

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA****CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE****Ato de Concentração no. 08012.000587/99-89****Requerentes:** Basf S/A e Clariant S/A**Relator:** Conselheiro Ruy Santacruz

EMENTA: Ato de Concentração. Aquisição da Linha de polímeros Superabsorventes da Clariant S/A pela Basf S/A Lei 8.884/94 Art. 54 § 3º, 1. Operação mundial com reflexos no Brasil. 2. Apresentação intempestiva. 3. Aplicação de multa por intempestividade no valor de 60 mil UFIR, equivalentes a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e vinte reais), prevista no parágrafo 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94. 4. Faturamento dos grupos Clariant e Basf superior a 400 milhões de reais. 5. Produto relevante: polímeros Superabsorventes. 6. Mercado geográfico: território nacional. 7. Basf não atuava neste mercado antes da operação e a Clariant detinha 9,8% de participação. 8. Integração vertical: Basf detém 35% do mercado nacional, e 27,5% do mundial, de ácido acrílico, principal matéria-prima para produção de polímeros Superabsorventes. 9. Grau de concentração horizontal inalterado. 10. Presença de competidores de grande porte no segmento de ácido acrílico impossibilita abuso do poder de mercado. Operação aprovada sem restrições.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por unanimidade, conhecer do requerimento e aprovar o ato de concentração sem condições, aplicando-se multa por intempestividade no valor de 60 mil UFIR, equivalentes a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e vinte reais), prevista no parágrafo 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Participaram do julgamento o presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Mércio Felsky, Ruy Santacruz, Marcelo Calliari e João Bosco Leopoldino. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília, 16 de junho de 1999 (data do julgamento).

**VOTO**

O presente ato de concentração se enquadra na regra de admissibilidade prevista no § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, uma vez que o faturamento dos grupos requerentes é superior a 400 milhões de reais.

Adoto como mercado relevante da operação, do ponto de vista do produto, o de polímeros superabsorventes, acompanhando o entendimento da SEAE. Já do ponto de vista geográfico, entendo que a definição do mercado mundial exigiria uma análise aprofundada-apesar do mercado brasileiro ser totalmente atendido por importações. Sendo assim, defino o mercado como o nacional, por economia de tempo e recursos públicos e privados.

Segundo consta nos autos (fl.310), a Clariant detinha em 1998, 12,9% do mercado nacional de polímeros superabsorventes. A Basf não atuava no mercado, nem no Brasil nem no exterior, antes da operação. Trata-se, portanto, de uma simples substituição de vendedor no mercado brasileiro, sem qualquer alteração no grau de concentração do mercado. Quanto à integração vertical, segundo informações das requerentes, a Basf é a maior produtora mundial de ácido acrílico, principal matéria-prima para produção de polímeros superabsorventes, detendo 35% deste mercado no Brasil e 27,5% no mundo.

Entretanto, segundo consta nos autos (anexo confidencial), empresas de grande porte do setor químico com atuação mundial, como a Rhom & Haas, Eif Atochem, Nippon Shokubai e Celanese, concorrem com a Basf no atendimento ao mercado de ácido acrílico, impossibilitando qualquer tentativa de abuso de poder de mercado.

Por todo o exposto, entendo que o presente Ato de Concentração deve ser conhecido por este Conselho e, no mérito, aprovado sem restrições.

Quanto a questão da tempestividade na apresentação da operação, a Procuradoria do CADE considerou que as subcláusulas 1.5.2.2.1.1, ( c), (d), (g), (h), 2.1.2.4.4.5 e 5.3 do Contrato de Transação Norte-Americana entre Basf Corporation e Clariant Corporation (fls.37/87), celebrado em 18/09/98, asseguravam à compradora poderes de gestão da empresa adquirida.

Entendem as requerentes, acompanhadas pela SDE, que somente no dia 31/12/98, data do fechamento da operação houve a concretização do negócio, não havendo, entre as datas da assinatura do Contrato e do fechamento qualquer alteração nas relações de concorrência.

Em relação às subcláusulas 1.5.2.2.1.1. ( c), (d), (g), (h), 2.1.2 não vislumbro efeitos sobre as relações de concorrência no mercado relevante

resultantes destas previsões contratuais. A cláusula 1.5.2 trata da continuidade do contrato de prestação de serviços de infra-estrutura firmado entre Celanese e Clariant. Note-se que a Celanese é concorrente da Basf no mercado de ácido acrílico, principal matéria-prima na produção de polímeros superabsorventes. No entanto, o Contrato entre Basf e Clariant basicamente determinou que, após o fechamento da operação, Basf e Celanese deveriam negociar um novo contrato, sob novas condições. Medidas preparatórias deveriam ser tomadas até a data do fechamento, como a transferência para a Celanese dos funcionários da Clariant lotados na unidade de aminas e a separação física da unidade de aminas do restante da unidade de Portsmouth. Embora estas últimas obrigações sinalizem o comprometimento da Clariant com a operação de venda, não implicam alterações nas relações de concorrência no mercado relevante de polímeros superabsorventes.

As subcláusulas 2.1.1 ( c ), ( d ), ( g ), ( h ), 2.1.2 somente relacionam os ativos envolvidos na operação que, por força do Contrato, deverão ser transferidos para a Basf, na data do fechamento, não havendo qualquer previsão relativa à posse dos ativos antes desta data.

A cláusula 4.4 determina que no período entre a data do Contrato e do fechamento “as decisões com relação as questões relevantes relativas às Atividades deverão ser tomadas pela Clariant, sujeito ao consentimento da Basf.”. O Contrato estabelece que questão relevante inclui, mas não está limitada a decisões relativas a entre outros, (iii) aumento geral de salários. (v) interrupção de operação das atividades. (i e ii) venda de ativos ou dispêndios de capital superiores a determinados limites. (vi) divulgação de informações confidenciais. Estas condições não necessariamente implicam administração compartilhada da empresa adquirida, nem reduzem sua independência administrativa, sendo usuais em contrato de compra e venda visando a garantia do valor dos ativos que estão sendo transacionados (stand still clauses).

A cláusula 4.5 declara que, “para que não haja nenhuma dúvida”, até a data do fechamento, “as Atividades são conduzidas por conta e risco da Basf” com a condição de que “o risco de perda e deterioração dos Ativos passará para a Basf na data da assinatura”. Esta cláusula indica que, após a assinatura do Contrato, a Clariant se manteve na administração do curso normal dos negócios, mas os riscos do negócio passaram para a Basf., exceto, é claro, no caso de não observância das restrições e condições estabelecidas no Contrato por parte da Clariant.

A cláusula 5.3 estabelece, finalmente, que “o preço de aquisição fixado na cláusula 5.1 (a) mais o imposto por valor adicionado (se aplicável) deverá ser pago por transferência eletrônica, integralmente, em 21 de setembro de 1998, para uma conta bancária designada pela Clariant”. O valor determinado na cláusula 5.1 (a) é de US\$ 55.956.449.00, correspondente ao valor da operação. Somente os valores residuais relativos aos ativos produzidos ou adquiridos pela Clariant, desde a data da assinatura até a do fechamento, assim como os impostos incidentes, foram pagos após o fechamento da operação.

A jurisprudência do CADE é clara no sentido de que a data de assinatura do contrato ou mesmo seu definitivo fechamento, pode ou não, se constituir na referência para efeito do estabelecimento do prazo previsto no parágrafo 4º do artigo 54. Fator relevante é o momento em que efetivamente se alteram as relações de concorrência.

Desde a vigência da Lei 8.884/94 o CADE entendeu que qualquer contrato que implique administração compartilhada deve ser apresentado para a análise dos seus efeitos. Quanto a isso jamais houve dúvidas ou ambigüidades nas decisões, nem poderia haver

Neste sentido, a posição do ilustre Conselheiro-relator Antônio Fonseca que assevera

“Para efeito da contagem do prazo de apresentação, o ato se realiza a partir de quando uma das requerentes adquire a capacidade de coordenar o comportamento concorrencial, como um plus decorrente da operação.

Vale considerar que a realização do negócio atende a um processo ou conjunto de atos. O ponto no tempo quando o ato se perfaz pode variar, conforme a natureza da obrigação administrativa ou privada. Em princípio, o negócio se perfaz quando as partes contratantes adquirem a posição de exigir o cumprimento de uma obrigação específica de uma das outras.

O pagamento do preço pode coincidir com o pagamento do negócio e daí presumir início da capacidade de influência no comportamento concorrencial; pelo menos até prova em contrário.

O que importa, portanto, para efeito de contagem do prazo de apresentação é o momento, efetivo ou presumido, a partir do qual o agente adquire

a capacidade efetiva ou jurídica de influir no comportamento concorrencial, como um plus decorrente da operação submetida ao CADE.”

Ressalta-se, outrossim, a decisão proferida no AC 168/97 (Plusvita/Van Mill), por mim relatado, em que entendeu o plenário constituir o primeiro documento vinculativo entre as partes um poderoso instrumento inibidor da concorrência, uma vez que, firmado um entendimento prévio quanto a uma aquisição ou fusão, cessa a concorrência, ainda que, esteja o contrato sujeito a cláusulas preliminares ou condições futuras. Com efeito, após a assinatura de um contrato desta natureza, as estratégias concorrenciais conseqüentemente se tornam menos agressivos afetando as relações de mercado.

É fato que as relações de mercados podem não ser afetadas, mas isso, conforme decidido no AC envolvendo Igaras e Trombini, precisa ser convincentemente comprovado não bastando cláusulas suspensivas ou a existência de condições preliminares, já que a supressão ou redução da concorrência pode ocorrer, e em geral ocorre mesmo diante dessas condições.

No caso em testilha, verifica-se a presença de cláusulas que importam em fortes indícios de que o contrato se efetivou no momento em que foi firmado, ainda que, dispusessem as partes em sentido contrário. Tal entendimento se encontra corroborado pelo fato de a Basf Ter pago o preço de aquisição fixado na cláusula 5.1 (a) mais o imposto por valor adicionado três dias após a celebração do referido instrumento. Além disso, a empresa adquirente passou a assumir na data do contrato todos os riscos relativos a gestão da empresa adquirida.

Torna-se evidente o antagonismo entre as disposições contratuais e declarações de vontade das partes. Ao tempo em que afirmam ser o momento de fechamento do negócio o dia 31/12/98, estabelecem na cláusula 4.5 que as atividades são conduzidas por conta e risco da Basf, devendo a mesma suportar o risco de perda e deterioração dos ativos desde a data da assinatura em, 18/9/98.

A solução adotada pelos Tribunais quanto à interpretação de cláusulas divergentes de um mesmo contrato é tomá-las umas pelas outras, considerando-as em conjunto. (RF 86:113, RT 147:194, AJ 61:253). Ademais, a melhor interpretação é a que atende à conduta dos contratantes, ou seja, ao modo pelo qual eles vinham executando o negócio de comum acordo, é o que assevera o Supremo Tribunal Federal em decisão prolatada na Apelação Cível nº 7.703, verbis:

“a observância do negócio é um dos meios demonstrativos da interpretação autêntica da vontade das partes: serve de guia indefectível para a solução de dúvidas...” (RT 166:815, RF 82:138).

Desse modo, considero que a data da assinatura desse contrato deve ser considerada como a do início da contagem do prazo previsto no parágrafo 4º do artigo 54, e não do fechamento da operação, sendo pois intempestiva a apresentação da presente operação, pelo que determino a aplicação de multa mínima de 60 mil UFIR, equivalentes a R\$ 58,620,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e vinte reais), prevista no parágrafo 5º da Lei 8.884/94. Para a fixação deste valor considerarei o fato das requerentes terem apresentado a operação espontaneamente e que não houve má-fé. O valor fixado deverá ser pago conforme disposto na Resolução CADE nº 9/97.

É o voto  
Brasília, 16 de junho de 1999  
RUY SANTACRUZ  
Conselheiro do CADE