

GUIA

PARA ANÁLISE DA CONSUMAÇÃO PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

Maio/2015



Ministério da Justiça
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

**GUIA PARA ANÁLISE DA CONSUMAÇÃO PRÉVIA DE ATOS DE
CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA**

Gabinete da Presidência do Cade

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano

Cep: 70770-504 – Brasília/DF

www.cade.gov.br

Coordenação:

Vinicius Marques de Carvalho

Eduardo Frade Rodrigues

Edição:

Ana Carolina Lopes de Carvalho

Revisão:

Ana Frazão

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo

Márcio de Oliveira Júnior

Colaboradores Internos:

Amanda Athayde Linhares Martins

Daniel Gustavo Santos Roque

Colaboradores Externos:

Caio Mario da Silva Pereira Neto

Eduardo Caminati Anders

Patricia Avigni

Planejamento Gráfico:

Assessoria de Comunicação Social

SUMÁRIO

	Introdução	5
Seção 1.	Atividades que podem levar à caracterização da consumação prévia de atos de concentração econômica (<i>gun jumping</i>)	7
Seção 2.	Procedimentos para diminuição do risco de consumação prévia de atos de concentração econômica	10
	2.1 Protocolo antitruste	10
	2.2 <i>Clean Team</i> e Comitê Executivo	10
	2.3 Acesso à informação	11
	2.4 Confidencialidade	12
	2.5 Tratamento de informações	12
	2.6 <i>Parlor Room</i>	13
Seção 3.	Possíveis punições em caso de verificação da consumação prévia de atos de concentração econômica	14
	3.1 Da aplicação da pena pecuniária	14
	3.2 Da instauração de processo administrativo	15
	3.3 Nulidade dos atos praticados	15

Introdução

A Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC) instituiu no Brasil o controle prévio de atos de concentração econômica (artigo 88, §2º, da LDC). Esses atos de concentração econômica foram definidos no artigo 90 da LDC como operações nas quais: (i) duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; (ii) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (iii) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou (iv) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Por sua vez, a consumação de atos de concentração econômica antes da decisão final da autoridade antitruste (prática também conhecida como *gun jumping* pela literatura e jurisprudência estrangeiras) é vedada pelo artigo 88, §3º da LDC. Esse dispositivo obriga as partes a absterem-se de concluir o ato de concentração antes de finalizada a análise prévia do Cade, sob pena de possível declaração de nulidade da operação, imposição de multa pecuniária em valores que variam entre R\$ 60.000,00 e R\$ 60.000.000,00 – a depender da condição econômica dos envolvidos, dolo, má-fé e do potencial anticompetitivo da operação, entre outros – e a possibilidade de abertura de processo administrativo contra as partes envolvidas. Assim, devem ser preservadas até a decisão final da operação as condições de concorrência entre as empresas envolvidas (artigo 88, §4º da LDC).

Essas provisões do artigo 88, *caput* e §3º, da Lei 12.529/2011, foram regulamentadas pelo Regimento Interno do Cade (RiCade). No artigo 108, §1º, determinou-se que as notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação. Ademais, seu artigo 108, §2º determina às partes envolvidas em um ato de concentração manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a avaliação final do órgão antitruste. Em especial, restam vedadas *“quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes”*.

Essa disposição é propositalmente genérica, haja vista a grande diversidade de configurações de negócios jurídicos que se caracterizam como atos de concentração econômica para fins legais. Assim, cabe inicialmente às partes determinar com maior clareza quais os limites no trato entre agentes econômicos que impeçam a alteração das estruturas físicas e as condições competitivas subjacentes a um ato de concentração econômica.

Não obstante, de forma a melhor orientar os agentes privados, promover segurança jurídica, diminuir os custos de transação envolvidos em atos de concentração e facilitar a integração lícita entre atividades de agentes econômicos, este Guia busca estabelecer alguns parâmetros sobre os quais as partes de um ato de concentração podem se basear no desenho de suas operações. Tais orientações são feitas tanto com base na experiência obtida pelo Cade durante o período inicial de vigência da Lei 12.529/2011 como com base em outras fontes de direito comparado sobre o tema, que apontam para precauções quanto a atividades conjuntas e trocas de informações prévias entre diferentes empresas.

Deve-se destacar também que, por suas próprias características, eventual prática de *gun jumping* deve ser sempre analisada e verificada conforme as particularidades de cada caso, não sendo possível fazer generalizações em abstrato que sejam aplicáveis a todas as situações. Não obstante, os parâmetros abaixo podem ser utilizados como referências para agentes econômicos em suas negociações e avaliações de atos de concentração.

Este guia é dividido em três seções. A primeira aborda a definição de *gun jumping* e quais atividades podem levar a sua caracterização. A segunda aborda procedimentos específicos que podem ser adotados pelos agentes econômicos de forma a minimizar riscos de verificação de *gun jumping*, tais como o estabelecimento de times limpos (*clean teams*) e salas de conversa (*parlor rooms*). A terceira seção finaliza com discussão de possíveis punições que possam ser impostas aos agentes econômicos pelo descumprimento dos preceitos estabelecidos no artigo 88, *caput* e §3º, da LDC.

Este Guia tem por finalidade servir de mecanismo de transparência administrativa e orientação, não possuindo caráter vinculante.

Seção I. Atividades que podem levar à caracterização da consumação prévia de atos de concentração econômica (*gun jumping*)

Esta seção busca estabelecer diretrizes sucintas em relação a tipos de atividades empresariais relacionadas a concentrações econômicas que gerem preocupações envolvendo *gun jumping*. Essas atividades podem ser separadas em três grandes grupos: (i) trocas de informações entre os agentes econômicos envolvidos em um determinado ato de concentração; (ii) definição de cláusulas contratuais que regem a relação entre agentes econômicos; e (iii) atividades das partes antes e durante a implementação do ato de concentração.

No que tange à (i) **troca de informações entre os agentes econômicos envolvidos em um determinado ato de concentração**, busca-se evitar que informações concorrencialmente sensíveis sejam desnecessariamente transmitidas entre as partes, de forma a prejudicar a concorrência entre elas caso o ato de concentração não seja consumado (seja por falta de aprovação do Cade, seja por questões inerentes à própria negociação). Nesse ponto, reconhece-se que qualquer ato de concentração implica algum nível de troca de informações entre os agentes, especialmente na condução de auditorias legais (*due diligence*) que geralmente precedem fusões e aquisições. A extensão da troca de informações, porém, é que pode variar conforme o grau de integração das partes em decorrência do ato e o quão complexo é o negócio sendo desenvolvido. Não obstante, a jurisprudência do Cade e de outras autoridades estrangeiras tende a identificar certas informações particularmente sensíveis à dinâmica competitiva, motivo pelo qual o *abuso* na troca de informações pode caracterizar prática de *gun jumping*.

De um modo geral, as informações concorrencialmente sensíveis (e, portanto, merecedoras de maior atenção pelas partes) são informações específicas (por exemplo, não agregadas) e que versam diretamente sobre o desempenho das atividades-fim dos agentes econômicos. Essas informações podem incluir especialmente dados específicos sobre:

- a) custos das empresas envolvidas;
- b) nível de capacidade e planos de expansão;
- c) estratégias de marketing;
- d) precificação de produtos (preços e descontos);
- e) principais clientes e descontos assegurados;
- f) salários de funcionários;
- g) principais fornecedores e termos de contratos com eles celebrados;
- h) informações não públicas sobre marcas e patentes e Pesquisa e Desenvolvimento (P&D);
- i) planos de aquisições futuras;
- j) estratégias competitivas, etc.

Importante destacar que preocupações no trato de informações comercialmente sensíveis podem ser minimizadas com a agregação/anonimização dos dados para apresentação às contrapartes, apresentação de dados com certa defasagem de tempo e também o estabelecimento de *clean teams* e *parlor rooms* (em especial para operações mais complexas, em que há necessidade de maior troca de informações entre as partes), conforme será destacado na Seção 2 deste Guia.

Por sua vez, as preocupações relacionadas com a **(ii) definição de cláusulas contratuais que regem a relação entre agentes econômicos** têm seu foco no teor das regras que regerão a relação entre os agentes econômicos antes de terminada eventual análise antitruste pelo Cade. Como visto acima, a preocupação das partes deve ser sempre no sentido de manter, até o término da revisão pelas autoridades, o mais intacto possível o ambiente concorrencial existente antes da celebração do ato de concentração. Neste sentido, tais cláusulas contratuais estão intrinsecamente ligadas às atividades concorrencialmente sensíveis descritas mais abaixo.

Existe uma miríade de disposições contratuais possíveis para se formalizar atos de concentração, impossibilitando a listagem de quais cláusulas devem ser entendidas como ilícitas pela autoridade antitruste. Não obstante, entre aquelas que são merecedoras de maior atenção estão todas que podem implicar a integração prematura das atividades das partes envolvidas no ato de concentração. Essas disposições contratuais incluem:

- a) cláusula de anterioridade da data de vigência do contrato em relação à sua data de celebração, que implique alguma integração entre as partes;
- b) cláusula de não-concorrência prévia;
- c) cláusula de pagamento antecipado integral ou parcial de contraprestação pelo objeto da operação, não reembolsável, com exceção de (c.i.) pagamento de um sinal típico de transações comerciais, (c.ii.) depósito em conta bloqueada (*escrow*), ou (c.iii.) cláusulas de *break-up fees* (pagamentos devidos caso a operação não seja consumada);
- d) cláusulas que permitam a ingerência direta de uma parte sobre aspectos estratégicos dos negócios da outra, tais como a submissão de decisões sobre preços, clientes, política comercial/vendas, planejamento, estratégias de marketing e outras decisões sensíveis (que não sejam mera proteção contra o desvio do curso normal dos negócios e, conseqüentemente, proteção do próprio valor do negócio alienado);
- e) de forma mais genérica, quaisquer cláusulas que prevejam atividades que não possam ser revertidas em um momento posterior ou cuja reversão implique em dispêndio de uma quantidade significativa de recursos por parte dos agentes envolvidos ou da autoridade, etc.

Por fim, em relação às **(iii) atividades das partes antes e durante a implementação do ato de concentração**, essas versam principalmente sobre a consumação efetiva de ao menos parte da operação antes da sua devida aprovação pela autoridade antitruste. Algumas práticas que podem suscitar maiores preocupações por parte do Cade são, entre outras:

- a) transferência e/ou usufruto de ativos em geral (inclusive de valores mobiliários com direito a voto);
- b) exercício de direito de voto ou de influência relevante sobre as atividades da contraparte (tais como a submissão de decisões sobre preços, clientes, política comercial/vendas, planejamento, estratégias de marketing, interrupção de investimentos, descontinuação de produtos e outras);
- c) recebimento de lucros ou outros pagamentos vinculados ao desempenho da contraparte;
- d) desenvolvimento de estratégias conjuntas de vendas ou marketing de produtos que configurem unificação da gestão;
- e) integração de força de vendas entre as partes;
- f) licenciamento de uso de propriedade intelectual exclusiva à contraparte;
- g) desenvolvimento conjunto de produtos;
- h) indicação de membros em órgão de deliberação; e
- i) interrupção de investimentos, etc.

Novamente importante destacar que a lista acima apresenta apenas alguns exemplos de atividades que, a depender das circunstâncias, após análise caso a caso das características particulares da operação, podem ser consideradas como ilícitas pelo Cade enquanto caracterizadoras da consumação prévia de atos de concentração econômica (*gun jumping*).

Seção 2. Procedimentos para diminuição do risco de consumação prévia de atos de concentração econômica

Existem alguns modelos de relacionamento que poderão ser adotados pelas empresas envolvidas em um ato de concentração enquanto a operação estiver sob negociação ou análise antitruste. Esta Seção aborda os possíveis procedimentos para a diminuição do risco de verificação do *gun jumping*.

Com o exclusivo propósito de examinar a viabilidade da operação, os concorrentes podem trocar informações comercialmente sensíveis, tanto na fase de negociação quanto durante a análise do ato de concentração pelo Cade. De forma a assegurar que a troca de informações possa ocorrer em atenção às regras previstas na Lei 12.529/2011, é recomendável que as empresas, dentre outras possíveis medidas, estabeleçam, por exemplo, um procedimento específico a ser observado por comitês independentes para tratar tais informações ("Protocolo Antitruste"). A preocupação subjacente a essas medidas é evitar que executivos, funcionários ou representantes de uma empresa tenham acesso a informações concorrencialmente sensíveis da outra.

2.1 Protocolo Antitruste

Os procedimentos específicos a serem observados pelas partes até a decisão final do Cade podem ser formalizados em um "Protocolo Antitruste", isto é, um documento que reflita os procedimentos sugeridos neste Guia.

2.2 Clean Team e Comitê Executivo

Os comitês independentes podem ser formados tanto por funcionários, consultores independentes ou ambos ("*clean team*") quanto por executivos de cada empresa ("comitê executivo").

O *clean team* é indicado para operações complexas, (i) quando há significativa concentração entre as empresas, (ii) quando é necessário trocar um volume grande de informações ou (iii) quando a operação gera potenciais riscos concorrenciais.

O *clean team* deve ser responsável por enviar, receber, reunir, analisar e tratar as informações relativas ao ato de concentração. Por esse motivo, é recomendável que seus membros firmem um termo de confidencialidade e sigam rigorosamente o protocolo antitruste previamente acordado entre as partes.

Os membros do *clean team* podem comunicar-se com funcionários das empresas envolvidas no ato de concentração, porém não devem divulgar informações de uma empresa para outra. Caso alguns membros do *clean team* sejam funcionários das empresas, eles devem solicitar e receber informações apenas de sua empresa de origem. É recomendável que esses funcionários atuem no *clean team* em regime de exclusividade ou prioridade.

Qualquer comunicação ou solicitação/envio de informações deve ser feita por escrito, e cada membro do *clean team* deve ter um endereço específico de e-mail para essa finalidade.

O *clean team* deve classificar as informações recebidas das empresas como: (i) pública, (ii) confidencial ou (iii) concorrencialmente sensível. Toda informação confidencial e concorrencialmente sensível deve ser tratada conforme previsto no protocolo antitruste.

Com base nas informações recebidas dos funcionários das empresas, o *clean team* pode elaborar um relatório sobre a viabilidade da operação que será encaminhado ao comitê executivo (composto pelos executivos das empresas envolvidas na operação).

O comitê executivo receberá os dados encaminhados pelo *clean team* para exame e poderá solicitar esclarecimentos, dentro dos limites do protocolo antitruste.

O *clean team* deve reportar-se direta e exclusivamente aos membros do comitê executivo, que devem receber, ao mesmo tempo, informações idênticas para avaliação.

Os membros do *clean team* não poderão fazer parte do comitê executivo ou vice-versa.

Todo esse processo de troca de informações deve ser registrado formalmente, com as partes expressamente se comprometendo com a confidencialidade dos dados.

2.3 Acesso à informação

A troca de informações deve ocorrer exclusivamente por intermédio do *clean team*, que deve ser o único ponto de contato entre as empresas.

O fluxo de dados deve ser feito por meio de canais de comunicação distintos e independentes entre si. Por exemplo: (i) *clean team* – empresa A; (ii) *clean team* – empresa B; (iii) *clean team* - comitê executivo.

As informações solicitadas pelo *clean team* para os funcionários das empresas devem restringir-se ao estritamente necessário para a realização do ato de concentração. Isso

significa dizer que nenhum dado relacionado às demais atividades desenvolvidas pelas empresas deve ser objeto de análise pelo *clean team* ou comitê executivo.

Qualquer alteração na composição do *clean team* ou do comitê executivo deve ser comunicada por escrito aos demais membros, comprometendo-se o novo integrante a assinar um termo de confidencialidade e cumprir o protocolo antitruste.

2.4 Confidencialidade

Todos os membros do *clean team* e do comitê executivo devem comprometer-se a manter absoluto sigilo dos dados relacionados ao ato de concentração, especialmente das informações classificadas como confidenciais ou concorrencialmente sensíveis, mesmo diante da hipótese de deixarem seus respectivos comitês ou empresas. Nenhum dado ou informação poderá ser usado, copiado, transferido, publicado ou mencionado sem a expressa anuência das empresas.

Todas as informações relativas ao ato de concentração devem ser consideradas confidenciais, exceto aquelas que sejam de domínio público ou que sejam consideradas públicas pela empresa detentora.

Serão consideradas "informações" quaisquer dados provenientes das empresas, originais ou cópias, que tenham sido fornecidos em papel ou via eletrônica, em formato de texto, planilha, gráfico ou imagem.

O acesso às informações é restrito ao *clean team*, que deve: (i) tratar as informações com alto grau de cuidado, adotando medidas protetivas de armazenamento de dados a fim de evitar o acesso de terceiros não autorizados; (ii) manter o inventário de todas as informações recebidas das empresas, identificando sua natureza, destinação e armazenamento.

2.5 Tratamento de informações

O *clean team* poderá receber das empresas informações consideradas concorrencialmente sensíveis. Ao receber dados dessa natureza, o *clean team* deve mantê-los em absoluto sigilo, sem repassá-los ao comitê executivo ou qualquer outra pessoa.

Caso julgue pertinente para o exame de viabilidade do negócio, o *clean team* deverá processar os dados concorrencialmente sensíveis a fim de torná-los agregados e/ou históricos, com periodicidade recomendável de no mínimo 3 (três) meses de sua ocorrência. Somente depois de processados, os dados concorrencialmente sensíveis devem ser repassados ao comitê executivo.

É recomendável que o *clean team* reúna-se e mantenha todas as informações relativas ao ato de concentração em uma sala exclusiva, preferivelmente situada em um local fora das dependências das empresas.

Caso a negociação termine sem que o ato de concentração tenha sido concluído, as empresas devem solicitar ao *clean team* a devolução ou destruição integral das informações enviadas e/ou processadas, de forma que nenhum dado permaneça arquivado ou possa ser reutilizado no futuro.

Caso a negociação termine sem que o ato de concentração tenha sido concluído, as empresas poderão realocar os seus funcionários em suas atividades originais, permanecendo válida a obrigação de sigilo, inclusive para com a própria empresa.

2.6 Parlor Room

Os membros do comitê executivo poderão reunir-se com o propósito de tratar do futuro processo de integração entre as empresas envolvidas no ato de concentração, em reuniões específicas para essa finalidade.

As reuniões no *parlor room* devem ser monitoradas de forma a garantir que nenhuma informação concorrencialmente sensível seja objeto das discussões. Para tanto, é recomendável que todas as atividades do *parlor room* sejam registradas e supervisionadas por um membro independente.

As discussões no *parlor room* não podem resultar em nenhum tipo de ingerência ou parceria entre as empresas antes de aprovado o ato de concentração pelo Cade. Por exemplo, não poderão ser tomadas medidas ou providências que impliquem na transferência ou compartilhamento de funcionários; restrições à atividade ou iniciativa da outra parte junto ao mercado, seus clientes ou fornecedores; modificações contratuais da outra parte, ou comunicados conjuntos a terceiros em nome da empresa integrada ou constituída.

Seção 3. Possíveis punições em caso de verificação da consumação prévia de atos de concentração econômica

O artigo 88, §3º, da Lei 12.529/2011 estabelece, ao tratar do *gun jumping*, que:

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

A análise do dispositivo permite concluir que foram estipuladas 3 (três) consequências decorrentes da decisão do Cade que reconhece a prática do *gun jumping*, quais sejam:

- a) aplicação de pena de multa pecuniária, em valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais);
- b) abertura de processo administrativo, nos termos do artigo 69 da Lei 12.529/2011;
- c) nulidade dos atos que se subsumirem ao disposto no *caput* do artigo 88 da Lei 12.529/2011, quando consumados antes de apreciados pelo Cade.

Esta Seção 3 tem por objetivo discorrer sobre a aplicação de cada uma dessas sanções fixadas pela lei e, especificamente no que se refere à aplicação de penalidade pecuniária, apontar alguns fatores que podem nortear o Cade por ocasião da dosimetria da pena a ser imposta.

3.1 Da aplicação da pena pecuniária

A parametrização da dosimetria da pena, em hipótese de *gun jumping*, deve ter em consideração os requisitos contidos na regra geral do artigo 45 da Lei 12.529/2011 sobre a imposição de sanções. Ao prestigiar os requisitos do mencionado artigo 45, assegura-se que o racional da dosimetria da pena em caso de *gun jumping* esteja em sintonia com a LDC.

Em linhas gerais, entende-se que, dentro dos estritos parâmetros do artigo 45 da LDC, os seguintes fatores, dentre outros, devem ser considerados:

- a) a **situação da operação** quando suscitada a questão de *gun jumping* pelo Cade deve ser considerada, por exemplo, se (i) a operação não foi notificada e foi consumada

- sem notificação; (ii) a operação foi notificada ao Cade apenas após a consumação e após o Cade ter instaurado um procedimento administrativo para apuração de ato de concentração (“APAC”); (iii) a operação foi notificada ao Cade apenas após a consumação, mas sem que o Cade já tivesse conhecimento de sua existência e (iv) a operação foi notificada ao Cade e consumada posteriormente, antes da decisão proferida;
- b) a **natureza da decisão do Cade** (reprovação, aprovação com restrições e aprovação sem restrições), bem como a existência de sobreposição horizontal ou integração vertical a resultar da operação; e
 - c) o **tempo** e o **porte econômico do infrator**.

Em qualquer hipótese, a multa nunca deve ser inferior a R\$ 60.000,00 nem superior a R\$ 60.000.000,00, na medida em que esses são os valores mínimo e máximo fixados pelo legislador para a situação.

3.2 Da instauração de processo administrativo

Quanto à instauração de processo administrativo, deve-se ter em consideração a caracterização de possível conduta infrativa partir da integração de estruturas decorrente do ato de concentração. São exemplos de práticas que podem levar a essa situação: troca de informações sensíveis, combinação de preço entre concorrentes, ingerência nas decisões da empresa adquirida, especialmente nos casos em que houver integração vertical ou sobreposição horizontal.

O processo administrativo deverá ser instaurado pela Superintendência-Geral do Cade, seguindo o rito previsto no artigo 69 e seguintes da Lei 12.529/2011.

3.3 Nulidade dos atos praticados

Por fim, com relação à nulidade dos atos praticados, deve-se considerar, dentre outros possíveis pontos, o *aspecto temporal da conduta* (a projeção da nulidade sobre os atos praticados no período compreendido entre a consumação da operação e o julgamento pelo Cade); a *proporcionalidade da medida* e a possibilidade ou não de *convalidação dos atos empresariais* praticados.