

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
Ato de Concentração nº 0134/97
Requerentes: American Home Products e Solvay S/A
Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado

EMENTA: Ato de Concentração. Compra e venda de ativos do negócio mundial de saúde animal da Solvay por parte da American Home Products. Hipótese contemplada pelo § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Ausência de dano à concorrência. Apresentação da operação intempestiva, implicando-se multa em atendimento ao artigo 2º, inciso XIII, da Lei nº 9.784/99, dado que a operação se realizou antes da Resolução Cade nº 15/98. Aprovação sem restrições.

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, aprovar o ato de concentração, sem restrições, e por maioria, vencidos o Presidente Gesner Oliveira e a Conselheira-Relatora Lucia Helena Salgado, caracterizar a apresentação da operação como intempestiva, deixando, porém, de aplicar a multa prevista no parágrafo 5º do artigo 54 da Lei 8884/98, por entender que a Resolução 15/98 consolidou, de forma clara, entendimento sobre o momento da apresentação das operações elencadas no artigo 54 da Lei 8884/94 e que, consoante o estabelecido no artigo 2º, inciso XIII, da Lei 9784/99, o caso não comporta interpretação retroativa prejudicial. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Mércio Felsky, Ruy Santacruz, Marcelo Calliari e João Bosco Leopoldino. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília, 7 de abril de 1999 (data do julgamento).

RELATÓRIO¹

1. DA OPERAÇÃO

¹ Elaborado pelo assistente processual Alexandre Gheventer, sob a supervisão da relatora

A American Home Products Corporation (AHP) e a Solvay S/A. (SOLVAY) submeteram à apreciação do CADE, com fundamento no art. 54, da Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994, ato de concentração consistente na aquisição negócio de produtos de saúde animal da empresa Solvay pela AHP. Tendo em vista o disposto na Resolução nº 5/96, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE - e o baixo grau de complexidade da operação as empresas optaram pelo procedimento simplificado.

Em 31 de outubro de 1996, as empresas celebraram o contrato de compra e venda pela qual a AHP passou a deter ativos e subsidiárias do negócio de produtos de saúde animal da Solvay. O valor da operação foi de R\$ 450 milhões. A operação consistiu-se na transferência de quotas do capital social da Solvay Saúde Animal Ltda para a Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda (21.367 quotas ou R\$ 21.367 milhões) e para a a Cyanamid Química do Brasil Ltda (1 quota ou R\$ 1 mil), subsidiárias da AHP e na alteração da razão social dos Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda para Fort Douglas Saúde Animal Ltda.

As empresas justificam a operação pelas seguintes razões:

- 1) combinar o negócio de produtos de saúde animal da Solvay, existente basicamente nos EUA, com os negócios da Solvay neste setor, existentes principalmente na Europa; e
- 2) a atividade não faz parte do core business da Solvay , que deseja concentrar-se em produtos farmacêuticos para consumo humano.

A operação foi notificada nos Estados Unidos, Bélgica, Irlanda e Alemanha. Todas as autoridades de defesa da concorrência aprovaram integralmente o ato, com exceção dos EUA, que condicionaram sua aprovação a determinados desinvestimentos em três mercados de vacinas, devido ao elevado grau de concentração nesses mercados. As cópias das decisões dessas agências foi anexada ao processo.

2. REQUERENTES

A AHP é uma empresa norte-americana especializada nos setores de manufatura, pesquisa, desenvolvimento e comercialização de saúde humana e animal. A AHP possui duas subsidiárias brasileiras neste negócio: Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda. e Cyanamid Química do Brasil Ltda. O faturamento mundial do grupo, no último exercício, foi de R\$13,5 bilhões, sendo o

Brasil responsável por US\$ 400 milhões. A Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda. e Cyanamid Química do Brasil Ltda registraram um faturamento de US\$ 10 milhões e US\$ 31 milhões, respectivamente.

O grupo Solvay S/A, voltada para atividades de manufatura e comercialização nos setores de álcalis, peróxidos, plásticos e saúde animal, possui uma subsidiária no Brasil, chamada Solvay Saúde Anima Ltda. Seu faturamento, em 1997, foi de R\$ 29 milhões.

3. CARACTERÍSTICAS DO MERCADO

A área de produtos de saúde animal compreende dois grandes setores: suplementos alimentares e produtos terapêuticos. Por sua vez, o setor de produtos terapêuticos envolve duas áreas: produtos biológicos animais e produtos farmacêuticos animais, sendo esta última a única área afetada pela operação.

Os produtos biológicos animais visam combater determinadas doenças viróticas ou bacterianas através da imunização e compreendem basicamente vacinas, anti-soros e colostros². Um mercado teoricamente afetado é o de vacina anti-rábica, produzida pela Solvay. A AHP não produz este tipo de vacina, importando o produto de um fabricante chamado Immunovet. Porém, as requerentes informaram que o contrato com essa empresa expirou recentemente e não será renovado, uma vez que a Immunovet resolveu cessar o fornecimento do produto.

Os produtos farmacêuticos animais formam outro conjunto de classes terapêuticas, tais como anti-parasitários, anti-infecciosos, anti-microbianos, anti-inflamatórios e outros farmacêuticos animais. A finalidade desses produtos é combater doenças após terem sido contraídas ou prevenir infecções ou infestações em animais.

3.1- Produto

Após análise de todos os produtos veterinários das empresas envolvidas, a SEAE concluiu que a operação implicará em alteração no grau de concentração em dois produtos farmacêuticos animais: os anti-helmínticos orais e os antibióticos injetáveis.

2 vacinas – administradas para estimular a produção de anti-corpos;
anti-soros – uso para proteção imediata, sendo extraído de animais hiper-imunizados;
colostros – leite obtido poucos dias após o parto, com alto conteúdo de proteínas e anti-corpos

Anti-helmínticos orais

Os anti-helmínticos orais são “farmacêuticos orais ministrados aos animais para expelir vermes parasitas” (fls. 53) . Existem, também, os anti-helmínticos injetáveis. Porém, segundo as requerentes, os dois produtos não são substitutos porque são elaborados para combater diferentes tipos de parasitas. A Solvay não produz anti-helmínticos injetáveis. O anti-helmíntico oral produzido e comercializado pela AHP no Brasil chama-se “Ripercol Oral”, ao passo que o produto da Solvay é denominado de “Policid 10”.

Antibióticos injetáveis

“ Antibióticos injetáveis são farmacêuticos injetáveis extraídos ou produzidos a partir de organismos vivos que, em pequenas concentrações, são capazes de inibir a criação e o desenvolvimento de micro-organismos e permitindo assim o combate a infecções bacteriológicas. Como no primeiro caso, os antibióticos injetáveis não são substituíveis por seus equivalentes orais, uma vez que são aplicados em diferentes tipos de animais (injetáveis em gado e orais em aves e suínos), diferenças consideráveis no preço e na composição e sistemas de distribuição diferentes. Além disto, as requerentes comercializam apenas antibióticos injetáveis, sob a marca “Pentabiótico” (AHP) e “Pentacilin” e “Pentacilin C” (Solvay).

3.2 - Dimensão Geográfica:

As requerentes consideraram o mercado relevante geográfico como nacional. Embora a abertura econômica tenha favorecido a importação de medicamentos veterinários, a SEAE observou que a permanência de algumas barreiras não tarifárias, como a exigência de registro, dificultam o acesso ao mercado externo.

3.3- Grau de Concentração:

Os dois mercados relevantes estão distribuídos na seguinte forma:

ANTI-HELMÍNTICOS ORAIS

EMPRESAS	PARTICIPAÇÃO (%)
Pfizer/SmithKline B	40,0
Ouro Fino	18,0
Hoescht	10,0
Schering Plough	8,0

AHP	3,2
Solvay	1,0
Outros	19,8

Fonte: Requerentes

ANTIBIÓTICOS INJETÁVEIS

EMPRESAS	PARTICIPAÇÃO (%)
EMPRESAS	PARTICIPAÇÃO(%)
Ciba-Geisy	40,0
Hoechst	31,0
Boehringer	9,0
AHP	14,0
Solvay	2,0
Outros	4,0

Fonte: Requerentes

Em nenhum dos dois mercados houve alteração substancial na estrutura de oferta. No mercado de anti-helmínticos orais, a operação resultou em um aumento da participação de mercado da AHP para 4,2%, muito longe da líder Pfizer/SmithKline B, detentora de 40% de participação. O mercado de antibióticos injetáveis é dominado por duas grandes empresas, Ciba-Geisy e Hoechst, que juntas, detém 70% do mercado. A operação pouco afetou a posição da AHP, pois resultou apenas em um pequeno incremento de 14% para 16% de market-share.

4. CONDIÇÕES DE ENTRADA

Segundo as Requerentes, a obtenção de autorizações não é um grande obstáculo. O processo de autorização pode ser conseguido em um tempo relativamente curto, e é comum a obtenção de licença temporária. As requerentes também não identificaram barreiras relacionadas à proteção de patente, seja devido ao curto ciclo de vida dos produtos, seja porque em caso de produtos combinados, tal produto não é patenteável.

De acordo com a SEAE, existe um grande espaço à entrada de novos concorrentes devido à disponibilidade de matéria-primas originárias da China e da Índia. Embora as requerentes argumentem que a lealdade à marca tenda a ser menos importante devido à natureza dinâmica deste mercado, a SEAE considerou que a marca do produto ainda tem certa influência. Quanto às im-

portações, todas as quantidades comercializadas do produto anti-helmíntico oral foram produzidas internamente. No tocante ao antibiótico injetável, apenas a empresa Boehringer importa o produto (9% do mercado relevante). Como já observado antes, a permanência de algumas barreiras não tarifárias dificultam o acesso do consumidor ao produto importado.

As requerentes não informaram investimentos necessários para a instalação de uma empresa com escala mínima, somente argumentando que “o nível de novos investimentos necessários para manter uma presença nos mercados afetados não costuma ser visto como uma barreira a novas entradas, dados o tamanho e os recursos do grande número das principais empresas internacionais e de outras empresas menores especializadas, presentes no mercado” (fls.55).

5. EFICIÊNCIAS ASSOCIADAS À OPERAÇÃO

Evidentemente, a operação trará benefícios do ponto de vista privado, uma vez que a operação fortalecerá a posição da AHP em mercados (Europa e Extremo Oriente) onde sua presença era fraca, permitirá à AHP acessar o negócio de suínos e avícolas da Solvay, bem como se beneficiar da rede de distribuição da Solvay.

Quanto às eficiências sociais, as requerentes se limitaram a afirmar que “a operação irá permitir um uso mais eficiente dos recursos de pesquisa e desenvolvimento, propiciando a introdução de novos produtos no mercado mais rapidamente” (fls. 60).

6. DOS PARECERES

O Parecer da SEAE/MF conclui, com base nas informações demonstradas, que a operação é passível de aprovação, pelas seguintes razões:

- Nos anti-helmínticos orais, a participação dos produtos dos dois laboratórios soma apenas 4,2%, o que não implica em alteração significativa da estrutura concorrencial;
- Nos antibióticos injetáveis, a AHP já dispunha de uma participação de 14% e o produto da Solvay atinge apenas 2% do mercado, não ocorrendo qualquer alteração importante no grau de concentração.
- Por fim, de acordo com a SEAE, “o consumidor do mercado veterinário tem informações suficientes para avaliar o custo/benefício dos produtos ofertados. As grandes empresas mantêm uma eficiente assistência ao pro-

duto rural, que por sua vez escolhe os produtos veterinários mais eficazes para os seus animais” (fls. 230)

A SDE conclui que a operação não implicou em aumento de poder de mercado, opinando “pela legitimação da operação nos termos propostos pelas requerentes, entendendo que cabe ao CADE a decisão de aplicação de multa por intempestividade” (fls. 578), uma vez que as empresas protocolaram o requerimento na SDE em 21.03.97, e o Contrato de Compra e Venda foi celebrado em 31.10.96, a ser efetivado em 31.12.96.

A Procuradoria do CADE manifestou-se favoravelmente pela operação e opinou pela aplicação de multa nos termos do § 5º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

Este é o relatório.

VOTO

PRELIMINAR

DA TEMPESTIVIDADE NA APRESENTAÇÃO DA OPERAÇÃO

Em 31 de outubro de 1996, foi celebrada contrato de compra e venda de ações pelo qual foram transferidas para as subsidiárias da AHP no Brasil a divisão brasileira de produtos de saúde animal.

As requerentes afirmam que o contrato tornou-se efetivo em 28 de fevereiro de 1997, data do fechamento da operação, estando anexado ao processo cópia do documento (“Quadragésima Primeira Alteração Do Contrato Social De Solvay Saúde Animal Ltda.”) que modificam cláusulas e condições presentes no contrato social da Solvay Saúde Animal Ltda. Neste documento, a quotista Solvay transfere sua participação para a Laboratórios Wheth-Whitthall Ltda e Cybamid Química do Brasil Ltda (art. 2º), apresentado pedido coletivo de renúncia à diretoria da Solvay, em razão da nova estrutura societária (art. 4º). O documento ainda atribui à a Laboratórios Wheth-Whitthall Ltda a administração da sociedade (art.6º) , altera a razão social da empresa para Fort Dodge Saúde Animal Ltda. (art. 7º) e altera o objeto social da empresa (art. 8º)

O requerimento foi submetido à apreciação em 21.03.97.

Da análise do contrato de compra e venda entre a Solvay S/A e a American Home Products Corporation, não vislumbrei, no exame de suas cláusulas, qualquer elemento que conferisse às requerentes, a partir da data da assinatura desse instrumento contratual, a capacidade de influir no comportamento concorrencial no Brasil, como um plus decorrente desse mesmo contrato. Constatei, sim, que a transferência do controle acionário efetivamente se deu em 28.02.97, momento de aquisição dessa capacidade, sendo esse, portanto, o elemento relevante para o direito da concorrência. Considero, pois, a data de 28.02.97 como termo a quo para contagem do prazo de 15 (quinze) dias úteis previsto no art. 54 §4º da Lei nº 8.884/94. Tenho, portanto, a operação por tempestiva.

EFEITOS DA OPERAÇÃO SOBRE O MERCADO RELEVANTE

Como se percebe da leitura do relatório, a operação não modifica as condições de concorrência existentes, visto que em nenhum dos dois mercados houve alteração substancial no grau de concentração. No mercado de anti-helmínticos orais, a operação resultou em uma aumento da participação de mercado da AHP para 4,2%, muito longe da líder Pfizer/SmithKline B, detentora de 40% de participação. O mercado de antibióticos injetáveis é dominado por duas grandes empresas, Ciba-Geisy e Hoechst, que juntas, detém 70% do mercado. A operação pouco afetou a posição da AHP, pois resultou apenas em um pequeno incremento de 14% para 16% de market-share.

De acordo com a SEAE, existe um grande espaço à entrada de novos concorrentes de vido à disponibilidade de matéria-primas originárias da China e da Índia. Como se percebe pelo relatório não foram registradas barreiras à entrada significativas. Cabe ressaltar que as empresas não informaram qual a magnitude dos investimentos necessários para a produção em escala mínima eficiente. Porém, como as empresas não detém poder de mercado e a operação não resultou em qualquer mudança significativa no grau de concentração, considereei desnecessária proceder qualquer instrução complementar sobre esse tópico.

Isto posto, concluo que não estão presentes as circunstâncias previstas no caput do art. 54, ou seja, a operação não prejudica ou restringe de alguma forma a concorrência. Portanto, não cabe ao CADE considerar a ocorrência dos efeitos compensatórios arrolados nos 4 incisos do §1º, pelo que aprovo a operação sem restrições.

Isto posto, aprovo a operação sem restrições.

Brasília, 09 de dezembro de 1998

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

ADITAMENTO AO VOTO PROFERIDO EM 09/12/98

Sobre a apreciação da tempestividade na apresentação do presente Ato de Concentração, discordo do posicionamento do Conselheiro Ruy Santacruz quanto a considerar a data de referência para a contagem do prazo legal o dia 31 de outubro de 1996. correspondente à data de celebração do contrato de compra que resultou na aquisição mundial pela AHP de ativos e subsidiárias da Solvay.

É evidente que o primeiro documento vinculativo entre as partes sempre, em maior ou menor grau, constitui um elemento restritivo ao comportamento empresarial da empresa adquirida. Há que se distinguir, porém, cláusulas elaboradas no intuito de fornecer maior previsibilidade e segurança econômica à empresa adquirente de cláusulas que permitam à mesma instrumentalizar a adquirida em favor de sua política empresarial. No primeiro caso, a adquirente quer que o valor futuro da empresa entre a celebração do contrato de compra e venda e o momento do fechamento, quando será realizada a efetiva transferência do controle acionário, não varie em razão de investimentos extraordinários, empréstimos mal contraídos ou abonos salariais generosos a empregados. No segundo caso, a adquirente já tem poder para alterar a atividade normal dos negócios da adquirida, tais como, mudar a política de preços e quantidades ou modificar condições contratuais entre a adquirida e seus clientes e fornecedores.

Assiste razão ao Ilustre Conselheiro quando afirma considerar 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 reações de concorrência entre as partes. Porém o período entre a celebração do contrato e a data de fechamento, muitas vezes, representa um momento transitório entre a situação concorrencial prévia e a efetiva e plena coordenação de ações entre as empresas. Então, se de fato, todo documento inicial entre partes implica necessariamente uma restrição ao comportamento autônomo, daí não se pode inferir que ambas já atuem harmoniosamente, em favor dos objetivos empresariais da adquirente.

As cláusulas 7.1 e- 7.2 do contrato de compra e venda citadas pelo Conselheiro em seu voto de vista não fornecem à adquirente instrumentos para que a mesma redirecione a estratégia comercial da empresa a seu favor. Essas cláusulas dizem respeito apenas ao compromisso da adquirida em manter, ou não alterar seriamente o curso normal de suas atividades. da forma como prevalecia no momento imediatamente anterior à celebração do contrato de compra e venda.

Cláusulas referentes a acesso a informações e condução dos negócios são comuns, e mesmo, inerentes a contratos de compra e venda. Entretanto, o CADE tem firmado entendimento acerca da necessidade de analisar caso a caso em sua especificidade, sempre procurando identificar o momento econômico a partir do qual a operação passa a gerar efeitos sobre o mercado, o que no caso de uma operação horizontal significa que são alteradas as relações de concorrência entre as partes. A menos que no documento inicial já contenha elementos que permitam à adquirente influir ativamente na condução dos negócios em favor de seus objetivos empresariais, não considero que o período transitório entre a celebração do contrato e a data de fechamento já caracterizem a nova estrutura concorrencial que irá prevalecer após a transferência do controle acionário. As cláusulas citadas pelo Conselheiro não conferem tais poderes à adquirente, apenas criam restrições à autonomia da adquirida, que parecem razoáveis nos termos da análise antitruste.

O fato da operação mundial ter sido apresentada, em alguns países até mesmo antes da data de celebração do contrato (EUA, Alemanha e Irlanda) em razão de carta de intenções assinada entre as duas empresas em nada reforça a argumentação de que esta seria a data relevante para a análise. Em outras jurisdições a análise antitruste é prévia à operação. isto é, tem preocupação preventiva. O ponto de partida para a análise antitruste depende de cada legislação específica. No Brasil, o início desta análise ocorre em até 15 dias do, momento econômico a partir do qual a operação começa a irradiar efeitos sobre o mercado. Em outras jurisdições, o início da análise independe desse ponto de inflexão na estrutura concorrencial, mas sim do primeiro sinal formal da ocorrência futura da operação.

Por fim, ao contrário do que sugere o Conselheiro em seu voto de vista, a Procuradoria do CADE manifestou-se pela intempestividade, não por não ter considerado a data de fechamento como a data relevante, mas por não ter sido apresentado, até o momento da finalização do parecer, documento comprobatório sobre tal data. Assim, na falta de outro documento que apresentasse data alternativa, a Procuradoria considerou, para efeitos legais, a data da celebra-

ção do contrato. Devo registrar que as requerentes apresentaram documento ("Segundo Aditivo ao Contrato de Compra") que, segundo elas, provaria a data de fechamento como sendo o dia 28 de fevereiro de 1997. A documentação apenas foi juntada aos autos após a manifestação formal da Procuradoria, não tendo sido analisada posteriormente por esta. É por esta razão que solicito da Procuradoria manifestação sobre o referido documento antes que o Plenário pronuncie-se acerca da tempestividade ou não da apresentação da operação.

Brasília, 27 de Janeiro e 1999.

Lucia Helena Salgado e Silva

Conselheira-Relatora

VOTO DE VISTA do Coselheiro Ruy Santacruz

Trata o presente voto da operação de aquisição por parte da American Home Products (AHP) dos negócios mundiais de produtos de saúde animal da Solvay. Quanto a estimativa do impacto da operação sobre a concorrência concordo integralmente com a conselheira-relatora, no sentido de que não é capaz de limitar ou prejudicar a concorrência no mercado relevante. Dessa maneira, a operação deve ser aprovada de maneira incondicional, conforme a jurisprudência já largamente firmada por este colegiado.

Quanto a tempestividade da sua apresentação, nos termos do parágrafo 4º. do artigo 54 da lei brasileira de defesa da concorrência, tenho comentários a fazer.

Em 31 de outubro de 1996 as requerentes celebraram contrato de compra (fls 591 a 782) que resultou na aquisição mundial pela AHP de ativos e subsidiárias da Solvay que compreendiam todo o setor de produtos de saúde animal da alienante.

Em 28 de fevereiro de 1997 ocorreu a data de fechamento da operação mundial. Nessa mesma data foi celebrada, no Brasil alteração do contrato social da Solvay Saúde Animal Ltda.

A operação foi apresentada e protocolada na SDE em 21 de março de 1997.

Toda a questão gira em torno da data a ser considerada para o início da contagem do prazo legal. Se considerada 31/10/96, a apresentação seria intempestiva. Se considerada 28/02/97, seria tempestiva.

As requerentes consideram 28/02/97 como a data a ser considerada para o início da contagem do prazo legal, uma vez que o contrato de compra assinado em 31/10/96 “estabelecia que a efetivação da operação estava sujeita a uma série de condições suspensivas, dentre elas a concretização nos locais onde as partes exerciam atividades relacionadas ao negócio. No Brasil, a operação foi efetivada em 28 de fevereiro de 1997, data em que foi celebrada alteração ao contrato social da Solvay Saúde Animal Ltda., a qual reflete localmente a transação antes contratada a nível mundial. Por outro lado, ficou convencionado, através da assinatura do Segundo Aditivo ao Contrato de Compra e Venda, que a data de fechamento da operação, mesmo a nível mundial, seria o

de 28 de fevereiro de 1997, pois nesta data todas as condições suspensivas previstas inicialmente estariam implementadas, razão pela qual só a partir de tal data os instrumentos passariam a irradiar efeitos concorrenciais nos mercados”. De fato, somente após a alteração do Contrato Social da Solvay no Brasil foi dada posse à nova diretoria indicada pela AHP.

Em sua resposta à diligência por mim efetuada na sessão de 09 de dezembro de 1998, as requerentes argumentam que o entendimento refletido na Resolução 15 do CADE, de 18 de agosto de 1998, de que o termo inicial de contagem de prazo estabelecido no § 4º do artigo 54 é a data do primeiro documento vinculativo entre as partes, salvo quando observam-se alterações nas relações de concorrência em momento diverso, não pode ser aplicado ao presente caso, em observância ao princípio constitucional da irretroatividade das normas.

Afirmam também que o entendimento que vigorava no final de 1996, quando foi assinado o contrato de compra em questão, era que o marco inicial para a contagem do prazo legal seria a data de fechamento da operação, citando decisão proferida no dia 13/11/95 no AC de interesse das empresas Orsan e Ajinomoto.

Referem-se ainda a um acordo de confidencialidade, encaminhado em anexo, no qual ambas as empresas, ainda no ano de 1994 (não é especificado o mês da assinatura deste acordo), se obrigam a fornecer uma à outra “certas informações financeiras e comerciais, incluindo informações que não tenham caído em domínio público e que devem ser consideradas de natureza sigilosa ou exclusiva.” Alegam as requerentes que neste documento e também no contrato de compra e venda nas cláusulas 7.1, 7.8 e 7.10 são previstas restrições relativas ao uso e acesso a informações confidenciais, o que segundo as requerentes significaria “impedimentos à atuação em conjunto” das empresas.

A apresentação da operação para as autoridades antitruste dos EUA se deu em 3/10/96, para as autoridades da Alemanha em 16/10/96, e da Irlanda em 18/10/96, todas antes da assinatura do contrato de compra em 31/10/96. Na Bélgica a operação foi notificada em 6/11/96, seis dias após a assinatura do contrato de compra.

A SDE alertou para a intempestividade na apresentação da operação (fl.579). A Procuradoria do CADE, no seu parecer, também teve entendimento diferente das requerentes sobre a questão, considerando intempestiva a apresentação da operação às autoridades brasileiras de defesa da concorrência. A Procura-

doria discorda da alegação das requerentes de que o contrato de 31/10/96 teria se tornado efetivo apenas no dia 28/02/97. Segundo o parecer, “Tal posicionamento demonstra-se equivocado, pois a data de fechamento que as Requerentes alegam ser, é simplesmente a data da quadragésima primeira alteração do Contrato Social de Solvay Saúde Animal Ltda (fls. 307/314). Os critérios estabelecidos pela Lei 8.884/94, são bem claros, senão vejamos: o parágrafo 4º. do art.54 da citada Lei, disciplina o prazo para apresentação de exame das operações de que trata o ‘caput’. Esse prazo é de 15 (quinze) dias úteis a contar da realização do ato. O ato em análise, conforme se verifica do exame do contrato de compra e venda (fls.71), se deu em 31 de outubro de 1996. Entretanto, a operação só foi apresentada e protocolada na SDE, em 21 de março de 1998... . Neste sentido, o ilustre ex-Conselheiro do CADE, Antônio Fonseca, no caso Plus Vita/Van Mill, assim se manifestou:

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 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.”

Analisando o contrato de compra assinado em 31 de outubro de 1996 nota-se que seu Artigo 7 - Compromissos (fl.686) prevê na cláusula 7.1, que “Antes do fechamento, a Vendedora deverá proporcionar, e fazer com que cada uma de suas Afiliadas proporcionem, aos administradores, empregados, procuradores, advogados, contadores e outros representantes da Compradora, acesso razoável às propriedades, instalações, livros, contratos, compromissos, registros e empregados dos Negócios... .” Além disso, “Sujeito às restrições previstas nas Leis Aplicáveis, ou de algum contrato de sigilo ou semelhante, a vendedora fornecerá todas as informações em seu poder ou que estejam razoavelmente disponíveis à vendedora, à respeito dos Negócios razoavelmente solicitados pela Compradora”.

Também se compromete a vendedora, na cláusula 7.2, a: a. não aprovar dispendios de capital não previstos no orçamento superiores a um certo limite; b. não contrair ônus sobre bens de capital; c. não contrair dívidas acima de um

dado limite; d. não alterar as condições dos contratos de trabalho em vigor; e. não alterar as condições dos benefícios concedidos aos empregados; f. não modificar os contratos sociais das entidades transferidas; g. não emitir nem vender ações do capital social das entidades transferidas; h. não declarar nem reservar para pagamento dividendos das entidades transferidas; i. não vender, alienar, alugar, nem onerar quaisquer ativos exceto no curso normal das atividades; j. não alienar nem permitir que caduquem direitos de propriedade; k. não modificar nem rescindir contratos importantes; l. não celebrar ajustes, acordos ou contratos importantes com terceiros; m. não firmar qualquer instrumento importante com qualquer pessoa; n. manter em pleno vigor e efeito os seguros contratados; o. não praticar atos que ameacem as garantias do contrato; e p. não concordar em praticar qualquer um dos supracitados atos.

Na cláusula 7.8 (Informações Financeiras) as requerentes se comprometem a fornecer “uma a outra e a seus respectivos contadores, (i) todos os dados e demonstrativos financeiros referentes aos negócios que sejam razoavelmente solicitados pela outra parte e (ii) completo acesso aos Livros e Registros, a quaisquer outras informações relativas aos negócios, incluindo planilhas dos seus contadores e aos empregados quando razoavelmente necessário.” A cláusula 7.10 (Sigilo) basicamente repete os termos do contrato de confidencialidade obrigando a compradora a manter sob absoluto sigilo “toda a tecnologia e todas as informações confidenciais”, assim como a não liberar, divulgar ou utilizar as informações confidenciais em benefício próprio.

Já o Artigo 8 - Condições Prévias ao Fechamento, prevê que todas as autorizações das autoridades antitruste já tenham sido obtidas e que nenhum outro ato de autoridade governamental que possa restringir ou tornar ilícito o contrato esteja em vigor.

Essas são as informações que constam dos autos e que julgo relevantes para a decisão sobre a possível intempestividade na apresentação do presente ato de concentração.

Parece-me claro o entendimento deste colegiado de que a data da assinatura de um contrato, ou mesmo de seu definitivo fechamento, pode 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. O voto de 1997 do ilustre conselheiro Antonio Fonseca, anterior à publicação da

Resolução CADE No. 15, citado no parecer da Procuradoria do CADE, é bastante claro nesse sentido.

Sendo assim, esse, que me parece o melhor entendimento da lei, foi apenas consagrado pela citada Resolução, não podendo ser considerado aplicação retroativa desta norma. Trata-se tão somente da aplicação da Lei.

Por outro lado, no AC Orsan / Ajinomoto a decisão não considerou que a data de fechamento da operação deveria ser tomada como o início da contagem do prazo legal, independentemente dos seus efeitos sobre os mercados. Sobre a questão da possível intempestividade, o voto do ilustre conselheiro-relator Carlos Eduardo Vieira de Carvalho diz apenas o que se segue:

“Quanto à questão preliminar levantada, entendo que não será o caso de se instaurar processo administrativo contra a Requerente, com vista à aplicação de multa de que trata o § 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Permito-me destacar, ainda, outras circunstâncias que, segundo entendo, contribuem para isolar a hipótese de que haja ocorrido predisposição da Requerente de ferir a legislação. Uma delas, relaciona-se ao fato de a operação haver sido realizada em um país distinto da sede das duas empresas envolvidas, o que demanda muito mais tempo para a tramitação de documentos e elaboração de traduções juramentadas dos mesmos. Outro, diz respeito à própria postura solícita da Oriento e Ajinomoto, em resposta às diversas diligências por mim encaminhadas durante a tramitação deste processo, demonstrando adequado entendimento dos princípios que norteiam a Lei de defesa da concorrência”.

A apreciação da tempestividade na apresentação de atos ou contratos requer a análise individual de cada contrato e de cada operação. No Ato de Concentração nº 168/97 de interesse das empresas Plus Vita S/A e Van Mill Produtos Alimentícios Ltda., por exemplo, apresentei voto do qual transcrevo partes que considero relevante:

“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”.

Isso não permite, entretanto, concluir que no caso de atos de concentração envolvendo firmas que operam no mesmo mercado o primeiro documento vinculativo será sempre o momento a ser considerado para efeito da contagem do prazo legal. Cada caso deverá ser examinado de forma individual, procurando-se estabelecer as características de cada contrato e de cada operação. Muito embora seja possível afirmar que nas operações que provocam concentrações horizontais de mercado o investigador antitruste deve ficar mais atento sobre a possibilidade das alterações na concorrência se darem já no contrato de promessa de compra e venda ou em outro documento vinculativo anterior ao fechamento completo da operação.

No AC nº 08012.004804/98-56 (Lucent/Telesis), por exemplo, julgado na sessão plenária do dia 09 de dezembro de 1999, o conselheiro-relator Marcelo Calliari considerou no seu voto que a operação foi tempestivamente apresentada após demonstrar cabalmente que até a data do fechamento da operação “não houve qualquer alteração na relação entre as partes, que pudesse afetar o mercado, no momento da assinatura do primeiro contrato.”

No caso em tela entendo que a simples alteração do contrato social não pode ser tomada como o ato modificador das relações de mercado. Certamente, do meu ponto de vista, não foi este ato que determinou o início de uma fase onde a política comercial da adquirida se modificou. A esse respeito peço paciência para mais uma vez citar o esclarecedor voto do ilustre conselheiro Antonio Fonseca no AC de interesse das empresas Plus Vita e Van Mill:

“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”.

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 é suficiente, para mim, para afirmar que houve alteração na forma de concorrer nos mercados. O acesso a livros, contratos compromissos e registros, informações privilegiadas não é um 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.

Sendo assim, considero que a data para o início da contagem do prazo legal é a da assinatura do contrato de compra (em 31 de outubro de 1996), tendo sido a operação apresentada intempestivamente, pelo que determino a aplicação da multa mínima 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. Para a fixação deste valor considere o fato das requerentes terem apresentado a operação espontaneamente e que não houve má-fé. O valor fixado 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, 27 de janeiro de 1999

RUY SANTACRUZ

Conselheiro

VOTO VOGAL

Trata o presente voto da operação de aquisição por parte da American Home Products (AHP) dos negócios mundiais de produtos de saúde animal da Solvay. Quanto a estimativa do impacto da operação sobre a concorrência concordo integralmente com a conselheira-relatora, no sentido de que não é capaz de limitar ou prejudicar a concorrência no mercado relevante. Dessa maneira, entendo que a operação deve ser aprovada de maneira incondicional, conforme a jurisprudência já largamente firmada por este colegiado.

Quanto a tempestividade da sua apresentação, nos termos do parágrafo 4º. do artigo 54 da lei brasileira de defesa da concorrência, ressalto que:

- Em 31 de outubro de 1996 as requerentes celebraram contrato de compra que resultou na aquisição mundial pela AHP de ativos e subsidiárias da Solvay que compreendiam todo o setor de produtos de saúde animal da alienante.
- Em 28 de fevereiro de 1997 ocorreu a data de fechamento da operação mundial. Nessa mesma data foi celebrada, no Brasil, alteração do contrato social da Solvay Saúde Animal Ltda.
- A operação foi apresentada e protocolada na SDE em 21 de março de 1997.
- Toda a questão gira em torno da data a ser considerada para o início da contagem do prazo legal. Se considerada 31/10/96, a apresentação seria intempestiva. Se considerada 28/02/97, seria tempestiva.
- As requerentes consideram 28/02/97 como a data a ser considerada para o início da contagem do prazo legal, uma vez que o contrato de compra assinado em 31/10/96 “estabelecia que a efetivação da operação estava sujeita a uma série de condições suspensivas, dentre elas a concretização nos locais onde as partes exerciam atividades relacionadas ao negócio. No Brasil, a operação foi efetivada em 28 de fevereiro de 1997, data em que foi celebrada alteração ao contrato social da Solvay Saúde Animal Ltda., a qual reflete localmente a transação antes contratada a nível mundial. Por outro lado, ficou convencionado, através da assinatura do Segundo Aditivo ao Contrato de Compra e Venda, que a data de fechamento da operação, mesmo a nível mundial, seria o de 28 de fevereiro de 1997, pois nesta data todas as condições suspensivas previstas inicialmente estariam implementadas, razão pela qual só a partir de tal data os instrumentos passariam a irradiar efeitos concorrenciais nos mercados”.
- Antes da assinatura do contrato de compra, em 31/10/96, as requerentes assinaram Carta de Intenções, datada de 17 de setembro de 1996.
- A apresentação da operação para as autoridades antitruste dos EUA se deu em 3/10/96, para as autoridades da Alemanha em 16/10/96, e da Irlanda em

18/10/96, todas antes da assinatura do contrato de compra em 31/10/96, e após a assinatura da carta de intenções. Na Bélgica a operação foi notificada em 6/11/96, seis dias após a assinatura do contrato de compra. No Brasil, em 21 de março de 1997.

- A SDE considerou intempestiva a apresentação da operação. A Procuradoria do CADE, num primeiro parecer, teve o mesmo entendimento.

Analizando o contrato de compra assinado em 31 de outubro de 1996 nota-se que a cláusula 7.1 prevê que “Antes do fechamento, a Vendedora deverá proporcionar, e fazer com que cada uma de suas Afiliadas proporcionem, aos administradores, empregados, procuradores, advogados, contadores e outros representantes da Compradora, acesso razoável às propriedades, instalações, livros, contratos, compromissos, registros e empregados dos Negócios... .” Além disso, “... a vendedora fornecerá todas as informações em seu poder ou que estejam razoavelmente disponíveis à vendedora, à respeito dos Negócios razoavelmente solicitados pela Compradora”. Já na cláusula 7.2 compromete-se a vendedora a: a. não aprovar dispêndios de capital não previstos no orçamento superiores a um certo limite; b. não contrair ônus sobre bens de capital; c. não contrair dívidas acima de um dado limite; d. não alterar as condições dos contratos de trabalho em vigor; e. não alterar as condições dos benefícios concedidos aos empregados; f. não modificar os contratos sociais das entidades transferidas; g. não emitir nem vender ações do capital social das entidades transferidas; h. não declarar nem reservar para pagamento dividendos das entidades transferidas; i. não vender, alienar, alugar, nem onerar quaisquer ativos exceto no curso normal das atividades; j. não alienar nem permitir que caduquem direitos de propriedade; k. não modificar nem rescindir contratos importantes; l. não celebrar ajustes, acordos ou contratos importantes com terceiros; m. não firmar qualquer instrumento importante com qualquer pessoa; n. manter em pleno vigor e efeito os seguros contratados; o. não praticar atos que ameacem as garantias do contrato; e p. não concordar em praticar qualquer um dos supracitados atos.

Em novo parecer, exarado no dia 1 de fevereiro de 1999, de lavra do Dr. Chandre de Araújo Costa, a Procuradoria do CADE ratificou seu entendimento de que a apresentação foi intempestiva. Segundo o parecer, “A lei n. 8.884/94, ao regular o controle preventivo dos atos de concentração, não estabeleceu qualquer limitação subjetiva quanto à forma... Assim, protocolos, memorandos, qualquer outro ato produzido tendente à concentração, acordos entre concorrentes, ou aquisição de controle societário, atendidos os termos do parágrafo 3º., do art. 54, da Lei no. 8.884/94, devem ser submetidos à apreciação do CADE... independentemente de vir a existir ‘data de fechamento’ ” (sublinhou).

Lembra, ainda, que o artigo 54 não define a espécie de ato, referindo-se textualmente ao vernáculo qualquer. Ressalta que a realização de um negócio jurídico resulta de um conjunto de atos - que se inicia com um ato precário e inacabado mas tendente à concretização do negócio. E que se uma vez feita a comunicação, o negócio não for efetivado, restará a perda do objeto. Finalmente, considera que “se a lei facultou ao interessado a comunicação prévia do ato, e também conferiu efeito suspensivo ao ato, é por entender relevante o controle dos atos o mais imediato possível. Admitir-se a apresentação em prazo posterior... retarda a ação dos órgãos de regulação do mercado e torna oneroso o seu distrato...”.

Parece-me claro o entendimento deste colegiado de que a data da assinatura de um contrato, ou mesmo de seu definitivo fechamento, pode 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. Esse 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”.

Na reapreciação da questão da tempestividade na apresentação do Ato de Concentração nº 168/97, de interesse das empresas Plus Vita S/A e Van Mill Produtos Alimentícios Ltda., operação que resultou em concentração horizontal de mercado, apresentei voto do qual transcrevo partes que considero relevante:

“... é possível afirmar que 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 continuem 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”.

As requerentes, por sua vez, sustentam em memorial apenso aos autos que os efeitos da assinatura do contrato de compra e venda não podem ser equiparados àqueles verificados após o fechamento da operação, pois somente a partir de tal data de fechamento a adquirente passou a ter plenos poderes para coordenar as atividades da empresa negociada e que só então passaram a atuar de forma harmoniosa no mercado.

A questão a ser discutida, desse modo, centra-se na exata identificação do que seria uma alteração nas relações de concorrência. Na visão das requerentes a concorrência se modifica quando as partes passam a ter políticas harmoniosas ou quando se reduz a independência entre elas - o que normalmente ocorre com o fechamento da operação. Outra visão admite que o primeiro contrato de compra e venda entre concorrentes, mesmo sujeito a cláusulas incertas e futuras, já altera as relações de mercado - o que obrigaria a notificação no início do processo de aquisição, antes, portanto, do fechamento.

A aplicação internacional da norma antitruste preventiva determina, de um modo geral, a apresentação de atos de concentração econômica previamente à sua completa realização. O fechamento de qualquer operação dessa natureza só seria possível após a aprovação da autoridade antitruste. Nesse sentido, determinam as autoridades norte-americanas e da Comunidade Européia, por exemplo, que os contratos de compra e venda (compromissos prévios entre adquirentes e adquiridos) não podem conter cláusulas que possibilitem uma prévia influência do comprador sobre os negócios da empresa comprada, buscando evitar perda de independência administrativa ou qualquer forma de administração compartilhada ou harmoniosa entre as partes antes do fechamento da operação.

Admitem, no entanto, cláusulas tradicionais de troca de informações restritas entre as partes - uma vez que a adquirente precisa ter um mínimo de informações sobre o valor dos ativos da adquirida. O tipo de informação trocada, entretanto, deve ficar limitado ao estritamente necessário para a realização do negócio (exatamente como na cláusula 7.1 do contrato em questão). Essa é

uma cláusula usual nos contratos de compra e venda firmados entre empresas e tem como finalidade preparar as condições para o fechamento da operação, sendo aceitas pelas autoridades norte-americanas e européias mesmo antes da decisão final. Outra cláusula usual é a de 7.2 do contrato em questão, que visa, fundamentalmente, preservar o valor dos ativos que estão sendo negociados até o fechamento do negócio.

Dessa maneira, norte-americanos e europeus buscam certificar-se de que tais contratos de compra e venda (ou compromissos que visem ao fechamento de um acordo definitivo no futuro) não contenham cláusulas capazes de facilitar a cooperação ou a adoção de políticas harmoniosas pelas partes. Consideram, portanto, que as condições da concorrência são afetadas somente após a perda de independência da empresa adquirida, quando as decisões de política comercial passam a se dar de forma harmoniosa, normalmente após o fechamento da operação.

Do meu ponto de vista, entretanto, o caput do artigo 54 não deixa dúvidas - opinião reforçada pelo voto do ex-conselheiro Antonio Fonseca no AC Plus Vita / Van Mill e pelo cristalino parecer da Procuradoria do CADE no presente caso. Os atos sob qualquer forma manifestados que possam afetar a concorrência devem ser apresentados para a análise na forma do seu parágrafo 4º. Parece-me claro que um contrato de compra e venda, mesmo que sujeito a cláusulas incertas e futuras, pode afetar a concorrência. E, na forma do artigo 2º. da Resolução CADE No. 15, pode alterar as relações de concorrência entre as partes e entre estas e terceiros agentes econômicos. Basta que o ato possa afetar a concorrência.

A apresentação é compulsória e, desse modo, não cabem às partes avaliarem se os efeitos sobre os mercados ocorreram ou não. Considero, ainda, que na lei antitruste brasileira uma potencial alteração na concorrência decorrente de um ato não pode ser entendida apenas como o momento a partir do qual as concorrentes passam a atuar de forma harmoniosa no mercado.

De fato, de um modo geral contratos de compra e venda estão sujeitos a cláusulas incertas e futuras, embora na esmagadora maioria das vezes cheguem a bom termo com o fechamento da operação. Trazem, em geral, cláusulas como as que foram citadas acima no presente contrato. Entendo que tais cláusulas, em si, já são potencialmente modificadoras das relações de concorrência, isto é, da forma como a concorrência se manifesta no mercado. Através delas a compradora adquire informações restritas (ou razoáveis, no jargão antitruste norte-americano), mas suficientes para uma compreensão diferente acerca das

operações da concorrente - compreensão que antes não possuía. Através delas a empresa adquirida, por sua vez, perde autonomia nas suas decisões, não podendo mais licenciar marcas; aprovar dispêndios de capital não previstos no orçamento; vender, alienar, alugar, nem onerar quaisquer ativos exceto no curso normal das atividades; modificar nem rescindir contratos importantes; celebrar ajustes, acordos ou contratos importantes com terceiros; etc. Ou seja, a empresa passa a atuar em compasso de espera, aguardando o fim da transação, deixando potencialmente de responder a novos e diferentes estímulos do mercado.

Nesse sentido, a cláusula pode afetar a forma de atuar da empresa adquirida, pode afetar suas decisões, que passam a ser conservadoras, pode, enfim, alterar as condições da concorrência uma vez que um dos concorrentes tem suas decisões travadas por cláusulas contratuais. E se pode afetar a concorrência deve ser apresentada na forma do artigo 54 da lei 8.884, independentemente de ter afetado ou não. Mesmo porque só é possível (se possível for) estimar se a cláusula afetou a concorrência ou não a posteriori, e o texto legal não dá margem para que o administrado aguarde seus possíveis efeitos. Cabe ao administrado comunicar todo e qualquer ato que possa afetar a concorrência, antes que isso ocorra, mesmo que isso não ocorra.

Por outro lado, e muito mais importante, quando uma empresa A se compromete a comprar uma empresa B, mesmo que através de ato sujeito a cláusulas incertas e futuras, é certo que a percepção da concorrência entre as duas partes se modifica. As estratégias comerciais voltadas para a ocupação de mercados passam inevitavelmente a considerar o fato de que muito brevemente (e quase que certamente) as empresas estarão sob uma única administração. Desse modo, não tem racionalidade econômica manter esforços direcionados contra uma empresa que brevemente estará coligada. Os esforços são redirecionados contra os demais concorrentes, que, por sua vez, passam a perceber as empresas A e B também não mais como concorrentes entre si.

Todas as estratégias dos demais concorrentes em relação a A e B são decididas a partir do julgamento de que a reação será diferente, uma vez que A/B juntas respondem no mercado de forma diferente de A e B separadas. Ou seja, não apenas A e B passam a se comportar de maneira diferente entre si, mas comportam-se de maneira diferente em relação aos demais concorrentes que, por sua vez, também mudam sua percepção e comportamento em relação às empresas contratantes.

Dessa maneira, as relações de concorrência se alteram - ou podem se alterar, o que já é suficiente - como decorrência de um contrato de compra e venda en-

tre concorrentes, mesmo que sujeito a cláusulas incertas e futuras e apesar de não ter ocorrido o que europeus e norte-americanos consideram uma relação harmoniosa entre as partes ou perda de independência no seu sentido restrito. Sendo assim, considero que tal tipo de contrato modifica as relações de concorrência, podendo, de imediato ou futuramente, limitá-la ou de qualquer forma prejudicá-la, na forma do texto legal brasileiro.

O artigo 2º da Resolução CADE No. 15, que interpreta e normatiza o artigo 54 na questão da apresentação das operações para a análise das autoridades antitruste, também é muito claro nesse sentido, ao fazer referência ao primeiro documento vinculativo. A expressão, cuidadosamente escolhida, deixa claro que o ato de que trata o artigo 54 não é o do fechamento da operação, muito embora possa vir a ser. É preciso considerar em que medida o primeiro vínculo entre as partes, isto é, o primeiro elo de ligação entre elas, é capaz de alterar as condições da concorrência - independentemente do fato de não ter sido suficiente para proporcionar uma atuação harmoniosa no mercado. E, nesse sentido, parece-me evidente que um compromisso de compra e venda entre concorrentes tem o poder de modificar (mesmo que potencialmente, mais uma vez ressalto) a forma de concorrer entre as partes, bem como entre elas e os demais agentes do mercado.

Finalmente, ultrapassando a leitura restrita do artigo 54, é preciso considerar, numa visão sistêmica da lei 8.884, que a prevenção do abuso do poder econômico é um dos pilares da defesa da concorrência. Sendo assim, considerar o primeiro documento vinculativo como o marco para o início da contagem do prazo previsto no parágrafo 4º. do artigo 54 da lei de defesa da concorrência torna factível a intervenção preventiva. Considerando o lapso de tempo entre a assinatura do primeiro documento entre as partes e a data do fechamento, a apresentação no início do processo permite que a autoridade antitruste tenha tempo para a sua análise e decisão antes ou próximo da data do fechamento. Por outro lado, o próprio processo de análise na SEAE/SDE/CADE sinaliza para as partes as eventuais preocupações que a operação pode gerar do ponto de vista da defesa da concorrência, o que lhes permite, conservadoramente, não adotar medidas que dificultem ou tornem mais custosa a intervenção.

De todo modo, a qualidade da intervenção é significativamente melhorada, enquanto seus custos - que sempre existem - tornam-se proporcionalmente menores. Assim, considerar que compromissos de compra e venda entre concorrentes afetam a concorrência e devem ser apresentados na forma do artigo 54 é não apenas a melhor leitura do artigo da lei, mas também a leitura que melhor atende a seu objetivo maior - relativamente ao entendimento de que as

alterações na concorrência ocorrem apenas com a administração compartilhada e harmoniosa entre as partes, que conduz o início da análise antitruste para a data do fechamento da operação, quando seus efeitos sobre os mercados já se deram e se consolidaram.

É preciso reconhecer que tal interpretação difere de maneira significativa da jurisprudência européia e norte-americana e que, eventualmente, esta leitura do texto legal pode tornar exigível a notificação de uma operação no Brasil antes mesmo que tenha sido apresentada em outros países. No entanto, é preciso também reconhecer que o desejo de harmonização da aplicação da norma antitruste brasileira com a aplicação internacional precisa ser efetivada através da mudança da lei. O desejo de harmonização não pode nortear o aplicador da norma, que precisa se ater aos seus termos e objetivos. A lei brasileira é diferente, tem uma estrutura diferente e não pode ser adaptada em aspectos específicos. É a norma vigente e que tem que ser observada pelo administrado e pelo administrador.

Sendo assim, entendo que a operação em questão foi apresentada intempestivamente. Porém, também entendo que a jurisprudência do CADE nesse aspecto não era clara nem pacífica na data da assinatura do contrato de compra e venda em tela. De fato, a análise dos efeitos dos atos sobre a concorrência para efeito do início da contagem do prazo, previsto no parágrafo 4º. do artigo 54, foi trazida à tona de forma inequívoca apenas no voto do ex-conselheiro Antonio Fonseca, no AC envolvendo as empresas Plus Vita e Van Mill, em julgamento no dia 18 de março de 1998. Esse mesmo entendimento foi consagrado pelo artigo 2º. da Resolução CADE No. 15, de agosto de 1998. Desse modo, considero que no período entre a data da assinatura do contrato de compra e venda entre as requerentes e o fechamento da operação a jurisprudência do CADE era, senão outra, pelo menos ambígua, razão pela qual decido pela não aplicação da multa, na forma do artigo 2º, inciso XIII, da lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

É o voto.

Brasília, 7 de abril de 1999

RUY SANTACRUZ
Conselheiro do CADE

