

### **PAINEL 3 - CARTÉIS EM UM CONTEXTO GLOBAL / CARTELS IN A GLOBAL CONTEXT**

**Dr. Tito Andrade**

Bom dia a todos. Essa manhã meio cinzenta em Campos do Jordão já está um pouco saudosista pois, segundo nosso Presidente, é o último seminário realizado em Campos do Jordão. O IBRAC ficou grande demais para a cidade.

Vamos nessa manhã falar de um assunto extremamente interessante por diversos aspectos. Primeiro, porque certamente a discussão de cartéis consta com um impacto social de perdas muito grande, tendo um aspecto importante nesse sentido. Segundo porque é uma questão, sem dúvida nenhuma, de mídia e que talvez dentro da nossa área poucas questões tenham tanto impacto quanto as discussões de cartéis. Talvez também porque as discussões sobre antitruste sejam muito complexas e a questão de cartéis é mais fácil à compreensão, ou seja, dois competidores se juntando contra um consumidor. Então, isso tudo transforma essa discussão e, sem dúvida nenhuma, gera um impacto muito grande.

Mas curioso que apesar de todas legislações hoje repudiarem os cartéis, talvez num passado não tão distante assim, as coisas eram diferentes. Também, se pensarmos no início do século passado ou entre as grandes guerras, havia quase um estímulo institucional para que as empresas se carterizassem. Os cartéis eram uma forma de defesa, de proteção contra a crise. Somente com o fim da segunda guerra mundial é que os Estados Unidos, de alguma maneira, começou a capitanear esforços, estimular e talvez até exigir que diversos países na Europa- a Alemanha é um grande exemplo- adotassem políticas contra cartéis e a coisa se desenvolveu. Sem dúvida nenhuma, talvez nos últimos quinze anos, tenhamos visto um número enorme de investigações e multas que passaram de milionárias para bilionárias bem como uma onda de investigações jamais vista. O Brasil ficou um pouco fora dessa onda mas sem dúvida nenhuma a Europa e os Estados Unidos são grandes exemplos em relação a isso.

Então, o nosso painel de hoje conta exatamente com palestrantes extremamente interessantes. Teremos uma visão de jurisdições que são líderes em relação à discussão de cartéis. O Canadá tem até uma legislação mais antiga que o *Sherman Act*. Se não me engano, ela foi promulgada um ou dois

anos antes que o *Sherman Act* e, sem dúvida nenhuma, a União Européia e o Reino Unido também. A experiência brasileira teve no ano de 2003 uma mudança radical, pelo menos no que se refere às Secretarias. No CADE já havia um observável esforço nesse sentido.

Portanto, teremos um painel sem dúvida nenhuma muito interessante. Nesse sentido, vou começar passando a palavra para o advogado John Brodug, mas antes vou fazer dois pedidos. Um em relação aos celulares: por favor, desliguem. Outro em relação ao horário: no final do dia esse local terá uma festa de casamento a partir das 18 horas, assim teremos que realmente tomar cuidado com o horário para que não atrapalhemos o painel da tarde. Então vamos tentar observar os horários.

Vou falar um pouco sobre o John. John Bodrug é sócio sênior do Escritório *Davied Ward Phillips & Vineberg*, de Toronto. Ele é sócio há dez anos, pratica na área de concorrência e inclusive *trade* há mais de 14 anos. Ele tem clientes canadenses e americanos, atua em diversas áreas como transporte, agricultura, *financial services* e atua também como *Special Consul* do Diretor do *Bureau* de Competição dentro do Tribunal de Competição do Canadá. Atualmente é *chair* do *Reviewable Matters and Private Actions Committee (National Competition Law Section)* da Ordem dos Advogados do Canadá (CBA).

### **John Bodrug (texto apresentado)**

## **A Canadian Perspective on the Investigation and Prosecution of Cartel Behaviour**

**George Addy**

**John Bodrug**

**Lori Cornwall**

Davies Ward Phillips & Vineberg LLP Toronto, Ontario, Canada

November 28 - 29 2003 Campos do Jordão, Brazil

## **TABLE OF CONTENTS**

Introduction

**Part I - Overview of the Competition Act's Conspiracy Provisions**

- (a) Conspiracy (Section 45)
  - (i) Elements of the Conspiracy Offence
  - (ii) Defences and Exemptions
  - (iii) Bid-Rigging

## **Part II - Investigations and Inquiries under the Competition Act**

- (a) Compulsory Powers of the Bureau
  - (i) Search and Seizure
  - (ii) Section 11 Orders
  - (iii) Wiretaps
  - (iv) Whistle-Blowing
  - (v) Obstruction
- (b) The Competition Bureau's Immunity Program
- (c) Territorial Jurisdiction of Section 45
- (d) Cooperation Among Antitrust Agencies
  - (i) U.S. Antitrust Authorities
  - (ii) Other Co-operative Arrangements
  - (iii) Extradition

## **Part III - Section 45 Reform**

- (a) Proposed Changes
  - (i) Criminal Track
  - (ii) Civil Track

## **Part IV - Other Considerations in Cartel Enforcement**

- (a) Document Creation and Retention Policies
- (b) Private Actions
- (c) The Impact of Class Action Proceedings on the Immunity Program and Guilty Pleas

## **APPENDIX I**

Conspiracy Penalties : 1993-2003

**APPENDIX I**

Criminal Conspiracy Provision

**APPENDIX III**

Proposed Criminal Conspiracy Provision

**APPENDIX IV**

Proposed Civil Strategic Alliances Provisions

**APPENDIX V**

Proposed Clearance Certificate Provisions

**A. Canadian Perspective on the Investigation and Prosecution of Cartel Behaviour****Introduction**

Although Canada has had laws aimed at prohibiting conspiracies for over 100 years, it is really only in the last ten to fifteen years that Canadian regulators have achieved a significant success in prosecuting cartel behaviour under the criminal conspiracy provisions of the *Competition Act*<sup>1</sup> (the “Act”). Indeed both the number of convictions and the level of the fines imposed increased dramatically throughout the 1990’s.<sup>2</sup> In November 2001, the Competition Bureau (the “Bureau”)<sup>3</sup> reported that, since 1980, it had brought 56 conspiracy cases before the courts, and of those that led to convictions,

---

<sup>1</sup> This paper builds upon an earlier paper presented by George Addy at the International Bar Association Conference last September in San Francisco. The authors would like to express their thanks to Carol Whittome for her assistance with the research and preparation of this paper.

<sup>1</sup> R.S.C. 1985, c. C-34.

<sup>2</sup> See Konrad von Finckenstein, Q.C., “Speaking Notes for an Address to the Canadian Bar Association Competition Law Section Annual Meeting”, September 21, 2000 at 6. Unless otherwise indicated, all Competition Bureau publications referred to in this paper can be accessed at the Bureau’s website: <http://cb-bc.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/vwGeneratedInterE/home> or can be obtained by contacting the Bureau at 1-800-348-5358.

<sup>3</sup> The Competition Bureau is the federal government agency that investigates allegations of anticompetitive behaviour in Canada. The Bureau is headed by the Commissioner of Competition, who is responsible for the administration and enforcement of the Act.

more than \$165 million (approx. US\$118 million) in fines had been imposed.<sup>4</sup> Most notable in this regard is the Commissioner of Competition's (the "Commissioner") inquiry into conspiracies in the bulk vitamins industry in which the aggregate fines levied against 12 corporations and three individuals exceeded \$95 million (Cdn.) (approx. US\$68 million).<sup>5</sup>

Canada has also been successful in securing convictions against individual executives. Fines ranging from \$150,000 to \$250,000 (Cdn.) (approx. US\$107,000 to 178,000 million) were imposed on three individuals in connection with the bulk vitamins inquiry and on two individuals in connection with the sorbates inquiry. In a separate matter, an executive received a nine month "custodial" sentence to be served in the community.<sup>6</sup> (A chart summarizing fines and other sentences imposed for convictions under the conspiracy provisions over the past 10 years is provided in Appendix I.)

However, despite the government's recent track record, proposals have been put forward calling for significant amendments to the conspiracy provision of the Act and, this past June, the Bureau launched a public consultation process to consider these amendments. The proposed changes

<sup>4</sup> See the Competition Bureau's News Release: "Competition Bureau Hosting Cartel Workshop", November 26, 2001.

<sup>5</sup> See the Competition Bureau's News Release: "Competition Bureau Investigation Leads to Over \$4 Million in Fines for International Bulk Vitamins Conspiracies", October 16, 2002; see also: "Federal Court Imposes Fines Totalling \$88.4 Million for International Vitamin Conspiracies", September 22, 1999. Other Bureau inquiries have also resulted in significant aggregate fines. For example, the graphite electrodes inquiry resulted in aggregate fines exceeding \$23 million (Cdn.) (approx. • 14 million; US\$16 million), the lysine inquiry resulted in aggregate fines in excess of \$17 million (Cdn.) (approx. • 11 million; US\$12 million) and the citric acid inquiry resulted in aggregate fines in excess of \$11.5 million (Cdn.) (approx. • 7 million; US\$8 million). One corporation received fines totalling \$50.9 million (Cdn.) (approx. • 32 million, US\$36 million), for its role in the bulk vitamins and citric acid inquiries, respectively, and this remains the single largest penalty ever imposed by a Canadian court for offences under the Act.

<sup>6</sup> See the Competition Bureau's News Release: "Executive Convicted and Sentenced to Nine Months Imprisonment for Price-Fixing under the Act", September 17, 1999. A conditional sentence permits an individual to avoid incarceration (in this case in a provincial institution) and serve his/her sentence in the community provided the individual adheres to strict conditions such as remaining within the jurisdiction of the court, observing a curfew, abstaining from alcohol, etc. See also sections 742.1 and 742.3 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (hereinafter *Criminal Code*).<sup>10</sup> *Criminal Code*, supra note 6.

are intended to address what the Bureau views as two central criticisms of the conspiracy provision, namely that the current provision is both over-inclusive because the threat of criminal sanctions can unintentionally discourage business people from entering into arrangements that are pro-competitive, and under-inclusive, because it is difficult to apply the Act's complex market-effects test, resulting in few convictions in contested conspiracy cases.

This paper is divided into four parts. Part I provides a brief overview of the substantive criminal conspiracy provisions of the Act dealing with horizontal agreements or arrangements between competitors. Part II examines the enforcement tools available to the Commissioner and the Bureau, including the Bureau's Immunity Program. Part II also looks at the issue of territoriality, since the enforcement of Canadian competition law has taken on a more international dimension. Part III of the paper considers the debate surrounding proposals for section 45 (conspiracy) reform. Finally, Part IV highlights some issues that have arisen in the investigation and enforcement of the conspiracy provisions.

## Part I - Overview of the Competition Act's Conspiracy Provisions

As noted in the introduction, Canada has a long history of prohibiting cartel behaviour. Legislation to protect competition was first passed by the Canadian parliament in 1889, a year before the *Sherman Act* was passed in the United States. In 1892, Canada's anti-combines legislation was incorporated into Canada's *Criminal Code*<sup>7</sup> where it remained until 1960 when it was incorporated into the newly enacted *Combines Investigation Act*.<sup>8</sup> In 1986, Canada's competition legislation underwent substantial reforms including the decriminalization of merger review and the shift from criminal sanctions against "monopolies" to non-criminal abuse of dominance provisions. However, cartel-like conducts remains subject to criminal sanctions.

The key criminal offence contained in the Act is the prohibition against conspiracies found in section 45.<sup>9</sup> The Supreme Court of Canada has

---

<sup>7</sup> Criminal Code, supra note 6.

<sup>8</sup> 8-9, Eliz. II, S.C. 1960.

<sup>9</sup> The text of section 45 is set out in Appendix II. The Act also establishes a number of other offences that are worth noting. These include offences relating to: (i) bid rigging (s. 47); (ii) price maintenance (s. 61(1)(a)); (iii) foreign directives to give effect to an unlawful conspiracy (s. 46); and (iv) certain types of agreements between federal financial institutions (s. 49).

described the Act's conspiracy provision as "one of the pillars" of this legislation and stated that it is "central to Canadian public policy in the economic sector".<sup>10</sup> Under section 45, it is an indictable criminal offence to conspire or otherwise agree with another person to prevent or lessen competition "unduly" in the provision of a good or service in Canada. Parties convicted of contravening section 45 are liable to imprisonment for a term not exceeding five years (in the case of individuals) or to a fine not exceeding \$10 million (Cdn.) or to both.

The Act is administered and enforced by the Commissioner of Competition who heads the federal Competition Bureau. Only the Commissioner and the staff of the Competition Bureau investigate competition offences in Canada. There are no provincial counter-parts to the Competition Bureau.

In Canada, the separation between the investigative/enforcement agency and the adjudicative agency (i.e., the courts) ensures that parties accused of criminal offences such as conspiracy are assured procedural fairness. As a matter of criminal law, an accused party is presumed innocent and all elements of the offence must be proven beyond a reasonable doubt in order for a court to find an accused guilty of conspiracy. Moreover, while the Commissioner and the Bureau are responsible for the administration and enforcement of the Act, once their investigation is completed, the decision of whether to proceed with a prosecution rests with representatives of the Federal Department of Justice ("Justice") acting on behalf of the Attorney General for Canada (the "Attorney General").

## **Part II - Conspiracy (Section 45)**

### **Part III - Elements of the Conspiracy Offence**

Section 45 of the Act is generally considered to have four elements - two *actus reus* elements (relating to the criminal act) and two *mens rea* elements (relating to criminal intent). The first *actus reus* element that must be proved is the existence of an agreement. In that regard, it has been held that the words "conspire, combine, agree or arrange" all "express the act of

---

<sup>10</sup> *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606 at 648 [hereinafter *PANS*].

agreeing”.<sup>11</sup> The mere intention or design on the part of one or more parties to effect an anticompetitive agreement or arrangement, or even discussions to that effect that do not culminate in an agreement, will not contravene section 45.<sup>12</sup> However, it is not necessary for the Crown (i.e., the state) to prove that the agreement was implemented or that steps were taken in furtherance of the agreement.<sup>13</sup> In essence, “the crime is in the conspiracy”, not in the acts that it contemplates,<sup>14</sup> although such acts “may be evidence of the agreement”.<sup>15</sup>

The second *actus reus* element that must be proved is that the agreement in question is likely to “unduly” prevent or lessen competition. Whether the effect of any agreement is “undue” will be assessed in terms of how serious an impact it has on competition in the relevant market coupled with the degree of market power the parties have. In *PANS*, the Supreme Court of Canada defined “undueness” in terms of a “serious or significant effect on competition”,<sup>16</sup> and articulated a two-part inquiry in that regard relating to (i) the structure of the market, and (ii) the behaviour of the parties.<sup>17</sup>

With respect to market structure, it is necessary to first define the relevant market in order to determine the degree of market power possessed

<sup>11</sup> *R. v. Gage (No. 2)* (1908), 13 C.C.C. 428 at 449 (Man. C.A.). The Ontario Court of Appeal has stated that “all four words contemplate a mutual arriving at an understanding or agreement between the accused and some other persons to do the acts forbidden by paras. (a), (b), (c) or (d) of section [45]”: see *R. v. Armco Ltd. et al.* (1974), 21 C.C.C. (2d) 129 at 176 (Ont. H.C.J.), *aff’d* (1976), 13 O.R. (2d) 32 at 41 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 13 O.R. (2d) 32n.

<sup>12</sup> *R. v. O’Brien* (1954), 110 C.C.C. 1 at 9; *R. v. Abitibi Power & Paper Co. Ltd.* (1960), 131 C.C.C. 201 at 209 (Que. Q.B.); *R. v. Northern Electric Company Ltd. et al.*, [1955] O.R. 431 at 451 (H.C.) [hereinafter *Northern Electric*]; and *R. v. Aluminum Co. of Canada Ltd.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 182 at 209 (Que. S.C.).

<sup>13</sup> *Container Materials Limited et al. v. R.*, [1942] S.C.R. 147 at 159. See also *Abitibi*, *ibid.*; *Howard Smith Paper Mills v. R.*, [1957] S.C.R. 403, 413; and *O’Brien*, *ibid.* at 3.

<sup>14</sup> *Howard Smith Paper Mills v. R.*, *ibid.* at 412-13; and *R. v. Elliott* (1905), 9 O.L.R. 648 at 650 (Ont. C.A.).

<sup>15</sup> *Northern Electric*, *supra* note 12 at 452. Subsection 45(2.1) expressly permits a court to infer the existence of a conspiracy from circumstantial evidence, although it emphasizes that the existence of the conspiracy must still be proved beyond a reasonable doubt.

<sup>16</sup> *PANS*, *supra* note 10 at 647.

<sup>17</sup> *Ibid.* at 651.

by the parties to the agreement.<sup>18</sup> A “moderate” amount of market power (*i.e.*, the ability to behave relatively independently of the market), is required to trigger the potential application of section 45;<sup>19</sup> in the absence of that level of market power, it can be presumed that section 45 does not apply.<sup>20</sup> In assessing market power, “market share alone is not determinative”; numerous other factors are also relevant, such as market concentration, the number of competitors, barriers to entry, geographical distribution of buyers and sellers, product differentiation, countervailing power, and cross-elasticity of demand.<sup>21</sup>

On the behavioural aspect of the “unduly” assessment, the Supreme Court of Canada stated in *PANS* that “[t]he object of the agreement is without doubt the most important behavioural element in the inquiry, but others may be relevant, such as the manner in which the agreement has been or will be carried out and, in general, any behaviour that tends to reduce competition or limit entry”.<sup>22</sup> No particular combination of market power and behaviour is required but a “particularly injurious behaviour may trigger liability even if market power is not so considerable”.<sup>23</sup>

With respect to the two *mens rea* or intent elements of the offence, the Supreme Court of Canada stated in *PANS* that “the Crown must prove that the accused had the intention to enter into the agreement and had knowledge of the terms of that agreement” and intended to carry it out.<sup>24</sup> This refers to a subjective intent, however, as provided for in section 45(2.2) of the Act, the Crown is not required to establish that the purpose or intention of the parties was necessarily to prevent or lessen competition unduly.

The *mens rea* requirement also has a second, objective element, namely that the accused was aware or ought to have been aware that the effect of the agreement entered into would be to prevent or lessen competition unduly.<sup>25</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibid.* at 653.

<sup>19</sup> *Ibid.* at 654.

<sup>20</sup> *Ibid.* at 653.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> *Ibid.* at 655.

<sup>23</sup> *Ibid.* at 657.

<sup>24</sup> *Ibid.* at 659-60.

<sup>25</sup> *Ibid.* at 660.

It is noteworthy that the analysis of allegedly anticompetitive agreements under Canadian law differs from the approach under U.S. law. While U.S. law distinguishes between agreements that are “*per se*” illegal and those judged by a “rule of reason” standard, the Supreme Court of Canada has described the analysis under section 45 of the Act as entailing a “partial rule of reason” standard that lies somewhere on the continuum between the *per se* and rule of reason standards.<sup>26</sup> This means that no agreement will be automatically illegal under section 45. Illegality will depend on whether the requisite impact on competition is demonstrated. Conversely, in contrast to the full-scale rule of reason standard, Canadian courts will not consider possible mitigating factors, such as efficiency gains or other benefits of an agreement, once a determination has been made that the agreement has prevented or lessened, or is likely to prevent or lessen competition unduly.

It should be noted, that there is no statutory limitation on the ability of the Attorney General to charge the same entity with multiple counts and to seek multiple fines of up to \$10 million (Cdn.) per count, albeit for different offences under section 45.<sup>27</sup> In addition, unlike other jurisdictions such as the United States, there is no “statute of limitations” for indictable criminal offences. Therefore, while a corporation may escape prosecution in the U.S. because of the time that has passed since the conduct giving rise to the offence occurred, the same corporation could still face prosecution in Canada.

#### **Part IV - Defences and Exemptions**

The purpose of section 45 and the related provisions is to curb hard-core criminal activity. In that regard, Parliament has recognized the potential benefits of certain forms of cooperation between competitors and this is reflected in section 45(3) of the Act, which provides a defence for agreements that relate only to one or more of a list of matters which include:

---

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Exposure to criminal prosecution is not the only concern for parties that are subject to prosecution under the Act’s criminal provisions. Private rights of civil action are also available under section 36 of the Act for damages incurred as a result of the violation of one of the Act’s criminal provisions. Recovery can be equal to the loss or damage that is proved to have been suffered, together with an additional amount for the costs of investigation and legal costs.

(i) the exchange of statistics or credit information; (ii) cooperation in research and development; (iii) the defining of terminology used in a trade, industry or profession; (iv) the defining of product standards; and (v) the adoption of measures to protect the environment. However, under section 45(4), these defences are lost where the agreement has lessened or is likely to lessen competition unduly in respect of prices, quantity or quality of production, markets, customers, channels of distribution or if the agreement is likely to restrict any person from entering into or expanding a business in a trade, industry or profession.

### **Part V - Bid-Rigging**

Bid-rigging is considered to be among the “hard-core” activities that the Bureau remains intent on pursuing. Section 47(1) of the Act makes it a criminal offence for one or more persons to enter into an agreement to either (i) submit a bid in response to a call for bids or tenders that was arrived at by agreement, or (ii) agree to refrain from submitting a bid, where the agreement in question is not made known to the person calling for or requesting the bids at or before the time the bid is submitted. In other words, the coordinated action of bid-rigging is intended to frustrate the purpose of the bidding procedure, which is to determine the most competitive price for an article or service.

In contrast to the conspiracy provisions, bid-rigging is a *per se* offence. This means that the injury to competition is presumed and need not be proved. Therefore, unlike the conspiracy provision, there is no “undueness” element to bid-rigging. A party found guilty under the bid-rigging provision may be subject to a fine in the discretion of the court (in the case of a corporation) or imprisonment for a term not exceeding five years (in the case of an individual) or both.

### **Part VI - Investigations and Inquiries under the Competition Act**

Where the Commissioner has reason to believe that a criminal offence under the Act has been or is about to be committed, he may commence a formal inquiry.<sup>28</sup> An inquiry must also be commenced when the Commissioner receives an application from six resident Canadians requesting

---

<sup>28</sup> Act, *supra* note 1, s. 10(1)(b).

him to do so.<sup>29</sup> Formal inquiries are conducted confidentially; however the Act permits parties, who suspect that they are the subject of an inquiry, to request confirmation of their suspicions and be informed of the progress of the inquiry.

In practice, the Commissioner will often conduct a lengthy preliminary investigation before proceeding to a formal inquiry. During this initial investigative stage, the Bureau is likely to receive information from parties seeking immunity as well as from complainants. The Bureau will also conduct field investigations, in which it uses information requests, meetings and telephone surveys to gather data from industry participants on issues such as market definition, barriers to entry and effective remaining competition.

## **Part VII - Compulsory Powers of the Bureau**

### **Part VIII - Search and Seizure**

Once a formal inquiry has been commenced, the Commissioner may resort to the Act's various compulsory investigative tools in order to gather information. For examples, the Act authorizes the Commissioner to apply to a judge *ex parte* for a warrant permitting officers of the Bureau to conduct searches premises and seize documents and computer records. In order to issue a warrant, a judge has to be satisfied that there are reasonable and probable grounds to believe that one of the Act's provisions has been or is about to be breached and that there will be relevant evidence on the premises being searched.<sup>30</sup>

A search warrant issued to the Bureau will be very specific. It should list the individuals who are permitted to conduct the search, the information that is being sought, and specific areas or items they are allowed to search. As with searches conducted in other criminal investigations, searches under the Act must conform to the requirements of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, meaning that they must be conducted in a reasonable manner.

Searches now routinely include the review of a company's computer files, as authorized by section 16 of the Act. Section 16 of the Act provides

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, ss. 9, 10(1)(a). An application under section 9 can be made by any six persons resident in Canada who are not less than eighteen years of age and who are of the opinion that an offence has been or is about to be committed.

<sup>30</sup> *Ibid.*, s. 15.

that a Bureau officer, during a search, may use any computer system on the premises to search any data “contained in or available to the computer system”, and reproduce and seize any records of such data. Section 16 also provides that a company which is the subject of a search shall permit Bureau officials access to the company’s computer system.

Computer searches raise a host of issues for companies that find themselves subject to these procedures. For example, the seizure of file fragments, temporary files, or deleted files can make it very difficult to ascertain if privileged documents are being gathered improperly and may result in an inadvertent breach of solicitor/client or litigation privilege.

Another unresolved issue is the extent to which a warrant issued under the Act may authorize the Bureau to use a Canadian company’s computer system to access records located in the databases of foreign affiliates. This is a matter of considerable concern because of the increasing use by multinational corporations of computers to link their businesses in different jurisdictions.

## **Part IX - Section 11 Orders**

The Commissioner may also obtain relevant information by applying *ex parte* to a judge for an order under section 11 of the Act requiring a person to: (i) attend for examination under oath or solemn affirmation; (ii) produce specified documents; and/or (iii) provide written responses to questions under oath or affirmation.

In order to obtain an order under section 11 of the Act, the Commissioner must satisfy a judge that an inquiry has been commenced and that the subject of the order is likely to have relevant information. In practice, this is usually done by way of an affidavit provided by an investigating officer.

No person is excused from complying with a section 11 order solely on the grounds that he or she may, in the process of complying, provide self-incriminatory evidence. However, section 11 does provide for a limited form of “use immunity” in that no oral testimony or written response given under oath or solemn affirmation can be used against the individual in any subsequent criminal proceeding.

The Bureau has significantly increased its use of section 11 orders in recent years, particularly when investigating civil reviewable practices under

the Act. However, we continue to see the Bureau employ its section 11 powers in connection with criminal inquiries as well, often in conjunction with the search and seizure power discussed below. This raises the question of whether the use of section 11 orders against a party who is being investigated for criminal conduct is appropriate given that the consequences of a criminal investigation can be far more serious than those of a civil investigation. Unlike a search warrant, where the onus is on the officers carrying out the search to uncover evidence of the offence, a section 11 order can require the person against whom the order is issued to uncover and disclose evidence of a possible offence. Failure to comply with the order is also an offence.

It has become the practice of the Commissioner when seeking a section 11 order or search warrant to also seek an order sealing the contents of the court file. This prevents not only third parties from obtaining the affidavit and any other supporting material filed in the *ex parte* proceedings, it also prevents the party against whom the order/warrant has been issued from obtaining these materials. While arguments can be made that the practice protects the confidentiality of the Commissioner's inquiry (for example, the supporting affidavit may disclose the names of confidential informants or other parties who are subject to the inquiry) it is not clear that this interest of confidentiality has been appropriately balanced against the recipient's right to determine whether there is a sound basis for the issuance of the order/warrant. The practice also makes it more difficult for a recipient to challenge the order/warrant on legitimate grounds. Further, while some crown attorneys, on a case by case basis, will voluntarily provide the recipient of an order/warrant with a redacted copy of the supporting affidavit, this practice is *ad hoc* in nature and does not fully address the issue.

## Part X - Wiretaps

Amendments to the Act which came into effect in the late 1990s gave the Commissioner the power to utilize judicially authorized wiretaps in respect of certain serious criminal offences, including conspiracies to fix prices, allocate markets and engage in bid-rigging.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Criminal Code, *supra* note 6, ss. 183, 184, 186. See also Competition Bureau, Industry Canada, *Interception of Private Communications and the Act (1999)* [hereinafter *Interception*].

In order to obtain a wiretap, the Commissioner must submit a sworn affidavit in accordance with the requirements of section 185(1) of the Criminal Code. The affidavit must set out certain information, including: the facts relied on to justify the belief that the authorization should be given, together with particulars of the offence; the type of private communication proposed to be intercepted; particulars with respect to the individuals whose communications will be intercepted; and how and where the officers propose to accomplish the interception. The judge must be satisfied that granting the authorization is in the best interests of the administration of justice, that other investigative procedures have been tried and failed and that the matter is of such urgency that it would be impractical for the officers to carry out the investigation without the assistance of the wiretap. In most instances, the person who was the subject of the wiretap must be notified within 90 days of the authorization; however, there are provisions which may extend this notice period up to a maximum of three years.<sup>32</sup>

It is important to note that the above procedure relates to wiretaps without consent. The Bureau may also receive authorization to use wiretaps where the party receiving the information consents to the recording.

Parties who are the recipient of a section 11 order or search warrant alleging conduct contrary to the conspiracy or bid-rigging provisions of the Act would be well advised to assume that their phone lines could also be tapped and govern themselves accordingly.

## **Part XI - Whistle-Blowing**

The media coverage of Enron and Worldcom has brought whistle-blowing into the spotlight. Where criminal conduct is not otherwise visible, enforcement agencies rely heavily on confidential informants. In this regard, the Act was amended in the late 1990s to include specific provisions designed to protect “whistle blowers” who report wrongdoing within their organization to the Bureau.<sup>33</sup> These provisions provide assurances that the identity of the whistle blower will be kept confidential and establish criminal penalties for employers who attempt to take action against employees who have on reasonable grounds and in good faith reported possible illegal activity.

---

<sup>32</sup> Interception, *ibid.* at 3.

<sup>33</sup> Act, *supra* note 1, s. 66.2(1).

## Part XII - Obstruction

Section 64 of the Act also contains a general obstruction provision which makes it a criminal offence to impede or prevent or attempt to impede or prevent any inquiry or examination under the Act. A violation of section 64 is punishable on summary conviction or on indictment by a fine not exceeding \$5,000 (per count) or to imprisonment for a term not exceeding 2 years, or to both. In addition, the Act contains other provisions that make it an offence to fail to comply with a section 11 order or to destroy or alter any record required to be produced pursuant to a section 11 order. The *Criminal Code* also contains, in section 139(2), a general offence for obstructing justice. That offence is indictable and punishable by imprisonment by a term not exceeding 10 years. This provision has been held to apply to attempts by a person to obstruct a prosecution which he contemplates may take place, notwithstanding that no decision to prosecute has yet been made.

Although the provisions prohibiting obstruction in Sections 64 and 65 of the Act have been in existence since at least 1986, there have been very few reported incidents of obstruction arising out of competition matters. In December 1999, the Bureau issued a news release indicating that it the Commissioner had resolved its inquiry into conduct alleged to be obstruction by a former employee of Mycom Canada Ltd. The obstruction inquiry arose when Mycom voluntarily submitted an allegedly incomplete and misleading return of information to the Bureau during a civil inquiry. However, in exchange for a letter of apology and Mycom's agreement to cooperate fully and have its employees undergo competition compliance education, the Commissioner agreed to resolve the matter through the Bureau's alternative case resolution program. In an unrelated matter that arose in 1996, an individual entered a guilty plea, was convicted and received a fine of \$500 in connection with an investigation into bid rigging by electrical contractors.

Despite this relatively modest record of obstruction proceedings, in recent years we have seen an increased incidence of the Competition Bureau alleging obstruction and/or threatening to bring obstruction charges in the context of its investigations (both with respect to alleged criminal offences and investigations of non-criminal reviewable matters). While such allegations have typically been abandoned when parties have entered into settlements, it is prudent to exercise caution with regard to matters such as document destruction or witness tampering.

### Part XIII - The Competition Bureau's Immunity Program

The Bureau's success in obtaining convictions under section 45 of the Act in recent years is in large part due to the willingness of companies and individuals to voluntarily come forward and provide information with respect to violations. Much of this is due to the fact that the Bureau, like its counterparts in the U.S. and elsewhere, has instituted a process through which a company or individual wishing to come forward may negotiate for protection from prosecution, i.e., immunity. The Bureau's current approach to the immunity issue is described in an Information Bulletin that it released in September 2000 (the "Immunity Bulletin").<sup>34</sup> In response to frequently asked questions, the Bureau issued a follow-up bulletin in November 2001.<sup>35</sup>

According to the Immunity Bulletin, anyone who believes they may be implicated in activity that might have violated the Act may request immunity. Requests for immunity will be subject to close scrutiny. All things being equal, the Commissioner will generally recommend to the Attorney General that immunity be granted where a party is the first to come forward with evidence of an offence of which the Bureau is unaware, or is the first to bring forward evidence of an offence of which the Bureau is aware but has not yet obtained sufficient proof to warrant a criminal referral.<sup>36</sup> However, being "first-in" in another jurisdiction will not be sufficient to permit a party to avail itself of Canada's Immunity Program unless the party is also the first to come forward in Canada as well.

There are specific requirements which a party seeking immunity must fulfill: the party must take effective steps to terminate its participation in the illegal activity;<sup>37</sup> the party must not have been the instigator or the leader of the illegal activity, nor the sole beneficiary of the activity in Canada;<sup>38</sup> the party must reveal any and all offences in which it may have

---

<sup>34</sup> Competition Bureau, Industry Canada, *Immunity Program under the Act* (2000). See also P.S. Crampton, *Canada's New Competition Law Immunity Policy – Warts and All*, American Bar Association Section of International Law and Practice, New York, Spring 2001.

<sup>35</sup> Competition Bureau, *Immunity Program under the Act – Frequently Asked Questions* (November 2001) ("FAQs").

<sup>36</sup> Immunity Bulletin, *supra* note 34, para. 13.

<sup>37</sup> *Ibid.*, para. 14.

<sup>38</sup> *Ibid.*, para. 15.

been involved and provide full, frank and truthful disclosure of all the evidence and information known or available to it or under its control;<sup>39</sup> the party must agree to provide timely, full and continuous cooperation to the authorities for the duration of the Bureau's investigation and any ensuing prosecutions (for corporate applicants, this means taking all lawful measures to promote the continuing cooperation of directors, officers and employees);<sup>40</sup> and the party may be expected to make restitution for the illegal activity.<sup>41</sup> Failure to comply with any of these requirements may result in the Attorney General revoking immunity.

When a company qualifies for immunity, its present directors, officers and employees who admit their involvement in the illegal activity and who provide complete and timely cooperation will also qualify for the same recommendation for immunity. Past directors, officers and employees will be considered on a case by case basis.<sup>42</sup>

Immunity requests are treated as highly confidential by the Bureau and the Attorney General. According to the Bureau's policy as stated in paragraphs 33 and 34 of the Immunity Bulletin, disclosure of the identity of a party requesting immunity or any information obtained from that party, regardless of whether immunity is granted or not, will be made under very limited circumstances. Paragraph 33 provides that the only exceptions to this policy are as follows:

§ where there has been public disclosure by the party;

§ when the party has agreed and when disclosure is for the purpose of the administration and enforcement of the Act;

§ when disclosure is required by law;

§ when disclosure is necessary to prevent the commission of a serious criminal offence.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> *Ibid.* While the obligation to disclose any and all offences appears quite broad, the FAQs make it clear that the obligation is only to disclose "all criminal anti-competitive behaviour contrary to the [Competition] Act relating to the product for which immunity is sought".

<sup>40</sup> *Ibid.*, para. 16.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*, para. 19.

<sup>43</sup> *Ibid.*, para. 33.

The Bureau's policy on confidentiality under the Immunity Program appears to limit its ability to cooperate with foreign antitrust agencies by voluntarily sharing information received from an immunity applicant. Section 29 of the Act permits the Bureau to disclose information for the "purposes of the administration or enforcement of [the] Act". In contrast, under the Immunity Program, unless another exception applies, in addition to the requirement that the disclosure be for the "purpose of the administration and enforcement of the Act", the party seeking immunity must also agree to the disclosure before it can be made. However, it must be remembered that the Immunity Bulletin does not have the force of law and there may be circumstances where the Bureau decides to depart from its policy on confidentiality in an appropriate case. In addition, the exception "when required by law" would also appear to permit the Bureau to disclose information in response to a court order or formal proceedings under the Mutual Legal Assistance Treaty (see section (d) below).

Under paragraph 34 of the Immunity Bulletin, the Bureau states that it is its "policy with respect to private actions under section 36 of the Act to provide confidential documents and evidence only in response to a court order. In connection with information obtained under the Immunity Program, the Bureau will take all reasonable steps to protect the information".<sup>44</sup> On its face, this appears to provide those who take advantage of the Bureau's Immunity Program with a higher degree of protection against civil plaintiffs than those who do not; however, the Bureau's policy does not preclude civil plaintiffs from seeking to discover the information from the defendant directly.

#### **Part XIV - Territorial Jurisdiction of Section 45**

Questions sometimes arise about the territorial jurisdiction of section 45. While section 46 of the Act was introduced to address foreign-directed conspiracies (see below), section 45 is not expressly restricted to conspiracies which are entered into within Canada. Indeed, in one case, two parties pleaded guilty to offences under section 45 where the facts alleged that the parties had entered into an agreement outside Canada, which threatened to lessen competition within Canada.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, para. 34.

<sup>45</sup> See Competition Bureau News Releases: "Fine Levied under the Act in Joint Canada-U.S. Investigation", July 12, 1994 and "Second Fine Levied under the Act in Joint

More recently, the territorial jurisdiction of section 45 was considered in a motion brought by the defendants of a class action commenced under section 36 of the Act.<sup>46</sup> Five foreign defendants challenged the Canadian class action on, among other things, jurisdictional grounds. The defendants brought a motion arguing that a conspiracy to fix prices is only an offence under section 45 when the agreement to do so was made in Canada and, as the agreements in question were not made in Canada, the Canadian Court had no jurisdiction. The Court held that the language of section 45 is not limited to conspiracies within Canada. A conspiracy that injures Canadians gives rise to liability in Canada even if the conspiracy to fix prices and allocate the market occurred abroad.

## **Part XV - Cooperation Among Antitrust Agencies**

Enforcement of Canadian competition law took on an increasingly international dimension in the 1990's and over the past several years. One product of this new policy direction has been the growth of a close working relationship between Canadian and U.S. antitrust authorities and the development of co-operative agreements with other antitrust authorities..

## **Part XVI - U.S. Antitrust Authorities**

Steps to enhance enforcement cooperation include the signing of the Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters between the Government of Canada and the Government of the United States of America (the "MLAT"), which came into force January 14, 1990.<sup>47</sup> The MLAT provides that either the Canadian or United States government can request certain assistance of the other party. This assistance can include executing searches and seizures, taking evidence, locating or identifying persons and serving documents. The MLAT also provides that such assistance is to be given even if the conduct under investigation in the requesting state does not

---

Canada-U.S. Investigation", August 4, 1994. Both Kanzaki Specialty Papers Inc. of Ware, Massachusetts and Mitsubishi Corporation of Tokyo, Japan pleaded guilty to conspiracy to lessen competition in the sale of thermal fax paper.

<sup>46</sup> VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd., [2002] O.J. No. 298.

<sup>47</sup> 1990 Can. T.S., No. 19.

constitute an offence in the other state.<sup>48</sup> Another action made to enhance enforcement cooperation was the August 3, 1995 signing of an agreement between Canada and the United States regarding the application of their competition and deceptive marketing practices laws.<sup>49</sup>

The Competition Bureau and the U.S. DOJ have cooperated with each other on a number of occasions in the last several years in pursuing criminal matters, principally international cartels.<sup>50</sup> In November 2001, the Bureau hosted officials from 26 countries at a workshop dealing with international cartels.

## **Part XVII - Other Co-operative Arrangements**

Canada has also entered into state to state co-operative agreements with the European Union and Mexico and inter-agency cooperative agreements with Chile, Australia and New Zealand. The Bureau describes these agreements as providing “a framework for notification, co-ordination and co-operation on enforcement activities, exchanges of information and avoidance of conflict.”<sup>51</sup>

## **Part XVIII - Extradition**

Another step taken to improve enforcement cooperation between

---

<sup>48</sup> MLAT § II(3).

<sup>49</sup> Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America Regarding the Application of their Competition and Deceptive Marketing Practices Laws, August 3, 1995.

<sup>50</sup> Examples include: (i) the 1994 thermal fax paper case, in which the U.S. DOJ and the Bureau conducted a series of joint criminal investigations, including exchanging information, sharing documents and jointly interviewing witnesses; (ii) the 1994 plastic dinnerware case, in which the U.S. charged a number of individuals following a U.S. investigation in which Canadian authorities, pursuant to a U.S. request for assistance, raided the Canadian offices of one of the firms involved; and (iii) the 1995 ductile pipe case, where Canadian and U.S. officials cooperated to secure the conviction of a Canadian firm for market allocation with a U.S. firm.

<sup>51</sup> See the Competition Bureau’s News Release: “Competition Bureau Signs Cooperation Agreement with Chilean Competition Agency, December 17, 2001; see also: “Canada and Mexico Sign Cooperation agreement on Competition Law Enforcement, November 15, 2001.

Canada and the U.S. were certain amendments in 1991 to the Canada-United States Extradition Treaty. Under the extended provisions of this treaty, either country can request extradition of a person in the other country in respect of any offence, including an antitrust offence, that is punishable under the laws of both countries by a term exceeding one year.<sup>52</sup>

## Part XIX - Section 45 Reform

This past June, the Bureau launched a public consultation process which will, among other things, solicit opinions on proposed amendments to section 45 of the Act.<sup>53</sup> Those in favour of amending section 45, including the Bureau, are generally of the view that the current legislation is both over-inclusive because the prospect of criminal sanctions can unintentionally discourage business people from entering into arrangements that are procompetitive and under-inclusive because the complex market-effects test is difficult to apply in a criminal context, resulting in few convictions in contested conspiracy cases.<sup>54</sup> In support of this latter point, proponents point out that, since 1980, 29 of the Bureau's 32 successful conspiracy convictions were the result of guilty pleas while only three of the convictions followed contested proceedings. In addition, since 1980, there have been 20 contested conspiracy cases, 17 of which resulted in acquittals or discharges, and of these six were because of a failure to show agreement and 11 were for reasons related to undueness.<sup>55</sup> That said, there are others who take the position that

---

<sup>52</sup> Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Dec. 3, 1971, Instruments of Ratification Exchanged March 22, 1976 (in force March 22, 1976), as amended by Protocol dated Jan. 11, 1988, art. 2, § 1 (in force November 26, 1991).

<sup>53</sup> See the Competition Bureau's News Release: "Consultations on Proposed Changes to the Competition Act", June 23, 2003. A copy of the proposed text of the new criminal provision is included at Appendix III, the proposed civil strategic alliances provision at Appendix IV and the proposed clearance certificate provisions at Appendix V. It should be noted that the consultation draft states that the proposed provisions do not necessarily represent the position of the Government of Canada.

<sup>54</sup> See Raymond Pierce, "Reform of Section 45 – The Bureau's Perspective", 2002 Competition Law Invitational Forum, Cambridge, Ontario, May 8-10, 2002 at page 1 [hereinafter "The Bureau's Perspective"].

<sup>55</sup> Harry Chandler and Robert Jackson, *Beyond Merriment and Diversion: The Treatment of Conspiracies Under Canada's Competition Act*, paper prepared for the Roundtable on Competition Act Amendments (June 16, 2000) (hereinafter "*Beyond Merriment*").

the Bureau's win/loss record in contested proceedings does not really shed much light on the under-inclusiveness issue.<sup>56</sup> For example:

- It is to be expected that the Bureau's record of success in contested cases will be low, because these cases by necessity involve situations that are "closest to the line", where the evidence will be ambiguous or difficult to obtain. Indeed, the track record of the U.S. Antitrust Division is similarly "mixed", notwithstanding the presence of a *per se* standard.<sup>57</sup>
- More than one-third of the Bureau's losses were due to the Crown's inability to prove the existence of an "agreement", let alone that there was an undue lessening of competition in the relevant market.<sup>58</sup> Even under the current reform proposals, the Crown would still be required to prove the "agreement" element of the offence.
- When guilty pleas and other forms of resolution are included, the Bureau's overall success rate climbs to a more than respectable 60%. Moreover, it is clear from the data that so-called hard-core cartel activity is being caught in the prosecutorial net.

The last point is interesting as it would appear that complaints about the ineffectiveness of section 45 are belied by the Bureau's continued success in securing guilty pleas and significant fines, particularly with respect to

<sup>56</sup> Calvin S. Goldman, Mark Katz and David Fruitman, "The International Experience with Cartel Enforcement", *2001 Invitational Forum on Competition Law* (October 2001); Brian Facey and Dany Assaf, "Innovation, Growth and Prosperity: A Framework for Amending Canada's Conspiracy Laws" (2001) *Canadian Competition Record* 61; Omar Wakil, "Canada's Cartel Laws: Set to Change?", *ABA International Antitrust Bulletin*, Vol. 5 Issue 1, Spring 2002; Lawson A.W. Hunter and Danielle K Royal, "Section 45 Amendments – A Cure Worse than the Disease?", *2002 Competition Law Invitational Forum* (May 8-10, 2002); Bruce M. Graham, "Reform of Section 45 Is Unnecessary", *2002 Competition Law Invitational Forum* (May 8-10, 2002).

<sup>57</sup> Stephen Labaton, "The World Gets Tough on Price Fixers", *New York Times* (June 3, 2001, Section 3, p.1), cited in Wakil, *supra*, note 56.

<sup>58</sup> Of the 17 acquittals or discharges since 1980, 6 were because of a failure to prove an agreement, while 11 were for reasons related to undueness. See: Robert W. McCrone, "Reform of Section 45 of the Competition Act, A Bureau Review, *CBA 2002 Annual Fall Conference on Competition Law* (October 3-4, 2002). See also *Beyond Merriment*, *supra*, note 55.

international cartel activity.<sup>59</sup> Further, two commentators have pointed out: “If defendants thought they had a chance of acquittal, because of a weak law, one would not expect to see firms consistently entering guilty pleas.”<sup>60</sup> Thus, it is by no means clear that the Bureau’s record under section 45 is as woeful as some would contend it to be. Moreover, it is even less clear that the Bureau ought to have prevailed in those cases that it did lose or abandon, or that the Bureau’s lack of success has unleashed a wave of cartel - type behaviour in Canada.

Many in the business, legal, and academic communities also believe that there is at least a potential that the conspiracy provisions and the uncertainty brought by the term “unduly” are placing a “chill” on a variety of strategic alliances, ones that may be highly pro-competitive, and thus stymieing opportunities to lower costs, take advantage of the other’s specialized skills, expand into foreign markets, or fund expensive research and development efforts.<sup>61</sup> While it may seem reasonable to infer that this “chill” exists, since the possibility of social stigma, imprisonment, and large fines that may occur with criminal prosecution may well act to effectively thwart beneficial agreements, the existence of this supposed “chill” is difficult to determine. However, even assuming that this “chill factor” does exist, it is unclear that it would be eliminated or even significantly reduced by the dual track reform proposed for section 45. Indeed, it is arguable that already existing, traditional measures – such as enforcement guidelines and advisory opinions – would be more effective in clarifying when an arrangement should be viewed as legitimate and pro-competitive rather than deserving of criminal sanction.

Still, others are of the view that amending section 45 in order to harmonize Canada’s conspiracy laws with those of our major trading partners will assist in promoting cooperation among enforcement agencies and bring greater uniformity in cartel enforcement. However, while increased harmonization may be a desirable objective it is questionable whether this goal requires that Canadian competition law be made uniform with that of other jurisdictions. Some commentators have suggested that the goal should be to ensure that respective legal structures and processes are compatible with

---

<sup>59</sup> As noted by McCrone, *supra*, note 58, the 32 convictions since 1980 have netted total fines of approximately \$158 million.

<sup>60</sup> Facey and Assaf, *supra*, note 56 at 3.

<sup>61</sup> See K. von Finckenstein, “Section 45 at the Crossroads” (2001 Invitational Forum on Competition Law, 12 October 2001).

each other, rather than identical, and that mechanisms are in place to deal with potential divergences should they arise.<sup>62</sup> Moreover, if the underlying objective of greater harmonization in cartel enforcement is to persuade more jurisdictions to take the cartel issue seriously then, in that respect, Canada is already there as it is generally recognized as one of the leaders in cartel enforcement. Finally, many of the proposed reforms may be at odds with developments in our key trading partners. Some commentators have pointed out that the U.S. has been steadily moving towards a greater “rule of reason” approach to horizontal agreements and away from a strict “*per se*” rule.<sup>63</sup> Similarly, the EU has announced plans to review its notification system, based on the conclusion that this system “does not serve to safeguard competition.”<sup>64</sup> It would be ironic if Canada were to change section 45 with a view to promoting harmonization, only to find that it is in fact moving Canadian law in the opposite direction from that of other key jurisdictions.

## Part XX - Proposed Changes

It is the Bureau’s view that a “two-track approach” should be adopted in order “to draw a clearer line between egregious cartel behaviour, which would continue to be dealt with as a criminal offence, and other arrangements among competitors whose effects are better assessed under civil law”.<sup>65</sup> In other words, egregious, “hard-core” conspiracies would face a criminal process while other non-cartel horizontal agreements, such as strategic alliances and joint ventures, would be subject only to civil review. The Commissioner made the following statement in support of a two-track system:

In our view, the Act would be strengthened if you drew a clear line between egregious criminal behaviour, such as price-fixing, to which conspiracy provisions should apply, and behaviour that is really an

<sup>62</sup> Goldman, *et al*, “The International Experience with Cartel Enforcement”, *supra*, note 56.

<sup>63</sup> See Graham, *supra*, note 56 in this regard.

<sup>64</sup> See “Commission proposes regulation that extensively amends system for implementing Articles 81 and 82 of the Treaty”, *EU News Release*, September 21, 2001. For example, one of the complaints with the block exemption process is that the regulations governing this process have limited the ability of companies to innovate by forcing them to fit all of their contracts within the parameters of these regulations.

<sup>65</sup> “The Bureau’s Perspective”, *supra* note 54.

arrangement among competitors to compete more effectively, and which, if it has any anticompetitive aspects, would be assessed under civil law rather than criminal law.<sup>66</sup>

## Part XXI - Criminal Track

With regard to the criminal track, in order to provide a greater degree of certainty and predictability, it has been suggested that conviction should not depend on a court's assessment of complex economic factors, which a criminal court is generally not well-suited to judge.<sup>67</sup> As well, many commentators have suggested removing the word "unduly" and enumerating the categories of agreements or arrangements that constitute "hard-core" conduct into areas such as price-fixing, markets and customer allocation, output restriction and boycotts.<sup>68</sup>

However, it is generally recognized that some exceptions are required, as a *per se* criminal offence without exceptions would likely cast far too wide a net. According to a Report of the Standing Committee on Industry, Science and Technology, exceptions should include situations where an enumerated agreement is part of a broader arrangement that is likely to "generate efficiencies or foster innovation"; and where the "restraint is reasonably necessary to achieve the efficiencies or cultivate innovation" generated by the arrangement.<sup>69</sup>

The Bureau believes that restricting section 45 to hard-core cartel behaviour has the following benefits: it provides clarity for the business community about the types of conduct that are prohibited, eliminates from consideration many potentially beneficial strategic alliances which might

---

<sup>66</sup> Canada, *Interim Report on the Competition Act* (Ottawa: Standing Committee on Industry, 2000) (Chair: S. Whelan).

<sup>67</sup> See generally Canada, *A Plan to Modernize Canada's Competition Regime* (Ottawa: Standing Committee on Industry, Science and Technology, 2002).

<sup>68</sup> See e.g. Bill C-472, An Act to Amend the Act (conspiracy agreements and right to make private applications), the Competition Tribunal Act (costs and summary disposition) and the Criminal Code as a consequence, 2d. Sess., 36th Parl., 1999-2000 (1st reading 6 April 2000).

<sup>69</sup> Y. Bériault, "Proposed Amendments to Section 45 of the *Act*" (2002 Competition Law Invitational Forum, Cambridge, Ontario, 8-10 May 2002) (Toronto: Atlas Information, 2002) at 23-24.

otherwise be “chilled” by the uncertainty created by the word “unduly” and lowers the cost of enforcement against cartels and increases deterrence.<sup>70</sup>

## Part XXII - Civil Track

With regard to the civil track, several commentators promote a “substantially lessens competition” test, which is the same test that currently applies to mergers under section 92 of the Act and would help to synchronize the treatment of mergers and strategic alliances. Under this test, the burden of proof would be a civil standard, as opposed to the criminal standard that section 45 currently requires.

Some commentators favour the consideration of efficiencies as a defence or as a factor to be considered in assessing the overall competitive effect of an agreement or arrangement.<sup>71</sup> However, some economists would avoid efficiency and instead replace it with productivity-based economics. Regardless of the means used to assess the overall competitive effect of an agreement or arrangement, as mentioned previously, most commentators agree that this analysis is best taken out of the hands of criminal courts.<sup>72</sup>

Finally, the Bureau supports a pre-clearance process that would deal with benign or pro-competitive agreements, which would be similar to the one in place for mergers, except that it would be voluntary. Under this type of system, the Commissioner of Competition would be authorized to issue a clearance certificate if he or she is satisfied that the agreement, as proposed and implemented, does not substantially lessen competition or pose a threat under section 45 or the proposed civil track. This would compel otherwise covert agreements to be made transparent to both the Bureau, as well as the public in general,<sup>73</sup> as well as possibly provide a degree of criminal and civil protection to the parties involved.

<sup>70</sup> “The Bureau’s Perspective”, *supra* note 54 at 1.

<sup>71</sup> See, e.g. T. Kennish, “Redesigning Section 45: A New Civil Law Treatment” (2002 Competition Law Invitational Forum, Cambridge, Ontario, 8-10 May 2002) (Toronto: Atlas Information, 2002) at 8-9.

<sup>72</sup> See generally *supra* note 67.

<sup>73</sup> M.J. Trebilcock and P. Warner, “Fixing Price Fixing Laws” (Spring 1996) Can. Comp. Rec. 48.

## **Part XXIII - Other Considerations in Cartel Enforcement**

### **Part XXIV - Document Creation and Retention Policies**

Canadian competition counsel routinely advise clients to exercise caution in the creation of documents and records, especially electronic documents such as e-mail. This is in part due to the fact that the Act contains provisions that allow the court to infer the existence of a conspiracy from circumstantial evidence<sup>74</sup> and allow for the introduction of documents in the possession of a company as prima facie proof of their contents.<sup>75</sup> In addition, the need to take care in document creation is further underscored by the fact that Canada, unlike other jurisdictions such as the U.S., has no statute of limitations on when a prosecution can be brought under the Act's conspiracy provisions.

Moreover, it is risky for individuals and corporations to simply adopt a practice of routinely destroying documents. Such a practice may, in certain circumstances, constitute obstruction. It may also be contrary to other laws, including the recently enacted U.S. Sarbanes-Oxley Act<sup>76</sup> (the "Sarbanes Act"). The Sarbanes Act, creates new criminal penalties for unlawful document destruction and has implication for antitrust matters in the U.S. and Canada. For example, documents created by a Canadian company involved in an alleged conspiracy that also raise issues under U.S. federal antitrust laws may fall within the scope of the Sarbanes Act. Of particular note is a new offence which, on its face, prohibits the knowing alteration or destruction of a record or document with "the intent to impede, obstruct, or influence the investigation or proper administration of any matter within the jurisdiction of any department or agency of the United States... or in relation to or contemplation of any such matter or case..." The offence is punishable by a fine and /or a maximum of 20 years imprisonment.

### **Part XXV - Private Actions**

Section 36 of the Act contains a limited private right of action in respect of criminal matters. Under this section, a person may bring an action

---

<sup>74</sup> *Supra* note 1, s.45(2.1).

<sup>75</sup> *Ibid.*, s.69(2).

<sup>76</sup> Sarbanes-Oxley Act of 2002.

for damages and costs if the person has suffered loss or damage as a result of either: (i) conduct contrary to the criminal provisions of the Act or (ii) the failure of a person to comply with an order of the Competition Tribunal or another court under the Act. The constitutionality of this provision was challenged and upheld by the Supreme Court of Canada in 1989.<sup>77</sup> In order to succeed at trial, the plaintiff must show proof of actual loss or damage or proof of the offence or failure to comply with the order.

Where a party has been convicted of a criminal offence, such as conspiracy, section 36(2) of the Act provides that the record of proceedings in any court in which the defendant was previously convicted of an offence or for failure to comply with an order is, in the absence of any contrary evidence, proof that the person engaged in conduct contrary to the Act or failed to comply with the order. As well, evidence given in the criminal proceedings as to the effect of the defendant's conduct is evidence in the civil proceedings.

Under section 36(4) of the Act, there is a two-year limitation period to commence an action. This period begins to run from a day on which the conduct was engaged in, or the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of, whichever is the later. In the case of failure to comply with a Tribunal order, the time begins from a day on which the order of the Tribunal or court was contravened, or the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of, whichever is the later. There have been no cases that have interpreted the scope of this provision.

A plaintiff can sue in a court of competent jurisdiction, which includes the Federal Court and provincial and territorial courts with jurisdiction over civil actions, in order to recover the actual amount of damage incurred and a further amount of not more than the full costs of undertaking the legal action, which can include the costs of investigating the matter. This second category, although not much of an inducement as compared to US litigants who can receive treble damages, can provide an incentive to bringing a civil action. As well, section 36 appears to be restricted to compensation for provable damage and does not appear to include punitive or general damages.<sup>78</sup> This is one area where common law conspiracy claims, which can seek punitive damages, are usefully combined with section 36 claims.

<sup>77</sup> *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

<sup>78</sup> *Westfair Foods Ltd. v. Lippens Inc.* (1987), 44 D.L.R. (4th) 145 (Man. Q.B.), aff'd (1989), 30 C.P.R. (3d) 209 (Man. C.A.); leave to appeal to the S.C.C. denied (1990), 30 C.P.R. (3d) 209.

A claim under section 36 is often combined with a claim in tort; in particular, the common law torts of civil conspiracy or unlawful interference with economic or contractual interests or relations.<sup>79</sup> This is done for several reasons, including: (i) if the two-year limitation period under section 36(4) has expired, an action based on a tort is subject to a longer limitation period, which is generally six years under provincial limitations statutes; (ii) the required elements under a claim for civil conspiracy may be easier;<sup>80</sup> and (iii) in a claim in tort, a plaintiff may claim general damages as well as special damages but in an action under section 36, damages are to be limited to special damages.<sup>81</sup>

While class actions are a relatively recent phenomenon in Canada, class action proceedings that follow prosecutions under the Act's conspiracy provisions are growing rapidly. Several high profile class action cases have been commenced with respect to conduct contrary to the Act, such as the international bulk vitamins cartel situation that has generated multiple class action proceedings in Ontario, British Columbia and Quebec.<sup>82</sup> In addition to the unresolved issue of indirect purchasers, the courts will have to address the issue of national class.<sup>83</sup>

## **Part XXVI - The Impact of Class Action Proceeding on the Immunity Program and Guilty Pleas**

Notwithstanding that it is the Bureau's policy, with respect to private actions, to provide confidential documents and evidence only in response to

<sup>79</sup> See e.g. *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate*, [1983] 1 S.C.R. 452 [hereinafter *Cement LaFarge*]; *Westfair Foods Ltd. v. Lippens Inc.* (1989), 61 Man. R. (2d) 282 (C.A.); *Direct Lumber Co. v. Western Plywood Co.*, [1962] 2 S.C.R. 646; *Valley Salvage Ltd. v. Molson Brewery B.C. Ltd.* (1975), 64 D.L.R. (3d) 734 (B.C.S.C.); and *Philco Products Ltd. v. Thermionics Ltd.*, [1940] S.C.R. 501.

<sup>80</sup> *Cement LaFarge*, *ibid.*

<sup>81</sup> See generally S. Wong, "Class Actions and Private Actions under the *Competition Act* (Canada)" online: Davis & Company

<[http://www.davis.ca/publications/2001-](http://www.davis.ca/publications/2001-11_class_and_private_actions_under_competition_act.pdf)

[11\\_class\\_and\\_private\\_actions\\_under\\_competition\\_act.pdf](http://www.davis.ca/publications/2001-11_class_and_private_actions_under_competition_act.pdf)> (date accessed: June 27, 2003) [hereinafter "Class Actions"].

<sup>82</sup> See *Vitapharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-Laroche Ltd.*, [2001] O.J. No. 753 (Ont. Sup. Ct. of Justice).

<sup>83</sup> "Class Actions," *supra* at note 81.

a court order, the increase in private actions in general, and class actions in particular, may seriously undermine the effectiveness of the Immunity Program and the ability to negotiate guilty pleas. The prospective consequences of escalating settlements and the cost of defending civil claims could be that fewer parties will seek immunity, since bringing the conspiracy to light will increase the chance that the party will later be sued even if it is granted immunity from prosecution.

Moreover, companies that entered guilty pleas over the past few years have learned that the perceived advantages of lower fines and reduced defence costs pale when compared to the costs of defending and in some cases settling civil actions, particularly if plaintiffs will be able to forum shop in order to obtain the most favorable jurisdiction in which to bring their action.<sup>84</sup> It rarely seems beneficial to plead guilty with the result that the government may soon be put to the test of proving its case in contested proceedings.

---

<sup>84</sup> A recent U.S. court decision has brought this issue to the attention of many international competition players. In *Empagran S.A. v. F. Hoffman-LaRoche, Ltd.*, 315 F.3d 338 (D.C. Cir., 2003), two out of the three judges in the DC Circuit Court of Appeals ruled that foreign companies could bring triple damage action claims against members of a vitamins cartel in U.S. courts, even though they bought the vitamins abroad. This would allow treble damages to be recovered by claimants even when the transactions from which the loss resulted took place outside of the U.S., in spite of the fact that the purchaser and seller had no connection with the U.S., provided that the underlying illegal conduct had an effect on U.S. commerce and injured at least one U.S.-based claimant. However, competition lawyers have called on the European Commission to challenge this decision, which they assert will undermine Europe's leniency/immunity programme for informants. The potential threat is that exposure to claims in the U.S. could deter whistle-blowers from coming forward in other jurisdictions including Canada. See E. Barraclough, "Lawyers call for EU action over creep of US antitrust laws"; *Competition Week Newsletter* (1 June 2003).



## APPENDIX I

### Conspiracy Penalties : 1993-2003

Year Convicted	Name of Company/ Individual	Product/ Industry	Section	Guilt y Plea?	Fines – Corporate/ Individual	Fine as % of Com-pany's Relevant Volume of Commerce in Canada
1993	Chemagro Limited	Biological Insecticides	s. 45	Yes	\$750,000	18%
1993	Chemagro Limited	Chemical Insecticides	s. 46	Yes	\$1.25 million	10%
1993	Sumitomo Canada Limited	Chemical Insecticide	s. 46	Yes	\$1.25 million	10%
1994	Kanzaki Specialty Papers Inc.	Fax Paper	s. 45	Yes	\$950,000	30%
1994	Mitsubishi Corporation /Mitsubishi Canada	Fax Paper	s. 45 and s. 46 <sup>85</sup>	Yes	Total fine \$950,000	Approximately 30%
1995	Quebec Pharmacists	Prescription Drugs and Dispensing Fees	s. 45	Yes	\$2,000,000	20%
1995	Canada Pipe Company Ltd.	Ductile Iron Pipe	s. 45	Yes	\$2.5 million	Approximately 30%
1996	New Oji Paper Company Ltd. (Japan)	Fax Paper	s. 45	Yes	\$600,000	No Canadian commerce
1996	Gestion des Rebutis DMP Inc.	Waste Disposal	s. 45	Yes	\$1.95 million	Approximately 40%
1996	Ciment St-Laurent Inc.	Ready Mix Concrete	s. 45	Yes	\$1,883,334	Not available
1996	Lafarge Canada Inc.	Ready Mix Concrete	s. 45	Yes	\$1,883,334	Not available
1996	Ciment Québec Inc.	Ready Mix Concrete	s. 45	Yes	\$1,733,333	Not available
1996	Béton Orléans Inc.	Ready Mix Concrete	s. 45	Yes	\$300,000	Not available
1996	Mitsubishi Paper Mills	Thermal Fax Paper	s. 45 <sup>86</sup>	Yes	Total fine \$850,000	No Canadian commerce
1997	Pierre Paré <sup>87</sup>	Waste Disposal	s. 45	Yes	\$550,000 <sup>88</sup>	Not applicable

<sup>85</sup> Also fined under s. 61 of the *Competition Act*.

<sup>86</sup> Also fined under s. 61 of the *Competition Act*.

<sup>87</sup> Former senior official with Gestion des Rebutis DMP Inc.

<sup>88</sup> Plus 100 hours of community service.

1997	Serge Brière <sup>89</sup>	Waste Disposal	s. 45	Yes	12 months imprisonment <sup>90</sup>	Not applicable
1997	Robert Caron <sup>91</sup>	Waste Disposal	s. 45	Yes	12 months imprisonment <sup>92</sup>	Not applicable
1998	Archer Daniels Midland (ADM)	Lysine	s. 45	Yes	\$14 million	29%
1998	Archer Daniels Midland (ADM)	Citric Acid	s. 45	Yes	\$2 million	Approximately 12%
1998	Ajinomoto Co. Inc.	Lysine	s. 45	Yes	\$3.5 million	23%
1998	Sewon America Inc.	Lysine	s. 45	Yes	\$70,000	Approximately 5%
1998	Kyowa Hakko Kogyo Company, Ltd.	Lysine	s. 45	N/A	Prohibition Order	Prohibition Order
1998	Jungbunzler International AG	Sodium Gluconate	s. 45	Yes	\$100,000	12.5%
1998	Jungbunzler International AG	Citric Acid	s. 45	Yes	\$1.9 million	19%
1998	Haarmann & Reimer Corporation	Citric Acid	s. 45	Yes	\$4.7 million	19%
1999	Fujisawa Pharmaceutical Co., Ltd.	Sodium Gluconate	s. 45	Yes	\$360,000	20%
1999	Roquette Frères	Sodium Gluconate	s. 45	Yes	\$700,000	28%
1999	Akzo Nobel Chemicals B.V. and Gluconate B.V.	Sodium Gluconate	s. 45	Yes	\$700,000	28%
1999	UCAR Inc. (Canada)	Graphite Electrodes	s. 46	Yes	\$11 million <sup>93</sup>	Approximately 6%
1999	F. Hoffmann-LaRoche Ltd.	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$48 million	12.5%

<sup>89</sup> Former senior official with Gestion des Rebutis DMP Inc.

<sup>90</sup> To be served in the community.

<sup>91</sup> Former senior official with Gestion des Rebutis DMP Inc.

<sup>92</sup> To be served in the community.

<sup>93</sup> Also made restitution to customers in the amount of \$19 million.

1999	F. Hoffmann-LaRoche Ltd.	Citric Acid	s. 45	Yes	\$2.9 million	26%
1999	Dr. Roland Brönnimann <sup>94</sup>	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$250,000	Not applicable
1999	Andreas Hauri <sup>95</sup>	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$175,000	Not applicable
1999	Andreas Hauri	Citric Acid	s. 45	Yes	\$75,000	Not applicable
1999	BASF Aktiengesellschaft	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$18 million	12.5%
1999	BASF Aktiengesellschaft	Choline Chloride	s. 45	Yes	\$1 million	No Canadian commerce
1999	Rhône-Poulenc S.A.	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$14 million	12.5%
1999	Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd.	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$2.5 million	20%
1999	Eisai Co. Ltd.	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$2 million	20%
1999	Chinook Group Limited	Choline Chloride	s.45	Yes	\$2.25 million	5%
1999	Russell Cosburn <sup>96</sup>	Choline Chloride	s. 45	Yes	Nine months imprisonment <sup>97</sup> and 50 hours community service	Not applicable
1999	Roussel Canada Inc.	Bulk Vitamins	s. 46	Yes	\$370,000	20%
1999	Eastman Chemical Company	Sorbates	s. 45	Yes	\$780,000	20%
1999	Hoechst AG	Sorbates	s. 45	Yes	\$2.5 million	20%
2000	Takeda Chemical Industries, Ltd.	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$5.2 million	Approximately 16%
2000	Merck KgaA	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$1 million	23%

<sup>94</sup> Former executive of F. Hoffmann-LaRoche Ltd.

<sup>95</sup> Former executive of F. Hoffmann-LaRoche Ltd.

<sup>96</sup> Former executive of Chinook Group Limited.

<sup>97</sup> Former director of Organic Chemicals and Daicel Chemical Industries, Ltd.

2000	SGL Carbon Aktiengesellschaft	Graphite Electrodes	s. 46	Yes	\$12.5 million	Approximately 7%
2000	Daicel Chemical Industries, Ltd.	Sorbates	s. 45	Yes	\$2.46 million	30%
2000	Takayasu Miyasaka <sup>98</sup>	Sorbates	s. 45	Yes	\$250,000	Not applicable
2001	Tokai Carbon Co., Ltd.	Graphite Electrodes	s. 46	Yes	\$250,000	No Canadian commerce
2001	Ueno Fine Chemicals Industry Ltd.	Sorbates	s. 45	Yes	\$1.25 million	Approximately 16%
2001	Yoshiyuki Ebara <sup>99</sup>	Sorbates	s. 45	Yes	\$150,000	Not applicable
2001	Pfizer Inc.	Sodium Erythorbate	s. 45	Yes	\$1.5 million	20%
2001	Carbone of America Industries Corp.	Isostatic Graphite	s. 45	Yes	\$300,000	Approximately 18%
2002	DeGussa-Huls AG	Vitamin B3	s. 45	Yes	\$2.5 million	Approximately 28%
2002	Lonza AG	Vitamin B3	s. 45	Yes	\$1.1 million	12.5%
2002	Reilly Inc	Vitamin B3	s. 45	Yes	\$35,000	20%
2002	Nepera Inc.	Vitamin B3	s. 45	Yes	\$240,000	24%
2002	Dr. Kuno Sommer <sup>100</sup>	Bulk Vitamins	s. 45	Yes	\$150,000	Not applicable
2002	Nippon Gohsei	Sorbates	s. 45	Yes	\$100,000	Approximately 40%
2003	Rhone-Poulenc Biochimie S.A. (sub of Aventis S.A.)	Methylglucamine	s. 45	Yes	\$500,000	Not available
2003	Akzo Nobel Chemicals BV	Choline Chloride	s. 45	Yes	\$1 million	No Canadian commerce
2003	Bioproducts Incorporated	Choline Chloride	s. 45	Yes	\$600,000	Not available

<sup>98</sup> To be served in the community.

<sup>99</sup> Former senior executive of Ueno Fine Chemicals Industry Ltd.

<sup>100</sup> Former senior executive of F. Hoffmann-LaRoche Ltd.

2003	Akzo Nobel Chemicals BV	Monochloro acetic Acid and Monochloro acetate	s. 45	Yes	\$1.9 million	45%
2003	Arteva Specialties S.a.r.l., c.o.b. KoSa	Polyester Staple Fibre	s. 45	Yes	\$1.5 million	12.5%
2003	Robert P. Krass <sup>101</sup>	Graphite Electrodes	s. 45	Yes	\$70,000	Not applicable

---

<sup>101</sup> Former head of UCAR International Inc.



**APPENDIX II**  
**Criminal Conspiracy Provision**

45. (1) 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.

**Idem**

(2) For greater certainty, in establishing that a conspiracy, combination, agreement or arrangement is in contravention of subsection (1), it shall not be necessary to prove that the conspiracy, combination, agreement or arrangement, if carried into effect, would or would be likely to eliminate, completely or virtually, competition in the market to which it relates or that it was the object of any or all of the parties thereto to eliminate, completely or virtually, competition in that market.

**Evidence of conspiracy**

(2.1) In a prosecution under subsection (1), the court may infer the existence of a conspiracy, combination, agreement or arrangement from circumstantial evidence, with or without direct evidence of communication between or among the alleged parties thereto, but, for greater certainty, the conspiracy, combination, agreement or arrangement must be proved beyond a reasonable doubt.

## **Proof of intent**

(2.2) For greater certainty, in establishing that a conspiracy, combination, agreement or arrangement is in contravention of subsection (1), it is necessary to prove that the parties thereto intended to and did enter into the conspiracy, combination, agreement or arrangement, but it is not necessary to prove that the parties intended that the conspiracy, combination, agreement or arrangement have an effect set out in subsection (1).

## **Defence**

(3) Subject to subsection (4), in a prosecution under subsection (1), the court shall not convict the accused if the conspiracy, combination, agreement or arrangement relates only to one or more of the following:

- (a) the exchange of statistics;
- (b) the defining of product standards;
- (c) the exchange of credit information;
- (d) the definition of terminology used in a trade, industry or profession;
- (e) cooperation in research and development;
- (f) the restriction of advertising or promotion, other than a discriminatory restriction directed against a member of the mass media;
- (g) the sizes or shapes of the containers in which an article is packaged;
- (h) the adoption of the metric system of weights and measures; or
- (i) measures to protect the environment.

## **Exception**

(4) Subsection (3) does not apply if the conspiracy, combination, agreement or arrangement has lessened or is likely to lessen competition unduly in respect of one of the following:

- (a) prices,

- (b) quantity or quality of production,
- (c) markets or customers, or
- (d) channels or methods of distribution,

or if the conspiracy, combination, agreement or arrangement has restricted or is likely to restrict any person from entering into or expanding a business in a trade, industry or profession.

## **Defence**

(5) Subject to subsection (6), in a prosecution under subsection (1) the court shall not convict the accused if the conspiracy, combination, agreement or arrangement relates only to the export of products from Canada.

## **Exception**

(6) Subsection (5) does not apply if the conspiracy, combination, agreement or arrangement

(a) has resulted in or is likely to result in a reduction or limitation of the real value of exports of a product;

(b) has restricted or is likely to restrict any person from entering into or expanding the business of exporting products from Canada; or

(c) has prevented or lessened or is likely to prevent or lessen competition unduly in the supply of services facilitating the export of products from Canada.

(d) [Repealed, R.S., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 30]

## **Defences**

(7) In a prosecution under subsection (1), the court shall not convict the accused if it finds that the conspiracy, combination, agreement or arrangement relates only to a service and to standards of competence and integrity that are reasonably necessary for the protection of the public

(a) in the practice of a trade or profession relating to the service; or

(b) in the collection and dissemination of information relating to the service.

### **Exception**

(7.1) Subsection (1) does not apply in respect of an agreement or arrangement between federal financial institutions that is described in subsection 49(1).

### **Exception**

(8) Subsection (1) does not apply in respect of a conspiracy, combination, agreement or arrangement that is entered into only by companies each of which is, in respect of every one of the others, an affiliate.

[R.S., 1985, c. C-34, s. 45; R.S., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 30; 1991, c. 45, s. 547, c. 46, s. 590, c. 47, s. 714.]

### ***Where application made under section 79 or 92***

45.1 No proceedings may be commenced under subsection 45(1) against a person against whom an order is sought under section 79 or 92 on the basis of the same or substantially the same facts as would be alleged in proceedings under that subsection.

[R.S., 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 31.]

**APPENDIX III**  
**Proposed Criminal Conspiracy Provision**

45.(1) Every person who agrees or arranges with one or more persons, where those persons compete or could reasonably be expected to compete with each other, for the purpose of or where the agreement or arrangement has or is likely to have the effect of,

(a) fixing, establishing, controlling or maintaining the price at which those persons supply or offer to supply a product,

(b) allocating customers or markets or portions of markets for the supply of a product, or

(c) preventing, eliminating, limiting or lessening the production or supply of a product

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine in the discretion of the court or to both.

**Evidence of conspiracy**

(2) In a prosecution under subsection (1), the court may infer the existence of an agreement or arrangement from circumstantial evidence, with or without direct evidence of communication between or among the alleged parties thereto, but, for greater certainty, the agreement or arrangement must be proved beyond a reasonable doubt.

**Proof of intent**

(3) In establishing that an agreement or arrangement is for a purpose described in any of paragraphs (1)(a) to (c), it is necessary to prove that the parties thereto intended to and did agree or arrange as described in that paragraph or subsection, but it is not necessary to prove that the parties intended that the agreement or arrangement have an effect referred to in any of paragraphs (1)(a) to (c).

## **Proof of intent**

(4) In establishing that an agreement or arrangement has or is likely to have an effect described in any of paragraphs (1)(a) to (c), it is necessary to prove that the parties thereto intended to and did agree or arrange as described in that paragraph, and that the parties knew or ought reasonably to have known that the agreement or arrangement would likely have that effect.

## **Defence**

(5) In a prosecution under subsection (1), where the accused establishes, on a balance of probabilities, that

(a) the agreement or arrangement is ancillary to a principal agreement,

(b) the agreement or arrangement is necessary for implementing the principal agreement, and

(c) less restrictive alternatives to the agreement or arrangement are not available for implementing the principal agreement,

the court shall not convict the accused unless the court finds that the principal agreement, when considered without the agreement or arrangement in respect of which the prosecution is commenced, is for a purpose, has an effect or is likely to have an effect referred to in any of paragraphs (1)(a) to (c).

## **Definition of “principal agreement”**

(6) For greater certainty, in this section, “principal agreement” means

(a) an agreement or arrangement that includes the agreement or arrangement in respect of which the prosecution is commenced; or

(b) an agreement or arrangement that is separate from, but between the same persons as, the agreement or arrangement in respect of which the prosecution is commenced.

---

## **Defence**

(7) Subject to subsection (8), in a prosecution under subsection (1) the court shall not convict the accused if the agreement or arrangement relates only to the export of products from Canada.

## **Exception**

(8) Subsection (7) does not apply if the agreement or arrangement

(a) results in or is likely to result in a reduction or limitation of the real value of exports of a product;

(b) restricts or is likely to restrict any person from entering into or expanding the business of exporting products from Canada; or

(c) prevents or lessens or is likely to prevent or lessen competition substantially in the supply of services facilitating the export of products from Canada.

## **Defences**

(9) In a prosecution under subsection (1), the court shall not convict the accused if it finds that the agreement or arrangement relates only to a service and to standards of competence and integrity that are reasonably necessary for the protection of the public

(a) in the practice of a trade or profession relating to the service; or

(b) in the collection and dissemination of information relating to the service.

## **Non-application**

(10) Subsection (1) does not apply in respect of an agreement or arrangement

(a) between federal financial institutions that is described in subsection 49(1); or

(b) that is entered into only by companies each of which is, in respect of every one of the others, an affiliate.

### **Where application made under section 79, 79.11 or 92**

**45.1** No proceedings may be commenced under subsection 45(1) against a person against whom an order is sought under section 79, 79.11 or 92 on the basis of the same or substantially the same facts as would be alleged in proceedings under that subsection.

### **Exception for block exemptions**

**45.2(1)** Subsection 45(1) does not apply in respect of an agreement or arrangement that is within a class of agreements or arrangements exempted from the application of subsection 45(1) by an order made under subsection (2).

### **Order in council**

(2) The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister and the Minister of Justice, made on the advice of the Commissioner, exempt any class of agreements or arrangements from the application of subsection 45(1).

**APPENDIX IV**  
**Proposed Civil Strategic Alliances Provisions**

**79.11.(1)** Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that an agreement or arrangement between two or more persons prevents or lessens or is likely to prevent or lessen competition substantially in a market, the Tribunal may make an order prohibiting all or any of the parties to the agreement or arrangement from doing anything or continuing to do anything under the agreement or arrangement.

**Evidence**

(2) For the purpose of this section, the Tribunal shall not find that an agreement or arrangement prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in a market solely on the basis of evidence of concentration or market share.

**Factors to be considered regarding prevention or lessening of competition**

(3) In determining, for the purpose of this section, whether or not an agreement or arrangement prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially, the Tribunal may have regard to the following factors:

(a) the extent to which foreign products or foreign competitors provide or are likely to provide effective competition to the businesses of the parties to the agreement or arrangement;

(b) whether the business, or a part of the business, of a party to the agreement or arrangement has failed or is likely to fail;

(c) the extent to which acceptable substitutes for products supplied by the parties to the agreement or arrangement are or are likely to be available;

(d) any barriers to entry into a market, including:

(i) tariff and non-tariff barriers to international trade,

(ii) interprovincial barriers to trade, and

(iii) regulatory control over entry, and any effect of the agreement or arrangement on such barriers;

(e) the extent to which effective competition remains or would remain in a market that is or would be affected by the agreement or arrangement;

(f) any likelihood that the agreement or arrangement will or would result in the removal of a vigorous and effective competitor;

(g) the nature and extent of change and innovation in a relevant market;

(h) whether the agreement or arrangement has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will provide benefits to consumers, including competitive prices or product choices, and that would not likely be attained in the absence of the agreement or arrangement; and

(i) any other factor that is relevant to competition in a market that is or would be affected by the agreement or arrangement.

### **Non-application**

(4) Subsection (1) does not apply in respect of an agreement or arrangement:

(a) between federal financial institutions that is described in subsection 49(1);

(b) that is entered into only by companies each of which is, in respect of every one of the others, an affiliate; or

(c) in respect of which notice must be given under Part IX.

### **Where proceedings commenced under section 45, 79 or 92**

(5) No application may be made under this section against a person:

(a) against whom proceedings have been commenced under section 45, or

(b) against whom an order is sought under section 79 or 92, on the basis of the same or substantially the same facts as would be alleged in the proceedings under section 45, 79 or 92, as the case may be.

---

## **Additional or alternative order**

**79.12.(1)** Where, on an application under subsection 79.11(1), the Tribunal finds that grounds exist for making an order under section 79.11 but that an order under that section is not likely to restore competition in the market, the Tribunal may, in addition to or instead of making an order under that section, make an order directing any or all the persons against whom an order is sought to take such actions, including the divestiture of assets or shares, as are reasonable and as are necessary to overcome the effects of the agreement or arrangement in that market.

## **Limitation**

(2) In making an order under subsection (1), the Tribunal shall make the order in such terms as will in its opinion interfere with the rights of any person to whom the order is directed or any other person affected by it only to the extent necessary to achieve the purpose of the order.



**APPENDIX V**  
**Proposed Clearance Certificate Provisions**

**Certificate in relation to section 45**

124.3.(1) Where, on the application of a party to an agreement or arrangement or proposed agreement or arrangement, the Commissioner determines not to refer the matter to the Attorney General of Canada for consideration as to whether an offence has been or is about to be committed against section 45, the Commissioner may issue a certificate to that effect.

**Certificate in relation to civil strategic alliance**

(2) Where, on the application of a party to an agreement or arrangement or proposed agreement or arrangement, the Commissioner is satisfied that sufficient grounds do not or would not exist to apply to the Tribunal under section 79.11, the Commissioner may issue a certificate to that effect.

**Duty of Commissioner**

(3) The Commissioner shall consider any application for a certificate under this section as expeditiously as possible.

**Validity of certificate**

(4) A certificate issued under subsection (1) or (2) is valid only on the basis of the same or substantially the same facts as the facts on the basis of which the certificate was issued.

**Regulations**

(5) The Governor in Council may make regulations respecting the procedure to be followed in respect of an application made under subsection (1) or (2), including the information to be contained in the application.

**Dr. Tito Andrade**

Depois desta palestra muito interessante do John sobre alguns novos aspectos da legislação de cartel canadense eu vou passar a palavra para o Dr. Alan Ryan. O Alan é sócio do Escritório *Freshfield Brookhouse and Theringroup*. Ele começou a carreira dele em Londres em 1990 e se mudou depois para Bruxelas em 1999. Desde 2002, ele atua em Washington na área de direito da concorrência da União Européia e do Reino Unido, tendo trabalhado em diversos casos importantes: o cartel de vitaminas, a fusão de *Ihannewel* e diversas alianças internacionais no setor de aviação. O Alan estudou na Universidade de Cambridge e em Michigan.

Essa ponte aérea que fazemos para Brasília ele faz de Washington para Bruxelas então ele deve ter muitas milhas. Alan, por favor.

(004)

**Dr. Alan Ryan**

What I'd like to talk to you today about is the new English criminal cartel offense. This came into force in June of this year. It is totally new. Previously in the U.K., cartels fell under the civil law only – either the U.K. domestic civil law or the E.U. civil law. In both cases the maximum penalty was simply a fine of up to 10% of turnover. That was felt not to deter cartels sufficiently and the government felt that only the threat of jail ... which in England is not a very pleasant experience at all... There have been a number of ministers who ended up in jail – they didn't like it. So, they felt that the threat of jail would deter cartel behaviour much more significantly.

The new example has a much more wide interest than just in the U.K. and it is being studied widely, particularly in Europe because it is one of the most recent attempts to toughen up competition laws.

The English domestic civil cartel provisions date from only 1998. So we are already introducing a criminal provision within four years of that. The offense itself is quite interesting and I put it up there. It is section 188 of the Enterprise Act, and that says that, first of all, it took an individual, note: an individual. It does not apply to companies, only the individuals who actually effectively create the cartel are guilty of an offense if they dishonestly... And you wonder, wait a minute, dishonestly what?

Could you please explain what an honest price fixer is? Well, believe it or not, there is such a thing and it is not just the mad professor. You need to dishonestly agree with one or more other persons to make arrangements of the following type, and they are specified. So it is a very narrowly tailored offense. It is not anything that restricts competition. It is arrangements of the following type: fix prices, limit or prevent supply, limit or prevent production, divide markets, allocate customers and rig bids. Only those.

If you can find, and I'm not sure I can at the moment, find something else that would restrict competition, that doesn't fall within that list, then even if you dishonestly enter into that agreement, you cannot be guilty of offense.

Interestingly, the offense will also occur whether the arrangement is implemented or not. Basically the attempt to create is already an offense. One very significant limitation is in section 189. The offense only applies to horizontal arrangements. So, it is felt to be much, much more deleterious to the economy and, therefore, vertical agreements, which restrict competition, even if dishonest, cannot land you in jail.

The one difference to the fact that an attempt can lead to an offense, is that if the agreement is made outside the U.K., so that if now, here, today, in Campos, we agreed to fix prices in the U.K., and it was never implemented, that would not be an offense, because it is only an offense, if made outside the U.K., if the agreement is actually implemented in the U.K.

Now, the interesting question that everybody makes is: What is dishonesty? Is it more than just a mad professor? And I will explain what the bus is doing there in a second.

There is a well established test for dishonesty in English case law and it comes from this case, *Gosh*. And it is an objective plus a subjective. You need to meet both. And the objective is: was what was done dishonest according to the standards of reasonable people? The reason the bus is there, is because it used to be, in English case law, people used to talk about the test for reasonableness, what was the man on the Clapton Omnibus thinking, that is, the man on the top floor of the bus thinking. This was felt in the older days to represent a reasonable cross-section of, you know, good society. Since then, and for those of you who know London's Clapton, depending on your political point of view, it has either become very trendy or it's become very seedy. And for those of you who follow the scandals of the English famous

people, like Prince Charles and people like that, well, about five years ago there was a case involving a Minister and a Rastafarian. They met on Clapton Common. So, I'll leave the rest to your imagination. But since then, people have not really been focusing too much on the test of the man on the top of the Clapton omnibus, thankfully. There have been much more objective tests of reasonable people. What was done had to be dishonest according to the standards of reasonable people. And there was the subject matter, did the defendant realize that this was the view of reasonable people? And that's where the scope to get out of the offense – to prove that you were not dishonest really comes in. Because, remember this is a criminal offense and a criminal standard of proof applies. You have to prove beyond a reasonable doubt, whether both elements of the test were met. You have to prove beyond reasonable doubt that the defendant actually realized that what he was doing was dishonest according to the standards of reasonable people. It has not been tested yet in the context of price fixing. The law came into force in June of this year. We shall see. One would hope that most people who are prosecuted for price fixing and who did price fix, will also be found to be dishonest, but it remains to be seen.

The penalties? Five years in jail plus an unlimited fine, and that is quite significant. The really interesting point here is how this relates to the civil case as well, because section 188 applies only to individuals. The companies that they work for will actually infringe a completely different statute. Either Chapter 1 of the Competition Act of 1998, which is a U.K. domestic law, or Article 81 of the E.C. Treaty, which is a well known E.U. provision. Which means that basically Section 188 and Chapter 1 will apply in parallel. The same facts will devise the proceeding against the individual under Section 188 and against the company under Chapter 1 or Article 81.

And that will be very interesting because the procedures are obviously very different. Section 188 means a criminal prosecution in the crown court, according to criminal standards of proof and criminal standards of evidence gathering. While Chapter 1, Article 81, enforced by the Office of Fair Trading, which is in the case of the European Commission, follows whichever decision the decision makers decide. It may follow the administrative proceeding. The standard of proof is very different, the proceeding is very different. It is very interesting how the two are going to be reconciled. The Office of Fair Trading is saying, what it proposes is that where the case can be brought under both Section 188 against the individual and Chapter 1, so where the OFT is enforcing

it under the domestic law, both cases will be investigated to criminal standards of evidence gathering. That obviously makes sense because if the investigated company is against the civil standards only, you are under the risk of not having sufficient quality evidence then to use against the individuals. Interestingly enough, of course, you have the protection against prejudice in criminal trials. Which means that a civil case can be investigated up to the point where it continues to remain confidential. But once the civil case reaches a stage where it becomes public, it has to be stayed. Because once it becomes public, the company is being investigated for breach of Chapter 1 and there are steps in the procedure which are open for everyone to see.

There is a risk that that may prejudice the criminal case and that the individual's defense lawyer may be able to have the case thrown out for mistrial. And therefore, what is likely to happen, is that the civil case will be stayed at that point pending the criminal trial in the Old Bailey most likely. And once that, then the civil case will be reactivated. That could be true if the OFT is involved in both cases.

Where the cartel is a bigger cartel and is EU-wide, it is likely to be investigated by the European Commission under Article 81 instead of the OFT. The OFT has discussed it with the European Commission, how they are going to manage the two proceedings, and all they say is that it will be discussed on a case-by-case basis on that. It remains to be seen if the European Union procedure for the civil is similar to the U.K. one, where the initial investigation, the evidence gathering is done confidentially. Once the ..... go down, you will have the opportunity for hearing and all that stuff. If the hearing before the European Commission were to take place before the criminal trial, I think there would be a lower risk that that would prejudice the criminal trial and give the individual a mistrial. The procedure for a companies. The SFO, on the other hand, is there to prosecute individuals in white-collar crimes. It's got the experience to do it. The investigation is criminal investigation is that the OFT can bring the prosecution and so can the Serious Fraud Office. The Serious Fraud Office is a branch of the English government, which, so far, has investigated white-collar crime. All the stock market investigations have been done by the SFO, generally in cases being prosecuted by the SFO and not by the OFT, the SFO has the experience. Remember, the OFT, being a competition body, has no experience of prosecuting individuals. Its only experience is the one in civil cases against

started by the OFT and once the actual evidence is gathered, they will then inform the SFO as soon as the case appears likely to lead to criminal prosecution and at which point the case will be more or less handed over to the SFO to prepare the case for trial. The investigation can be started if there is no reasonable doubt. That means that it is very straightforward and includes statements by employees, confessions by cartel members. Probably most likely information received in numerous applications. They can all be reasonable doubts. It doesn't take much to get investigation started. That is OFT's opportunity to really move into the real world. The OFT under the Enterprise Act, the criminal offenses, now has much more importance to get power to gather investigations. It needs them because it has to prepare the case for the criminal standards of proof beyond a reasonable doubt. And that is a very high standard. That's the same standard that was used in the courts in California, whereby O.J.Simpson was found not guilty. So you can get my idea of what a high threshold that is. More than that I won't comment on that case. It has very standard powers that came from the civil cases, to send notes to individuals, etc. But it also has the power to enter premises under search warrants. And it also has the power to use covert surveillance, which is basically listening to telephone, records, e-mail records, and shadowing people as well. That is where James Bond clearly comes in, because the OFT doesn't have experience of shadowing people. We haven't been trained yet with dark glasses. They have decided that they are going to subcontract the covert surveillance from the National Criminal Intelligence Service, which is a kind of umbrella body that helps to coordinate actual intelligent services. Not MI5 people like that, but people who investigate money laundering and things like that. They are obviously properly trained to use covert surveillance. There are a number of constitutional protections in there because of the power that is given to the government to use in looking at telephone records, etc. You have to get something from the Office of Surveillance Commissioner and that Office has to approve any request to use covert surveillance. It is not automatic that once you are investigating an individual for a cartel offense, it is not automatic to stake out his house, follow him up, things like that. You have standard protections against legal privileges to protect against incrimination. But the real change in this is actually allowing the James Bond style, you know, following of people, things like that. That stuff is much more serious for protecting cartels.

Needless to say, and they are hoping, that most of the information will actually come from leniency. There is a provision already in the Act for leniency

application. If you have the threat of jail, you are far more likely to make an application for leniency than if it is simply a question of the company being fined, and the worst that could happen to you as an individual would be that you would be fired. Now that you face jail, these people are strongly expecting a much greater application for leniency. There are OFT guidelines on what you need to do to get leniency. Basically, you have to bare all, you have to admit, you have to provide the OFT with information, you have to maintain continuous cooperation. Anybody who coerced another company to take part in a cartel is not eligible for leniency. But interestingly the OFT guidance says that typically you should refrain from further participation in cartels. That goes without saying, except as directed by the OFT. So that they can actually require you to continue participating in the cartel, with James Bond men following you to gather all the information. So you can actually be required to be used as a mole in the cartel, which undoubtedly is not very pleasant.

Individuals can apply for leniency themselves but any corporate application for corporate leniency under the cartel will also grant leniency to the individuals named in the company's request. Interestingly, you can make an application on a no-names basis. There is no restriction in there saying that you have to be the first one in or anything like that. That might apply in practice conceivably, but in theory usually you don't have to be the first one in. The fact that you can make the application on a no-name basis gives people much more comfort in actually going in.

Given the peculiar circumstances in Europe of having the national authorities cooperate with the E.C. in any particular cartel, it can be reviewed either by one or the other, and in some cases, both. If you are making an application for corporate leniency to the E.C. under the European Commission's program, you should also make one for the individuals to the OFT. If the cartel went wider than Europe, you should also make the application for leniency to all the other authorities involved as well.

Then finally, extradition. Because it is a criminal offense, it can be made specifically extraditable. There was recently a case involving two auction houses in the U.S., Christie's and Sotheby's, and the chairman of, I think it was Sotheby's, Alfred Talban, was sentenced to a year and a day in jail in the U.S.A., plus a 20 million dollar fine, plus he had to pay the cost of his own incarceration as well. Probably it didn't cost much less than his own apartment, but anyway. His counterpart, the chairman of Christie's, Sir Anthony Tenent, he was British, because this was before the Enterprise Act came into force, he can't be extradited because it is not an offense in England.

But he can't really enjoy his retirement in England, while his counterpart is in jail in the U.S.A. That doesn't mean that the government has decided that it doesn't want it to happen, so it has specifically made it extraditable.

There hasn't been a case of extradition yet because the law is so new. Extradition is not automatic. Under general criminal law provisions in England, the facts have to describe an offense in both jurisdictions, the requesting jurisdiction and the offending jurisdiction.. So that means that if any non-U.K. authority is requesting extradition from the U.K., it needs to show that what the individual did was also an offense in the U.K. and that must mean that the individual was dishonest as well. Hopefully, it should be easy to do and it is something that's there, and it means that extradition will not be automatic.

And then finally, needless to say, cooperation with overseas public authorities. This is a completely new section of the Enterprise Act, which introduces a new system of sharing information with overseas public authorities across the border in competition and basically allows information sharing to take place, subject to the usual safeguards, confidentiality, etc. Information sharing does not require a mutual assistance treaty. It does not require a cooperation agreement between the U.K. and the country requesting information. This is one ..... that can be refused, but it is not determinative. if you don't have it in the U.K., it can still be worthwhile requesting it.

That's it. Thank you very much indeed.

*Dr. Tito Andrade*

Obrigado Alan.

## SLIDE 1

### **The UK Enterprise Act 2002 Criminalisation of Cartels**

Alan Ryan  
IBRAC – November 2003

## SLIDE 2

### **Introduction**

- The new offence
- Penalties
- Relationship with civil cases: chapter 1/Art 81EC
- Procedure/Information gathering
- Leniency
- Extradition
- Cooperation with overseas competition authorities

---

### SLIDE 3

#### The new offence

- S.188 Enterprise Act 2002
- (1) “An *INDIVIDUAL* is guilty of an offence if he *DISHONESTLY* agrees with one or more other persons to make or implement...arrangements *OF THE FOLLOWING KIND* relating to at least two undertakings (A and B)”
- (2) To: - fix prices
  - limit or prevent supply
  - limit or prevent production
  - divide markets
  - allocate customers
  - rig bids

### SLIDE 4

#### The new offence (cont'd)

- The offence occurs whether or not the arrangement is actually implemented
- S. 189: The offence applies only to horizontal arrangements
- S. 190 (3): An agreement made outside the UK will lead to an offence only if actually implemented in the UK

---

**SLIDE 5****Dishonesty**

- “Honest price fixing” is not an offence!
- “Dishonesty”: well-established test for dishonesty
- *R v Ghosh*: Objective PLUS subjective elements:
  - (1) was what was done dishonest according to the standards of reasonable people?
  - (2) Did the defendant realise that this was the view of reasonable people?

**SLIDE 6****Penalties**

- 5 years jail; plus
- A fine (no maximum)

---

## SLIDE 7

### Relationship with civil cases

- S. 188 applies only to individuals
- Companies infringe either Chapter 1 of the Competition Act 1998 (UK domestic law) or Article 81 EC Treaty
- S. 188 and Chap 1/Art 81 apply in parallel: same facts can give rise to parallel proceedings
- Note that procedure under S.188 is very different from Chap 1/Art 81: S. 188 leads to a criminal prosecution in the crown court whereas under chap 1/Art 81 OFT/European Commission are decision makers following administrative procedures

## SLIDE 8

### Relationship with civil cases (cont'd)

- Burden of proof is very different: criminal “beyond reasonable doubt” standard applies to S.188
- OFT says that where a case can be brought under both S. 188 (vs. individual) and Chap 1 (vs. company), *both* cases will be investigated to criminal standard of evidence gathering
- Civil Chap 1 case can probably be pursued to stages which remain confidential (rule 14 notice) but thereafter will need to wait for criminal case to be judged to avoid risk of prejudicing the criminal trial
- S. 188 and Art 81 cases will be discussed on a case by case basis between the OFT and the European Commission

---

## SLIDE 9

### Procedure

- Prosecution brought by OFT or Serious Fraud Office (generally case will be prosecuted by SFO but often in conjunction with OFT)
- Investigation will be initiated by OFT who will inform SFO as soon as case appears likely to lead to criminal prosecution at which point SFO (maybe with OFT) will prepare case for trial
- OFT can commence investigation “if there are reasonable grounds for suspecting that an offence under section 188 has been committed”
- OFT’s guidance says employee statements, as well as from ex-employees and cartel members and information received in leniency applications can give it reasonable grounds for suspecting

## SLIDE 10

### Procedure (cont'd)

- OFT has power to
  - Send written notices to individual to answer questions or provide information or documents
  - Enter premises under warrant
  - Use “covert surveillance” (subject to approval of Office of Surveillance Commissioner)
- Protection
  - For legal privilege
  - Against self-incrimination

---

**SLIDE 11****Leniency**

- S. 190(4) provides for “no action letters”
- OFT guidance requires individual to
  - Admit
  - Provide OFT with all information and evidence available
  - Maintain continuous and complete cooperation with OFT
  - Not have coerced another undertaking to take part in the cartel
  - Refrain from further participation in the cartel (*except as directed by OFT/SFO*)

**SLIDE 12****Leniency (cont'd)**

- Individuals can apply for leniency or companies can and all individuals named in the company's request will get no action letters if appropriate
- Initial approach can be made on a no names basis
- There is no guarantee of a no action letter
- If a corporate leniency application is being made to the European Commission, application should also be made to the OFT
- In practice, leniency application should also be made to other appropriate authorities at the same time

---

## SLIDE 13

### **Extradition**

- Offence is extraditable
- But extradition is not automatic
- Facts alleged must disclose an offence in both jurisdictions
- i.e. in extraditing from the UK, the requesting jurisdiction will need to plead that the individual was dishonest

## SLIDE 14

### **Cooperation with “Overseas Public Authorities”**

- The Enterprise Act 2002 introduces a new system of information sharing with “Overseas Public Authorities”
- The OFT can share information with OPAs subject to safeguarding confidentiality and provided sharing the information will assist the OPA in its functions
- The country of the OPA must have protection against self-incrimination and data protection laws before any information can be sent
- If there is no mutual assistance programme between the UK and the relevant country, disclosure can be refused (though this is not determinative)

Vou chamar agora o Dr. Mauro Grinberg que em seu foro de atuação dispensa maiores informações. O Dr. Mauro é ex-Conselheiro do CADE, Procurador aposentado da Fazenda Nacional, fundador e membro da Diretoria do IBRAC, relator do Comitê de Concorrência e Relações de Consumo do CESA (Centro de Estudos das Sociedades de Advogados) e sócio do Escritório Araújo e Policastro Advogados.

(006)

### **Dr. Mauro Grinberg**

Nós não combinamos o jogo no meio do caminho.

Membros da mesa, autoridades, Senhoras e Senhores. Eu prometi ao Tito que seria breve e pretendo cumprir a promessa porque geralmente eu as cumpro. Não confirmem isso com minha mulher, por favor. Também, porque o Tito, o Renato, eu e mais alguém aqui ouvimos no Continente Africano, quando lá estivemos, um conselho. Como eu sei que tem o intervalo do café logo depois, nós ouvimos dizer que não é muito conveniente ficar entre a “manada de rinocerontes e a água”. Então, eu serei breve para abrir espaço para o intervalo do café.

A idéia de falar sobre este assunto veio de uma visita que eu recebi, há pouco tempo atrás, de um possível cliente que me perguntava o que deveria fazer para não incorrer nessas investigações que a Secretaria e o Departamento faziam. Então, eu dei todas as explicações possíveis para ele, dentro do curto espaço de tempo, sobre o que ele não podia fazer. Depois da minha longa explicação- eu já estava muito contente com ela- ele me pergunta: “Dr., eu entendi o que o senhor falou. Mas agora me explica uma coisa: como é que a gente faz para combinar?”. Eu me senti absolutamente infeliz naquele momento porque eu achei que tinha explicado que não era para combinar. Entretanto a cultura dele era exatamente outra, quer dizer, ele tinha outra visão e vinha de uma cultura de fixação de preços.

Então, vou passar imediatamente a explicar. Primeiro, quero dizer que foi feito uma pesquisa de jurisprudência dos julgamentos do CADE com base nas informações disponíveis entre 1999 e 2002. E quero agradecer ao Rafael Habler que me ajudou e que foi o responsável pela pesquisa. Deste modo, os defeitos vocês atribuam a mim e as qualidades atribuam a ele.

O que nós vemos nesses quatro anos é que houve muito mais punições de serviços do que de indústria e comércio. Atribuímos isso à estrutura deficiente: falta gente, equipamento, investimento, enfim, nisto acho que todos nós estamos de acordo. Obviamente não é culpa das autoridades, nem atuais nem anteriores, mas a estrutura é deficiente. É uma questão cultural. O exemplo que dei a vocês há uns minutos atrás é real, ou seja, ainda existe no Brasil uma cultura de cooperação que favorece os cartéis.

Existem, claramente, vários casos sob análise judicial. Daqueles que nós vamos ver, um total de dezessete casos julgados são casos julgados e condenados que selecionei. Desses dezessete casos talvez todos estejam sob apreciação judicial, e nós sabemos que existem várias investigações em vários graus de andamento mas que ainda não chegaram ao CADE e não foram decididos por ele. Desses casos, dezesseis são de fixação de preços e um caso é de fraude em licitação. Ou seja, não existiram julgamentos de casos de divisão de mercado ou de limitação de produção.

Houve um caso de fraude em licitação em que o mercado é de construção de plataformas de exploração de petróleo. Em matéria de fixação de preços temos no setor industrial um caso (o aço), no setor comercial dois casos (postos de gasolina), sendo que em 2003 já houve mais julgamentos de postos de gasolina. Esta estatística em algum momento posterior será atualizada. Associações profissionais e setores de saúde responderam por onze casos. Os setores de contabilidade e de armazenagem frigorífica responderam por caso cada um.

Ora, um diretor de multinacional ou de uma empresa nacional grande olhando esse quadro, dirá: “ora, se eu não faço parte de uma associação profissional que tem tabelas de preços, se eu não sou dono de posto de gasolina, qual é o receio que eu tenho?”. Olhando esse quadro existem várias investigações em curso que, nós sabemos, não chegaram a ser julgadas ainda pelo CADE.

Um dos temas importantes hoje é o acordo de leniência. Eu vou passar por ele muito rapidamente porque não é o objetivo nosso aqui. O que tem impactado o acordo de leniência no Brasil, além do ainda pequeno receio de punição, é a questão penal. O Secretário de Direito Econômico, quando assina um acordo de leniência, suspende o prazo prescricional e ao final do acordo, quando ele é cumprido, extingue a punibilidade. Isso pela lei. Todavia, nós sabemos que provavelmente o Ministério Público, através de vários de seus membros, não concordará com a extinção da ação penal pelo Secretário da SDE já que o Ministério Público é o autor da ação penal.

Provavelmente, em algum momento, a jurisprudência esclarecerá esse assunto. Mas dificilmente os advogados tenderão a expor seus clientes a essa dúvida.

Mais ainda, nós sabemos que no caso que já foi assinado no Rio Grande do Sul, participaram os dois Ministérios Públicos, o federal e o estadual. Todavia, caso se trate de um acordo de âmbito nacional, nós teremos dúvidas sobre qual Ministério Público assinará ou poderá assinar esse acordo. Se for federal, em que estado? Se há cartéis em que o efeito ocorre em vários estados, qual será o MP competente? A rigor o Procurador, em cada um deles, poderá participar. Se estadual, em que cidade? Ou seja, são dúvidas que nós temos dificuldade de responder neste momento. Possivelmente haverá um juízo e uma promotoria naturais, mas são dificuldades que só a jurisprudência poderá esclarecer.

Assim, o receio que nós temos é que alguém que assine um acordo de leniência esteja no pior dos mundos. Esse é o receio dos advogados, porque confessou, terá dificuldades de se defender e não terá os benefícios do acordo. Essa obviamente é uma visão puramente pragmática.

Algumas ações nós vemos como impossíveis neste cenário. Todas elas, menos uma, são ações sem alteração legislativa. Primeira: orçamento. Não vou me estender muito nisto porque é unânime a opinião de todos de que é preciso mais investimento, mais gente, mais material, mais estudo, mais pesquisa, enfim, tudo se precisa mais. Logo, não vamos nos estender nesse assunto.

A segunda ação diz respeito à troca de informações. Nós vimos aqui, quando nosso colega do Canadá fez sua exposição, que ele mencionou que a maioria dos casos em que houve condenação no Canadá são de cartéis internacionais, não puramente canadenses. Ora, ele não disse e nem está escrito, mas isso sugere que houve aproveitamento de informações e talvez até de provas. Isso será uma ação eficiente no combate aos cartéis.

A terceira ação diz respeito à cultura. A cultura é algo absolutamente necessário e eu reconheço que a Secretaria e o Departamento têm feito seu trabalho. O IBRAC, por meio de eventos como este e outros, também têm feito sua parte. Mas reconhecemos que é preciso mudar a cultura não só na sociedade mas também dentro do próprio governo. Nós sentimos isso através de informações contraditórias que nos vêm do próprio governo ao tentar combater os cartéis em vários setores. O mais evidente deles é o de abastecimento de combustível, fixações de preços, estabelecimentos de preços e de tetos de preços, etc. Tudo isso vai contra a cultura da concorrência. Nós reconhecemos que as autoridades hoje têm tentado fazer sua parte, mas elas devem fazê-lo também dentro do governo.

Foco. É preciso que o foco seja direcionado à situações em que haja mais probabilidade de atividade cartelizadora: tipo produto homogêneo, participação de associações profissionais, alto grau de concentração e existência de indivíduos dominantes são algumas das características. Obviamente, a existência delas certamente não implica em existência de cartel, mas indica uma probabilidade maior.

A única sugestão que depende alteração de lei entre as que eu coloquei aqui, por um pouco de teimosia pessoal, é a idéia do compromisso de cessação porque quando se criou o acordo de leniência, na mesma lei proibiu-se o compromisso de cessação em matéria de cartel. Sempre me pareceu que o compromisso de cessação era uma excelente arma educativa que tinha uma excelente função educativa junto ao mercado. Além do mais, era, deveria ser ou é – quando não se trata de cartel – uma excelente maneira de pôr o mercado novamente nos trilhos. Pareceu-me, e isso não vai a detrimento das autoridades atuais, que houve uma tentativa de indução a um acordo de leniência. Quer dizer, a mesma lei que criou o acordo de leniência proibiu o compromisso de cessação em matéria de cartel.

Mas eu coloco esse tema, ainda em pauta, até por uma questão saudosista já que participei do primeiro acordo de leniência que se fez no Brasil. Foi no famoso caso “das laranjas” e acho que o mercado voltou, naquele momento, ao trilho concorrencial- se é que alguma vez havia saído.

Muito obrigado.

**SLIDE 1**

**O Combate aos Carteis no Brasil  
IX Seminário de Direito da  
Concorrência - IBRAC**

**Mauro Grinberg**

Campos do Jordão, 28 e 29 de Novembro de 2003

**SLIDE 2**

**Jurisprudência: 1999 a 2002**

**Prioridade: Serviços em detrimento de indústria e comércio**

**Problemas:**

- estrutura
- cultura

**SLIDE 3****Total: 17 casos**

- Fixação de preços: 16 casos
- Fraude em Licitação: 1 caso

**Inexistência de casos:**

- divisão de mercado
- limitação de produção

**Fraude em licitação: 1 caso (construção de plataformas)**

**SLIDE 4****Fixação de Preços:**

**Setor industrial: 1 caso (aço)**  
**Setor comercial: 2 casos(postos de gasolina)**

**Associações Profissionais: casos**

- setor de saúde: 11 casos
- setor de contabilidade: 1 caso
- setor de armazenagem frigorífica: 1 caso

## SLIDE 5

### **Acordo de Leniência Questão Penal**

**Assinatura pelo Secretário da SDE:**

- **suspensão da prescrição**
- **extinção da punibilidade**

## SLIDE 6

### **Acordo de Leniência Participação do Ministério Público**

**Dúvida: qual Ministério Público**

- **se Federal, de que Estado?**
- **se Estadual, de que cidade?**

**SLIDE 7**

**Acordo de Leniência**  
**Participação do Ministério Público**

**Possibilidades: pior dos mundos**

- confissão e dificuldade de defesa
- ausência dos benefícios do acordo

**SLIDE 8**

**Ações:**

- **orçamento**
- **troca de informações**
- **cultura**
- **foco**
- **compromisso de cessação**

(007)

***Dr. Tito Andrade***

Vamos recomeçar a segunda parte do painel. Depois de concentrado a visão dos advogados brasileiros e estrangeiros, nós vamos ter um espaço para as autoridades colocarem e, de alguma maneira, manifestarem o que vem sendo feito nesses últimos dois anos, pelo menos, tanto no CADE quanto na SDE e na Procuradoria.

Nós vamos começar com a Dr<sup>a</sup> Maria Paula Dallari Bucci, que é Procuradora-Geral do CADE, Doutora pela USP e professora do Mestrado da Universidade católica de Santos. Dr<sup>a</sup> Maria Paula, por favor.

(008)

**Dra. Maria Paula Dallari Bucci**

Bom dia a todos.

Em primeiro lugar, eu queria agradecer o convite do IBRAC e saudar todos os presentes. Acho eu que sou recém-chegada ao sistema já que estou há no CADE há menos de um ano. Creio que esta é uma grande iniciativa, uma grande oportunidade de trocas de experiência e de informações.

Sr<sup>o</sup> Presidente, quanto tempo eu tenho? No limite, 20 minutos. Mas sem gastar o limite todo de tempo, vou passar direto ao tema da exposição.

Estava combinado com o Presidente da mesa que eu faria uma reflexão sobre a experiência judicial do CADE nos casos de cartel. Quer dizer, na divisão de trabalho da mesa, os casos de cartel na jurisprudência do judiciário. Esta foi a proposta inicial que orientou o início do meu trabalho. Mas, de imediato, eu percebi que o trabalho nessa linha é muito complicado e acho que há tantos problemas metodológicos que eu acabei descartando essa linha de trabalho. Isto pela seguinte razão: eu já disse em outra oportunidade e digo novamente e aí fica até uma resposta a um comentário que foi feito ontem a respeito das ações judiciais contra o CADE- que seriam muitas e que o CADE as perderia reiteradamente. Não é por uma razão corporativa que eu insisto em frisar este ponto. Eu acho que não há trabalho sistemático e dados disponíveis para sustentar uma conclusão nessa linha. Na verdade, há um amontoado.

Eu mesma na Promotoria venho tentando organizar dados de uma tal maneira que seja possível fazer um mapa identificando em que matérias o CADE ganha na Justiça e em que matérias o CADE perde, qual é o percentual de cada uma deles. Infelizmente, isso não está disponível. Nós vemos que a dificuldade de se trabalhar com dados concretos no CADE é geral. O Drº Mauro Grinberg foi trabalhar com alguns dados e também enfrentou dificuldades.

Eu vou apresentar um dado, um pouco na linha do trabalho Dr. John, tentando fazer um trabalho mais sistemático com a jurisprudência administrativa do CADE. Nós vemos que os dados não estão disponíveis, não têm tratamento adequado ou não há padronização. Então, são exercícios muito embrionários. Eu acho que, enquanto não tivermos condições de fazer isso mais sistematicamente e uma análise mais rigorosa, tudo que apontamos como tendências é algo bastante relativo.

Logo, essa foi a razão de eu ter descartado trabalhar com os casos judiciais porque, repito, mesmo em matéria de cartéis vocês verão que os casos administrativos são muito poucos e as ações judiciais numericamente não guardam qualquer tipo de relação. Podemos ter, em relação a um mesmo procedimento administrativo, várias ações judiciais e vários incidentes como agravos, despachos, etc. Este amontoado de números vai nos levar à conclusões equivocadas. Até mesmo na Revista do IBRAC- fui lê-la com avidez quando soube que a revista continha as decisões judiciais- vemos que não há tratamento sistemático. Como consequência, extrair daquele conjunto de decisões qualquer tendência é alguma coisa metodologicamente muito complicada. Essa foi a razão de eu ter deixado de lado esse trabalho. Na verdade, creio que ele será feito mais a frente, mesmo porque no Brasil, como todos nós sabemos, ação judicial leva muito tempo para correr.

Quando eu estiver trabalhando com a amostra jurisprudencial administrativa do CADE, vamos ver que os casos são recentes e que o debate judicial mal começou. Tal jurisprudência só vai estar disponível e vai ser relevante para algum tipo de comentário daqui a dez anos. Sinto muito mas não é por minha vontade; são as contingências. Antes disso, esses números não se prestam para suportar sequer tendências.

Então, o que eu me propus a fazer é um exercício de análise sistemática de uma amostra jurisprudencial que coletei. Quais foram os casos que eu selecionei? São os casos representativos das condenações do CADE

em matéria de cartéis. Dessa forma, como já foi dito por outros, vou citar os seguintes casos: cartel do aço, cartel do caso “Estaleiro da Ilha SA (EISA) e da “Marítima Petróleo e Engenharia” e os três casos de combustíveis já julgados pelo CADE (Florianópolis, Goiânia e Belo Horizonte). Do ponto de vista da metodologia há discussões e há quem entenda que os casos de tabela deveriam ser incluídos e não foram. Este é um mero exercício, que tem uma porção de falhas e que pode ser aperfeiçoado. Mas ele vale, acho eu, mais pela proposta de trabalho do que pelos resultados em si.

Vejam nesta amostra jurisprudencial como são recentes os casos. O cartel do aço é de 1999, o caso EISA e o Estaleiro são de 2001, os casos dos combustíveis são de 2002 e o último, de Belo Horizonte, é recentíssimo, de setembro (2003)- o acórdão nem sequer está publicado.

Vou ser rápida para, mais por uma questão sistemática, apontar cada um destes casos.

O cartel do aço contra a CSN (Companhia Siderúrgica Nacional), a COSIPA (Companhia Siderúrgica Paulistas) e a Usiminas, com iniciativa da COSIPA foi julgado em outubro de 1999 por unanimidade e a condenação tem base no art. 21, I, da Lei 8.884.

Posteriormente vou colocar comparativamente os dados lado a lado.

O caso EISA tem como relator Conselheiro Thompson Andrade, que está aqui presente, e foi julgado em 2001 por maioria. A condenação tem base no art. 21, VIII e esse é um caso de licitação.

O cartel de Florianópolis contra o Sindicato teve como representante o Ministério Público de Santa Catarina e a condenação teve base no art. 21, I, II e XXIV, da Lei nº 8.884.

No de Goiânia, que é relativamente parecido, a condenação tem base no art. 21, II, da Lei.

Vamos ver que, como era de se esperar, há similitudes entre os três casos de cartel de combustível. Eu acho que não interessa nos determos nesses casos mais por uma questão de organização.

No caso do cartel de Belo Horizonte, a representante é a SDE, *ex officio*. Ele foi julgado em 2003 e a condenação foi baseada no art. 21, II, da Lei.

Definida essa amostra jurisprudencial, começamos a fazer um exercício comparativo desses julgados para ver se é possível extrair alguma conclusão relevante disso.

Um primeiro exercício que eu me propus a fazer é verificar quem teve a iniciativa desses processos todos. Aqui, a coluna do representante indica quem consta oficialmente como tendo iniciado o processo e chama a atenção à quantidade de processos que teve início pelo próprio Poder Público, pela própria SDE. Poder-se-ia dizer que isso é de se esperar porque, afinal, é a peça do sistema que está encarregada justamente de fazer as investigações. Parece-me que é uma das conclusões que eu quero desenvolver.

Notem que o caso de Florianópolis teve início com o Ministério Público da Santa Catarina e me parece que essa é uma possibilidade que o sistema tem que explorar e que pode elevar exponencialmente o seu poder de ação pelo Brasil à fora nos mais diversos casos de cartel.

Vejam que na coluna da direita e nos casos do cartel de Goiânia e de Belo Horizonte constam a participação de quem trouxe para a SDE os fatos. No caso de Goiânia havia uma averiguação preliminar na própria SDE, mas houve uma notícia dos fatos trazida pelo PROCON e pelo Ministério Público de Goiás. A mesma configuração aparece no caso de Belo Horizonte: a participação significativa do Ministério Público e do PROCON de Minas Gerais.

A tipificação nos casos de aço e do EISA são os art. 20, I, e art. 21, inciso I, no primeiro caso, e no segundo caso, inciso VIII, da Lei 8.884. Vamos ver que não são numericamente expressivas as condenações com base no inciso I. O art. 20, I, só para lembrar, diz “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”. O art. 21, incisos I, II e VIII que são os que estão em questão naquelas cinco situações que vocês têm.

Uma coisa importante, e a minha pesquisa foi limitada até porque não houve tempo para isso, para pesquisarmos pode acenar outras formas de trabalho do CADE é qual o tipo de prova produzida. No caso do cartel do aço, a prova mais importante é a indiciária. Também o paralelismo de condutas observado é muito importante para a análise econômica de preços de 1996 a 1997.

Então, há experiências de trabalho no CADE com análise econômica ou com coleta de dados econômicos. Ainda incipiente, isso aparece no segundo caso, em que a prova mais importante é uma prova documental. Ainda assim, houve algum nível de consideração da racionalidade econômica, que é uma das tendências, acho eu, que o sistema deve perseguir. Isso já está indicado. Eu acho até que a minha grande observação em relação a isso é que, do ponto de vista da atuação propriamente

jurisprudencial do CADE, eu não acho que há grandes reparos porque as tendências são corretas. Na amostra ainda há poucos casos e eu acho que essa tendência deve ser reproduzida, devendo vir a ser confirmada no futuro.

As penas aplicadas no caso do aço- que é o caso de maior impacto- foram as multas para as três empresas que, totalizadas, chegam a dezessete milhões de dólares. Isto é uma coisa inusitada para qualquer parâmetro, mesmo da atuação judicial. No caso do EISA, curiosamente, a multa ficou para ser liquidada posteriormente porque no momento da condenação não se dispunha do faturamento. Então, são coisas ainda a serem alteradas numa jurisprudência futura.

Acho importante destacar também a existência das penas acessórias. No caso do aço houve uma condenação por engano, que não é propriamente uma pena acessória. Na verdade, pode-se dizer que foi quase um comportamento acessório e atípico. A pena acessória por definição é a da publicação. No caso do aço a pena foi mais rigorosa: uma publicação por dois dias em três semanas. E no caso do estaleiro houve apenas a determinação da publicação por uma única vez.

Entretanto, comparando com os cartéis dos combustíveis nós vamos ver que há, não por acaso, um certo padrão nas três decisões embora na de Florianópolis a tipificação seja mais ampla e no de Goiânia e no de Belo Horizonte, art. 21, II, da Lei.

Quanto às multas, podemos também observar que elas guardam uma certa relação. Alguns de vocês poderão dizer “isto é o que era de se esperar”; é óbvio que haja uma compatibilidade, uma regularidade nesse tipo de condenação. Mas acho que, ainda assim, deve-se destacar mais uma vez que a ação jurisprudencial do Conselho nessa matéria é uma atuação consistente, sólida e razoável. Então, nos três casos há uma multa que é proporcional às multas para os sindicatos e, aqui, a crítica que se faz é ao fato dessas decisões não terem alcançado os agentes econômicos propriamente.

Embora saibamos que há uma discussão sobre a influência econômica do sindicato, o fato é que só no caso de Florianópolis houve condenação ao postos de combustível num importe de 10% de seu faturamento e condenação às pessoas físicas. Isso tanto aos presidentes dos sindicatos, que é o caso da multa que está indicada em Goiânia e em Belo Horizonte a condenação aos donos de postos de combustível.

No caso dos cartéis de combustíveis há uma gama interessante, acho eu, das penas acessórias. As de Florianópolis e Goiânia estão praticamente no mesmo rol que envolve inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor: a proibição de contratar com o Poder Público e a proibição do parcelamento de tributos. Estas são proibições de receber financiamentos, há todo um cerceamento de benefícios do Poder Público e, finalmente, a publicação em diversas vezes. Creio eu que é uma publicação bastante gravosa para a empresa porque todos nós sabemos o quanto ela impacta sobre a imagem da empresa e o quanto vale a imagem da empresa hoje.

No caso de Belo Horizonte houve um uso muito mais restrito das penas acessórias; basicamente é só publicação. A cessação da prática, que não é propriamente uma pena acessória, é na verdade quase que a pena principal. Entretanto, ela consta de todas as decisões como não poderia deixar de ser.

Aí a pergunta: houve decisão judicial? Essa matéria está sendo discutida judicialmente? Propositamente eu foco isso e vamos ver que, em todos os casos exceto em Belo Horizonte, não há discussão judicial da matéria.

Por que não há discussão judicial da matéria no caso de Belo Horizonte? Pelo simples fato de que o acórdão não foi publicado. Tão logo ele seja publicado não tenho nenhuma dúvida de que surgirá um processo judicial. Então, não vejo esse dado como um indicativo de defeito ou problema no sistema. Ele é indicativo, na verdade, de que nós temos o recurso ao Poder Judiciário, que é algo inerente à democracia e que funciona nessa matéria.

Então, há algumas conclusões possíveis. A primeira, óbvia, é a reduzida expressão numérica dos processos de cartel condenados pelo CADE nesses quase dez anos em que ele tem esta configuração autárquica. Mesmo que considerássemos os processos de tabela, por uma questão de metodologia, e incluíssemos alguns outros casos perceberíamos que eles não chegarão a uma dezena. Quer dizer, em dez anos de atuação ainda é muito pouco e isso tem um efeito, evidentemente, no sentido de orientar.

Se nós estamos pensando nas decisões do CADE como sinalização para o mercado ou como balizas que informam qual é o desenho do mercado e quais são as condições da dinâmica do mercado, elas ainda são incipientes, mas com uma perspectiva de grande crescimento. A Dr. Bárbara vai falar sobre isso. Acho que toda perspectiva é positiva e, mais importante notar, é que ela vai se assentar sobre os caminhos jurisprudenciais que já estão bastante definidos.

Nesse sentido, frisamos muito os defeitos e as limitações do sistema e nos esquecemos de frisar que isso não é pouco coisa. O sistema, em dez anos, tem estabelecido os parâmetros da decisão administrativa de forma bastante sólida. Eles são princípios que não envergonham ninguém do ponto de vista do processo administrativo e da qualidade da decisão em vista da complexidade daquilo que vem sendo discutido. Especificamente em relação aos combustíveis, a notícia é que há pelo menos uns trinta processos ainda em fase de apuração.

Enfim, já se constitui um método de apuração. Dessa forma, espera-se que tanto na fase investigatória quanto na fase decisória os processos cheguem a uma decisão bastante consistente do ponto de vista administrativo. A fase de execução é o grande problema, mas isto seria uma outra discussão.

A segunda conclusão é a da relativa endogenia do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Trata-se daquilo que eu frisava quando dizia que ainda é muito pequeno o uso destas parcerias. Eu acho que a tendência do sistema para o futuro, especialmente do CADE, é que ele tem que se enxergar mais como um órgão de referência em matéria de concorrência do que propriamente como um órgão que esgota todo potencial de punição e de repressão. Essas atuações repressiva e punitiva podem ser compartilhadas com outros órgãos no que diz respeito à sua iniciativa. Por exemplo, no que diz respeito a trazer a notícia da ocorrência dos possíveis ilícitos. Dessa forma, a experiência dos PROCONS já é comprovada, testada e aprovada. Essa relação com o Ministério Público dos Estados também é uma relação que tem tudo para dar frutos muitos positivos. O Ministério Público é uma instituição que está em todas as cidades, então acho que há boas razões para que os órgãos do sistema pensem e estudem a elaboração e a celebração de parcerias institucionais tanto com os Ministérios Públicos estaduais quanto com os PROCONS e com outros órgãos públicos. Por que não pensar nos Tribunais de Contas dos estados e da União? O estudo ainda é muito incipiente mas os caminhos estão colocados. Trata-se de uma questão a se trabalhar muito na dimensão operacional.

A terceira e última conclusão é considerar que é boa a qualidade das decisões condenatórias administrativas. Entendo e repito que o questionamento judicial não trabalha com os problemas do CADE. Ao contrário, primeiro ele traduz o legítimo exercício de um direito e expressa que estamos vivendo um momento democrático. Para a felicidade de todos nós, está aí o art. 5º, XXXV da Constituição e quem não estiver satisfeito que vá ao Judiciário discutir e pleitear. Infelizmente, o Judiciário é moroso e todos nós sabemos que esta morosidade é muito favorável aos devedores e àqueles que estão sendo executados. Nesse sentido, espera-se muito tempo até que as decisões judiciais

todas sejam decididas e pacificadas. Todavia eu não vejo razão para se imaginar que essas decisões não venham a ser confirmadas pelo Judiciário. Desculpe-me, com todo respeito por aqueles que têm uma convicção no sentido oposto, mas não vejo elementos para se entender que as decisões administrativas do CADE não prevalecerão na esfera judicial.

Finalmente essa questão do questionamento judicial pode expressar um outro problema que, salvo engano, não foi pensado ainda em relação ao Brasil: é a carência de uma instância revisora das decisões do CADE. Nas apresentações anteriores, nós vimos que na Venezuela, no México e nos Estados Unidos existem um mecanismo para isso. No Brasil, acho que a idéia de termos uma instância superior ou o próprio Judiciário, por exemplo, atuando como instância revisora das decisões administrativas já foi pensada. Eventualmente, poderíamos pensar em uma segunda instância administrativa das decisões do CADE. Ou ainda, como no caso da França, no contencioso administrativo que tem uma instância de revisão. Poderia-se ter a comunicação entre a instância administrativa e a judiciária.

Este fato explica um pouco o recurso ao Judiciário. O Judiciário atua em uma confusão de papéis porque deixa de ser acionado como um controlador de legalidade que, na minha opinião, é o papel que se espera da revisão judicial. O escopo dele é a legalidade: ele passa a acolher pleitos que são pleitos de revisão de mérito o que, no limite, é algo indesejável para o funcionamento adequado do sistema.

Se imaginarmos a complexidade técnica das decisões que estão em discussão, como é que isso será feito no Judiciário? É por recurso à perícia? Nós todos sabemos das limitações das perícias e eu acho que será uma perda da qualidade decisória realmente indesejável e não vantajosa.

Então para finalizar, vejo que nessas três conclusões há alguns caminhos para serem percorridos e que podem levar tanto a uma ampliação muito significativa do escopo da atuação dos órgãos da concorrência, quanto podem levar a uma confirmação das suas decisões. Nesse sentido a efetividade do sistema, no fundo, é aquilo que todos nós perseguimos.

Com isso agradeço a atenção dos senhores e fico a disposição para quaisquer perguntas e comentários.

Obrigada.

**SLIDE 1**

**Cartéis na jurisprudência  
do CADE**

Um exercício de análise sistemática

**SLIDE 2**

**IX Seminário do IBRAC  
Campos do Jordão  
29.11.2003**

### SLIDE 3

Amostra jurisprudencial

### SLIDE 4

Amostra jurisprudencial

- Cartel do aço
- Estaleiro Ilha (Eisa)
- Cartel dos combustíveis de Florianópolis
- Cartel dos combustíveis de Goiânia
- Cartel dos combustíveis de Belo Horizonte

## SLIDE 5

### Amostra jurisprudencial

- Cartel do aço (1999)
- Estaleiro Ilha (Eisa) (2001)
- Cartel dos combustíveis de Florianópolis (março de 2002)
- Cartel dos combustíveis de Goiânia (julho de 2002)
- Cartel dos combustíveis de Belo Horizonte (setembro de 2003)

## SLIDE 6

### Cartel do aço

- Processo administrativo 08000.01537-97
- Representante: SDE *ex officio*
- Representadas: CSN, COSIPA e USIMINAS
- Relator: Ruy Santacruz

**SLIDE 7**

## Cartel do aço

- Julgado em 27.10.1999, por unanimidade
- Art. 20, I, cc. art. 21, I, da Lei 8884

**SLIDE 8**

## Caso Eisa

- Processo administrativo 08012.009118-98
- Representante: SDE *ex officio*
- Representados: Estaleiro Ilha S.A e Marítima Petróleo e Engenharia Ltda.
- Relator: Thompson Andrade

## SLIDE 9

### Caso Eisa

- Julgado em 27.06.2001, por maioria
- Art. 20, I, cc. art. 21, VIII, da Lei 8884

## SLIDE 10

### Cartel de Florianópolis

- Processo administrativo 08012.002299-2000
- Representante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
- Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis; diversos postos de gasolina e diversas pessoas físicas
- Relator: Afonso Arinos

**SLIDE 11****Cartel de Florianópolis**

- Julgado em 27.03.2002 , por unanimidade e maioria
- Art. 20, I, cc. art. 21, I, II e XXIV da Lei 8884

**SLIDE 12****Cartel de Goiânia**

- Processo administrativo 08012.004712-2000
- Representante: SDE *ex officio*
- Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Goiás (Sindiposto) e seu Pres. José Batista Neto
- Relator: Roberto Pfeiffer

### SLIDE 13

#### Cartel de Goiânia

- Julgado em 03.07.2002, por unanimidade
- Art. 20, I, cc. art. 21, II, da Lei 8884

### SLIDE 14

#### Cartel de Belo Horizonte

- Processo administrativo: 08012.007515-2000
- Representante: SDE *ex officio*
- Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais (Minaspetro) e Paulo Miranda Soares
- Relator: Miguel Tebar

## SLIDE 15

### Cartel de Belo Horizonte

- Julgado em 15.09.2003, por unanimidade
- Art. 20, I, cc. art. 21, II, da Lei 8884

## SLIDE 16

### Exercício comparativo

**SLIDE 17****Iniciativa**

	Representante	Partindo de
Aço	SDE	Reunião SDE
Eisa	SDE	
Florianópolis	MP Sta.Catarina	
Goiânia	SDE	AP SDE; Procon GO; MP Goiás
Belo Horizonte	SDE	MP Minas Gerais Procon MG

**SLIDE 18****Tipificação**

Aço	Art. 20, I Art. 21, I
Eisa	Art. 20, I Art. 21, VIII

**SLIDE 19****Lei 8884, art. 20, I**

- I- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência

**SLIDE 20****Lei 8884, art. 21, I, II e VIII**

- I- Fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
- II- Obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- VIII- Combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

## SLIDE 21

## Prova

Aço	Indícios (reunião; paralelismo de conduta) Análise econômica de preços em 1996 e 1997
Eisa	Documental (contrato) Consideração da racionalidade econômica

## SLIDE 22

## Multa

Aço (1% do faturamento em 1996) (US\$ 17 milhões aprox.)	CSN- R\$ 22 milhões USIMINAS- R\$ 16 milhões COSIPA- R\$ 13 milhões
Eisa (1% do faturamento)	Liquidada posteriormente

**SLIDE 23****Penas acessórias**

Aço	a) Enganosidade – USIMINAS e COSIPA R\$ 7 milhões; b) Publicação, 2 dias x 3 semanas
Eisa	Publicação

**SLIDE 24****Tipificação**

Florianópolis	Art. 20, I Art. 21, I, II e XXIV
Goiânia	Art. 20, I Art. 21, II
Belo Horizonte	Art. 20, I Art. 21, II

**SLIDE 25****Lei 8884, art. 21, II e XXIV**

- II- Obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- XXIV- Impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

**SLIDE 26****Multa**

	Pessoa jurídica	Pessoa física
Florianópolis	Sind. R\$400.000 Postos 10 % fat.	10% da multa da empresa;
Goiânia	Sind. 190.000	Pres. R\$19.000
Belo Horizonte	Sind. R\$243.000	Pres. R\$24.300

**SLIDE 27****Penas acessórias**

Florianópolis	Inscrição no CDNC; proibição de contratar com Poder Público; proibição de parcelamento de tributos; publicação
Goiânia	Inscrição no CNDC; não parcelamento de tributos; cessação da prática; proibição de contratar com Poder Público; publicação
Belo Horizonte	Cessação da prática Publicação

**SLIDE 28****Discussão judicial**

	Sim	Não
Aço	X	
Eisa	X	
Florianópolis	X	
Goiânia	X	
Belo Horizonte		

## SLIDE 29

Algumas conclusões possíveis...

## SLIDE 30

1) Reduzida expressão numérica dos processos de cartel condenados pelo CADE em 10 anos.

Embora a perspectiva seja de grande crescimento desse número no próximo período. (Há cerca de 30 processos de combustíveis em apuração na SDE)

**SLIDE 31**

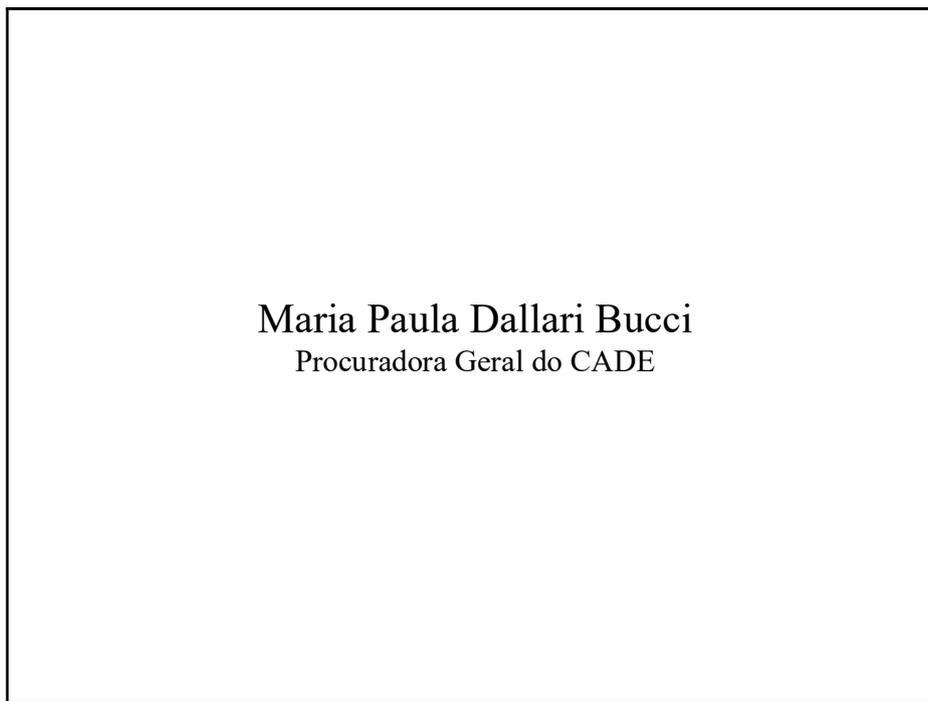
2) Relativa endogenia do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Mas há possibilidade de ampliação significativa do seu alcance, com parcerias operacionais com Ministérios Públicos estaduais, Procons e outros órgãos públicos.

**SLIDE 32**

3) Boa qualidade das decisões condenatórias administrativas.

Questionamento judicial não traduz problemas do CADE, mas: i) o legítimo exercício de um direito (CF, art. 5, XXXV); ii) a carência de uma instância revisora das decisões do CADE.

**SLIDE 33**

(009)

***Dr. Tito Andrade***

Obrigado. O Dr. Mauro quer fazer um pequeno esclarecimento metodológico.

***Dr. Mauro Grinberg***

A Dr<sup>a</sup> Maria Paula falou sobre cinco casos e eu falei sobre dezessete. Eu quero só explicar onde é que está essa diferença. Eu incluí, e estou vendo que fui mais benevolente com o CADE do que a própria Procuradora-Geral, todos aqueles casos de tabelas de preços porque as condenações são baseadas no inciso I do artigo 21 da Lei 8.884 (Lei de Concorrência). Um deles, por exemplo, relativo a uma Cooperativa de Otorrinolaringologia do Ceará, fala em conduta comercial uniforme na prestação de serviços médicos e é um dos casos de tabelas de preços.

Então, se eu considerar as associações profissionais (treze casos) mais o aço (um), teremos quatorze casos; mais dois casos sobre postos de gasolina, que eu mencionei, teremos dezesseis; mais o caso da “Marítima”

termos os dezessete casos aos quais cheguei - só não incluí o caso do posto de Belo Horizonte porque está fora do meu período de apuração.

Era só um esclarecimento e não vai contra ao que ela falou, ao contrário, só confirma.

Obrigado.

(010)

***Dr. Tito Andrade***

Feitos os esclarecimentos, vamos passar para a Dra. Bárbara Rosenberg, Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico, bacharela e doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade da Califórnia, em Berkeley, já tendo atuado como advogada tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos.

(011)

**Dra. Bárbara Rosenberg**

Primeiro, evidentemente eu gostaria de agradecer ao IBRAC pela oportunidade de estar aqui.

Eu acho realmente que, para a Secretaria e o Departamento, é fundamental poder contar um pouco o trabalho que foi feito durante esse ano e que foi comentado em alguns momentos. Eu acho importante contar o que temos feito dentro da Secretaria. Nós valorizamos profundamente o trabalho que tem sido feito pelo IBRAC e inclusive escolhemos o IBRAC como o lugar de lançamento do Programa de *Compliance* que já foi anunciado pelo Secretário de Direito Econômico, Daniel Goldberg. Esperamos realmente para abrir à consulta pública após a realização deste Seminário do IBRAC.

Então, a minha apresentação vai ser um pouco na linha de contar o que fizemos este ano na Secretaria e concluir apresentando o que entendemos que seria um programa de *compliance*, qual seria a importância de haver um programa assim no Brasil. Pretendo expor com temos trabalhado no desenvolvimento e na investigação de cartéis bem como no combate às

condutas. O combate às condutas foi de fato uma prioridade na nossa Secretaria durante este ano. Isso foi anunciado desde o início do ano. Nesse contexto, acreditamos que, dentro dos métodos e técnicas de investigação que foram utilizadas junto com o acordo de leniência que foi firmado pela primeira vez este ano nos termos da lei- que existe desde 2000, o Programa de *Compliance* seria uma terceira perna deste trabalho. Acreditamos que a parceria com o IBRAC neste momento é fundamental.

Além de outros foros, estamos discutindo com o SESI e, evidentemente, a idéia é contar um pouco para a comunidade dos advogados o que entendemos ou qual é a importância desse Programa de *Compliance*. Isso justamente porque é um trabalho muito de advogado, no qual as autoridades têm muito pouco trabalho no dia a dia. Na verdade, é um trabalho que é feito primeiramente pelos advogados e que acreditamos ser fundamental no trabalho da advocacia da concorrência.

Achei até interessante a forma como foi colocado o painel, porque fiquei satisfeita de ouvir as apresentações anteriores, tanto pela experiência que foi colocada pelo Alan, quanto pelo John. Também um pouco dos problemas e das sugestões apontadas pela Maria Paula e pelo Mauro Grinberg, porque eu acredito que estejamos trabalhando na linha das sugestões que vêm sendo feitas., Também estamos trabalhando em termos de parcerias e dos tipos de provas que temos que colher. Então, por isso eu acho importante contar um pouco do trabalho que fizemos na Secretaria.

Assim como eu comentei desde o começo do ano, o foco dos trabalhos da Secretaria estaria realmente no combate às condutas, particularmente no combate a cartéis de fixação de preços, de visão de mercado, de redução de ofertas, de *being trading?!* , justamente em virtude dos efeitos perversos que os cartéis geram para a sociedade. Não preciso explicar para ninguém que está neste público os programas de transferência de excedentes de consumidores para as empresas e todos os danos gerados à economia pelos cartéis. No entanto, estamos num caminho crescente, estamos começando a engatinhar e sabemos que o que nós fizemos este ano foram os primeiros passos em termos de combate e punição. Em última instância, no momento em que vai a julgamento pelo CADE em termos de cartéis. Mas o fundamental é que se criem estímulos e que se comece a construir uma cultura da concorrência.

Achei muito interessante quando o John colocou que no Canadá, em 1985, ninguém acreditava quando eles vinham falar sobre cartéis. Ninguém queria escutar, ouvir as opiniões porque não era ainda um dado que era

realmente importante. Estamos, na verdade, conseguindo construir uma cultura de concorrência no Brasil e temos plena noção disso. Então, é um caminho tal qual a Maria Paula apontou: a jurisprudência com relação a essa matéria ainda vai ser construída. Sabemos que a importância de as empresas se prevenirem e a força que o sistema pode ter no combate às condutas concorrenciais são questões culturais que ainda têm um longo caminho para ser realizado.

Com relação à nossa Lei nº 8.884 nos artigos 20 e 21 e quanto à Lei nº 8.137, elas têm dispositivos que regulam a punição de cartéis no âmbito administrativo e no âmbito criminal. A Lei nº 8.666 também tem dispositivos com relação a being trading . Existe a Resolução do CADE que sinaliza quais seriam os critérios de análise ou quais deveriam ser os critérios de análise utilizados em caso de cartel. Eu acho até que vai um pouco ao encontro com o que foi comentado ontem de que é importante que a autoridade pública dê sinalização de como pretende analisar e de como pretende agir. A transparência é fundamental e, nesse sentido, a Resolução nº 20 do CADE é importante também porque dá uma sinalização de quais devem ser, em última análise, os critérios de análise e o tipo de prova que pode ser produzida dentro desse contexto.

A questão - há um dado que é bastante importante - é que na lei, não obstante as condutas fossem puníveis nos termos da Lei 8.884, não existiam até 2000 poderes efetivos para as autoridades combaterem cartéis. Acho eu que a coleta de provas de cartéis não é um fenômeno brasileiro. O problema de se conseguir provas efetivas de punição não se deve exclusivamente à falta de estrutura ou à carência dos órgãos de defesa da concorrência no Brasil. De fato, isso é um problema fundamental que os órgãos precisam ser aparelhados, mas isso é um tema comentado e reiteradamente repetido na literatura: seja nos EUA, na União Européia, no Canadá e em outros países, coletar provas para a condenação de cartéis é difícil. Isso porque, normalmente, são altos executivos que estão envolvidos, eles sabem da conduta ilícita que estão concorrendo e, evidentemente, eles vão querer desaparecer com as provas. Quer dizer, isso não é nenhuma característica peculiar ao Brasil. Eu diria até que pelo fato de ainda estarmos começando a construir uma cultura de concorrência, os nossos empresários talvez sejam mais criativos que os deles e ainda deixem mais provas na mesa.

Então, é isto que precisamos mostrar: as condutas não devem ser feitas e estamos querendo atuar. Semana passada, tivemos uma *conference-call* interessante, temos tido um contato constante com DOJ (*Department of Justice – Antitrust Division*) e com o FTC (*Federal Trade Commission – Bureau of Competition*), nos termos do Acordo de Cooperação, e para aproveitar, realmente, a experiência. Sabemos que muita coisa já foi feita e temos que aproveitar a experiência do que eles tiveram na construção dessa cultura. A explicação que eles deram para a existência de Programa de *Compliance*, ou para como conseguir provas, foi a de que: “eles sabem que estamos lá fora, eles sabem que estamos perseguindo, eles têm medo e, portanto, eles estão se prevenindo” e “para que vocês consigam, efetivamente, criar esta cultura de concorrência o sistema tem que atuar”. Temos plena consciência disso, e o sistema “atuar” significa a SDE, a SEAE e o CADE, cada um dentro de suas atribuições e das suas competências, mas o trabalho tem que ser conjunto.

Nesse sentido, essa reforma que foi feita em 2000 da Lei aumentando os poderes de investigação em termos da realização de buscas-e-apreensões pela Secretaria, da realização de inspeções pela SEAE e pela SDE e a própria possibilidade de firmar acordos de leniência foi fundamental porque não adianta querer combater cartéis se não existem instrumentos efetivos com essa finalidade. Então, foi fundamental para coleta de provas.

Assim, só voltando para o que eu tinha dito no começo, em termos dos pilares em que atuamos este ano na Secretaria, de fato inovamos nos métodos de investigação de cartéis - foi firmado o primeiro acordo de leniência - e, agora, vamos querer falar um pouco do Programa de *Compliance*.

Passando rapidamente pelo trabalho que foi feito pela Secretaria durante este ano um dos pontos que foi indicado pela Maria Paula- eu acho que é importante trazermos isso para este foro- é que de fato nós incrementamos os convênios com os Ministérios Públicos Estaduais, fizemos visitas constantes, tivemos reuniões com os Ministérios Públicos Estaduais e com os Ministérios Públicos Federais. Houve um contato constante com os Procuradores-Gerais e com o Procurador-Geral inclusive. Um trabalho que foi feito pelo Secretário e pelo Departamento, mas realmente dando importância para essa parceria entre os diversos órgãos. Quer dizer, sabemos que até pela insuficiência de recursos – temos menos de trinta técnicos - na Secretaria não temos condições de estar fora investigando, pesquisando, colhendo provas, mas trabalhando em conjunto com os outros órgãos que também têm a mesma finalidade que a nossa, em última instância ainda que do ponto de vista criminal, a parceria com eles foi fundamental.

Essa parceria tem funcionado e, em seguida, quando eu for falar do acordo de leniência vou tocar até em um ponto importante que foi abordado pelo Dr. Mauro. Mas temos sim, uma preocupação de fazer um trabalho conjunto. Nesse sentido, este ano foram realizadas sete buscas-e-apreensões. Tivemos sucesso, eu diria, nas buscas-e-apreensões, independentemente das provas colhidas ou não. O fundamental - e aí não vou nem entrar porque são casos ainda em andamento na Secretaria – é que tivemos sucesso porque conseguimos fazer isso dentro de toda a legalidade, seguindo as medidas judiciais necessárias. Temos tranquilidade com relação ao cuidado que foi tomado de não expor as empresas a nenhuma situação indesejada ou indevida.

Inclusive, tivemos uma situação que foi interessante: recebemos uma denúncia numa segunda-feira à tarde de que, no dia seguinte, haveria uma reunião de empresários de um determinado setor numa cidade no interior do Rio de Janeiro. Naquele momento, resolvemos que era o caso sim de fazermos uma investigação, a qual ainda estava começando na Secretaria. Conseguimos deslocar dois técnicos para uma cidade no interior do Rio de Janeiro naquele mesmo dia, e no dia seguinte de manhã, numa reunião com a Polícia Federal, a AGU (Advocacia Geral da União) e o Ministério Público conseguimos uma busca-e-apreensão às dez horas da manhã e ficaram todos em campanha. Então, a idéia era estar meio “007” ali trabalhando; estamos tendo que aprender muito com a Polícia Federal nesse sentido. Eu vou contar um pouco mais sobre isso em seguida.

Mas de fato, no dia seguinte, estávamos lá de manhã, com a busca-e-apreensão na mão; não estávamos confortáveis com a situação. Acho que talvez, se aquela denúncia anônima de fato não fosse verdadeira poderia ter acontecido alguma coisa. Conseguimos confirmações depois, via telefone, que a reunião tinha sido transferida para uma outra cidade no Espírito Santo. Deslocamos os técnico para lá, também fizemos uma reunião com o Ministério Público e aí preferimos- porque não tínhamos mais provas- não fazer a busca-e-apreensão por uma questão de insegurança. Nós não queríamos nos expor a uma situação em que não tínhamos tanta certeza.

Vamos dizer que isto foi devido ao fato de que temos uma preocupação em garantir a imagem da Secretaria nas ações que estamos fazendo. Não é simplesmente fazer uma ação para dizer que fez; temos que conseguir dados efetivos. Mas o que percebemos foi que, do primeiro dia que entramos na Secretaria até julho, quando fizemos a primeira busca-e-apreensão, demoramos seis meses para entender como tinha que ser feito esse trabalho.

Agora, nós percebemos que está demorando. Em um dia se conseguiu trabalhar em conjunto com o Ministério Público, com a Polícia Federal e com a AGU, o que tem demonstrado que temos muito para aprender, mas que as coisas estão começando a caminhar. Até porque, como temos realmente uma limitação de recursos, temos que saber alocá-lo de forma adequada.

Nesse sentido, sobre a parceria que tivemos este ano com a Polícia Federal, o interessante é que houve realmente uma troca de treinamento e formou o que se tem chamado de um Centro de Inteligência de Investigação de Cartéis na Secretaria. Conosco estiveram alguns delegados da Polícia Federal, que ficaram trabalhando dentro da Secretaria e que tiveram acesso às ações, às formas de investigação e, em última instância, até se familiarizarem com o que é cartel porque são crimes bastante sofisticados, que não estão no dia-a-dia da prática desses delegados.

Da mesma forma, aprendemos a investigar cartéis. Num caso, numa das buscas-e-apreensões que fizemos, tentou-se antes até do contato com a Polícia Federal, conseguir informações mas não as conseguimos. Realmente gostaríamos de ter conseguido para ter segurança de fazer a busca-e-apreensão. Nesse contexto, marcamos uma reunião, fomos conversar com a Polícia Federal, falamos que estávamos preocupados com tal setor e que gostaríamos de ver se tinha alguma coisa ali. Contamos para eles qual era o foco da nossa atividade. Eles falaram “tudo bem”, que iam acompanhar tal setor e que conversariam dali a duas semanas. Voltamos a conversar e colocou-se que “disseram que haveria reuniões daqui a dois dias e tal”, marcou-se uma novoreunião para dali a duas semanas e ele falou “ora, Dr<sup>a</sup>, eu acho que vocês vão ter que ver preço, vão ter que pegar nota fiscal da empresa ou alguma outra coisa porque não descobrimos nada. Nós fomos lá”. Claro, eles têm os métodos muito melhores do que os nossos, mas eles foram lá como vendedores de seguro de saúde, falaram que precisariam ir num dia que tivesse bastante gente reunida e se falou “olha, sempre às vésperas de licitação fica cheio, então, vocês podem vir que vocês encontrarão bastante clientes”. Para o Delegado da Polícia Federal isso não quis dizer nada, e eu não o culpo por isso, porque ele poderia não entender qual era o objetivo de concorrência “se reunir às vésperas de licitação”. Claro que, para nós “acendeu uma luz”. Nos reunimos e de fato se fez.

Essa troca de informações é fundamental. Eu acho que esse exemplo que eu estou dando – real – é muito emblemático de como a cooperação é fundamental. Isso se deu em outros momentos. O Ministério Público,

claramente, tem mais familiaridade com o assunto. Em geral, são promotores especializados criminais que tratam do tema. E nesse sentido tem sido muito interessante. Até em termos de métodos de investigação de cartel, vamos ter um treinamento o ano que vem organizado pela UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*) para os técnicos da Secretaria, no qual vão vir técnicos do DOJ, do FTC, do FBI (*Federal Bureau of Investigation*) para trazer técnicas. Mais uma vez, temos exata noção de que se tem muita coisa a aprender. Ainda estamos começando a caminhar.

A cooperação com o Ministério Público é fundamental para o recebimento de denúncia e também para facilitar, muitas vezes, as medidas judiciais que temos tomado. Em alguns casos, tem-se trabalhado com a AGU. Ela funciona, basicamente, como o braço judicante da SDE já que não se tem capacidade postulatória - a própria AGU que propõe a ação judicial. Em outros casos, o Ministério Público entra com a medida e usamos aquilo como prova emprestada. Inclusive, há decisões jurisprudenciais do CADE de que provas emprestadas, usadas em processos criminais, podem ser usadas no âmbito administrativo. Nesse sentido, para algumas medidas, como interceptação telefônica, por exemplo, dependemos evidentemente do Ministério Público e/ou da AGU porque não se tem nem como fazer isso no âmbito civil.

Um outro dado interessante do trabalho conjunto tem sido a realização de oitivas. Mais uma vez o Ministério Público tem uma prática específica e já tem uma tradição na realização de oitivas que a Secretaria já tinha, mas que é uma clareza de comunhão de escopo. Temos recebido treinamento de promotores que têm vindo conversar conosco e isto tem sido uma troca constante já que na realidade são vasos comunicantes. Com a AGU acontece a mesma coisa- já contei um pouco da experiência que temos tido com eles.

Um outro ponto interessante tem sido uma parceria- até isso é um outro foco da Secretaria como um todo- com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) que é o outro departamento da Secretaria de Direito Econômico. Durante este ano, tivemos uma experiência excelente de trabalho com eles. Em todos seminários nacionais que são organizados pelo DPDC, sempre foram técnicos do DPDE para explicar para os PROCONS e demais órgãos de defesa do consumidor o que é concorrência e qual o foco. Acreditamos que, com isso, se consiga filtrar um pouco também os tipos de denúncias que se recebe para evitar que venha denúncia de venda-casada que, na realidade, seja a venda-casada no âmbito do consumidor ou esse tipo de coisa.

Nesse sentido, também foi muito importante, com relação às agências. O que houve foi um intercâmbio de experiência entre os órgãos. Fomos identificando os mecanismos mais ágeis e mais efetivos de conseguir as medidas que precisávamos, além de, como eu comentei, tivemos um zelo bastante grande. Quer dizer, temos feito um exame da probabilidade das informações e das denúncias e isto tem criado uma relação de confiança com o judiciário porque, como eu falei, quando realizamos essas ações encontramos documentos e elementos, o que é um dado importante. Não estamos entrando em empresas para simplesmente coletar documentos; não se quer atrapalhar a prática ou o funcionamento das empresas no seu dia a dia. Aliás, isso é uma outra coisa que também estamos aprendendo com as nossas experiências posteriores e temos conseguido rapidamente restituir os equipamentos, os materiais. Então, tem sido um trabalho bem interessante.

Dentro disso percebemos que, com base nas informações do Ministério Público e em dados do DPDC e das agências, começamos a receber denúncias. Isto foi até um dado interessante, pois acabamos contando com outro colaborador que é a própria sociedade civil. Na medida em que a sociedade civil percebe que a SDE está de fato tentando investigar essas condutas, eles começam a se sentir mais estimulados a encaminhar documentos, provas, a fazer denúncias anônimas. Isso tem sido um outro dado muito importante.

Agora nesse sentido, a assinatura do primeiro acordo de leniência também foi um fator fundamental. Inclusive em conversas com o DOJ, eles disseram que além de que lá é assinado cerca de um acordo por mês, tal acordo de leniência é o instrumento fundamental de investigação e de coleta de provas para eles. Nesse sentido, a importância do acordo de leniência é essencial porque alguém dentro do cartel sabe que a SDE está atuando, bem como as empresas ficarão receosas com a atuação das Secretarias pois o trabalho de investigação é feito também na SEAE. Recentemente, recebemos um estudo econômico com relação à investigação num setor específico de grande preocupação e, nesse sentido, não só as empresas vão saber que as autoridades estão atuando mas também alguém de dentro do próprio cartel pode estar desestabilizando. Eles não sabem se aquela pessoa que está sentada à mesa com eles pode amanhã, por alguma razão, pensar que a empresa vai acabar ganhando se ela conseguir desestabilizar o cartel e ficar com aquele mercado para ela.

Assim, é fundamental em termos de desestabilização desses cartéis e para coleta de provas. Na nossa experiência de leniência, que foi firmada no Rio Grande do Sul, foi fundamental para a ação que fizemos contar com todas as informações que foram passadas pelo delator naquele caso. Existe uma questão, até cultural, de que o delator é visto como uma “figura” que faz aquilo que não é correto. Isso é uma questão de cultura que ainda vai ter que ser feita mas, em última instância, o delator pode se sentir estimulado a trazer os dados porque ele vai conseguir extinguir ou reduzir a pena e a punibilidade.

O Ministério Público foi fundamental nesta ação. Fizemos seis buscas-e-apreensões simultâneas em Porto Alegre há cerca de um mês. Foram doze técnicos da SDE, mas evidentemente não se faz nenhuma busca-e-apreensão só com doze técnicos. Os técnicos foram fundamentais para fazer a triagem e a análise dos documentos até pelo conhecimento da matéria. Evidentemente, para fazer uma ação com sessenta policiais mais os doze técnicos, foi muito importante termos as informações do delator sobre qual computador pegar, onde tinha um cofre, etc. Na realidade, as pessoas me ligavam e eu estava ao telefone e falava: “olha, você vai para sala tal, porque tem um cofre escondido ali; pega o computador de tal diretor comercial”, porque não vamos pegar cem computadores numa empresa; não teríamos nem como analisar.

No caso do sul, por exemplo, apreendemos 32 computadores, acabamos fazendo uma triagem e ficamos com 16. Aliás, no sul foi interessante porque conseguimos devolver em uma semana todos os computadores. Conseguimos fazer cópias de HDs e, nesse sentido, temos melhorado os métodos. Então, eu não vou entrar na análise, mas o que a lei prevê é a possibilidade de celebração do acordo quando a SDE ainda não tem elementos suficientes para a condenação ou quando a SDE desconheça o fato.

Em termos da relação com o Ministério Público, voltando ao ponto colocado pelo Dr. Mauro, trata-se de um tema recorrente mas bastante instável até mesmo para a assinatura desses acordos. Mas fizemos um trabalho muito grande em conjunto com os Ministérios Públicos e com os Procuradores-Gerais. O Secretário teve reuniões com o Fonteles, quer dizer, estamos confortáveis com os acordos de leniência. Isso porque fazendo o trabalho em parceria com os Ministérios Públicos, o acordo de leniência pode ser um instrumento fundamental para as autoridades e também para os Ministérios Públicos.

Dessa forma percebemos- e é um dado interessante que foi trazido pelo Dr. Mauro e pela Dr. Maria Paula- que as associações têm estado sempre envolvidas nas condenações feitas no CADE até hoje.

Evidentemente, as associações têm funções legítimas e fundamentais mas elas podem funcionar, por outro lado, como uma forma de esconder um pouco alguma prática anticoncorrencial. É muito mais simples você explicar porque empresas concorrentes se sentam na mesma mesa para discutir alguma coisa, mas a partir disso teremos que descobrir se o que eles estão discutindo é algo que é lícito ou não e em que medida eles podem estar trocando aquele tipo de informação. Isso porque é uma forma de facilitação da colusão entre eles ou pode ser um facilitador da colusão. Novamente, isso não é um fenômeno brasileiro porque isso acontece também em outras jurisdições. Percebemos que, das condenações que já foram comentadas, muitas envolviam ou a Associação Médica Brasileira ou, no caso dos postos de gasolina que foram condenados, todos eles tinham sindicatos envolvidos. Além disso, das investigações de condutas que estão em curso na SDE, temos cerca de 900 processos mas 30% desses envolvem associações ou sindicatos.

Bem, já vou terminando para entrar no Programa de *Compliance* e passar às características gerais sobre o que vai ter na Portaria que vai ser anunciada para audiência pública na segunda-feira. Nesse contexto, acreditando que de fato existe a possibilidade de estarmos atuando, acreditamos que é o momento de trazer o Programa de *Compliance* e começar a trabalhar nisso em parceria com vocês.

As conversas com o DOJ e com a autoridade de defesa da concorrência europeia foram que: “só faz sentido, as empresas só vão estar estimuladas a ter o Programa de *Compliance* na medida em que elas se sentirem, de fato, ameaçadas”. Os cartéis têm que ser investigados e têm que ser punidos. Deve ter uma atuação efetiva das autoridades. Daí, há alguns dados sobre o que aconteceu recentemente na União Europeia e nos EUA. A idéia de mostrar isso para vocês é a de que lá isso tem sido feito efetivamente. O curioso é que o DOJ comentou na semana passada que é raríssimo eles identificarem algum cartel em que a empresa não tenha algum tipo de programa de *compliance*. Muitas vezes ele não é efetivo, mas a idéia de ter um programa de *compliance* é um fenômeno totalmente comum e normal nessas jurisdições.

Só para entrar rapidamente no que pretendemos desse programa de *compliance*, nós já estávamos conversando antes da palestra com o Dr. Ubiratan, que faz sentido fazer uma mesa redonda específica sobre o tema, por meio do IBRAC, mas com as pessoas que tenham o interesse específico de discutir a Portaria que vai ser aberta para a consulta pública.

O que pretendemos- acho que era essa a mensagem mais importante a ser passada para vocês- é mudar um pouco essa lógica de que a conduta anticoncorrencial tem que ser computada e só então se verificar se vale à pena entrar ou não nessa conduta anticoncorrencial. No final das contas, justific-se porque ou a empresa não vai ser punida ou ela não corre o risco de ter multas altas. Isto é, a idéia de criar uma instabilidade e de começar a atuar efetivamente é justamente para que esse cômputo não faça mais sentido ou não possa ser feito. A Maria Paula comentou sobre multa no caso do aço que foi no total \$17 milhões de dólares. Na medida em que você perde a noção de quantificar a multa, ela deve ser para que não se justifique esse tipo de análise.

Nesse sentido, o objetivo de ter um Programa de *Compliance* é primeiramente a questão da prevenção das práticas anticoncorrenciais uma vez identificadas. Este seria o escopo principal: construir essa cultura de *compliance* dentro da empresa e garantir um comprometimento de todos. Daí, é importante analisar que para o Programa de *Compliance* não bastam palestras nas quais os advogados vão até as empresas e digam: “é muito importante! A SDE e a SEAE estão aí; o CADE vai começar a punir; vocês têm que ficar preocupados”. Trata-se de um treinamento. No exterior isso tem sido feito com muita freqüência. De fato, o Programa de *Compliance* tem que ser um programa efetivo e direcionado para as pessoas que estão diretamente envolvidas.

Então, temos que os objetivos de um diretor comercial são muito diferentes dos objetivos de um diretor de marketing. Verificamos, às vezes, que os próprios diretores de marketing criam idéias muito boas em termos de propaganda, mas que são uma infração evidente à lei antitruste. Nesse sentido, a pergunta que os advogados têm que se fazer quando desenham esse programa de antitruste é se essa conscientização de qual é o problema existe. De fato, também existem muitas situações nas quais as empresas sequer sabem que estão cometendo essas infrações, logo os advogados devem se perguntar: “todos os empregados sabem das obrigações em matéria antitruste?”

Nesse sentido, é fundamental ter um conteúdo de educação e ter um monitoramento constante.- este é o conteúdo desse programa de *compliance*. O que é curioso é que quando começamos a falar do programa de *compliance* todo mundo despertou: “puxa, será que faz sentido eu ter um programa de *compliance*? Que idéia é essa? Por que estamos usando uma experiência que tem fora?” Todavia, o que estamos fazendo é antitruste, é uma coisa que em outras áreas já é feita continuamente. Quer dizer,

nos setores ambiental, tributário e nas áreas regulatórias o programa de *compliance* é uma coisa perfeitamente difundida e muito comum. Nos EUA, o programa de *compliance* entra num âmbito maior nesses programas. Na realidade, quando se tem, por exemplo, mecanismos de identificação de infrações à ordem tributária e a empresa as identifica, optando por fazer uma denúncia espontânea para reduzir multa, o que estamos conversando aqui, em última instância, é um mecanismo de monitoramento. Se for possível, o ideal é que elas não aconteçam, mas quando a empresa cria mecanismos de *compliance* em termos de auditoria tributária ou ambiental, essa é a finalidade que ela quer atingir.

Uma vez identificado o problema, ela tem que ter mecanismos contínuos de verificação e de acompanhamento para a identificação imediata do problema. Então, para isso, é fundamental que haja trabalhos. Por exemplo, o acompanhamento dos advogados das atas de associação que são assinadas e existem. Mais uma vez, acreditamos que a orientação do advogado não é “não assinem atas” porque estamos de fato trabalhando junto com o Ministério Público, com a Polícia Federal, etc. Se a atuação for simplesmente: “por favor, nos mandem as atas das reuniões de associação” não nos utilizaríamos disso. Mas, quando temos a interceptação telefônica em curso, captação ambiental – já teve condenação no CADE por captação ambiental e, cada vez mais, estamos conseguindo fazer isso – estamos atuando sem as empresas estarem sabendo. A idéia é que não é suficiente só não assinar uma folha de papel ou não falar ao telefone com o concorrente pois as formas de atuação são as mais diversas.

Via acordo de leniência ou pelos outros métodos que temos usado, as empresas tem que começar a se preocupar com o cumprimento dessa lei. Eu acho que talvez daqui a quinze anos essa palestra possa parecer até menos ingênua, mas acho que ela o não é. Eu acho que estamos subindo o primeiro degrau de um caminho muito longo que deve ser percorrido. Nos EUA a lei antitruste tem cem anos e é esse o momento que estamos, especificamente, na lei brasileira.

O outro mecanismo é o da identificação de problemas e de respostas imediatas, como eu expliquei. Também há mecanismos de acompanhamento contínuos e um ponto que consta da Portaria é na hipótese de haver uma conduta anticoncorrencial e de ser identificada essa conduta, o que a empresa tem que fazer é de imediato levar essa informação para a autoridade. Isso com a finalidade de assinar um acordo de leniência ou de reduzir a pena.

Nesse sentido, o que vocês vão ver anunciado essa semana e que estamos trazendo aqui em primeira mão, é a idéia desse plano de incentivo à elaboração de programas de prevenção de infrações à ordem econômica. Isso tem por base estes quatro pontos que são a prevenção, a adoção de mecanismos de resposta para práticas identificadas, os mecanismos de exame periódicos (de efetividade do PPI) e também uma recomendação de pena.

Por fim, a idéia é que os programas sejam elaborados pelas próprias empresas com a ajuda de seus advogados. Evidentemente os programas são *customizados*, quer dizer, o programa que pode servir para uma empresa que é monopolista não é o mesmo programa que pode servir para um mercado em que haja poucas empresas ou um mercado, como o Dr. Mauro falou, carterizável (que tenha uma série de características que possam levar a formação de cartel). Isso é um foco de atuação dos advogados de modo que vocês vão ter que identificar, de fato, quais as características daquela empresa e de que forma tem que ser feito esse programa de *compliance*.

Há alguns requisitos que estão na Portaria mas isso vocês vão ter a oportunidade de ver quando a Portaria for tornada pública na terça-feira. Em última instância, o que vai ser feito é um protocolo de documentos junto à Secretaria com uma descrição do PPI, com a qualificação da empresa e com o histórico da empresa no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Vai haver, necessariamente, um funcionário que encarregado do acompanhamento desse programa de PPI. É importante verificar como vão ser feitos esses relatórios de auditorias internas, isto é, vão ser pedidas atas de reuniões e a descrição. Na realidade vai ser elaborado um parecer. Um requisito que estamos colocando na Portaria é que a empresa não tenha condenação nos dois anos anteriores, não tenha uma investigação em curso no sistema ou que não haja um TCC em curso (Termo de Controle de Cessação). Com base nesse relatório, o Secretário de Direito Econômico vai dar o certificado ou não.

Para concluir, um ponto diferente do nosso programa com relação ao que é feito na União Européia ou nos EUA é que temos idéia de que isto seja concedido. Também foi anunciado pelo Secretário que será concedido um certificado para a empresa “amiga da concorrência”, vamos dizer assim. A diferença disso em relação ao que é feito nos EUA é que lá eles já não precisam mais disso. Com a conversa que tivemos com o DOJ, eles entenderam a importância e a justificativa deste selo no Brasil.

Enfim, essa era a idéia do que queríamos passar para vocês. Mais uma vez, a Portaria vai ser tornada pública na terça-feira. Ela está indo para a publicação na segunda mas queríamos, em primeira mão, trazer isso para o IBRAC e poder contar com a colaboração de vocês também no trabalho desse material.

Muito obrigada.

### SLIDE 1

IX SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA  
DA CONCORRÊNCIA – IBRAC

## **Cartéis em um Contexto Global**

**Barbara Rosenberg**  
Diretora do DPDE/SDE/MJ

*Campos do Jordão, 29 de novembro de 2003*

1

**SLIDE 2****Introdução**

- **Panorama Geral:**
  - Cartéis na Legislação Brasileira
  
- **SDE em 2003: Foco no Combate a Cartéis**
  - Inovação nos Métodos de Investigação
  - Acordo de Leniência
  - Programas de *Compliance*

2

**SLIDE 3****Cartéis na Legislação Brasileira**

- Lei 8.884/94: arts. 20 e 21
- Lei 8.137/90: art. 4º, I(a) e inciso II
- Lei 8.666/93: art. 90
- Resolução CADE nº 20

3

## SLIDE 4

### Atuação da SDE em 2003

- Inovação nos Métodos para Investigação de Cartéis
- Acordos de Leniência
- Programas de *Compliance*

4

## SLIDE 5

### Métodos de Investigação de Cartéis

#### Métodos/instrumentos utilizados em 2003:

- Parcerias com Ministérios Públicos Estaduais e Federais, Polícia Federal e AGU
- Buscas e apreensões (art. 35-A, Lei 8.884/94)
- Inspeções (art. 26-A, Lei 8.884/94)
- Interceptações telefônicas
- Cooperação Internacional

5

**SLIDE 6****Métodos de Investigação de Cartéis**

- **PARCERIA COM A POLÍCIA FEDERAL**
  - Buscas e Apreensões
  - Treinamento de Delegados: disciplina concorrência
  - Treinamento de Técnicos da SDE: noções de investigação
  
- **PARCERIA COM OS MINISTÉRIOS PÚBLICOS**
  - Aproximação das gramáticas administrativa e criminal
  - Buscas e Apreensões
  - Interceptações telefônicas
  - Realização conjunta de oitivas
  - Treinamento de Técnicos da SDE: noções de investigação

6

**SLIDE 7****Métodos de Investigação de Cartéis**

- **PARCERIA COM A AGU**
  - Buscas e Apreensões
  - Mandados de segurança
  - Palestras sobre concorrência
  
- **PARCERIA COM DPDC/PROCON/Agência Reguladora**
  - Palestras/Treinamentos
  - Elaboração de cartilhas de concorrência e consumidor
  - Coleta de dados pelos PROCONs e Agências
  - Otimização das denúncias apresentadas à SDE

7

## SLIDE 8

## Métodos de Investigação de Cartéis

- Intercâmbio: expertise antitruste x técnicas de investigação
- Mecanismos mais ágeis para obtenção de medidas judiciais: baixo nível de dificuldade
- Zelo das autoridades:
  - Triagem e exame de probabilidade das informações/denúncias
  - Relação de confiança com o Poder Judiciário
  - Evitar perda de provas

8

## SLIDE 9

## Acordos de Leniência

- **Importância**
  - Desestabilização de cartéis
  - Fundamental para investigação e coleta de provas
- **Fundamental nos EUA (1 por mês), UE, Canadá**
- **Art. 35-B da Lei nº 8.884/94**
  - Celebração com pessoas físicas e jurídicas autoras de infração, desde que SDE desconheça o fato ou não disponha até então de provas suficientes para condenação
  - Necessidade de colaboração efetiva nas investigações, resultando na: **(a)** identificação dos demais co-autores; **(b)** obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.
- **Participação do Ministério Público**

9

## SLIDE 10

## Programas de Compliance

### Características comuns dos cartéis:

- Participação de altos executivos
- Consciência da prática infrativa
- Uso de associações de classe/sindicatos:
  - Facilitação de colusão entre concorrentes
  - Participação de associações/sindicatos: 30% dos casos sob investigação na SDE
  - Julgados do CADE envolvendo associações/sindicatos:
    - *Associação Médica Brasileira (AMB);*
    - *Sindicatos de postos de gasolina em Lages, Florianópolis, Belo Horizonte e Goiânia*

10

## SLIDE 11

## Programas de Compliance

- **EUA:**
  - 1997-2002: US\$ 2 bilhões em multas e 20 executivos presos
  - Programas de *Compliance*: divulgação pelas autoridades e previsão nos *Sentencing Guidelines* (Capítulo 8)
- **UE:**
  - 2001: 2 bilhões de Euro em multas
  - 2002: mais de 40 cartéis sob investigação (mais do que nos últimos 10 anos)

*Programa de 'Compliance' faz sentido quando cartéis são investigados, identificados e efetivamente punidos*

11

## SLIDE 12

## Programas de *Compliance*

- **Compliance e tomada de riscos**
  - ✓ Investigações e penalidades não devem ser apenas computadas como custo monetário no momento da realizar negócios
- **Objetivos:**
  - ✓ Prevenção
  - ✓ Identificação de problemas e respostas imediatas
  - ✓ Redução de Penas

12

## SLIDE 13

## Programas de *Compliance*

- **Prevenção:**
  - Cultura de *compliance* dentro da empresa
  - Comprometimento de todos, especialmente de altos executivos
  - “*Todos os empregados de sua empresa sabem de suas obrigações legais em matéria antitruste?*”
    - Identificação do público alvo e tratamento diferenciado para cada área
  - Conteúdo: educação e monitoramento constante
    - Não bastam manuais e palestras
    - Circulação de informações / mudança na comunicação interna

13

**SLIDE 14****Programas de Compliance**

- **Identificação de problemas e respostas imediatas:**
  - Identificar a tempo de remediar. Se impossível, firmar acordo de leniência
  - Auditorias
  - Procedimentos de controle e acompanhamento
- **Redução de Penas:**
  - Art. 27 da Lei nº 8.884/94
  - Proposta de Portaria

14

**SLIDE 15****Programas de Compliance**

Minuta de Portaria da SDE:

- Criação do Plano de Incentivo à Elaboração de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI):
  - Prevenção
  - Mecanismos de respostas para práticas identificadas
  - Mecanismos de exame da efetividade do PPI
  - Recomendação de redução de penas ao CADE

15

## SLIDE 16

## Programas de Compliance

### Minuta de Portaria da SDE - Procedimento:

- ✓ Interessado elabora seu PPI (*customizado*)
- ✓ Protocola-se na SDE
- ✓ Em 30 dias DPDE dá parecer sobre presença dos requisitos mínimos:
  - ◆ Documentos previstos na Portaria
  - ◆ Não condenação nos 2 (dois) anos anteriores, inexistência de investigação em curso ou TCC vigente
- ✓ Decisão do Secretário: emissão ou não do certificado de depósito
- ✓ Validade: 1 ano, renovável por iguais períodos
- ✓ Hipóteses de revogação do certificado

16

## SLIDE 17

## Programas de Compliance

### Minuta de Portaria - Documentos e informações:

- ✓ Descrição do PPI e do material de apoio
  - Treinamentos (vídeos, manuais, palestras, internet); relatórios de comissão de acompanhamento; ênfase nas consequências da violação; mecanismos de monitoramento; acompanhamento por advogados de e-mails, atas, contratos
- ✓ Qualificação da empresa e grupo econômico
- ✓ Histórico de atuação no SBDC
- ✓ Funcionário encarregado do PPI
- ✓ Relatórios de auditorias internas
- ✓ Declarações da Direção/Gerência/Equipes de Vendas
- ✓ Atas de reuniões de associações/sindicatos
- ✓ Descrição relação com concorrentes, clientes e fornecedores

17

## SLIDE 18

**Programas de *Compliance*****Minuta de Portaria - Recomendação de Redução de Penas:**

- Mediante exame de efetividade. Critérios:
  - ✓ Clareza dos procedimentos
  - ✓ Indicação de alto executivo para coordenação
  - ✓ Grau de delegação e fiscalização dos poderes de negociação / prestação de contas dos funcionários que interagem com o mercado
  - ✓ Mecanismos de disciplina eficientes, respostas apropriadas em caso de infrações
  
- Impossibilidade de redução:
  - ✓ Anuência ou clara omissão de alto funcionário
  - ✓ Ausência de comunicação imediata à SDE

18

(012)

***Dr. Tito Andrade***

Obrigado.

Bárbara, dois comentários brevíssimos depois de sua auspiciosa fala. Primeiro, gostaria de agradecer o lançamento do Programa de *Compliance* aqui no IBRAC. Isto sem dúvida nenhuma sinaliza o prestígio do IBRAC, que vem fazendo um trabalho muito sério há mais de dez anos. Segundo, gostaria de parabenizá-la pelo esforço que vem sendo feito na SDE.

Saiba você que é absolutamente perceptível por todos operadores do Direito que a SDE tem mudado e tem feito um esforço muito grande principalmente no que se refere ao combate a cartéis e condutas.

***Dra. Bárbara Rosenberg***

O Secretário de Direito Econômico acabou de chegar, então, eventualmente ele pode se juntar a nós para discutirmos o programa também.

***Dr. Tito Andrade***

Bem dito. Sem maiores delongas. Por favor, Dr. Fernando Marques. Ele é advogado e economista, Conselheiro do CADE, professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

**Dr. Fernando De Oliveira Marques**

Já é boa tarde. Senhor presidente da mesa, Tito Andrade, senhores diretores do IBRAC, Dr. Ubiratan Mattos, em nome de quem cumprimento toda a Diretoria e o corpo de membros do IBRAC aqui presentes, saúdo-os pelo evento. Agradeço o convite para participar deste painel sobre cartéis em contexto global.

Depois de tantas novidades trazidas pela ilustre Sr<sup>a</sup> Diretora do DPDE sobre os avanços da SDE no programa e na tarefa de reprimir as infrações à ordem econômica, no que toca especificamente ao combate aos cartéis eu gostaria de trazer aos senhores algumas reflexões sobre a questão da apuração das condutas e a jurisdição brasileira quanto à questão do combate e da repressão às infrações à ordem econômica. Num momento em que a economia se globaliza, em que os agentes econômicos atuam de forma cada vez mais internacionalizada e também de um lado em que as características do Brasil e da cultura brasileira trazem aspectos que merecem reflexão no que toca as condutas específicas de infrações à ordem econômica.

O fenômeno da globalização, como temos entendido, representa claramente e decorre de um estreitamento dos espaços e de uma redução de tempos, sobretudo impactada pela utilização crescente do meio eletrônico de comunicação e de realização de serviços e de comércio em toda parte do mundo, onde os consumidores podem, a qualquer momento, a qualquer hora, em qualquer parte do mundo, exercer a sua opção de consumo e, mais do que isso, o seu produto ou o seu serviço chega à sua mão em que parte do mundo ele se encontrar. Agregado a isso, nós temos uma redução das barreiras de comércio internacional por alíquotas fortemente decrescentes de importação, o que aumenta o volume do comércio internacional.

Sobretudo no Brasil esse fenômeno se tornou especialmente acirrado a partir na década de 90, em que por ato absolutamente brasileiro as alíquotas

de importação foram drástica e velozmente reduzidas, aumentando-se exponencialmente a partir de meados da década 90 até hoje a concorrência no Brasil, quer entre os agentes que já estavam aqui instalados, quer com agentes que passaram a operar no Brasil. Isto agrava e, realmente, coloca em cena o problema da tutela da defesa da concorrência.

Nesse passo, também no que toca à globalização e na experiência como servidor público- tenho exercido a função de Conselheiro do CADE- tenho procurando refletir também a partir da experiência trazida dos estudos na área jurídica e econômica que tive oportunidade de fazer que, sobretudo em Congressos como este, em que participam ilustres representantes de outros países, existe uma propensão muito grande da ciência econômica e da ciência da administração, sobretudo privada, em utilizar conceitos internacionais, em adotar práticas uniformes internacionais. Ao passo que da área do Direito se verifica, muitas vezes, uma dispersão muito grande de sistemas jurídicos, de legislações, de constituições, a ponto tal que em julho do ano passado (2002) em uma Conferência em Coimbra, Portugal, o professor Canotilho- eminente professor de direito constitucional, muito caro aqui para os operadores do Direito no Brasil- chegou a considerar e a expressar um pensamento que também tenho e ele conseguiu verbalizar “o Direito, hoje em dia, também concorre; os sistemas jurídicos passam a concorrer para otimizar as estruturas econômicas nas diversas jurisdições e nos diversos blocos do mundo”. Eis que isso, para alguns, causa profunda perplexidade. Para mim, pessoa que gosta da concorrência, “senhores advogados, temos concorrência jurídica no mundo, também”.

No Brasil, entretanto, temos um marco constitucional importante que não pode, de modo algum, ser desprezível. Em que pesem os conceitos econômicos serem transnacionais, a administração e os agentes internacionais aplicarem conceitos e posturas mundo afora, no Brasil para o bem ou para o mal ainda vige uma Constituição Federal com marcos importantes que orientam a tutela do direito econômico. Tutela essa que sobretudo explicita inequivocamente a importância e a relevância de se cuidar do mercado que integra o patrimônio nacional, conforme expressão literal do art. 219 da nossa Constituição Federal. Além do que, a Constituição fortemente reprime o abuso do poder econômico e infraconstitucionalmente trata da matéria na Lei nº 8.884 de uma forma inovadora. Aos senhores estrangeiros que estão aqui, a partir de 1994 a lei brasileira cria uma inflexão muito grande na tutela desta matéria, que deixou de ser uma matéria de direito penal e passou a ser uma matéria, como tenho sustentado, de direito metaindividual, difuso.

Portanto, conseqüências imensas que advém dessa nova postura da legislação brasileira, conseqüências essas que como bem a Dr. Bárbara hoje explica um dos exemplos, vão se desbordar na qualidade da prova e do tipo de prova necessários suficiente para impor uma sanção de ordem concorrencial, isto é, a qualidade da prova e o tipo de prova necessários suficientes para impor uma sanção de âmbito criminal bem como para impor uma sanção de ordem civil, empresarial para reparar danos e, eventualmente, o tipo de prova e circunstâncias necessárias para instaurar no Brasil, inclusive, uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional.

São vários níveis de responsabilidade que existem no Brasil e, portanto, níveis de provas e investigação existem também a serem tratados. As responsabilidades não se confundem: no CADE aplicamos a Lei nº 8.884. E, chamo a atenção dos senhores para o fato de que a Lei nº 8.884, no seu art. 20, trata da responsabilidade independente de culpa, o que é totalmente diferente do nível de responsabilidade que sustenta uma responsabilidade de âmbito criminal, que depende da culpa e, às vezes, até mesmo da conduta com dolo, ou seja, a conduta qualificada em termos de prova e de intenção.

Nessa medida, o Brasil vem se adaptando ao contexto globalizado da economia e necessita, portanto, também fortalecer as suas estruturas internas sobretudo no que toca à repressão à ordem econômica. Dados já conhecidos mostram os efeitos nefastos dessas condutas na economia brasileira, uma economia que precisa e que certamente conseguirá desenvolver-se e crescer num ambiente concorrencialmente forte e sustentado. Nisso também estamos cada vez mais nos aproximando dos demais países dada à internacionalização das condutas e dos agentes que infringem a ordem econômica. Com o Mercosul temos um acordo bilateral que este governo assinou com a Argentina.

No âmbito próprio do Mercosul, na última reunião ocorrida em Montevideu, concluímos um texto de um acordo quadrangular entre todos os países do Mercosul de cooperação e troca de informações na área de repressão às infrações à ordem econômica. Há avanços também em direção à ALCA e um acordo de troca de informações com a União Européia se desenvolvem e, certamente, trarão frutos num futuro muito próximo.

Mas as diferenças são importantes, e eu vou passar a falar delas rapidamente. Ao passo que a economia e a administração tendem a considerar o mundo como uma aldeia global uniforme, o mundo está longe de sê-la. Ele possui profundas diferenças e eu aqui tomo alguns dados como PIB e popu-

lação. Estas assimetrias repercutem sim na análise das informações e devem, necessariamente, exigir das autoridades brasileiras uma análise concreta da nossa realidade como veremos, inclusive, por uma decorrência impositiva da doutrina da concorrência que é assentada sobre o conceito de mercado relevante.

No que toca aos PIBs, há uma diferença gráfica entre os países.

Na questão da renda *per capita* também eu coloquei, sempre para orientar os senhores, os países da América do Sul (Brasil, Chile e Argentina) à direita para que se tenha uma referência imediata para a comparação.

Em termos de população, e este é um dado que eu gosto muito - população significa mercado consumidor, desde que tenha o mínimo de capacidade de renda para consumir- o Brasil é um dos países mais populosos. Daí porque o interesse *a priori* de investimentos no Brasil já que possui um significativo mercado potencialmente consumidor de bens e serviços.

Crescimento - esses são dados de 2002. Inflação - taxas de inflação de 2002.

No âmbito do Mercosul, fazendo análise agora em um quadro menor, os PIBs dos quatro países do Mercosul são diferentes e daí a dificuldade do encaminhamento do Mercosul. Mais de 70% das regras assinadas do Mercosul não estão em vigor – dados do Ministério de Relações Exteriores. Por que? Porque existe uma assimetria econômica e cultural muito grande entre os países do Mercosul. Essa assimetria precisa de um esforço muito grande de ser superada. O aprimoramento institucional e a troca de informações no combate às infrações à ordem econômica decorrem das diferentes culturas e, sobretudo, das estruturas econômicas dos países.

Em termos de PIB, fazendo uma comparação com o Estado e a cidade de São Paulo dentro dos demais países do Mercosul, a cidade de São Paulo tem o PIB maior que o do que o Paraguai. O Estado de São Paulo possui um PIB maior do que o da Argentina.

Em termos de população, a população do Estado de São Paulo é maior do que a população da Argentina; a população do município de São Paulo é maior do que a população do Paraguai e maior do que a do Uruguai.

Fica claro, a partir de um olhar econômico-estatístico, a dificuldade e a assimetria que existe no Mercosul.

Agora, olhando o Brasil.

Estou fazendo uma análise que vem do mundo: Mercosul *versus* Brasil. Dentro do Brasil, a diversidade brasileira não é desprezível, é imensa em termos de PIB.

Em termos de população, o Estado de São Paulo e os demais estados da federação brasileira. A extensão dos estados.

Portanto, aqui se desdobram os agentes econômicos internacionais.

Esse é um dado da análise de atos de concentração. Nós não temos ainda uma estatística, como bem a Dr<sup>a</sup> Maria Paula procura levantar, da questão das condutas. Aqui mostra aos senhores os números de operações internacionais na área de fusões e aquisições que repercutem no Brasil. Os senhores notam, obviamente, um decréscimo desse número em decorrência da desaceleração da economia mundial, que também, obviamente, repercute no Brasil. Agora, é expressivo o número de repercussões de atos transfronteiras no Brasil. Isto também é um grande indicador de que, por conseguinte, deve ser igualmente expressivo o número de infrações à ordem econômica transfronteira que deve repercutir no Brasil, porque no Brasil existe um significativo e forte número de agentes internacionais atuando na economia sobretudo acrescido e aumentado no decorrer da década de 90.

Portanto, o que cabe fazer em termos de autoridade de concorrência além do que a SDE já tem feito? Algumas reflexões que trago aqui aos senhores. O Brasil precisa aprimorar os instrumentos de pesquisa de dados e análises do mercado relevante brasileiro. Existem inúmeras peculiaridades que o mercado brasileiro possui: diferenças culturais e econômicas estão aqui esboçadas em estatísticas. E as diferenças de mercado, de hábitos de consumidor impactam brutalmente a definição do mercado relevante.

As instituições de pesquisas brasileiras precisam crescentemente se aprimorar e tenho notado que nos processos que estão recentemente sob análise do CADE há um incremento muito grande das pesquisas e do debate técnico, econômico e econométrico em alguns processos. A meu juízo, esse número ainda é insuficiente; é preciso que os organismos brasileiros de pesquisa e que as partes aprofundem as discussões para que no CADE se possa fazer uma análise cada vez mais apurada e acertada do complexo e grande mercado brasileiro, que é diverso em riquezas e hábitos.

Certamente, no que toca ao tema do cartel, os hábitos de apuração e investigação de cartéis em países da Europa e nos Estados Unidos têm diferenças. Aqui no Brasil nós temos a praia, o futebol e a escola de samba

além das associações e dos luxuosos hotéis. Tudo isso deve ser analisado e ponderado, para que a efetividade da repressão possa ser maximizada. Além do que as pesquisas e o mercados devem ser muito bem detalhados para que se possa, de um lado, efetivamente dar condição de qualidade às decisões que tomamos dentro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Isso decorre de um dado claro da doutrina antitruste - o mercado relevante. A definição de mercado relevante, leva e deve levar em conta as especificidades dos hábitos dos consumidores e da cultura. Como vimos pelas estatísticas, pela diversidade de população e de cultura o Brasil é um país singular e riquíssimo para que todos os estudos e as interpretações possam ser esclarecidos no âmbito do processo administrativo que apura as infrações à ordem econômica.

Disso decorre uma outra conclusão. As decisões tomadas em países estrangeiros sobre atos de concentração e condutas devem ser consideradas? A princípio, digo claro que sim, mas devem ser aprofundadas diante dos efeitos e da realidade do mercado e da sociedade brasileira. Daí porque é imprescindível indagar as repercussões quer no âmbito das condutas, quer no âmbito das concentrações daquele ato que estaria apresentado em eventuais outras jurisdições. Como Conselheiro-relator, eu sempre procuro fazer isso.

No âmbito do Mercosul, quando tomada uma decisão, demos procurar oficiar as autoridades do Mercosul para que tenham conhecimento do quanto em Brasília se decidiu para quem, querendo, tome as providências cabíveis nas suas respectivas jurisdições nacionais que integram o Mercosul. Essa prática certamente, para além da assinatura de documentos formais, dará uma dinâmica nova ao combate das infrações e na análise dos efeitos dos atos de concentrações no Mercosul. Eventualmente também em união com a União Européia, os Estados Unidos e com outras economias, em que os efeitos possam ser sentidos em caráter bilateral ou multilateral no que toca ao tema da concorrência.

Concluindo, temos que no Brasil há uma grande caminhada e uma grande escada a ser subida. Aprimorar a legislação nacional, hoje temos um exemplo claro do esforço que as autoridades têm feito neste sentido, através de portarias, de jurisprudência, de alteração no marco normativo nacionais. Ainda, estabelecer com frequência acordos bilaterais. Com os Estados Unidos e com a Argentina já temos. Devemos firmar acordos com quantos outros países precisarmos dialogar para que as provas possam ser intercambiadas de alguma forma utilizadas entre as autoridades nacionais de concorrência.

Portanto um desenvolvimento simétrico e harmônico de legislações nacionais com as quais se possam caminhar para acordos multilaterais e, eventualmente, num futuro próximo – já pela minha experiência e pela minha avaliação não tão perto- criar autoridades regionais no combate às infrações à ordem econômica.

Essa escada não se sobe aos pulos, e a prova disso é a alta inaplicabilidade dos acordos no âmbito do Mercosul. Ou seja, é preciso desenvolver a cultura, a prática, o diálogo, a convivência e a superação de assimetrias teóricas e conceituais. Fala-se em responsabilidade *per se*, fala-se – e aqui ênfase - em responsabilidade objetiva no Brasil. Quais são as diferenças? Quais são as semelhanças?

Com isso, senhores, mais do que querer trazer algumas informações eu trouxe um convite à reflexão sobre o desenvolvimento atual e futuro do tema da defesa da concorrência no Brasil. Matéria a qual o IBRAC certamente é um grande promotor. É também um grande anfitrião nesse seminário bem como em tantos outros que realizou e que realizará aqui no Brasil.

Muito obrigado.

### SLIDE 1

## **Globalização e Jurisdição Nacional**

*Defesa da Concorrência*

Conselheiro Fernando de Oliveira  
Marques

*Novembro de 2003*

**SLIDE 2****Globalização:**

- Estreitamento dos espaços;
- Redução do tempo;
- Aproximação de mercados e agentes econômicos;
- Elevação da oferta de bens e serviços;
- Elevação do consumo;
- Quebra de fronteiras comerciais;
- Transnacionalização das empresas.

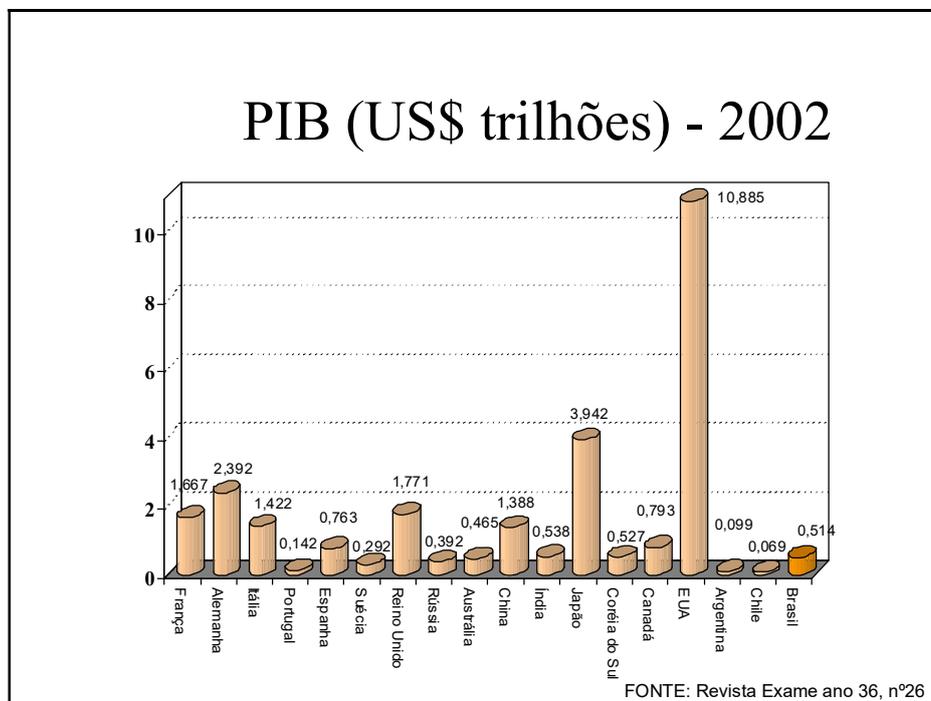
**SLIDE 3****Brasil:**

- Constituição Federal de 1988, artigos 1º, 3º, 4º, 170, 173 e 219: independência e soberania nacional, aprimoramento do mercado interno e da livre concorrência, integração regional com os demais países latino americanos;
- Adaptar-se ao contexto globalizado da economia, e fortalecer estrutura interna;
- Fortalecer instituições para se desenvolver em conjunto com os demais países do MERCOSUL / ALCA / União Européia.

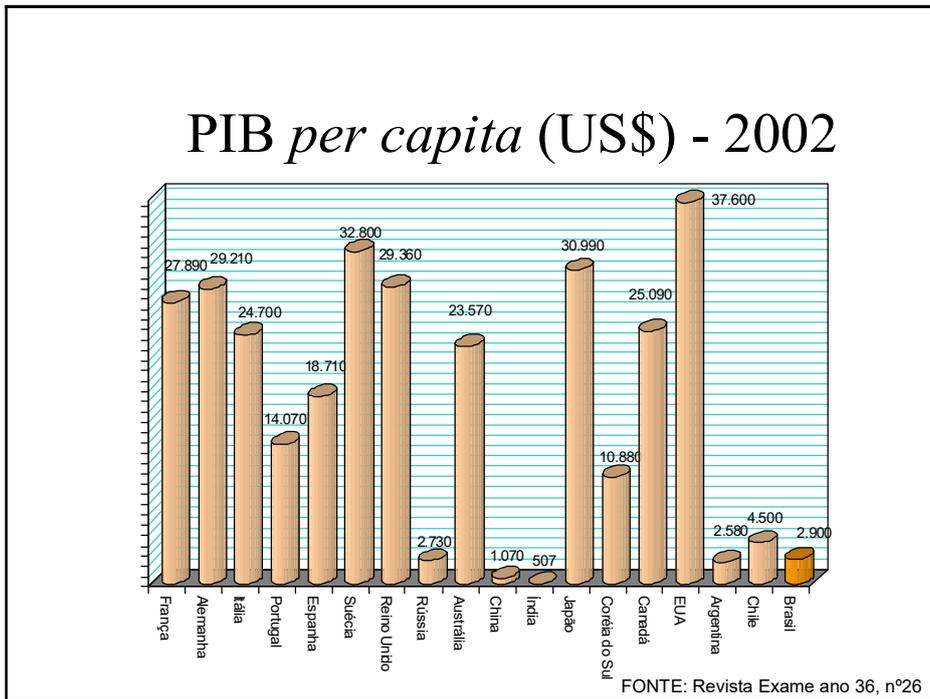
**SLIDE 4**

**Acentuadas Diferenças de Contexto**  
*Brasil X Outros Países*

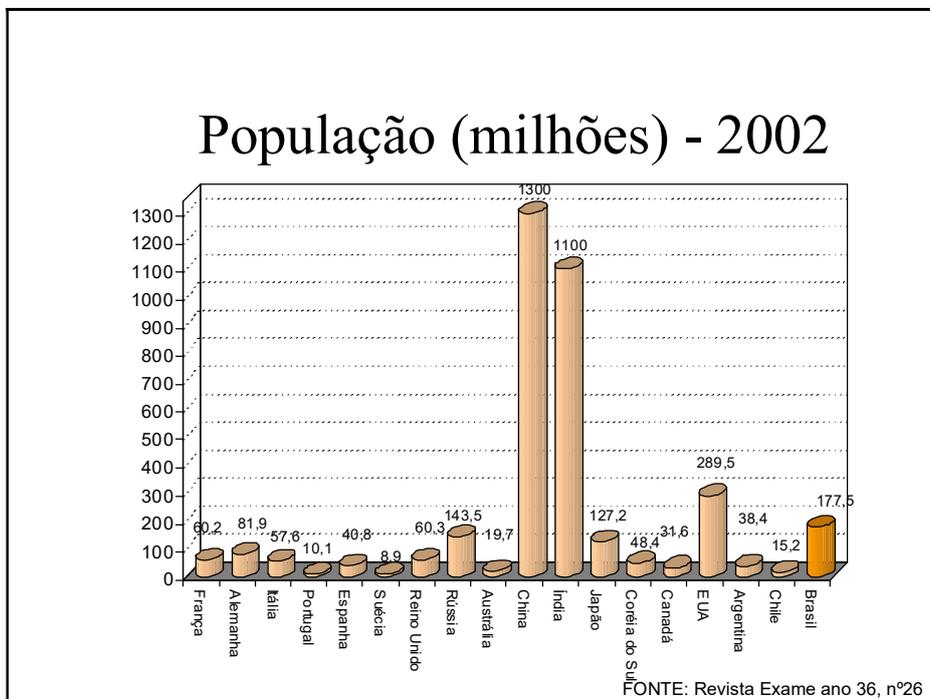
**SLIDE 5**



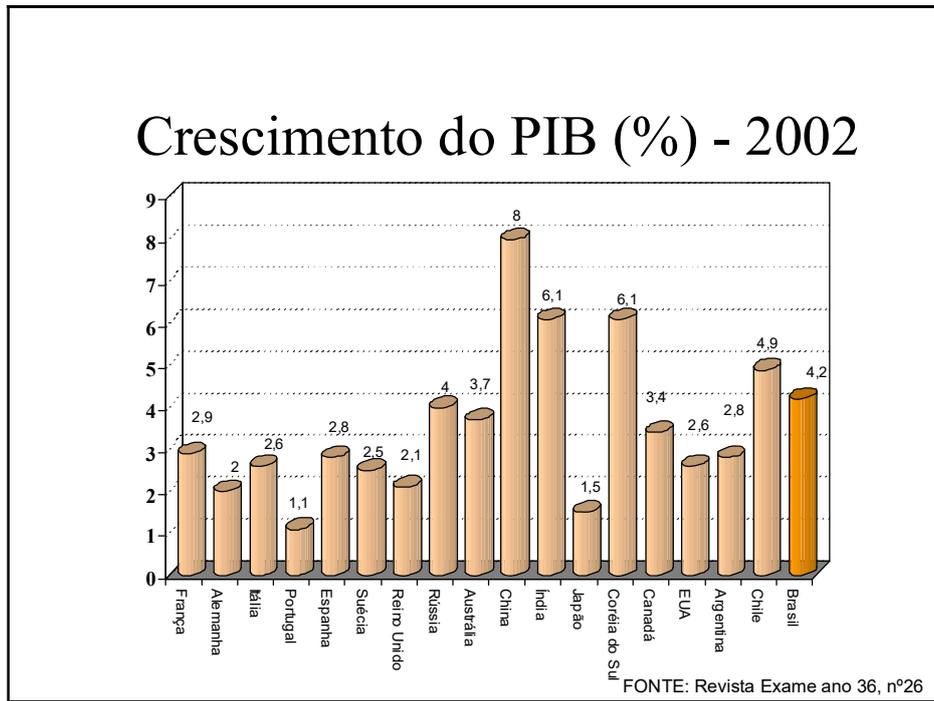
SLIDE 6



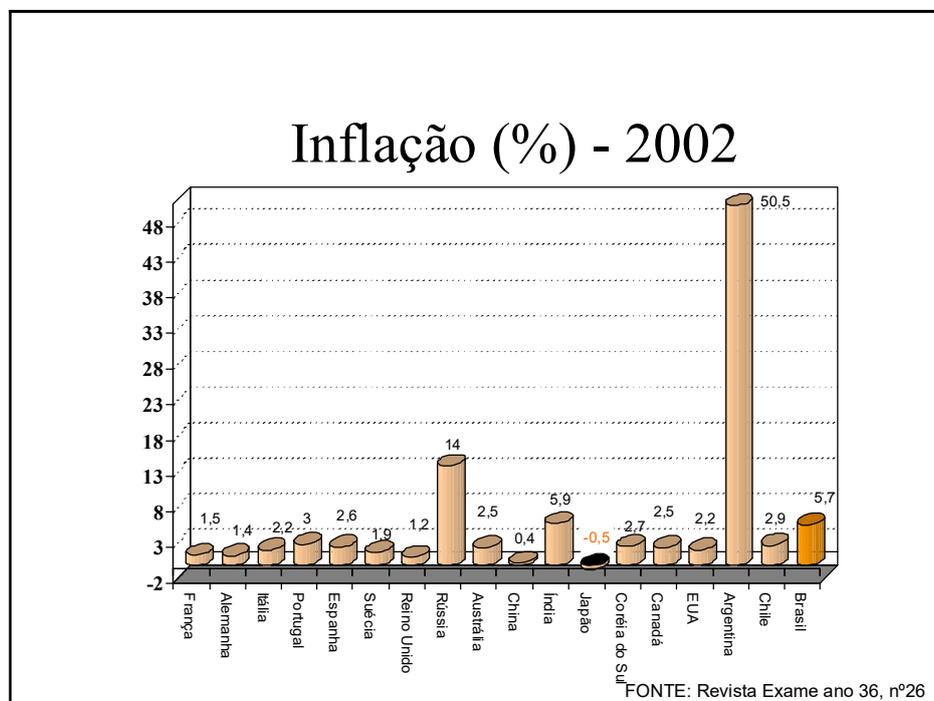
SLIDE 7



SLIDE 8



SLIDE 9



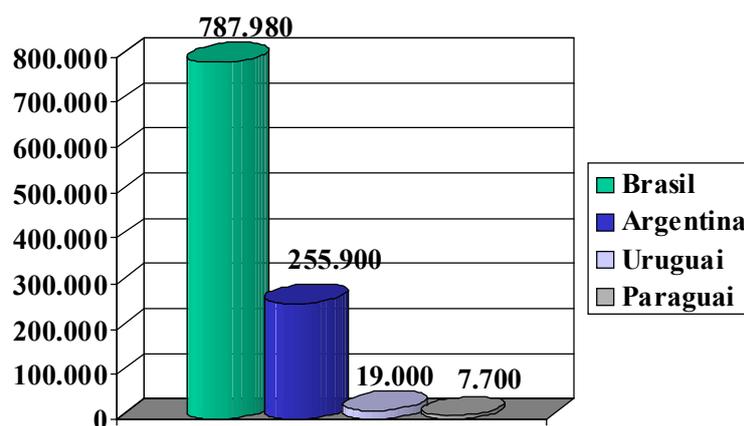
## SLIDE 10

## Acentuadas Diferenças de Contexto

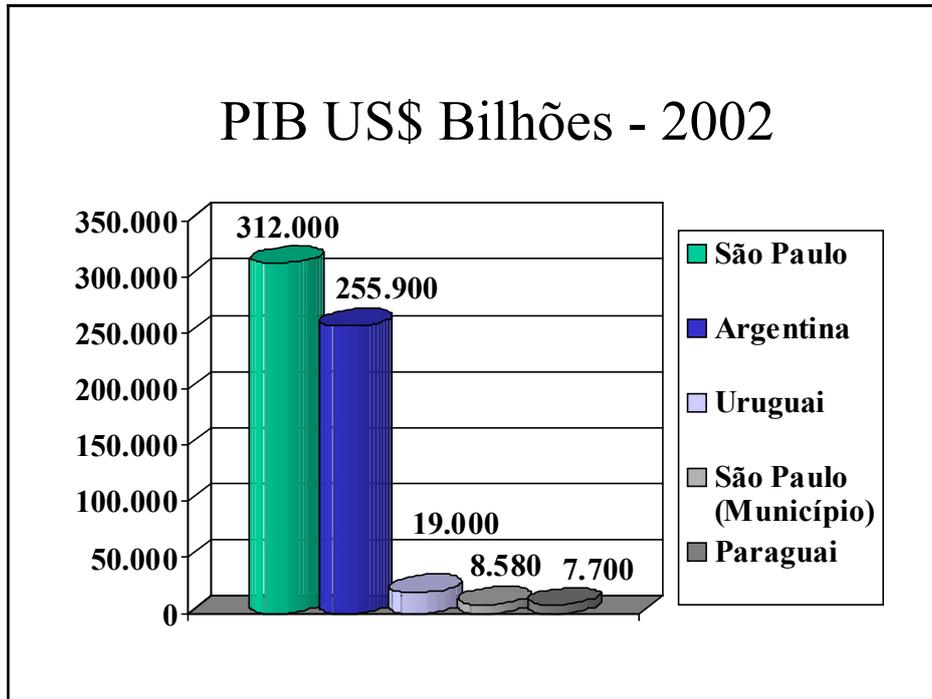
*Países do MERCOSUL*

## SLIDE 11

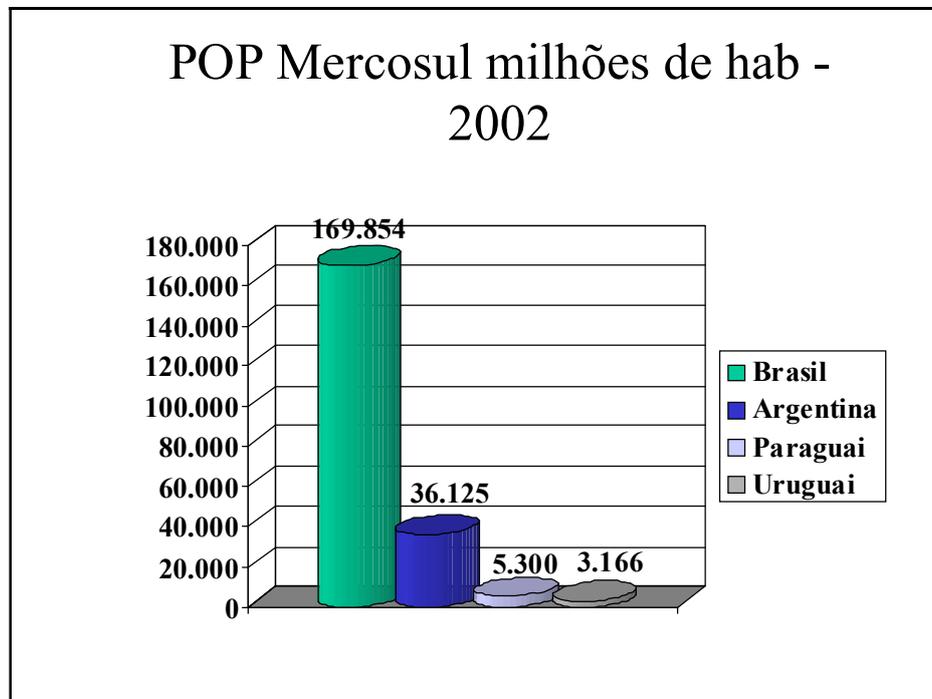
### PIB US\$ Bilhões - 2002



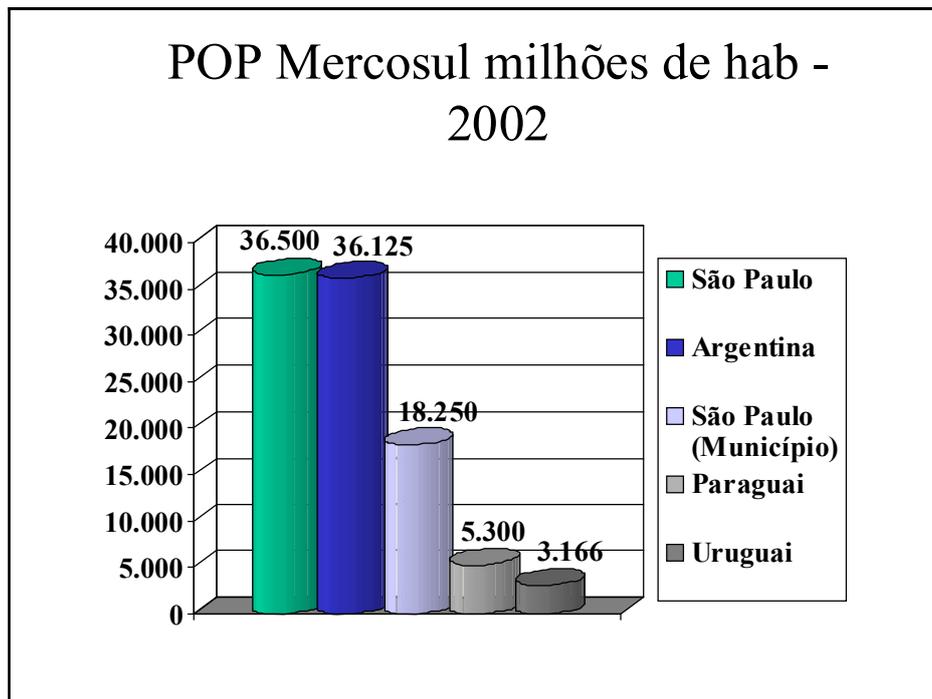
SLIDE 12



SLIDE 13



## SLIDE 14

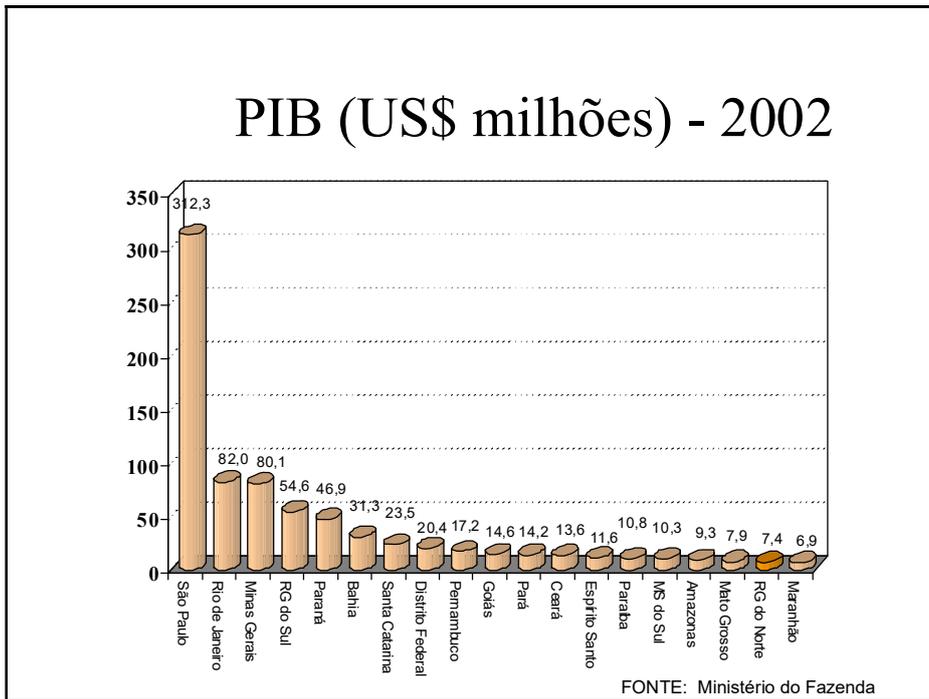


## SLIDE 15

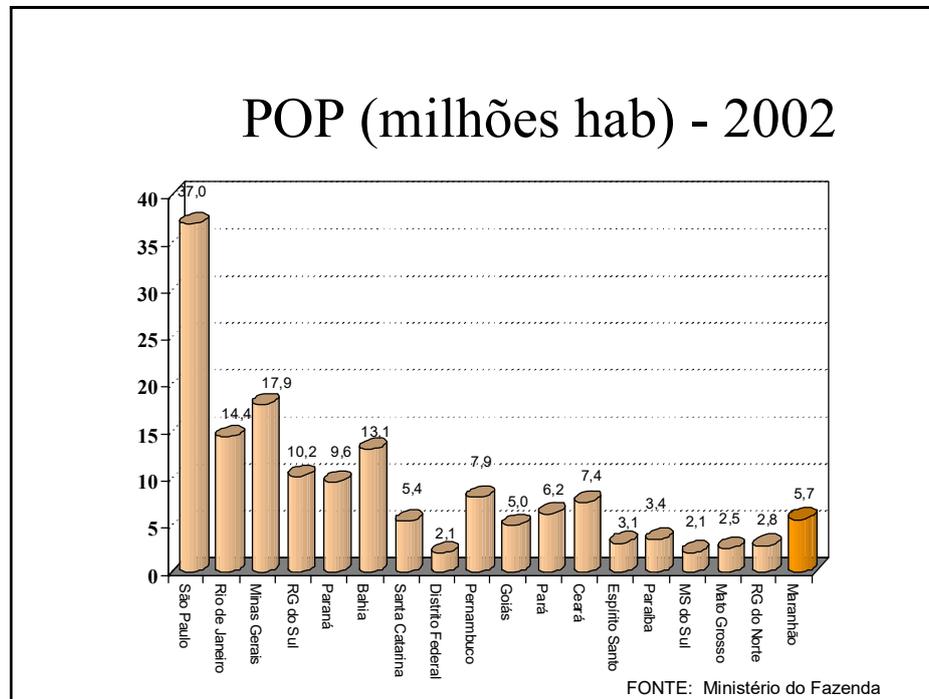
Acentuadas Diferenças de  
Contexto

*Estados brasileiros*

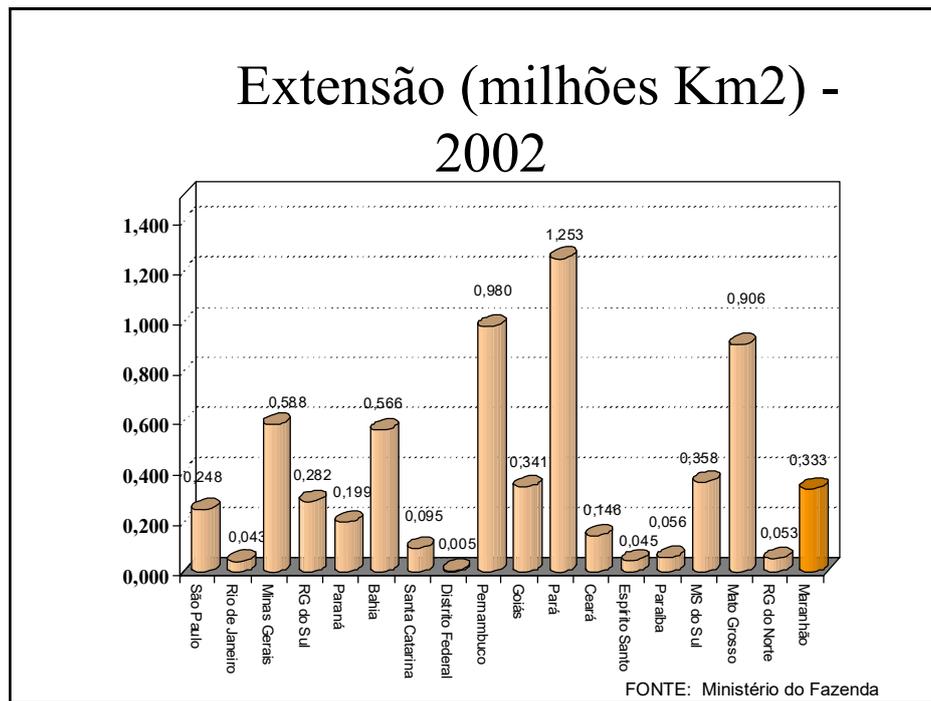
SLIDE 16



SLIDE 17



## SLIDE 18

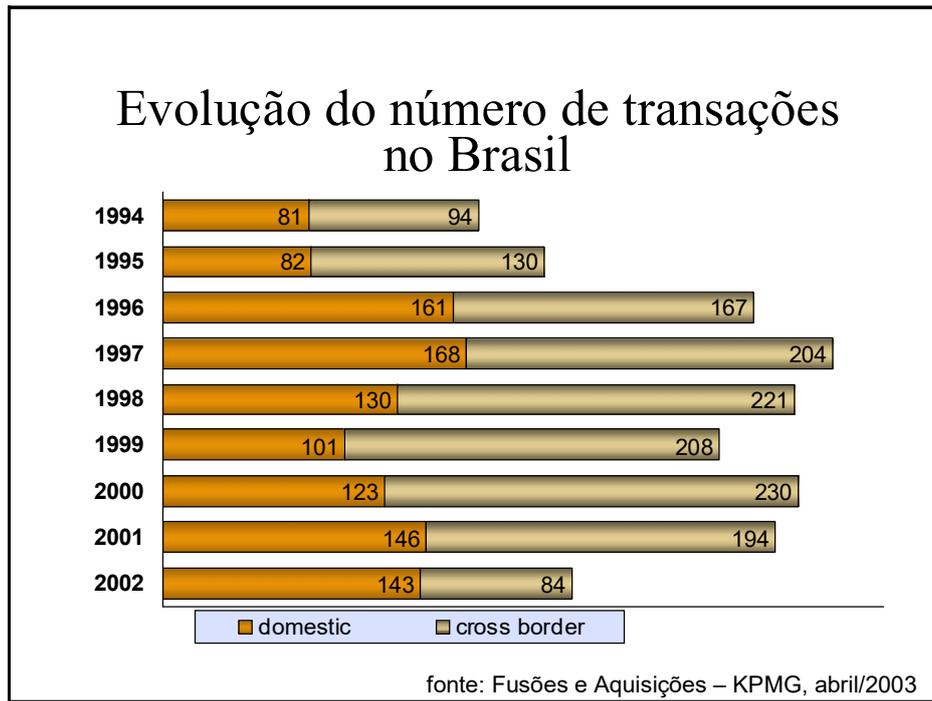


## SLIDE 19

## Negócios Transnacionais

*Breve avaliação*

## SLIDE 20



## SLIDE 21

### Perspectivas e Objetivos:

- O Brasil deve fortalecer e aprimorar seus instrumentos de pesquisa de dados e análise de mercado (no CADE, hoje, há significativa sofisticação de pesquisas econômicas, porém, o volume ainda é pequeno);
- A integração no MERCOSUL deve progredir rumo ao aprimoramento das relações entre os Estados-Parte signatários do acordo;
- Em defesa da concorrência: tem sido realizado trabalho nesse sentido pelo CT5, grupo de trabalho dedicado à exploração das normas e ao aprimoramento de práticas tendentes a prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica no âmbito do MERCOSUL.

**SLIDE 22****Síntese das Razões:**

- De um lado: dentre outros aspectos já levantados, a definição de mercado relevante (marco inicial da análise em defesa da concorrência), por exemplo, é função da análise da demanda, da oferta, da concorrência e sobretudo dos hábitos dos consumidores;
- Ora, isso é algo que tem que ser feito a partir da realidade que varia de país para país e num mesmo país, como o Brasil, contemplando as eventuais diversidades regionais e culturais.

**SLIDE 23****Síntese das Razões:**

- Por outro lado: o mercado, cada vez mais se internacionaliza resultando crescente agregação de países em blocos econômicos, reduções de alíquotas de importação (no Brasil, notadamente, a partir da década de 1990), crescente internacionalização dos agentes econômicos e dos hábitos de consumo, através, v.g., da utilização da internet, o que, portanto denota que os países precisam acelerar os processos de integração da cultura da concorrência;

## SLIDE 24

Conclusão de “*lege ferenda*”:

- Criar e promover: (a) autoridades e legislação nacionais; (b) acordos bilaterais; (c) desenvolvimento simétrico / harmonização de legislações nacionais; (d) acordos multilaterais; (e) autoridades regionais de defesa da concorrência.
- Porém: “essa escada/evolução não se sobe aos pulos”.
- Não se pode transpor etapas nos processo de aprimoramento do tema da concorrência, pois o principal é que os Estados caminhem em níveis equivalentes de desenvolvimento da oferta da concorrência.

## DEBATES

## Tito Andrade

Em função do avançado da hora e da necessidade do Conselheiro Fernando Marques e do Dr. Alan Ryan terem que se retirar um pouco mais cedo, vou pedir que as perguntas sejam dirigidas ao dois em primeiro lugar.

## Guilherme Ribas, SDE:

Eu gostaria de aproveitar a presença do Dr. Alan e dirigir minha pergunta a ele.

Eu gostaria de saber, com mais detalhes, quais são as maiores medidas de investigação em sua jurisdição. Também gostaria de saber sobre a efetividade dessas medidas e os termos de coleta e juntada de evidências de colisão. Eu gostaria de saber ainda como vocês, advogados, reagem em certas situações. Por exemplo, o que você faz quando o *dawn raid* acontece em sua jurisdição?

## Alan Ryan

Obrigado. O único fato mais importante é as aplicações de leniência porque ela pode ser combinada com a ameaça de uma enorme multa. Se o nível da multa for baixo ninguém vai, na verdade, se aborrecer com a leniência, mas quanto maior for a multa, maior é a probabilidade das pessoas terem leniência. Essa é a melhor evidência que se pode obter porque é basicamente a confissão. Se não temos isso, torna-se um tanto difícil, mais especificamente para corrente civil da Comissão Européia.

A evidência de um *dawn raid* é útil e algumas vezes até bom. Às vezes você encontra aquela “goma de mascar para fumantes”, algumas vezes não. Contudo, sem a evidência de leniência tenta-se unir um caso e se olharmos o que acontece, escutaremos sobre um número de casos que a Comissão desiste por falta de evidências ou coisas do gênero. Na verdade, se deve pensar em dar enfoque a uma enorme multa a fim de encorajar a efetividade no programa de leniência.

O que fazemos em um *dawn raid*? Isso depende de qual país se está. Se for um *dawn raid* da Comissão da União Européia, deve-se usar o conjunto com a autoridade local nacional. Mas se está sob a lei da União Européia, sua lei e seus procedimentos governamentais a Comissão Especial espera até cerca de uma hora para advogados de outras empresas chegarem; às vezes eles não virão mas se espera mesmo assim.

O que nós fazemos como advogados? Claramente, existe um estandarte limite para o advogado, uma série de limitações no que podemos fazer. Nós podemos verificar o que a Comissão da União Européia possui, suas autoridades especializadas ou qualquer outra coisa. Em dez entre dez casos, a única coisa que nós realmente podemos fazer é manter o foco no propósito pois a razão pela qual eles avaliam tem que ser discutida na decisão.

Por exemplo, no caso da “Vitamina A” nós procuramos por evidências. Se eles estiverem observando os estudos não relatados como aconteceu neste caso, nós tentamos mantê-los longe disto, mas isso é muito limitado.

Quando eles pedem mais explicações sobre o assunto e solicitam respostas escritas, nós podemos dar-lhes algum tipo de resposta oficial da empresa. Francamente, a razão mais importante de ter um advogado é manter um registro de todas as informações que a Comissão lhe permite manter, porque a Comissão, quando vai até a empresa, usa a copiadora da própria

empresa para copiar tudo. Ela não leva embora todas as informações. Nós podemos fazer cópias extras e ter acesso ao que a Comissão tem. Presumindo que nós não tenhamos idéia de que existem preocupações a respeito deste assunto específico nós podemos pesquisar as evidências. A Comissão tem que tentar aconselhar a companhia sobre o que é provável de ser encontrado e o que não é e quais são as medidas devem ser tomadas, somente para cooperar. Mesmo se for tarde demais para leniência eles devem somente cooperar, mas claramente nós não esperamos para impedir a própria investigação.

Tenho certeza que não há ninguém neste seminário que conduza um negócio que estraçalha documentos - é um vestígio muito óbvio. Finalmente, eu gostaria de advertir todos os empresários para não conversarem com as pessoas que estiverem conduzindo a busca. Aqueles que são muito bons nisso podem conversar bastante e podem envolver os empresários em longas discussões, principalmente quando os empresários se sentirem ultrajados porque estão sendo investigados. Se realmente quiserem se explicar e explicar as condições do mercado tudo bem, mas não conversem muito porque este é um assunto muito prático.

### **Tito Andrade**

Dra. Elizabeth

### **Elizabeth Farina**

A pergunta é para o Dr. Alan. Você mencionou que quando houve a criminalização dos cartéis no Reino Unido a razão principal era que se queria controlar as práticas. Eu lhe perguntaria: os EUA têm criminalização e mesmo assim eles têm muitos cartéis; você acha que é realmente necessário? E nós sabemos que a criminalização insinua regras muito novas para provas e se tem muitos custos envolvidos, logo minha pergunta é: isso é suficiente? Qual é o próximo passo?

## Alan Ryan

Obrigado. Eu acho que seja necessário porque trata-se de uma questão de cultura: a cultura da conformidade. Ainda hoje na Europa temos esta cultura que é fria quanto ao envolvimento em cartéis. É um tipo de um modismo ruim! Seria como uma multa por alta velocidade: enquanto estou recebendo uma multa por alta velocidade, um motorista alemão respeita os limites de velocidade dirigindo a menos de 80 km/h! Somente a partir 1999 é que as multas começaram a ser importadas. Mesmo com isso, do lado civil, isso não é o que os impede. A cultura ainda está lá!

Há um caso que talvez mostre que a cultura não mudará com a criminalização. Em 1998, a Companhia Aérea Escandinava SAS & Mask dividiu alguns setores entres si. Isto foi descoberto e eles foram multados. Houve um grande protesto na imprensa sueca a respeito de como o consumidor padrão tem sido fraudado. Então, a SAS tentou parecer certinha em tudo mas todas as coisas já estavam feitas, por isso não mostrou nada de errado a respeito disto.

Até hoje, há clientes que não entendem. Eles dizem: meu preço é este e preciso proteger meu mercado. O que está errado com isto? Eu preciso fazer isto para proteger meu mercado. Acho que penalidade é uma coisa necessária a ser feita. Mas imaginem a experiência dos Estados Unidos: acho que os EUA, até recentemente, não tinham feito isto por causa da pechincha livre, da imunidade e tudo mais. Não há muitas pessoas que vão para a prisão, mas no interior esta é uma atitude agressiva contra os cartéis. Mais pessoas têm ido para a prisão e mais pessoas têm discutido este assunto

## Tito Andrade

Marcelo, acho que vai ser a última pergunta para o Conselheiro e para o Alan, depois vamos abrir para todos.

## **Marcelo Calliari, advogado de Tozzini, Freire e Silva Advogados e ex-conselheiro do CADE:**

A pergunta é tanto para o Dr. Ryan quanto para o Conselheiro Fernando Marques. Depois eu queria ouvir a Procuradora também. A questão é sobre o padrão de prova.

Foi mencionado por ambos e pela Procuradora também sobre a diferenciação do padrão de prova num caso criminal e num caso administrativo ou civil. Eu queria ouvir um pouco mais sobre qual é essa diferenciação, quão menos rigorosa deve ser a prova num caso, por exemplo, a ser julgado pelo CADE ou num caso a ser decidido no âmbito administrativo na Inglaterra do que o que se exige no caso penal.

Eu vou usar um exemplo da experiência do CADE. Talvez estes casos mais recentes de sindicatos de postos de gasolina não levantem tanto esta questão porque a prova, provavelmente, satisfaria qualquer tipo de exigência. Mas o caso do cartel do aço, por exemplo, chegou a ser discutido no CADE. Qual seria o tipo de padrão necessário em termos de evidência econômica? Acabou não sendo necessária a conclusão dessa discussão porque se atingiu um padrão de prova, nesse caso específico, que satisfaria também a exigência criminal nos Estados Unidos, por exemplo. Isto é o paralelismo de preços, um comportamento de preços não justificável por qualquer outro argumento racional-econômico mas que era uma reunião entre as partes em que se determinou que houve uma discussão sobre preços. Essa foi a posição do CADE.

Então, não chegou a ser necessária uma decisão do CADE com relação a isso. Bastaria apenas a evidência econômica? Um comportamento de preços, não explicável de outra maneira racional que não por um cartel, seria suficiente para uma condenação na esfera administrativa? Agora na medida em que há essa aproximação com a esfera penal no Brasil também, houver um caso paralelo correndo no criminal poderemos ter uma condenação na esfera administrativa e a prova não ser suficiente no caso penal.

Eu queria ouvir um pouco mais sobre essa discussão, especialmente na Inglaterra, sobre a possibilidade dos dois processos paralelos e se houve alguma discussão com relação à distinção do padrão de prova.

## Fernando De Oliveira Marques

O Dr. Calliari toca exatamente na questão, questão esta que, por exercício da função, eu não poderia antecipar em pleno mas que posso fazer uma reflexão sobre alguns pontos que me parecem muito relevantes, sobretudo neste momento em que o sistema passa a enfrentar com maior intensidade e frequência o combate às infrações, especialmente o cartel.

Primeiro, tenho que é absolutamente clara a possibilidade de haver uma absolvição ou uma insuficiência de provas para sustentar uma responsabilidade criminal no Brasil. Também acho que é possível uma circunstância em que as provas sejam suficientes para impor uma responsabilidade no âmbito do CADE.

O art. 20 trata de uma responsabilidade independentemente de culpa. Por outro lado, sobre a questão do *plus* nós não temos como fazer comparações entre legislações internacionais porque istio é muito difícil.

Sobre a questão da responsabilidade *per se*, nós não a temos. Mas temos a objetiva no *caput* do art.20 que tem seus quatro incisos, ou seja, precisa estar demonstrada de alguma forma uma daquelas quatro finalidades vetores que sustentam a possibilidade da conduta vir a ser caracterizada como uma infração concorrencial nos termos da Lei nº 8.884. Além daquele elenco de incisos do art. 21, dentre eles o famoso inciso V que é quase que um inciso de conduta geral, é possível que isso seja cotejado no processo.

Que tipo de evidência vai ser trazida aos autos para caracterizar uma infração ou um ato concorrencial ? Isto vai se dar nos julgamentos, mas eu não tenho dúvida que é diferente da responsabilidade penal, esta sim baseada no princípio da culpa e eventualmente do dolo. Ela permanece na Lei nº 8.137 aqui no Brasil.

Isso tudo vai ser matéria dos próximos trabalhos, debates e teses. Quem sabe o próximo prêmio do IBRAC aprofunde esse tema. Certamente, estará sendo vazado em alguns votos que estarão sendo desenvolvidos num futuro próximo.

## Alan Ryan

Eu acho que é certamente comum no sistema inglês com a nova lei criminal. Isto se tornou mais fácil e eu acho que teria no Brasil o crime *per*

se, porque uma vez que os preços foram fixados, em um contexto horizontal *per se* não é preciso ir e mostrar que era um fato verdadeiro de restrição de da concorrência. Então, eu acho que a única coisa que se precisa provar é que ele, na verdade, concordou com outra pessoa. Isto era muito mais fácil, porém era desonesto. A desonestidade poder-se-ia dizer que pode ser tecnicamente interpretada.

Não é preciso demonstrar que havia uma restrição de concorrência ou mesmo todas as possibilidades deles não serem porque talvez o acordo nunca seja implementado, por exemplo. A lei é mais acessível no sistema inglês.

Quanto à questão de como se casa dois defeitos de provas é, na verdade, algo que ocorre bastante comumente. Pode-se ter uma acusação criminal e se pode ter também uma ação civil por danos exatamente no mesmo processo. Eu lhe dou dois exemplos sobre como isso funciona: um nos EUA e um no Reino Unido, ambos exatamente no mesmo padrão. Por que não vemos aquele exemplo que falamos mais cedo? O.J Simpson.

O.J Simpson foi considerado inocente. Não foi provado nada além de uma razoável dúvida ao menos no pensamento do júri deste caso. Vocês devem ter visto que ele matou sua esposa. Por outro lado, no tribunal civil ele foi considerado responsável por infringir o direito civil de sua esposa, assim ele teve que pagar \$20 milhões de dólares. Novamente porque a essência da prova era muito ruim.

O outro caso é sobre Bill Clinton. É a respeito de todas as alegações de Paula Jones. Eles estavam ameaçando processá-lo por infringir os direitos civis, mas não havia ninguém que conseguisse uma lei que pudesse responsabilizá-lo por qualquer coisa. Mais uma vez porque a essência da prova seria muito mais alta.

Isto é algo bastante confortável. A dificuldade, na verdade, é a linha do procedimento. Assim, se você não tem nenhuma revelação pública no caso civil talvez você possa prejudicar um julgamento justo num caso criminal. O que significa, basicamente, que a ação criminal tem que seguir primeiro. Para ser honesto com vocês, desde toda intenção atrás dos cartéis na prisão, é provavelmente o detentor mais efetivo. Colocar a ação criminal em primeiro lugar é a coisa mais apropriada a fazer.

O Estado vai ter menos receita, mas porque as multas virão mais tarde. Em termos de deter os danos sociais causados por cartéis, ter condenações criminais é, provavelmente, muito mais sensato. Isto é assim pelo menos no contexto doméstico do Reino Unido, exceto o caso criminal.

A outra coisa que eu diria é que todos os países têm tradições legais, particularmente em casos criminais; cada país tem suas tradições e procedimentos muito históricos sobre o que se faz. Por exemplo, no caso inglês, se tinha o sistema de colocar em liberdade sob fiança, com o antigo advogado defendendo você. Por exemplo, nos EUA você tem outras tradições e no Brasil você tem outras. É muito importante se ajustar à sua cultura legal. Ninguém deve se sentir constrangido a respeito disto. O que pode fazer a detecção de cartéis mais difícil.

Nessa parte, há algo na União Européia que não é mais como antes porque os padrões impõem multas civis entre os países. Na maioria dos países, a administração pode impor multas com base nos relativos e baixos padrões de prova da lei civil. Eles não são, por outro lado, o que a Constituição diz “apenas o Tribunal pode impor multas”. Assim, se as autoridades de concorrência iranianas investigam eventos civis, eles têm que ir ao Tribunal e provar o dano criminal até mesmo para impor uma multa civil. Isso porque na sua tradição legal é assim que a Constituição diz que deve ser. Todos dizem que a sua própria Constituição vem primeiro. E você precisa fazer algo que se ajustará em sua própria Constituição. Não há um lado global para o crime e certamente também não há o lado criminal do cartel.

### **Maria Paula Dallari Bucci**

Para completar o que já foi dito- e eu concordo com as duas respostas inteiramente- queria lembrar que qualquer análise, seja no âmbito administrativo seja no âmbito judicial, é feita a partir do chamado conjunto probatório. Então, evidentemente, não há uma medida objetiva e satisfatória a partir da qual se possa dizer que foi preenchido ou não o parâmetro de prova.

O conjunto probatório diz respeito não só ao conjunto de evidências e aos elementos, mas àquilo que se quer provar. Então, fixar *a priori* um padrão seria omitir que existe uma série de conceitos jurídicos indeterminados para serem preenchidos no caso concreto. Daí chegamos na diferença até de escopo no tratamento da prova na esfera administrativa e na esfera penal.

Na esfera administrativa, acho eu, que há muito mais espaço para a análise econômica da prova, mas isto dificilmente será feito. Nós não temos nenhuma tradição nisso. E o mais esperado é que a coisa progrida por meio da interconexão de esferas. Então o trabalho, que é profundo e extenso na esfera administrativa em relação a determinar os tais de conceitos

indeterminados – mercado relevante – consiste em aferir se naquele mercado definido aquela conduta limita a concorrência ou incide em uma daquelas hipóteses do art. 20. Dessa forma, todo esse trabalho e essa profundidade da análise econômica é muito mais própria da esfera administrativa.

Eu acho que até podemos falar quase em vocação de provas ou em provas que têm maior vocação de aproveitamento num sentido ou em outro. E só para completar, assim como existe de um lado um conjunto probatório - e isso faz todo sentido quando o John faz referência à tradição, à fixação dos padrões e à jurisprudência - de outro sabemos que esses padrões variam não só no espaço, de país a país, mas variam no tempo. Podemos ter períodos de jurisprudência mais branda e períodos de jurisprudência mais rígida porque isso existe em todas as matérias. E no CADE pode acontecer, quer dizer, certos padrões probatórios que não eram aceitos. Eles podem começar a ser tolerados exatamente para induzir maior rigor na punição das condutas e assim por diante.

Mas se temos de um lado um conjunto probatório- e acho que na minha exposição passei um pouco por isso- temos por outro lado um conjunto punitivo, por exemplo, voltando à questão da publicação e o problema das multas. A imposição de uma multa alta no Brasil pode ser tão mais inusitada, dramática e onerosa do que a publicação. Enfim, há uma variedade de sanções que compõem com o conjunto probatório um conjunto punitivo que realmente tem que ser fixado na medida da sucessão dos casos para compor uma determinada tradição.

### **Tito Andrade**

Bom, as perguntas podem ser dirigidas aos demais expositores. O Dr. Pedro tinha sido o primeiro a se manifestar. Não sei quanto tempo vamos ter e quantas perguntas vão ser possíveis...

### **Pedro Dutra**

A pergunta é dirigida à Dra. Bárbara.

Dra. Bárbara, quantos processos de investigação de cartel a atual direção da SDE encontrou? E quantos já foram possíveis de remeter ao CADE?

## **Bárbara Rosenberg**

Infelizmente, não tenho o número preciso para passar para o senhor, mas evidentemente ele pode ser passado posteriormente.

Em termos de grandeza de processos administrativos e averiguações preliminares em curso na Secretaria, eu diria que tinha cerca de mil que estavam em curso e hoje ainda existem 900. Na verdade, isso foi um trabalho sério, uma correição informal que fizemos de identificação, arquivamento ou envio. Tem até um detalhe importante: este ano foi enviada muita coisa para o CADE que identificamos como não constituindo de fato uma infração. O que tentamos fazer foi uma filtragem e eu diria que, em termos de grandeza, temos 10% a menos de estoque. E eu diria também que não seriam os casos de condenação.

Este ano foram enviados para o CADE, salvo engano, cinco processos com pedido de condenação de cartel - cinco processos foram concluídos mas eles já estavam em curso na SDE. Eu não saberia dizer exatamente quantos processos de cartel há: são mil processos de condutas em geral e, desse universo, talvez 30 ou 35% sejam de cartéis, incluindo procedimentos administrativos, averiguações preliminares e processos. Não é tudo o que está em curso na Secretaria que vai efetivamente se tornar processo administrativo. Muitos processos foram encaminhados para o CADE até mesmo com pedido de arquivamento por insuficiência de provas, ou seja, foi feita a instrução.

## **Tito Andrade**

Vou juntar três perguntas para finalizar. O Dr. Gesner tinha uma pergunta, o Dr. Pedro e o Dr. Aurélio também. Quatro perguntas contando com a da Dr<sup>a</sup>. Yolanda.

## **Gesner Oliveira**

Eu queria fazer uma pergunta com relação ao problema que foi levantado na exposição do Dr. Mauro e também da Dra. Bárbara em relação ao foco. Certamente, é um ponto muito importante e é uma contribuição da análise econômica que sugere algumas características estruturais que tornam mais provável a prática de cartéis.

A minha preocupação, olhando para outras jurisdições, é que essas características são tão amplas que elas exigem muito cuidado na aplicação e sobretudo na escolha dos setores. Se houver um critério unidimensional, evidentemente isso pode levar à distorções muito sérias. A própria Dra. Bárbara assinalou esse fato. Mas recorrentemente, em outras jurisdições, encontra-se esse tipo de problema. Seria útil pensar em outros critérios de escolha.

Algumas características estruturais inclusive sugerem probabilidades de melhores denúncias em alguns setores do que outros; há uma economia política que às vezes distorce a qualidade da denúncia. Então, acho que esse seria um ponto que mereceria reflexão.

Nós discutimos, e foi mencionada nas exposições, a importância das parcerias. Uma parceria talvez já tenha sido pensada mas que é muito natural seria o IBGE. Na contribuição, o banco de dados do IBGE é riquíssimo e a minha colega Denise chamava a atenção inclusive para o banco de preços, que é extremamente vasto e que poderia ser utilizado.

Uma última observação: em relação ao compromisso de cessação, que é um instrumento extremamente importante, eu acho que mereceria uma reflexão a respeito de qual seria o impacto sobre a rentabilidade esperada do ilícito; talvez tivesse um impacto ruim. Eu acho que não dá para dar resposta em relação a isso, mas este aspecto merece uma reflexão.

## **Tito Andrade**

Dr. Pedro, que sejam as perguntas mais breves possíveis.

## **Pedro**

Queria perguntar à Dra. Bárbara, aproveitando o gancho da exposição do Dr. Mauro, quando se referiu à dúvida com relação à competência do Ministério Público federal e estadual nos casos de leniência. Eu estenderia a competência a qualquer outro tipo de caso envolvendo investigação de conduta.

Com relação a essa competência do Ministério Público federal ou estadual, a Secretaria tem uma posição para a investigação da parte criminal?

## **Yolanda Amaral de Cerqueira Leite**

A minha pergunta é para a Dra. Maria Paula, que fez uma análise dos casos de cartéis. Nesse conjunto de casos, indicou-se as penalidades pecuniárias e penas acessórias. O que eu gostaria de saber é o seguinte: como todos esses casos foram praticamente parar no judiciário e o que aconteceu com essas penas?

## **AURÉLIO**

A minha pergunta também é para a Dra. Bárbara e diz respeito à sistemática desse programa de incentivos a *compliance* antitruste. Talvez eu esteja precipitando um pouco o debate que se dará certamente a partir de segunda-feira quando for divulgado o texto, mas queria entender por que a sistemática de certificação *a priori* foi escolhida em detrimento de outras que talvez representassem menor desestímulo à adoção desse tipo de programa. Porque na sistemática, pelo que eu entendo, as empresas ficam obrigadas a periodicamente renovar todo o conjunto de informações relevantes para que a Secretaria tenha condições de apreciar e, então, se manifestar sobre o programa que porventura elas entendam adequado adotar.

## **Tito Andrade**

Vamos começar as perguntas. Primeiro a do Dr. Gesner.

## **Bárbara Rosenberg**

Acho que tem um ponto que não tive tempo de abordar e uns outros que eu queria abordar agora na resposta.

O primeiro ponto levantado pelo Dr. Gesner é fundamental. Voltando um pouco à pergunta do Dr. Pedro sobre a escassez de recursos, principalmente humanos, eu diria até que ela é sabida de todos e que estamos tentando trabalhar e verificar em que medida isso pode ser suprido. Eu tenho que reconhecer que o trabalho que foi feito esse ano pelos técnicos na Secretaria foi fundamental para esse incentivo. Ninguém reclamou de horário, de viagens, etc. Quer dizer, isso foi realmente um trabalho muito importante e sabemos que para poder ter efetividade temos que, de fato, eleger bem

esses setores e trabalhar nesse sentido. Na verdade, trabalhar em setores que tenham as características de um setor no qual pode acontecer um cartel: tenham uma tecnologia amadora, homogeneidade de produto, graus de concentração, barreiras na entrada.

Um outro ponto que está sendo considerado também é o impacto disso para a sociedade. Isso deve ser uma espécie de filtragem, quer dizer, além daqueles 900 processos que temos na Secretaria, temos escolhido os setores. Claro que por um lado a questão da probabilidade de êxito é fundamental em termos até litúrgicos, de criação de imagem de que o sistema está atuando. Mas, de fato, é fundamental que os setores escolhidos tenham um impacto final para a sociedade.

No Brasil há uma questão que não é explorada e que foi tocada por alguns dos palestrantes internacionais: é a possibilidade de ressarcimento de danos pelas próprias pessoas envolvidas. Isso é um outro fator que também vai ser importante para estimular ou para prevenir que as empresas incidam em atividades anticoncorrenciais. Mas sem dúvida a delimitação e a utilização de critérios econômicos para a escolha dos setores é fundamental porque foi reconhecido pela Secretaria e estamos trabalhando e criando dentro desses trabalhos.

Uma outra questão é a criação do centro de métodos e análises quantitativas, cuja função é justamente fazer uma análise econométrica e tentar identificar esses setores que potencialmente são mais prejudiciais ou que podem gerar mais esse tipo de problema. Então, a nossa reação vai ao encontro desta questão.

Com relação à parceria do IBGE, está anotada a sugestão.

Com relação ao TCC, eu concordo que a minha primeira reação é discordar do Dr. Mauro. Eu acho que, em termos de imagem, pode ser complicado, isto é, se as empresas que estão envolvidas em um cartel tiverem um estímulo e souberem da possibilidade de assinar um TCC.

Inclusive há toda uma discussão quanto à discricionariedade das autoridades antitruste de poderem impedir a assinatura de um TCC quando a parte interessada quiser. A jurisprudência do CADE tem caminhado no sentido de que cabe à autoridade decidir ou não. Ainda assim, isso pode ser um problema. Neste caso pode ser, de fato, um estímulo para as empresas atuarem de forma cartelizada e dizerem: “bom, no momento em que for identificado um cartel eu sento e assino um compromisso de cessação. Porém

nesse momento não preciso reconhecer a prática ilegal e isso não vai caminhar”. Eu acredito que há uma lógica na alteração legislativa, sem prejuízo de execuções posteriores. Minha primeira reação é que não faria sentido ter, dessa forma, TCC para cartéis.

Com relação à competência— respondendo à pergunta do Dr. Pedro — não obstante tenhamos trabalhado em conjunto com o Ministério Público federal e estadual, o entendimento é que para a prática, de forma geral, a competência é do Ministério Público estadual para a investigação de crimes de cartel, sem prejuízo da participação que temos tido e do trabalho conjunto que temos feito com o Ministério Público Federal. Têm alguns casos específicos que estão tramitando inclusive no Ministério Público Federal. Inclusive em uma das buscas e apreensão que deve sair até o final do ano- acredito já estar tudo encaminhado- fizemos um pedido para o Ministério Público Federal e, até por uma questão de relação que já tínhamos com o Procurador, ele fez um pedido para o MP Estadual e o pedido foi feito. Então, dentro do trabalho que temos feito, temos focado o trabalho com o Ministério Público Estadual.

Por fim, com relação à pergunta do Aurélio sobre *compliance* e sobre a idéia do certificado, não é que o certificado seja imprescindível para que a empresa possa se habilitar numa possibilidade de redução de penas ou de recorrer a SDE na hipótese de identificar uma infração à ordem econômica. Ele é simplesmente um incentivo adicional, quer dizer, seria essa empresa entender que é interessante e que justifica para ela ter o programa protocolado junto com a Secretaria para ela receber esse selo de *compliance*. O que não significa que, se ela não tiver esse programa protocolado, não vai poder se aproveitar dos benefícios que um programa de redução de pena. Aí, acho que eu não deixei claro - a redução de pena efetiva, evidentemente, vai ser aplicada pelo CADE. O que a SDE pode fazer, da mesma forma que ocorre com a leniência, é sugerir a redução da pena para que o CADE, em última instância, aplique.

Então, a idéia de ter um selo é muito mais a reação dos advogados envolvidos de “se faz sentido ou não”. Nós acreditamos que era válido e, no momento, estamos tentando criar essa cultura de concorrência e a possibilidade de ter um depósito, até para identificação. Isso porque a análise que a SDE faz no momento da apresentação é que ela é muito preliminar e que não entra nas minúcias, ou seja, vamos dizer se aquele programa é efetivo ou não até porque no papel pode ser e na prática não. Mas na medida em que isso vai sendo implementado é que será possível medir essa eficácia. Se a empresa quiser ter um certificado, ela protocola e pode renová-lo

anualmente, o que significa que ela pode nunca ter aparecido na SDE. Entretanto, se for verificado que a empresa tinha um programa de *compliance* efetivo - e acho que aí é a palavra-chave do que estamos tentando trabalhar e isso que vai precisar ser desenvolvido - a empresa vai poder se aproveitar dos mesmos benefícios.

### **Maria Paula Dallari Bucci**

Muito rápido respondendo a pergunta da Dra. Yolanda. Por enquanto nada aconteceu com as penas dos cartéis. As duas condenações que já estão publicadas são de 2002. Então, esses processos judiciais estão ainda no início de modo que se sucederão recursos. Acho que, enquanto não houver decisão final, tudo isso é provisório. Também acho que esses dados não podem ser computados como definitivos até que tenham se esgotado todas as instâncias.

### **Mauro Grinberg**

Gesner, eu quero só dizer que aquela questão do foco é baseada somente em pesquisas estrangeiras. Até porque, se formos fazer uma pesquisa nacional para ver quais são as principais tendências só vamos conseguir a fixação de preços em tabelas por associações profissionais. É por isso que se tem que usar pesquisas estrangeiras e não nacionais, porque só assim fica distorcida a nacional. É a maneira como eu fiz o trabalho; esta foi a metodologia.

### **Tito Andrade**

Eu vou pedir uma salva de palmas para os palestrantes.

Os trabalhos serão retomados às 14:30h pontualmente.