

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE
Ato de Concentração nº 168/97 (Reapreciação da multa aplicada)
Requerentes: Plus Vita S/A e Van Mill Produtos Alimentícios Ltda.
Relator: Conselheiro Ruy Santacruz

EMENTA: Ato de Concentração. Aquisição da Van Mill Produtos Alimentícios Ltda pela Plus Vita S/A. Pressupostos fixados em apreciação anterior não atendidos. Intempestividade. Multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, pela aplicação, às requerentes, da multa prevista no parágrafo 5º do artigo 54 da Lei 8884/94, no valor de R\$ 57.666,00 (cinquenta e sete mil e seiscentos e sessenta e seis reais), equivalente a 60.000 UFIR, por ter sido a operação apresentada intempestivamente. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Arthur Barrionuevo Filho, Mércio Felsky, Ruy Afonso de Santacruz Lima e Marcelo Procópio Calliari. Presente a Procuradora-Geral Marusa Vasconcelos Freire. Brasília, 8 de dezembro de 1998 (data do julgamento).

RELATÓRIO

Trata o presente Ato de Concentração da aquisição da Van Mill pela Plus Vita. A operação foi aprovada pelo plenário do CADE na sua 12a. Sessão Extraordinária, realizada em 18 de março de 1998. A mesma decisão condenou as requerentes ao pagamento, no prazo de 30 dias, de multa de 60 mil UFIR pela intempestividade na apresentação do ato, conforme previsto no parágrafo 5º, artigo 54, da lei 8.884. Deliberou o plenário do CADE, entretanto, que a multa seria suspensa caso as requerentes, antes do prazo concedido para o pagamento, demonstrassem à Procuradoria-Geral do CADE, à critério desta, que a operação foi apresentada tempestivamente.

Adoto como relatório o parecer, anexo, exarado pela Procuradora-Geral do CADE, por acreditar que contém todas os fatos e informações necessárias para

a tomada de decisão deste plenário. Ressalto, porém, que as conclusões e interpretações ali expostas não fazem parte do relatório.

É o relatório.

Relator: Conselheiro Ruy Santacruz

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR RUY SANTACRUZ

O presente voto diz respeito única e exclusivamente à possível intempestividade na apresentação do ato para exame do CADE, uma vez que é líquido e certo que a operação foi aprovada por unanimidade pelo plenário deste colegiado na sua 12^a. Sessão Extraordinária, realizada no dia 18 de março de 1998.

As datas relevantes para a análise são as seguintes:

A operação foi apresentada para exame, na SDE/MJ, no dia 28 de julho de 1997.

A assinatura do contrato de promessa de compra e venda deu-se no dia 23 de junho de 1997.

Sendo essa a data considerada para início da contagem do prazo legal - estabelecido pelo parágrafo 4º, artigo 54, da lei 8.884 -, a operação deveria ter sido comunicada no dia 14 de julho de 1997, o que não ocorreu.

A data prevista para o fechamento da operação foi a de 30 de junho de 1997. Nessa data as requerentes promoveram um acordo que consta das fls. 100-102. Sendo essa a data considerada para contagem do prazo, a comunicação deveria ter sido apresentada no dia 21 de julho de 1997, o que não ocorreu.

O efetivo fechamento do contrato se deu no dia 7 de julho de 1997. Sendo essa a data considerada para o início da contagem do prazo legal, a operação teria sido apresentada tempestivamente.

Assim, a análise gira em torno de ter ocorrido, ou não, supressão ou redução da concorrência entre as requerentes antes da data do efetivo fechamento do contrato de compra e venda, no dia 7 de julho de 1997.

As informações necessárias para a formação de juízo na questão se encontram nas fls. 27-51, 100-102 e 148-183.

Nas fls. 27-51 consta cópia do contrato de compra e venda, que, na sua cláusula terceira, prevê que “A eficácia do presente instrumento e da venda e compra ora pactuada, bem como a celebração do instrumento de alteração do Contrato Social da VAN MILL estão sujeitas à plena e integral satisfação, pelos SÓCIOS QUOTISTAS, das condições preliminares a seguir estabelecidas, até a

DATA DE FECHAMENTO”, quais sejam: aumento de capital da Van Mill mediante autorização prévia do Banco Central; manutenção pela Van Mill de suas atividades normais, sem aumento de salários; manutenção dos contratos; vedação de alienação ou concessão de licenças da marca; revogação de todas as procurações outorgadas pela adquirida; rescisão dos contratos de representação e distribuição até 30/06/97; quitação de obrigações trabalhistas; vedação da alienação de ativos. Caso não tivessem sido satisfeitas as condições preliminares a Plus Vita poderia rescindir o contrato ou liberar os sócios quotistas da obrigação.

Já nas fls. 100-102 consta correspondência da Van Mill à Plus Vita, datada de 30 de junho de 1997, que após também ser assinada por representante desta última empresa pode ser considerada parte integrante do acordo entre as empresas. Nesta correspondência a Van Mill reconhece a impossibilidade de obter a aludida autorização prévia junto ao Banco Central dentro do prazo acertado (30 de junho de 1997), comprometendo-se a fazê-lo até o dia 10 de julho de 1997, o que adiaría a data de fechamento do contrato para o primeiro dia útil seguinte à data da emissão da autorização prévia. Na hipótese de não obter a autorização a Van Mill admite que a Plus Vita, a seu critério, poderia desistir da operação. Considera, ainda, que as demais cláusulas e condições do contrato que não foram afetadas permaneciam em vigor. Em virtude de todos os contratos de representação e distribuição já terem sido rescindidos, **entendia a Van Mill que a Plus Vita se comprometia, a partir de 30 de junho de 1997, a distribuir seus produtos até a data de fechamento do contrato.** Em contrapartida (ao compromisso de assumir a distribuição dos produtos Van Mill), assegurou a vendedora que prosseguiria com as atividades normais da empresa, **sob a administração compartilhada com pessoa indicada pela Plus Vita, até a nova data de fechamento do contrato**, comprometendo-se, além disso, a não cancelar ou modificar contratos; não adquirir, onerar ou alienar máquinas e equipamentos; não assumir compromissos de créditos ou investimentos; não alterar o contrato social da Van Mill; cumprir as leis fiscais; não demitir empregados nem conceder aumentos salariais; não alienar a marca Van Mill a terceiros.

Finalmente, nas fls. 148-183, consta a defesa das requerentes especificamente quanto a intempestividade, onde são anexados vários documentos que demonstram que a Van Mill não outorgou procuração para representante da Plus Vita antes da data do fechamento definitivo do contrato; que os procuradores da Van Mill continuaram assinando os cheques da empresa; que a alteração do contrato social da empresa objetivando a transferência das cotas para a compradora se deu no dia 4 de julho de 1997. Segundo as requerentes, essas in-

formações demonstrariam que a “administração compartilhada” não teria afetado o mercado.

Na opinião do ilustre conselheiro-relator Antônio Fonseca, entretanto,

“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. No caso, um contrato de Promessa de Compra e Venda de Quotas de Capital, firmado em 23 de junho de 1997 (f.92), estabelecia as condições para fechamento do negócio, que se daria no dia 30 de junho de 1997 (f.79, cláusula 2.2).

Em documento daquela data, as requerentes reconheceram a impossibilidade de cumprimento do fechamento na data aprazada, que foi prorrogada para dia incerto (fls. 95-102). Mas a data de 30 de junho de 1997, originalmente estabelecida para fechamento, foi mantida como referência para alguns aspectos essenciais do negócio:

- a) a aferição da variação patrimonial ou de capital de giro da empresa adquirida com reflexo no valor do negócio (f.100);
- b) início da atividade de distribuição pela compradora dos produtos da empresa adquirida;
- c) participação da empresa adquirente na administração (de forma compartilhada) da empresa adquirida (f.101).

Não resta dúvidas sobre esses fatos, produzidos pelas requerentes. Sendo assim, a data de 30 de junho de 1997 se impõe como termo a quo para contagem do prazo... . É certo que o pagamento do negócio pela adquirente somente aconteceu no dia 7 de julho de 1997 e nesta mesma data foi procedida a necessária alteração no contrato social da Van Mil, como reflexo da operação (fls.104/105 e 107-114).

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 de um sinal, por exemplo, dá a compradora o direito de exigir certos comportamentos da vendedora. O preço pode ser totalmente pago e a compradora somente entrar na administração dos ativos depois de um certo tempo. Isso significa que o pagamento do sinal ou do preço total são ape-

nas alguns elementos importantes, no conjunto das tratativas, podendo ou não ser relevantes para efeito do direito da concorrência.

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. A alteração do contrato social da empresa adquirida é outro elemento importante, mas não decisivo em si. Pode ocorrer que o controle, total ou parcial, da empresa adquirida tenha início numa data, o pagamento do negócio ocorrer meses depois e a alteração do contrato social ter lugar noutra data posterior.

Observe-se que a alteração do contrato social, no caso datada de 7 de julho de 1997, teve como causa eficiente declarada a promessa de compra e venda, datada de 23 de junho do mesmo ano (letra “a” do considerado, à f.108).

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. Esse momento se deu a partir de 30 de junho de 1997.

Já para a ilustre Procuradora-Geral do CADE,

“... os argumentos e os documentos acostados às fls. 148/183 ilustram com nitidez o momento jurídico do efetivo fechamento da operação, qual seja, 07 de julho de 1997, sendo, portanto, o ato apresentado tempestivamente, se considerada a conclusão do negócio jurídico.

... No tocante à ‘administração compartilhada’..., esta Procuradoria posiciona-se no sentido de que de fato ocorreu a chamada “administração compartilhada” alegada pelo Plenário do CADE, todavia necessário se faz salientar que os poderes decisórios inerentes à esta administração compartilhada eram bastante restritos, conforme se depreende dos documentos de fls. 100 a 102, nos quais se verifica que a adquirente no exercício da ‘administração compartilhada’ era obrigada a: ...” não cancelar ou modificar contratos; não adquirir, onerar ou alienar máquinas e equipamentos; não assumir compromissos de créditos ou investimentos; não alterar o contrato social da Van Mill; cumprir as leis fiscais; não demitir empregados nem conceder aumentos salariais; não alienar a marca Van Mill a terceiros.

“Sendo assim, entendemos que a existência da ‘administração compartilhada’ com tais restrições não foi passível de provocar efeitos sobre o mercado. Primeiro porque do ponto de vista jurídico, o mercado em questão não sofreu qualquer alteração, sobretudo porque a operação, sob condição suspensiva, efetivamente poderia ser desfeita, se até a data de fechamento (prorrogada) a adquirente não tivesse obtido a necessária autorização do Banco Central para concretização do pagamento a que se obrigava. Segundo porque, diferentemente do que propôs o Relator em seu voto, a adquirente, face àquelas limitações de ordem contratual, não tinha poderes para coordenar o comportamento concorrencial da adquirida”.

Parece evidente a convergência de opinião entre os ilustres conselheiro Antônio Fonsceca e Procuradora-Geral do CADE no que concerne ao entendimento de que a data da assinatura de um contrato, ou mesmo de seu definitivo fechamento, podem ou não se constituir na referência para efeito da contagem do prazo previsto no parágrafo 4º do artigo 54. Tudo depende do momento em que de fato se observa alteração nas relações de concorrência, vale dizer, quando há supressão ou redução na concorrência entre as partes ou entre uma das partes e um terceiro agente.

Também nesse sentido vem se firmando a jurisprudência do CADE, quando, por exemplo, na decisão do AC 08012000396/98-08, de interesse das empresas Igaras Papéis e Trombini, relatado pelo ilustre conselheiro Mércio Felsky, entendeu este plenário que entre o primeiro ato formal entre as partes e o fechamento da operação seus efeitos sobre o mercado dependiam de acontecimentos futuros e incertos, só ocorrendo após o fechamento da operação.

Esse mesmo entendimento foi consagrado pela Resolução CADE No. 15, que dispõe no seu artigo 2º que: “O momento da realização da operação, para os termos dos parágrafos 4º e 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso”.

Toda a dificuldade gira, portanto, em definir o momento em que se observa alteração nas relações de mercado, normalmente identificada como supressão ou redução na concorrência entre as requerentes. Do meu ponto de vista, é possível afirmar que de um modo geral o primeiro documento vinculativo entre as partes já se constitui num poderoso instrumento inibidor da concorrência. De fato, parece-me mais rara uma situação na qual duas empresas firmam um entendimento prévio quanto a uma aquisição ou fusão e continuam

concorrendo da mesma forma que antes. Suponho que, de um modo geral, a assinatura de um contrato de compra e venda mesmo sujeito a 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 que dá no mesmo). 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 da outra parte, ou realizar investimentos de entrada em áreas geográficas onde uma das partes tem maior presença certamente ficam congelados. Desse 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. Evidentemente que, como no já citado AC envolvendo Igaras e Trombini, pode ocorrer que as relações de mercado não sejam afetadas, mas isso precisa ser convincentemente demonstrado. Para essa demonstração, entretanto, não bastam cláusulas suspensivas ou a existência de condições preliminares. A supressão ou redução da concorrência pode ocorrer - e considero que, em geral, ocorre - mesmo diante dessas condições.

Essas considerações de ordem mais teóricas, embora relevantes também para o presente caso, são superadas por algumas evidências. Parece-me certo que os termos do ofício que consta das fls. 100-102 demonstram alteração nas relações de concorrência entre as requerentes. A partir do dia 30 de junho de 1997 a Plus Vita passou a distribuir os produtos da Van Mill. Ao se responsabilizar pela distribuição dos produtos do concorrente, a Plus Vita assumiu tarefa estratégica e crucial na gerência comercial da Van Mill. Não vejo como uma empresa possa assumir a distribuição dos produtos de um concorrente e as relações entre as partes no mercado permanecerem inalteradas.

Por outro lado, além do compromisso de assumir a distribuição dos seus produtos, a vendedora propôs uma administração compartilhada com pessoa indicada pela compradora, até a nova data de fechamento do contrato. Ao colocar um funcionário dentro da empresa adquirida, a Plus Vita passou a deter informações privilegiadas sobre a política comercial da ex-concorrente, apesar dos compromissos assumidos pela Van Mill de não cancelar ou modificar contratos, não adquirir, onerar ou alienar máquinas e equipamentos, etc. De fato, esses não são compromissos para defender a Van Mill da ingerência da Plus Vita nos seus negócios, mas sim para defender os interesses da compradora,

assegurando-lhe que nenhuma decisão por ela considerada indesejável seria tomada.

Por todos esses motivos entendo que a operação deveria ter sido apresentada tomando-se como referência para o cumprimento do parágrafo 4º do artigo 54, pelo menos o dia 30 de junho de 1997, data do citado acerto entre Van Mill e Plus Vita, quando se tornou mais do que evidente a alteração nas relações de concorrência entre as partes. Entendo, ainda, que é possível que a data dessa alteração tenha sido até mesmo a da assinatura do contrato, no dia 23 de junho de 1997, mas considero desnecessário aprofundar o exame dentro dessa ótica, uma vez que não alteraria a conclusão de intempestividade na apresentação da operação.

Sendo assim, ratifico o entendimento do conselheiro-relator do presente Ato de Concentração, determinando a aplicação da multa mínima de 60 mil UFIR, equivalentes a R\$ 57.666,00, prevista no parágrafo 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94, pela intempestividade na apresentação do ato. Este valor deverá ser pago no prazo de dez dias da publicação do acórdão, sob a supervisão da Procuradoria do CADE que, na ausência do pagamento, adotará as medidas cabíveis previstas na Resolução CADE No. 9/97.

É o voto.

Brasília, 8 de dezembro de 1998

RUY SANTACRUZ

Conselheiro-Relator