emprestada, mas, nos termos do Direito Processual Civil americano, é possível que, desde que com autorização do Judiciário americano, a SDE faça um pedido para que o Departamento de Justiça faça uma busca e apreensão lá com autorização do Judiciário de lá para servir provas para um processo em curso no Brasil, quer nos termos do MLAT, que foi mencionado pela palestra do Dr. Low, quer nos termos gerais do acordo de cooperação guarda-chuva que temos. Então, o que estamos estudando agora é não só via MLAT poder utilizar prova emprestada – isso já está dentro dos princípios gerais de Direito Internacional -, mas, além disso, estamos estudando a possibilidade de que uma autoridade de concorrência peça a colaboração de outra autoridade de concorrência para que realize uma coleta de provas em benefício de um caso que não necessariamente está instaurado naquela jurisdição, mas sim na jurisdição da autoridade que o requisitou. Isso é possível dentro dos princípios gerais de cortesia positiva do Direito Internacional, e o que a SDE está negociando agora é um protocolo de cooperação para implementar o rito para fazê-lo. Já temos o OK preliminar do Departamento de Justiça, e agora estamos na fase de redação desse protocolo.

**Mauro Grinberg:** Dr. Pedro Dutra. Antes do Pedro fazer pergunta...

**Pedro Dutra:** A pergunta é ao Conselheiro Cueva.

**Mauro Grinberg:** Identifique-se Dr. Pedro Dutra.

**Pedro Dutra (advogado):** A pergunta é ao Conselheiro Cueva. Eu observei um ponto muito interessante na palestra, em que ele disse que é preciso “blindar” as decisões do CADE para que elas sejam mantidas no Judiciário. Isso é extremamente auspicioso, porque é uma linha divergente na cultura administrativa brasileira, onde boa parte das autoridades se preocupa em instaurar processos com grande divulgação e jamais estão presentes quando essas decisões são revistas pelo Judiciário sobretudo quando as decisões são de revisões positivas. Então, essa preocupação é muito interessante que o CADE a tenha, quer dizer, eu inclusive penso que é muito importante que o Judiciário reveja todas as

decisões importantes do CADE. O resultado será positivo ao final porque essas revisões vão melhorar, como já estão melhorando, essas decisões do CADE. O Conselheiro Cueva fez uma observação interessante que diz que o Regimento do CADE, ou as Resoluções do CADE, a resolução competente – que eu não sei qual é o número -, deveria contemplar uma linha de procedimento ou disciplinar o processo administrativo relativo ao ato de concentração e aquele relativo à infração. De pleno acordo. Eu penso que isso é extremamente necessário. E disse mais, que deveria haver para esse fim uma adequação à lei da lei do CADE, dos preceitos de direito processual da lei do CADE, a lei de processo administrativo, o que também me parece necessário. Ocorre, todavia - e aí já entra a minha pergunta – que a lei de direito administrativo não se aplica, ressalva os dispositivos processuais e de leis especiais. Então aqui nós já teríamos uma ressalva quando a Lei de Defesa da Concorrência disciplinar o processo no CADE. O segundo ponto é que a Lei do CADE, a Lei 8.884, no art. 83, se eu não me engano, diz que se aplicam subsidiariamente as normas do Código de Processo Civil. Eu gostaria que o Conselheiro, sempre numa primeira abordagem, elaborasse um pouco como seria esta filiação, a quem essa resolução que é auspiciosa deveria atender hierarquicamente falando, à norma de processo civil, à norma de processo administrativo ou – como me parece – fazer um compósito dessas normas todas?

**Ricardo Cueva:** É verdade. A lei do processo administrativo faz a ressalva daqueles procedimentos próprios previstos em legislações específicas como, por exemplo, a da Receita Federal, do Banco Central e outros órgãos da administração. No CADE não poderia ser diferente. Uma adaptação e a criação de um rito específico para condutas teria necessariamente que pensar muito sobre essas questões. A lei do processo administrativo, como norma geral e como um dispositivo que disciplina aquela exigência do devido processo legal no processo administrativo, tem não *status* privilegiado, mas sem dúvida pode ser usada como um elemento norteador para criar esse rito próprio. A dificuldade maior me parece que não é essa, mas aquela outra, o fato de que a Lei 8.884 faz apenas menção ao CPC, o que pareceu um erro do legislador - deveria ter sido também mencionado o CPP (Código de Processo Penal). Parece-me que no Direito Punitivo deveria necessariamente haver uma adaptação que garantisse um mínimo de direitos aos indiciados. Como fazer isso é uma questão que ainda está sendo debatida no CADE, não há uma solução à vista.

**Mauro Grinberg:** Dr. Prado.

**Dr. Luiz Carlos Prado (Conselheiro do CADE):** A pergunta que eu vou fazer é uma pergunta de economista, mas sobre uma questão jurídica.

Gostaria de levantar um ponto que eu entendo ser muito instigante, que o Cueva propôs, e que é a questão da inversão do ônus da prova no caso de direito da concorrência. Ora, na tradição jurídica brasileira nós temos com inversão de direito da prova: o direito trabalhista, o direito do consumidor, o meio ambiente – e o meio ambiente tem uma peculiaridade, pois a tendência das decisões brasileiras ou da legislação brasileira nesse segmento tende a seguir muito mais uma solução a la Ronald Coase de extensão de direito de propriedade do que a tradição de Pigout, quer dizer, de que a única forma de se livrar de um resíduo é via a eliminação desse resíduo. E cada uma dessas áreas tem uma razão muito determinada para a inversão do ônus da prova. No caso do direito ambiental - eu estou falando com especialistas de direito ambiental, por isso estou falando com muito cuidado -, pelo que eu entendo, a inversão se dá porque é muito difícil determinar de um resíduo, por exemplo, quem foi aquele que efetivamente poluiu, então de alguma maneira entre vários potenciais poluidores é necessário estabelecer com clareza quem o fez. No direito trabalhista, devido a uma assimetria entre as partes. No direito do consumidor também. No nosso caso - direito de concorrência -, entendo que temos um problema particular, que é como aplicar um direito de concorrência para um país em desenvolvimento. Nesse caso, o uso do critério per se, associado com a idéia de inversão do ônus da prova pode ser perigosa, no sentido de que em muitas situações temos que levar em conta a regra da razão para viabilizar questões como inovação tecnológica e questões de escala de produção. Então, o mesmo tipo de comportamento que *ceteris paribus* pode ser um comportamento passível de punição numa situação, em situações particulares pode ser justificável. Entendo que, para um país como o nosso, há que ser criada ainda uma discussão de quais são as peculiaridades do direito de concorrência num país que tem questões particulares, um país em desenvolvimento. É muito diferente numa situação de economias maduras, como a Europa e os Estados Unidos, onde as alterações nas estruturas de mercado são muito mais previsíveis e são alterações de grandes empresas aí colocadas. Eu queria aproveitar e fazer uma pergunta ao Dr. Martin Low, primeiro chamando a atenção de que foi interessante a sua apresentação, aprendi muito com ela aqui, mas eu gostaria de perguntar justamente como é que o senhor vê as perspectivas de cooperação na área de direito de concorrência, levando em conta que um país como o Brasil é um país que recebe um número muito importante de investimentos de grandes empresas transnacionais? Nós somos, entre os países em desenvolvimento, depois da China, que é o principal destino de investimento internacional, estoque de capital estrangeiro num prazo longo. Então, uma parcela razoável de problemas que eventualmente têm efeito no Brasil se originam fora das nossas fronteiras; é muito difícil trabalhar com alguns problemas de empresas

que tem estratégias corporativas globais sem uma participação mais estreita entre os organismos e as autoridades de defesa da concorrência. E esse é um assunto que, embora tenha sido discutido em OMC e é discutido também nos acordos bilaterais, ainda a meu juízo tem um longo caminho a percorrer. O que eu gostaria é de ouvir um pouquinho a sua posição quanto à cooperação no sentido mais de médio e longo prazo do controle das grandes corporações transnacionais, nas suas estratégias globais e os efeitos em países em desenvolvimento como o nosso.

**Martin Low:** As a defense lawyer what I am about to say might seem strange. I am also a consumer and so therefore I have a very strong interest in a fairly competitive economy. I am a strong encourager of international cooperation to the extent that it is possible. Canada has characteristics that are very similar to those of Brazil. It is a net importer of capital. It is a plant economy in which foreign multinational corporations have significant positions in Canada and when cartels occur internationally they have a direct impact on the Canadian economy as well as the do in Brazil. And so I believe that the only effective way for the international economy to respond to international cartels which do economic damage everywhere they operate, the only way repression of cartel to be effective is cooperation. Canada has been very strongly committed to the idea of providing information to other jurisdiction, to assisting other countries with the development of their institutions and the conduct of their own cases. There are some conditions of course. Canadians companies cooperate with competition authorities in Canada or in the United States or in Europe or in Brazil on the expectation that their business secrets will be kept confidential. Clearly if Canada were to obtain proprietor confidential information that could do competitive harm to the company that has provided it and made that available to another country without some understanding of the use of that information and without some guarantee that it will not be used for other purposes: abuse of intellectual property rights, for example, then our sources of information would dry up very quickly. The Canadian government expects that when providing information to another jurisdiction that that jurisdiction will safeguard the confidentiality of the information provided, that they will not misuse for purposes other than the prosecution of legitimate competition offense and that, obviously, there would be some reciprocity. I believe that all competition authorities of International Competition Network understand those criteria.

**Mauro Grinberg:** O Conselheiro também quer responder a pergunta.

**Ricardo Cueva:** A questão levantada pelo Conselheiro Prado, sobre se é possível cogitar de inversão do ônus da prova no direito da concorrência, vez que

a inversão do ônus *probandi* dependeria de uma situação de hipossuficiência, é muito relevante e permite que esclareça melhor meu ponto de vista. A responsabilidade objetiva no âmbito civil aparece no limiar do século XX, quando a tecnologia e a industrialização tornam certas relações tão perigosas que é necessário abolir certas cautelas do processo convencional e inverter o ônus da prova. Exemplos disso são a responsabilidade civil do transportador, a responsabilidade civil do Estado, entre outros, nas quais a inversão do ônus da prova se justifica para remediar uma situação de hipossuficiência. Mas, quando se trata de responsabilidade administrativa por dano ao ambiente ou por lesão à concorrência, a questão já não é mais de hipossuficiência, e sim de atomização dos agentes, de uma relativa assimetria entre eles e da necessidade de garantir eficiência na apuração daquele dano a um bem jurídico relevante. Justifica-se, assim, a inversão do ônus da prova também no caso da concorrência, já que o bem jurídico tutelado pela Constituição e pela Lei 8.884 é de tal magnitude que dá ensejo a isso. Na prática, a autoridade administrativa se depara com uma questão de *quantum* probatório, ou seja, ela só se desincumbe da prova da autoria e da materialidade do ilícito concorrencial se tiver um mínimo de indícios que demonstrem a racionalidade econômica do comportamento do agente, com exceção, é claro, das hipóteses de cartel *hardcore* ou cartel clássico, quando os indícios da existência de colusão, por si só, permitem a formação do juízo de reprobabilidade.

E regra da razão, existem vários graus de provas que são admissíveis, portanto não me parece que a inversão do ônus da prova subverteria a finalidade do direito da concorrência.

**Mauro Grinberg:** Dr. Túlio, identifique-se.

**Dr. Túlio:** O Conselheiro Cueva usou a expressão “blindagem” das decisões do CADE, que eu acho interessante. Mas algo que eu gostaria de ponderar é sobre a importância da blindagem do próprio procedimento que existe não só dentro da SDE mas especialmente dentro do CADE, que a meu ver precisa de um cuidado mais especial. Refiro-me a situações que vemos no dia-a-dia dos casos, como, por exemplo, a dos Conselheiros que pede vistas do processo e basicamente baixam o processo em diligência, promovem audiências, solicitam informações adicionais; os Conselheiros que estão votando como vogais. Além disso, audiências são conduzidas no CADE a portas fechadas, documentos são apresentados e se argui uma confidencialidade sobre todo documento, e nenhuma versão não-confidencial é disponibilizada para as outras partes. Enfim, uma série de questões estão surgindo no âmbito dessa dualidade de dilação probatória, quer dizer, aquela complementar dilação probatória que existe no CADE, que, aos olhos do Judiciário – creio eu - vão gerar muitas perplexidades. Quer dizer, todo esforço que há para

a coleta de provas pode cair por água abaixo no momento em que o Judiciário se vê com esse tipo de situação que flagrantemente viola um mínimo de devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Como o cenário de mudança da lei é algo previsível - ninguém sabe sequer se o projeto vai ser encaminhado -, eu acredito que amanhã este tema vai ser abordado, em que cuidados o CADE está pensando em termos de criar uma blindagem para o procedimento administrativo que é a coisa mais básica que pode existir, de tal maneira que essas decisões possam ter o mínimo de sustentabilidade no Poder Judiciário, caso contrário vamos ver todas as decisões importantes do CADE - e a tendência é de que haja cada vez mais decisões importantes, especialmente nos casos de cartel -, caírem no Judiciário por falta de viços procedimentais. Então, que cuidados estão sendo tomados para a blindagem desse tipo de procedimento?

**Ricardo Cueva:** Bom, me parece, o primeiro cuidado é aquele que foi mencionado hoje de manhã pela presidente Elizabeth Farina, que é basicamente a reforma do Regimento que já está sendo feita. É claro que é bastante difícil prever em Regimento todas as hipóteses como essas: o que pode ou não fazer aquele Conselheiro que tem vistas ao processo etc., mas é possível melhorar substancialmente o Regimento Interno. Eu entendo a preocupação que há quando o caso em julgamento, o mero pedido de vista de um Conselheiro dá ensejo a uma nova instrução. Isso me parece que é decorrência um pouco de um dos defeitos estruturais do sistema, que é a falta de um segundo grau. O sistema deveria ter um segundo grau, talvez a forma ideal fosse que a SDE, ao instaurar um processo de conduta, já exarasse um julgamento, e o CADE atuasse como instância revisora, ou, no modelo de legislação que se pretende apresentar, houvesse uma unidade SDE-CADE e o colegiado funcionasse já como assistente revisor, garantindo o cumprimento do preceito constitucional do duplo grau de jurisdição. No entanto, há coisas que pertencem já aos debates regimentais do CADE, que são inúmeros e quase sempre levam a muito calor e pouca luz. Por exemplo, a questão das audiências públicas, na verdade, é um erro, o erro básico de alguém que decidiu, em cumprimento a um certo decreto que exigia que reuniões com agentes públicos fossem divulgadas em agenda, dar o nome “audiência pública”. Essas reuniões que acontecem com advogados no CADE para entrega de memoriais ou apresentação de argumentos não podem ser enquadradas como audiências públicas no sentido da lei do processo administrativo, isso é claro. São meros encontros que em geral têm testemunhas. Eu acho que a transparência e o registro são de rigor, foi um ganho que decreto impôs, mas isso tem que ser visto com bom senso. Qualquer tribunal administrativo ou judicial tam-

bém. O juiz recebe memoriais, advogados a todo instante, isso não pode, a meu ver - como tem sido no CADE -, ser usado como mais uma ferramenta de argumentação para tentar criar nulidades que não existem. Eu acho que haveria a blindagem das decisões do CADE perante o Judiciário se houvesse uma reforma do Regimento que minimamente fizesse aquelas adaptações de que falávamos há pouco.

**Mauro Grinberg: (...)**

**João Bosco Leopoldino (advogado):** Eu gostaria de suscitar perante o Conselheiro Cueva duas precisões, porque eu realmente fiquei ainda indeciso. A primeira quanto à informação que o senhor deu de que seria necessária a menção, na Lei 8.884 – que faz menção ao recurso ao processo civil -, também a um recurso ao Código de Processo Penal. Eu fico em dúvida pelo seguinte: no direito brasileiro ocorreu uma descriminalização, a mesma que o Dr. Martin Low – me corrija se não for verdade - ocorreu no direito canadense, porque a Lei de 1889 configurava como crimes e depois na Lei de 1986 essa descriminalização de determinadas atitudes ocorreu. No Brasil, não se pode falar em criminalização porque o Decreto-lei 869, que era de 1938, ocorreu num contexto totalmente diferente – aliás, Nelson Hungria, que foi o relator, o redator do do projeto de lei e que fez aprovar esse decreto-lei, sendo ele criminalista, o decreto-lei só podia ter base criminal, mas isso depois desapareceu, e a Lei 8.884 fala em *infrações* contra a ordem econômica. Ora, infração está no âmbito administrativo e no âmbito civil. Então eu pergunto ao senhor: Seria razoável colocar o recurso ao Código de Processo Penal, a não ser como analogia? Quanto à analogia entre os vários ramos do direito, sobre isso eu concordo, mas fazer recurso ao Código de Processo Penal chamou a minha atenção. Eu acredito que esse não seja o toque fundamental. E o outro aspecto, volto a insistir porque realmente não entendi: Quando se fala em ônus da prova, o ônus da prova é de quem alega, o ônus da prova é de quem acusa, então a autoridade pública é quem estaria acusando. Se se falar em inversão do ônus da prova, então o ônus da prova passaria para a empresa, e o que teria a empresa que provar? Porque a questão fundamental é esta: Eu não posso falar em inversão do ônus da prova abstratamente; eu tenho que dizer a prova é de quem alega, a prova é de quem acusa, a prova é da autoridade pública, e isso tem sido a tônica em todas as decisões, por exemplo, da Comunidade Européia (o caso National-Panasonic, todos mostram exatamente isto). Ora, no caso então da inversão do ônus da prova, então o ônus da prova será da empresa, a empresa terá que provar o quê? O fato negativo? Provar que *não* fez? Então é essa a dúvida, e eu gostaria de obter do senhor somente essas duas precisões para tranqüilizar a questão. Obrigado.

**Ricardo Cueva:** É, quando eu falei da questão do Código de Processo Penal, essa questão está relacionada a uma discussão talvez um pouco apressada da identidade essencial que existe no direito punitivo. O direito punitivo pode ser entendido como o direito que abrange tanto o direito penal como o processo administrativo sancionador. É assim que a doutrina mais moderna tem visto isso. A Espanha, por exemplo, tem sido líder nessa matéria. A Corte constitucional espanhola hoje talvez seja a que mais detalhadamente tenha analisado essa relação, sempre tênue e difícil, entre direito penal e direito punitivo administrativo. Supondo, admitindo que há não uma identidade mas uma unidade básica de princípios e normas, o Código de Processo Penal aparece como um instrumento garantista. Na verdade, eu não digo isto com o intuito de aumentar as possibilidades de punição, mas, ao contrário, de aumentar as garantias que o administrado dispõe para se defender contra acusações fundadas ou não da administração. Parece-me que a função essencial do Código de Processo Penal é exatamente a garantia da liberdade e de que o processo seja conduzido conforme o devido processo legal. Eu não sei se isso esclareceu a sua primeira questão.

Já a segunda questão, sobre o ônus da prova, quando se fala em inversão do ônus da prova sempre se pensa em Código de Processo Civil e aí a questão fica mais simples. Quando falamos em inversão do ônus da prova no direito punitivo assemelhado ao direito penal, na verdade, não podemos simplesmente transpor um conceito que apareceu no direito privado para o direito público. Aqui e no direito punitivo o que se fala é de uma questão de grau probatório. A inversão do ônus da prova não significa que a autoridade se exime de provar a autoria ou a materialidade; ao contrário, eu frisei isso bem, incumbe-se a autoridade de provar a autoria e a materialidade do ilícito desde o órgão, e isso é feito normalmente com o uso de instrumentos de análise econômica, para provar que aquela determinada conduta era racional ou não. Caso contrário, é claro, o administrado não teria como se defender, seria uma violação ao princípio básico de que deveria saber do que está se defendendo. Ou seja, a autoridade tem que estabelecer o nexo causal entre a conduta e o dano ou risco de dano à concorrência, e cabe então ao administrado apresentar a contraprova que exclua a antijudicidade daquela conduta ou que afaste completamente aquilo, ou seja, não ocorreu a conduta ou não houve a conduta.

**Mauro Grinberg:** Identifique-se por favor.

**Lúcia (Escritório Magalhães Ferraz):** A pergunta é para o Conselheiro Cueva. O senhor colocou aqui a culpa como um pressuposto da responsabilidade no direito da concorrência. Pergunto-lhe então se, no seu entendimento, é possível haver condenação sem dano efetivo? Em outras palavras, o senhor entende possível haver no direito da concorrência uma condenação com base

em um dano potencial, a exemplo do que ocorre no direito do consumidor, por exemplo, muitas vezes?

**Ricardo Cueva:** Bom, eu queria fazer uma ressalva que eu espero que isso não esteja sendo gravado e ninguém anote nada, porque eu não me comprometo....

**Mauro Grinberg:** Está sendo gravado sim.

**Ricardo Cueva:** As idéias são admitidas em tese doutrinariamente em qualquer caso no CADE. De todo modo me parece que sim, quer dizer, a redação da lei é clara, diz “potencial ou efetivamente”. Portanto, se houver um dano potencial, poderá ser punido. Eu não sei se há no CADE, na história do CADE, na jurisprudência administrativa daquela Corte, uma decisão onde isso tenha sido claramente definido, mas se houver o mínimo de condições para que haja prova de um nexo causal entre uma determinada ação e um risco à concorrência, ao bem jurídico tutelado, sim, seria um ilícito formal de mera conduta. A prova é muito mais difícil nesse caso, mas se os indícios forem contundentes, acho que é possível.

**Patrícia Agra (CADE):** Na verdade, é só uma complementação à pergunta feita pelo Dr. Túlio. Há mais outras três medidas que eram anunciadas inclusive pela Dra. Farina hoje de manhã: uma é a criação e o fortalecimento de uma Secretaria Processual no CADE; a segunda é que está sendo criada dentro do CADE uma rotina, um procedimento de vistas de processo, inclusive com treinamento dos funcionários que vão ficar nessa Secretaria Processual; e a terceira é um acompanhamento eletrônico do andamento dos processos, inclusive das medidas que são tomadas dentro do processo. É só um esclarecimento.

**Mauro Grinberg:** Como não vejo mais perguntas... Desculpe, Edgar Pereira.

**Edgar Pereira (economista):** Este Painel tem sido muito interessante, particularmente para mim, como economista, por tentar estabelecer algum nível de entendimento, de comunicação, entre os termos jurídicos e a maneira como a lei pode ser usada, particularmente nessa questão de processo. Então, a minha preocupação aqui é no sentido de tentar entender um pouco, para tentar traduzir para aquele que é o trabalho de economista nesta matéria específica. Há duas questões sobre as quais ainda tenho dúvidas: uma é com relação a essa questão da prova negativa trazida agora pelo Prof. João Bosco para discussão. Não está ao alcance, em geral, do representado trazer a prova negativa, e neste caso ele pode contar com o concurso do economista para a produção da prova positiva, se é que esse termo existe, no sentido de trazer qual é a racionalidade daquela conduta adotada pelas empresas ou por uma empresa num determinado

mercado. Então, a primeira questão é com relação à validade ou ao alcance da produção dessa prova positiva a partir da análise econômica do comportamento. Para isso há técnicas específicas de análise de causalidade entre ações e reações no mercado. Segundo, é com relação à questão da potencialidade; quando o economista está avaliando, se eu entendi corretamente, ao menos a potencialidade é o requisito necessário para o enquadramento da prática como de cartel ou para a condenação, o que seja. Então a potencialidade é, do ponto de vista da matéria econômica, a análise das características estruturais daquele mercado que propiciam ou não um comportamento coordenado. Pela apresentação da Dra. Bárbara, entendi que mesmo mercados que seriam em tese competitivos seriam passíveis de um cartel eficiente e nesse ponto estou distinguindo entre intenção de cartel ou atos preparatórios e efetividade do cartel. Em geral, embora possa haver alguma discussão com relação a esse assunto, se o mercado é competitivo é porque as barreiras de entrada nesse mercado são inexistentes ou muito simples. Eu imagino, pelo exemplo dado pelo Prof. Low, de que alguma restrição à entrada deve haver, para que um número grande de empresas sobrevivam no mercado competitivo. Então, resumindo, duas questões: uma com relação à produção da prova positiva e a outra com relação à análise estrutural do mercado com vistas à definição da potencialidade daquela prática.

**Bárbara Rosenberg:** Bem, no que toca à questão da racionalidade econômica que está por trás do cartel, não creio que seja necessário despende tempo, pois é mais do que evidente. Isso não ocorre, no entanto, com outras condutas anticoncorrenciais, razão pela qual, na investigação dessas outras condutas, a primeira análise a ser feita refere-se à sua racionalidade econômica. Se não é possível identificar uma racionalidade econômica na conduta do agente, não é o caso de prosseguir naquela investigação. São muitos, aliás, os casos que seguem da SDE para o CADE com sugestão de arquivamento em razão da ausência de racionalidade. Especificamente com relação a situações de cartel, obviamente o que eu apresentei como uma “provocação”, era justamente o argumento dos livros-texto de que mercados muito pulverizados, portanto competitivos, em tese não seriam passíveis de cartelização. Na realidade, o que o caso cuja investigação acabou de ser concluída revela, no entender da SDE, é que mecanismos muito claros e sofisticados, são capazes de coordenar condutas mesmo em mercados pulverizados. Conforme comentado, o alegado cartel coordenava-se por meio de programas de computador que seriam capazes de organizar essa conduta, por meio de reuniões que eram denominadas “cursos” com vistas a evitar a exposição evidente da finalidade daquela conduta, além de efeitos que poderiam ser sentidos nos preços – ainda que, ressalto, as provas diretas coligidas, no entendimento da SDE, seriam mais do que mais suficientes para sugerir a condenação. Em última

instância, o que se afere é que o número de empresas acaba por ser desimportante, desde que os mecanismos de coordenação sejam efetivos. A estrutura do mercado, ao mesmo tempo, desempenha importante papel: se existisse a possibilidade de que uma série de novos agentes entrasse no mercado, possivelmente o funcionamento do cartel restaria dificultado- ademais, se já existem cerca de vinte empresas atuando coordenadamente em um mercado, talvez quebrar toda essa estrutura do cartel não seja trivial. Aliás, como foi visto, um dos mecanismos de manutenção e funcionamento do cartel também está vinculado à tentativa de adotar estratégias cooptar os não-alinhados por meio de compras (no caso narrado, dentre os documentos colhidos, havia sugestão de que toda a produção dos não-alinhados fosse comprada pelos membros do cartel). Evidentemente coordenar um cartel de vinte empresas ou de duzentas empresas, como precisamente comentava Martin Low, é muito diferente, é muito mais complexo, pressupõe mecanismos de monitoramento muito mais sofisticados, mas isso revela-se possível. No tocante ao ônus da prova, há um ponto que eu gostaria de abordar no que toca aos casos de cartel. Especificamente quando a alegada colusão se dá por meio de um sindicato ou uma associação de classe - vamos dizer que seja feita uma busca e apreensão em um sindicato e que aquele sindicato tenha 60 membros, a tarefa mais complexa para a Secretaria, se constatado um cartel, é identificar quem, dentre os tantos membros, seria parte daquele cartel. No caso que narrei a vocês, por exemplo, foi feita uma primeira triagem, tão logo a busca e apreensão foi realizada, para verificar em relação a quem entendíamos haver indícios suficientes para a instauração de Processo Administrativo. No que toca a todas as outras empresas que eram membros do sindicato, mas contra as quais não se vislumbravam fortes indícios de infração à ordem econômica – não é necessário aqui reforçar o óbvio de que os sindicatos têm atividades necessárias e lícitas a serem desenvolvidas -, foi até aberta uma averiguação preliminar. Vale notar, ainda, que no caso citado, apesar de o processo ter sido aberto contra 23 empresas, foi sugerida a condenação pelo CADE para apenas 20. Por quê? Porque foi produzida uma espécie de prova negativa por essas empresas de que elas não faziam parte, provando, por exemplo, que elas não tinham os programas de computador necessários à coordenação. Então existe, sim, especificamente no caso de cartel, um dado muito importante de contribuição pela parte investigada - eu não estou falando de inversão de ônus da prova - que é a possibilidade da parte de alegar e provar que: “Apesar de estar naquela associação, eu não fazia parte do cartel”. E isso é um elemento que é recorrente nas investigações de cartel, em particular quando envolvem sindicatos ou associações.

**Mauro Grinberg:** Quero, antes de encerrar este Painel, pois o tempo já está esgotado, pedir a todos que permaneçam aqui para a solenidade de entrega do prêmio ESSO. Eu quero agradecer aos membros deste Painel - Martin Low, que

veio de longe, Bárbara Rosenberg e Ricardo Cueva – pelas exposições brilhantes e lembrar que geraram enorme interesse, tanto que a audiência está toda aqui – não saiu enquanto não se encerra este Painel. Portanto, muito obrigado aos painelistas, muito obrigado a todos vocês e eu digo que está encerrado este Painel com a presença do Guilherme Duncan da ESSO, para coordenar a partir deste microfone a formação da mesa e a entrega dos prêmios. Muito obrigado.

## PRÊMIO IBRAC-ESSO 2004

**Guilherme Duncan:** Boa noite a todos. Senhoras e senhores, é com imensa satisfação que inicio neste momento a apresentação da cerimônia de entrega do prêmio IBRAC-ESSO 2004, 5º Concurso Nacional de Monografias. Essa satisfação se explica notadamente porque há alguns anos eu pude contribuir com a Dra. Sissi Noronha, então diretora do Departamento Jurídico da ESSO e, posteriormente, com o Dr. Bruno Bandeira de Mello, que é o atual diretor, para a efetivação e manutenção deste patrocínio. Então, neste momento em que se realiza aqui o 10º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, vamos dar início à entrega do prêmio IBRAC-ESSO 2004, cumprindo assim mais uma etapa de sua existência.

Inicialmente, eu gostaria de chamar os integrantes da mesa diretora dos trabalhos: Dr. Ubiratan Mattos, presidente do IBRAC; Dr. Bruno Bandeira de Mello, diretor jurídico da ESSO; Dr. Daniel Goldberg, Secretário de Direito Econômico. Enquanto o Dr. Daniel não chega, o Dr. Luiz Carlos Prado, Conselheiro do CADE; Dr. Rui Coutinho do Nascimento, ex-presidente do CADE; Dr. Gesner Oliveira, ex-presidente do CADE; e o Dr. João Bosco Leopoldino, ex-Conselheiro do CADE.

Inicialmente, fará uso da palavra o Dr. Ubiratan Mattos, presidente do IBRAC.

**Ubiratan Mattos:** Muito obrigado. É sempre um momento de muita alegria esta cerimônia, que costuma ser bastante breve mas muito gratificante para nós que temos a oportunidade de retribuir um pouco da motivação, da dedicação e do entusiasmo dos jovens que participaram do certame. Como mencionou o Guilherme, a idéia do prêmio surgiu há pouco mais de cinco anos e se materializou com o apoio da ESSO, então na pessoa da Dra. Sissi Noronha, a quem faço questão de render uma homenagem especial para efeito da gravação, que, além de diretora da ESSO, se notabilizava por ser sócia-fundadora e diretora do IBRAC. Desde o início a Dra. Sissi Noronha esteve conosco, e já naquela época a ESSO contava também com o então jovem talentoso, Dr. Bruno Bandeira de Mello, que substituiu a Dra. Sissi Noronha na diretoria jurídica da ESSO e, mais do que isso, na responsabilidade de manter o patrocínio do prêmio IBRAC-ESSO. Foi assim, então, que chegamos ao 5º Concurso.

Este 5º concurso teve algumas características interessantes. Primeiramente, o número de trabalhos foi até maior do que do último concurso - foram 42 trabalhos, sendo 32 de graduação e 10 de pós-graduação, provindos de 19 diferentes universidades e de 9 Estados da Federação: Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e também do Distrito Federal. As mulheres responderam

por 60% dos trabalhos e os homens por 40%. As razões são óbvias, não precisamos nem entrar em maiores explicações, é que as mulheres são naturalmente mais dedicadas, mais entusiastas, enfim. E os premiados foram 10 e nesse caso deu empate, com 5 homens e 5 mulheres nas duas categorias combinadas.

A banca examinadora foi formada metade pó aqueles profissionais que gostam de escrever com cobrinha, como essas apresentações que nós vimos hoje de manhã, nossos amigos economistas, e metade por advogados, todos professores, amigos e de notório saber econômico e jurídico. Então a banca ficou assim constituída: de advogados, o Dr. Carlos Eduardo Monte Alegre Toro, o Prof. João Bosco Leopoldino e o Dr. Fernando Marques; e de economistas, o Prof. Jorge Fagundes, o Prof. Ruy Santacruz e o Conselheiro Luiz Carlos Prado. O critério adotado foi o mesmo dos concursos anteriores em que os candidatos se inscrevem mediante pseudônimos. Portanto, o avaliador não tem conhecimento de quem é o autor do trabalho, e aí vocês vão perceber a criatividade no uso dos pseudônimos, na medida em que eles forem sendo chamados. E estabeleceram-se cinco critérios de avaliação. Primeiro, a relevância do tema; segundo, a clareza na exposição; depois, o rigor metodológico; a originalidade; e a qualidade geral do trabalho. Uma coisa curiosa, no que diz respeito aos trabalhos, foi que houve empate nos segundos e terceiros colocados tanto da graduação quanto da pós-graduação, o que motivou a intervenção do presidente do IBRAC para desempatar, de tão boa qualidade que eram os trabalhos. Com essas explicações, vamos então passar à cerimônia. Temos música de fundo maestro? A música é a presença de todos aqui. Eu gostaria agora de passar a palavra ao Dr. Bruno Bandeira de Mello, da ESSO.

**Bruno Bandeira de Mello:** Boa noite a todos. É um prazer para a ESSO pela 5ª vez seguida estar aqui junto com o IBRAC nessa parceria, premiando os vencedores do concurso de monografias. Para mim pessoalmente, como advogado, é muito bom estar trabalhando numa empresa que tem esse comprometimento todo com o direito de concorrência e estar sempre ao lado das boas instituições como o IBRAC, que tem renome nessa área.

Queria fazer um breve comentário - não vou me alongar muito porque sei que todo mundo está muito ansioso para saber dos felizardos ganhadores -, mas eu não poderia deixar de comentar a respeito do mercado de combustíveis e da bagunça que hoje está instaurada.

O mercado de combustíveis tem aparecido nas manchetes dos jornais diariamente. Não se trata mais de questão de concorrência, trata-se de questão de polícia. Significa práticas ilícitas, adulteração, sonegação de impostos e, no fundo, esses criminosos, mesmo que punidos durante o período em que praticam

o crime, eles bagunçam também aqueles outros competidores e o resultado das empresas que operam dentro da legalidade, de forma que há esse cenário lamentável. E estamos torcendo para que novas e novas manchetes surjam para que possamos dar um basta e pôr fim a essa situação.

Ainda com relação a isso, não poderia deixar de comentar a boa iniciativa da SDE, conjuntamente com a ANP-Agência Nacional de Petróleo, no início deste ano, ao promover e divulgar uma cartilha onde há explicações, principalmente para o segmento de revenda, que é o segmento mais afetado, o mais alegadamente envolvido nas questões de violação da concorrência. Então, essa cartilha me parece uma excelente iniciativa, e eu queria parabenizar o Daniel porque realmente é desse tipo de iniciativa que o mercado sério precisa.

Muito bem, dentro do meu roteirinho aqui, creio que me resta apenas agradecer à participação, à colaboração do IBRAC, à parceria que pretendo ainda estender por vários anos desse prêmio. Gostaria, então, em nome do presidente Ubiratan, nosso amigo Bira, agradecer por essa parceria, agradecer também por todo apoio do Secretário do IBRAC, José Carlos, que tem sido de fundamental importância e também a todos os estudantes de graduação e pós-graduação, que, ao enviarem os seus trabalhos, engrandeceram essa 5ª edição do prêmio IBRAC-ESSO. Então era isso. Muito obrigado.

**Guilherme Duncan:** Os aplausos são extensivos ao Ubiratan, que terminou o discurso e eu interrompi, e não houve tempo para os merecidos aplausos.

Vamos passar então à mecânica da entrega do prêmio IBRAC-ESSO 2004 - Categoria graduação e pós-graduação. Os integrantes da mesa vão anunciar os nomes dos vencedores.

Vamos iniciar com o Dr. João Bosco Leopoldino, anunciando o 5º classificado na categoria graduação.

**João Bosco Leopoldino:** 5º colocado de graduação, com o título *Concorrência e propriedade intelectual – harmonização*. O pseudônimo tenho que ler em inglês também, Iron Blade, muito sugestivo. Instituição: Faculdade de Direito da USP; o nome: Rodrigo Otávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita.

**Guilherme Duncan:** 4º classificado na categoria graduação será anunciado pelo Dr. Daniel Goldberg.

**Daniel Goldberg:** 4º classificado na categoria de graduação, com o título *A regulação da ANP em defesa da concorrência - uma análise da relação da exclusividade na revenda de combustíveis*, com o pseudônimo de Carlos Buarque, na verdade é a Caroline dos Reis Amaral, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

**Guilherme Duncan:** Passamos então ao 3º lugar na categoria graduação, queserá anunciado pelo Dr. Rui Coutinho Nascimento.

**Rui Coutinho Nascimento:** 3º colocado na categoria graduação, sob o título *A doutrina das estruturas essenciais e a defesa da concorrência no Brasil*. O vencedor foi, com o pseudônimo Antonio Leôncio Coelho, Edilson Vitorelli Diniz Lima, da Universidade Federal de Minas Gerais.

**Guilherme Duncan:** Edilson, você tem direito de exibir o cheque. Parabéns. 2º colocado na categoria graduação, o anúncio será feito pelo Dr. Gesner Oliveira.

**Gesner Oliveira:** Então, o trabalho que ganhou a 2ª colocação é *A evolução da regulação do mercado de aviação civil no Brasil e seus impactos sobre a concorrência*. O vencedor trabalhou sob o pseudônimo de Dizzie Gillespie, o imortal Dizzie Gillespie, e seu nome é Leandro Alex Franco, da Faculdade de Direito da USP.

**Guilherme Duncan:** E atenção, agora, o 1º lugar na categoria graduação será anunciado pelo Dr. Luiz Carlos Prado.

**Luiz Carlos Prado:** \*Eu acho que a USP vai ganhar novamente. O título do trabalho é *Tratamento anti-trust dos interloque em thick trade na empresa - Rumo aos critérios de valoração da defesa da concorrência*; pseudônimo Tomás P. P. Eliot; instituição Faculdade de Direito da USP; nome Fabrício Pasquol Polido.

**Guilherme Duncan:** Encerrada a categoria graduação, passamos agora então à entrega dos prêmios aos classificados na categoria pós-graduação. E o 5º classificado na categoria pós-graduação será anunciado pelo Dr. Gesner Oliveira.

**Gesner Oliveira:** O título do trabalho é *Os requisitos para a consideração das eficiências econômicas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a discricionariedade da comprovação razoável*. Trabalhou sob o pseudônimo de Antonia Zuasnabar, da Faculdade de Direito da USP. É a Maria Paula Bertran.

**Guilherme Duncan:** O 4º classificado na categoria pós-graduação, com o anúncio do Dr. Luiz Carlos Prado.

**Luiz Carlos Prado:** Título do trabalho: *Transgênicos e direito da concorrência*; pseudônimo Oscar de Moraes, *in memoriam*; instituição: novamente a Faculdade de Direito da USP; nome: Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva.

**Guilherme Duncan:** O 3º colocado na categoria pós-graduação, Dr. João Bosco Leopoldino, por obséquio.

**João Bosco Leopoldino:** Título: *A doutrina das “essential facilities” no direito concorrencial brasileiro*; pseudônimo: Mary Jane Watson; instituição: Instituto Rio Branco; nome: Letícia Frazão Alexandre.

**Guilherme Duncan:** Mostra o cheque Letícia! Letícia, levanta o cheque. Muito bem. O 2º lugar na categoria pós-graduação, o Dr. Rui Coutinho vai anunciar.

**Rui Coutinho:** O título do trabalho é *Considerações sobre meios de combate aos cartéis internacionais de fixação de preço*. Foi trabalho sob o pseudônimo Noam Chomsky a instituição é a Universidade Federal de Santa Catarina e o vencedor, aliás a vencedora, é Juliana Oliveira Domingues.

**Guilherme Duncan:** E, finalmente, o grande prêmio na categoria pós-graduação. O 1º lugar, que será anunciado pelo Dr. Daniel Goldberg.

**Daniel Goldberg:** 1º lugar na categoria pós-graduação, vai para o trabalho... – olha que sensacional: *Programas de “compliance” e a defesa da concorrência - perspectivas para o Brasil*; pseudônimo: Daniel Defoe, da São Francisco, e o nome é Maria Beatriz Martinez.

**Guilherme Duncan:** Encerrando está solenidade, eu queria em meu nome pessoal, em nome da ESSO Brasileira de Petróleo cumprimentar os participantes, os finalistas e os vencedores e também a iniciativa e a organização do prêmio pelo IBRAC. Estão todos de parabéns. Muito obrigado. A sessão está encerrada e até uma próxima oportunidade.

