

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE****Ato de Concentração no. 08012.009247/98-79**

Requerentes: ABC Supermercados S/A Supermercado MaxBox e MB Supermercados Ltda.

Conselheiro-Relator: João Bosco Leopoldino da Fonseca

EMENTA: Ato de concentração. Aquisição de nove estabelecimentos comerciais de MB Supermercados por ABC Supermercados S/A . Comunicação intempestiva. Operação alcançada pelo art. 54 da Lei no. 8.884-94. Parecer favorável à aprovação parcial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam por maioria, vencido o Conselheiro Mércio Felsky, aprovar o ato de concentração, sem restrições. Quanto a preliminar de tempestividade o Plenário, por unanimidade, considerou a operação apresentada intempestivamente, aplicando-se às requerentes a multa prevista no § 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94, no valor de 60.000 UFIR, equivalente a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil e seiscentos e vinte reais). Brasília-DF., 14 de julho de 1999.

VOTO

1. O presente Ato de Concentração se deu entre as empresas ABC e MB, mediante o qual a rede de Supermercados MaxBox vendeu à ABC nove estabelecimentos comerciais e os bens tangíveis e intangíveis que os compunham, todos localizados no estado do Rio de Janeiro, nas cidades Petrópolis, Teresópolis e Niterói.
2. Em decorrência da aquisição, a ABC, que já detinha elevado poder de mercado, nas cidades de Petrópolis e Teresópolis, consolidou uma forte posição que lhe proporciona inegável poder de mercado no segmento de supermercados. Todavia, não houve alteração significativa na estrutura do mesmo. De fato, a participação de mercado da ABC passou de 79,50% para 82,50% em Petrópolis, de 67,20% para 71,00% em Teresópolis e de 12,00% para 17,60% na cidade de Nite-

rói. Verifica-se assim, que a concentração ocorrida não é capaz de alterar o processo concorrencial no setor supermercadista naquelas cidades. Esta conclusão é reforçada pelo fato de que não há significativas barreiras à entrada neste setor.

3. Em vista da participação de mercado, já que a ABC já detinha e da inexistência de barreiras à entrada no mercado relevante, bem como os pareceres favoráveis da SEAE e da SDE, quanto ao mérito, considero que a presente operação não é capaz de limitar ou, por qualquer forma, restringir a concorrência, razão pela qual decido pela sua aprovação sem restrições.
4. Quanto à tempestividade da operação, a SDE considerou-a intempestiva. A douta Procuradoria-Geral do CADE, contudo, no seu parecer de fls. 234/99, considerou a operação tempestiva. Ambos opinaram alicerçados no documento firmado em 22 de outubro de 1998.
5. A legislação brasileira é taxativa quanto ao prazo da comunicação dos atos contemplados no artigo 54 da Lei nº 8.884/94
6. O artigo 54 da Lei nº 8.884/94 estabelece em seus parágrafos 4º e 5º

“§4º- Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo mínimo de 15 dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.

§5º- A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR, nem superior a 6.000.00 (seis milhões) de UFIR, a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura do processo administrativo, nos termos do artigo 32”.

7. O artigo 2º da Resolução nº 15 de 19 de agosto de 1998, por sua vez dispõe:

“o momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§4º e 5º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando as alterações

nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.”

8. Como regra geral, tem-se o prazo de 15 dias úteis para a apresentação da aquisição aos órgãos de defesa da concorrência contados a partir do primeiro documento vinculativo. A exceção prevista no acima mencionado artigo ocorre quando houver alteração nas relações de concorrência em momento diverso do primeiro documento vinculativo entre as partes. Dessa forma, deve-se analisar no presente caso o prazo para apresentação da aquisição da MB pela ABC teve início no momento em que foi firmado o contrato de compra (primeiro documento vinculativo entre as partes) ou, como alegam as Requerentes, a partir da data mencionada no item 2 do contrato celebrado.
9. No presente ato, considero que a partir do momento em que foi firmado o contrato de compra entre ABC e MB, e não apenas quando do chamado “fechamento”, **houve alteração no mercado concorrencial**. Uso como suporte para esse entendimento o voto proferido pelo ilustre Conselheiro Ruy Santacruz, no prosseguimento do julgamento, no AC nº 168/97-Plus Vita S/A e Van Mill Produtos Alimentícios Ltda:

“É possível afirmar que de um modo geral o primeiro documento vinculativo entre as partes já se constitui num poderoso instrumento inibidor da concorrência.(...) suponho que, de um modo geral, a assinatura de um contrato de compra e venda mesmo sujeito as cláusulas preliminares e condições futuras altera o relacionamento entre as partes no mercado.”

“Após a assinatura de um contrato dessa natureza certamente as estratégias agressivas para tomar clientes da empresa compradora cessarão (ou se reduzirão...). O lançamento de produtos novos para concorrer em fatias do mercado ocupadas pela empresa a ser adquirida também fica temporariamente suspenso. Reduzir preços visando deslocar vendas de outra parte, ou realizar investimentos de entrada em áreas geográficas onde uma das partes tem maior presença certamente ficam congelados. Deste modo, considero que todo e qualquer entendimento entre as partes visando qualquer tipo de associação futura, na forma de aquisição, fusão, constituição de joint-ventures, etc., tem forte poder inibidor nas relações de concorrência entre as partes, muito provavelmente afetando o mercado.

10. Embora o contrato em análise preveja que em 22/10/98 ocorrerá apenas a transferência de quotas, deve-se considerar que a partir deste instante houve interferência da ABC nos negócios da MB, ou seja, a partir do momento em que foi assinado o contrato, tal ato tornou-se objeto de apreciação pelos órgãos de defesa da concorrência, tendo em vista a característica de **preventividade** da lei brasileira.
11. Com muita eloquência, o ilustre Conselheiro Ruy Santacruz, no voto do AC 168/97 nos alerta sobre como o correto entendimento das cláusulas contratuais pode demonstrar a existência de interferência da empresa adquirente na empresa adquirida, alterando as relações concorrenciais, mesmo antes da efetiva transferência do negócio. In verbis:

“Se a alteração do contrato social não parece Ter sido o marco a partir do qual observou-se mudança no comportamento comercial da vendedora, o artigo 7 do contrato de compra é suficientemente claro. Nele está previsto que a compradora deveria dar conhecimento de suas operações comerciais aos compradores. Só isso o suficiente, para mim, para afirmar que houve alteração na forma de concorrer nos mercados. O acesso a livros, contratos compromisso e registros, informações privilegiadas não é fato trivial e neutro para a concorrência.

Além disso, a vendedora se comprometeu a não tomar várias decisões estratégicas, o que obviamente alterou seu comportamento no mercado. Não vejo como uma empresa possa Ter acesso aos dados e informações comerciais de sua concorrente e as condições da concorrência permanecerem intactas. Não vejo como uma empresa pode determinar que sua concorrente deixe de decidir em matérias estratégicas e as condições da concorrência permanecerem intactas.”

12. A imediatidade dos efeitos da operação pode ser verificada através de várias cláusulas do contrato de fls. 43-60. Sirva-se de exemplo a **cláusula primeira** que tem o seguinte teor:

“DA CESSÃO DAS QUOTAS A ABC adquire, **nesta data**, a totalidade das QUOTAS, pelo preço de R\$ 18,500,000,00 (dezoito milhões e quinhentos mil reais) (doravante denominado simplesmente “Preço”), a ser pago pela ABC aos VENDEDORES, na proporção das respectivas participações, da seguinte forma:”

13. O mesmo se pode dizer do que se contém na **cláusula 3**. A) “os VENDEDORES são até esta data, titulares da totalidade das QUOTAS, livres ou desembaraçadas de qualquer ônus ou encargo...” O entendimento do conteúdo desta cláusula é um só: se são titulares **até esta data**, ou seja a data de assinatura do contrato, a outra conclusão se não pode chegar senão a de que o contrato se tornou efetivo na data de sua assinatura, ou seja, em **22 de outubro de 1998**, depois de já em vigor a Resolução nº 15 do CADE.
14. Diante do exposto, só posso considerar que o primeiro ato vinculativo, exatamente o momento em que se alteraram as relações concorrenciais, ocorreu em 22 de outubro de 1998 e não em 09 de novembro do mesmo ano, como pretendem as requerentes. Assim sendo, o prazo para a apresentação da operação aos órgãos de defesa da concorrência se esgotou em 13 de novembro de 1998. Como a presente operação só foi notificada em 27 de novembro, sua apresentação foi **intempestiva**.
15. Em função do não cumprimento do prazo legal, determino a aplicação, às requerentes, de multa no valor de R\$ 58,620,00, equivalentes a 60.000 UFIRs nesta data, tendo em vista inexistência de circunstâncias agravantes.

É o voto

Brasília, 14 de julho de 1999

João Bosco Leopoldino da Fonseca

Conselheiro-Relator

VOTO DO CONSELHEIRO MÉRCIO FELSKY

1. DA PRELIMINAR DE TEMPESTIVIDADE

1.1. Do momento de alteração nas relações de concorrência

O Contrato de compra de venda de estabelecimentos comerciais, Cessão de exploração de fundo de Comércio e outras Avencas, tendo por objetivo a compra, pela , ABC de, nove estabelecimentos comerciais da rede de supermercados MaxBox, e firmado em 22.10.98, constitui o momento em

que ocorreram as alterações nas relações de concorrência entre as requerentes, nos termos do art. 2º da Resolução nº 15/98, uma vez que:

- trata-se do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, dispondo desta forma a cláusula de cessão de quotas: “A ABC adquire nesta data a totalidade das quotas pelo preço de R\$ 18.500.000,00...,”
- as requerentes eram concorrentes efetivas mercados relevantes de Petrópolis e Niterói, dando-se a alteração das relações de concorrência nestes mercados a partir do primeiro documento vinculativo; e
- o instrumento contratual foi firmado em 22.10.98, durante a vigência portanto da atual Resolução nº 15/98.

Tendo em vista o prazo legal, a data final para a apresentação expirou-se em 13 de novembro de 1998 e as requerentes por sua vez comunicaram a operação apenas em 27 de novembro de 1998. Considero a apresentação, portanto, intempestiva.

1.2 Da multa.

Aplico, acompanhando o voto do Ilustre Relator e em face da ausência de agravantes, a pena mínima de 60.000 UFIR equivalente a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil e seiscentos e vinte reais), nos termos do § 5º do art. 54 da Lei 8.884/94.

2. QUANTO AO MÉRITO

2.1 Da caracterização do mercado relevante

a) Produto

O mercado relevante em análise, do ponto de vista caracteriza-se pela prestação de serviço ou auto-atendimento, no setor de vendas, artigos de higiene e limpeza, bebidas, etc., no segmento de supermercados.

b) Geográfico

Quanto ao processo geográfico do mercado relevante de supermercados, considero-o de dimensão municipal, uma vez que:

- é no núcleo do agrupamento urbano do município que os consumidores, no caso os moradores de determinada cidade realizam suas compras de bens não-duráveis, visando satisfazer as suas necessidades diárias de alimentação e de higiene:

- Não há razoabilidade econômica para se supor que os consumidores visando atender as suas necessidades prementes as quais se reproduzem e se renovam a cada instante – realizem expressivos deslocamentos geográficos valendo-se de supermercados localizados em outros municípios uns não teriam disponibilidade semanal, às vezes diária de tempo para deslocarem-se; e
- Apesar destas considerações, imaginando, por hipótese, que os consumidores se comportariam de forma diversa, todos teriam de arcar.

Com custos de transporte razoáveis, capazes de influir no preço final da compra, desestimulando, desta forma, a aquisição destes perecíveis em local distante.

2.2 Das barreiras à entrada

No mercado de supermercados em geral, as barreiras à entrada não são elevadas, tanto do ponto de vista da tecnologia necessária, como do aporte de capital mínimo para dar início ao empreendimento.

Em determinados mercados, porém, pode-se verificar um elevado grau de concentração, o que seria capaz de alargar o prazo médio de rentabilidade do capital investido, especialmente se este mercado possuir dimensões econômicas limitadas, em razão da pequena demanda existente, ou do seu baixo grau de poder aquisitivo. Nestes casos, podemos afirmar, seguramente, que o grau de barreiras à entrada é mais elevado.

Partindo-se da análise dos três mercados relevantes em que houve concentração, a participação de mercado da “ABC” alcançou preocupantes 82,5% em Petrópolis. A operação em análise outorgou à ABC expressiva participação de mercado em Petrópolis, variando-se o índice HHI em 447 (quatrocentos e setenta e sete) pontos.

Dado:

- a) o elevado índice de concentração;
- b) o excessivo poder de mercado da ABC em Petrópolis, capaz de criar obstáculos à entrada de novos concorrentes; e
- c) a dimensão econômica limitada do mercado de Petrópolis, em especial no que se refere ao tamanho da demanda, diferindo o prazo médio de rentabilidade de um novo entrante;

Concluo que são elevadas as barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado de Petrópolis, sendo a operação em análise prejudicial à concorrência, nos termos do caput do artigo 54 da Lei 8.884/94.

Nos mercados de Niterói e Teresópolis, acompanho o entendimento do Ilustre Relator, por não haver dano à concorrência, em função das razoáveis possibilidades de entrada de novos concorrentes.

2.3 Das eficiências

As requerentes não demonstraram, de forma cabal e convincente, qualquer eficiência capaz de minimizar o dano produzido à concorrência, no mercado de Petrópolis.

3. CONCLUSÃO

Pelos fundamentos elencados, concluo que a operação foi apresentada intempestivamente devendo-se aplicar às requerentes, e em face da ausência de agravantes, a pena mínima de 60.000 UFIR, equivalente a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil seiscientos e vinte reais), nos termos do § 5º do art. 54 da Lei 8.884/94.

Quanto ao mérito, concluo pela aprovação da operação, sem restrições, nos mercados relevantes de Niterói, Teresópolis, bem como nos mercados em que não houve concentração de oferta.

Voto, porém pela desconstituição da operação no mercado relevantes de Petrópolis, nos termos do § 9º do artigo 54, devendo a ABC, no prazo de 30 dias, apresentar ao CADE proposta de oferta pública das lojas de supermercados da MB, localizadas em Petrópolis adquiridas nesta operação pela ABC.

É o voto.

Brasília, 14 de julho de 1999

MÉRCIO FELSKI

Conselheiro do CADE