

## MEMORANDO AOS CLIENTES

### CONCORRENCIAL

16/9/2016

#### CADE publica guia para análise de atos de concentração horizontal

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) publicou recentemente o novo Guia de Atos de Concentração Horizontal (Guia H). O Guia H tem como objetivo dar maior transparência à atuação do CADE e orientar o poder público e agentes do mercado sobre como serão feitas as análises de operações envolvendo empresas concorrentes.

O Guia H traz orientações gerais sobre os critérios que serão utilizados pelo CADE para a definição de mercado relevante, coleta de dados e verificação das condições de rivalidade e de entrada nos mercados afetados pela operação. O guia é baseado nas práticas de outras jurisdições, em especial Estados Unidos e Europa, refletindo, inclusive, as mudanças na atuação das autoridades brasileiras, trazidas pela Lei n.º 12.529/2011, que introduziu o regime de análise prévia de concentrações no Brasil.

Em linha com os guias norte-americanos mais recentes, o Guia H propõe métodos alternativos de análise, como a chamada análise de contrafactual, cujo objetivo é permitir ao CADE tirar conclusões sobre a operação, independentemente da definição de mercado relevante adotada e das participações de mercado atribuídas às partes de uma operação. A partir da análise de contrafactual o CADE poderá considerar outros fatores que não aqueles limitados à análise tradicional de concentrações, em busca de evidências que demonstrem, de forma prática, os efeitos concorrenciais esperados da operação. O Guia H também estimula o uso de modelos matemáticos e econométricos para simular os possíveis efeitos de uma operação.

Outro método que o Guia H sugere é o da análise da concorrência potencial. Tal análise é feita quando um ato de concentração envolve uma empresa que não atua em determinado mercado, mas que esteja prestes a atuar, ou que possua ativos relevantes para ingressar nesse mercado, sem necessidade de grandes investimentos. De acordo com o Guia H, para que uma empresa seja considerada um concorrente potencial é necessário também que ela seja capaz de arcar com os custos da entrada no mercado, no curto prazo.

---

Este memorando, elaborado exclusivamente para os clientes deste escritório, tem por finalidade informar as principais mudanças e notícias de interesse no campo do Direito. Surgindo dúvidas, os advogados estarão à inteira disposição para esclarecimentos adicionais.

É vedada a reprodução, divulgação ou distribuição, parcial ou total, do conteúdo desse memorando sem o prévio consentimento do Mattos Filho.

O Guia H também aponta questões que serão objeto de escrutínio mais detalhado pelo CADE, como a eliminação de empresas *maverick*. De acordo com o guia, empresas *maverick* são aquelas que se caracterizam por sua permanente inovação, sendo capazes de forçar a redução dos preços dos demais agentes no mercado. Operações envolvendo empresas *maverick* merecem uma análise mais detalhada pelo CADE, uma vez que o órgão entende que essas operações podem diminuir a concorrência atual ou potencial de forma mais relevante, eliminando um rival efetivo e desestimulando a inovação no mercado.

Em linha com a jurisprudência recente do CADE, o Guia H também trata das chamadas aquisições parciais (i.e., aquisições de participação minoritária em uma empresa concorrente), afirmando que tais operações são relevantes para a análise concorrencial, já que podem ter reflexos no poder de controle ou podem criar influência relevante sobre a empresa adquirida. Nesses casos, o Guia H sugere que as partes apresentem ao CADE documentos como acordos de acionistas, informações sobre direitos de voto e veto e informações sobre a capacidade de influência que uma sociedade tem em relação à outra.

Por fim, o Guia H traz disposições específicas sobre a teoria da empresa insolvente (*ailing firm defense*). De acordo com essa teoria, uma operação que a princípio suscitaria preocupações concorrenciais pode ser aprovada, quando a alternativa for a falência da empresa alvo. Para que uma operação se beneficie dessa teoria, o Guia H determina que será preciso comprovar que: (i) a empresa alvo sairia do mercado ou não poderia cumprir obrigações financeiras em decorrência de suas dificuldades econômicas e financeiras, caso a operação não fosse aprovada; (ii) os ativos da empresa não permaneceriam no mercado na hipótese de a operação ser reprovada, o que poderia significar redução da oferta e maior nível de concentração do mercado; e (iii) foram buscadas – sem sucesso – alternativas menos danosas à concorrência que não a realização da operação, como a busca por compradores alternativos ou recuperação judicial. Os critérios do Guia H têm como inspiração a doutrina estrangeira sobre o tema e visam dar maior transparência sobre os critérios que CADE pretende adotar em suas análises futuras.

O Guia H pode ser acessado pelo link abaixo:

[www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)

## Advogados da prática de Concorrencial

Este memorando, elaborado exclusivamente para os clientes deste escritório, tem por finalidade informar as principais mudanças e notícias de interesse no campo do Direito. Surgindo dúvidas, os advogados estarão à inteira disposição para esclarecimentos adicionais.

É vedada a reprodução, divulgação ou distribuição, parcial ou total, do conteúdo desse memorando sem o prévio consentimento do Mattos Filho.

### SÃO PAULO

Al. Joaquim Eugênio de Lima 447  
01403-001 São Paulo SP Brasil  
T +55 11 3147 7600

### RIO DE JANEIRO

Praia do Flamengo 200 11º andar  
22210-901 Rio de Janeiro RJ Brasil  
T +55 21 3231 8200

### BRASÍLIA

SHS Qd. 06 Cj A, Bloco C - Sala 1901  
70322-915 Brasília DF Brasil  
T +55 61 3218 6000

### NEW YORK

712 Fifth Avenue 26<sup>th</sup> Floor  
New York NY 10019 USA  
T + 1 646 695 1100