

PARECER DO COMITÊ DE TERMO DE COMPROMISSO

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR CVM Nº RJ2010/2419

PROCESSO DE TERMO DE COMPROMISSO CVM Nº RJ2010/15761

RELATÓRIO

1. Trata-se de proposta de Termo de Compromisso apresentada por **Vivendi S/A**, nos autos de Termo de Acusação instaurado pela Superintendência de Relações com Empresas – SEP (às fls. 01/26 do Processo de Termo de Compromisso).

Da Origem:

2. O presente processo originou-se dos Processos CVM nº RJ2009/11573 e RJ2009/11822, que trataram da análise das operações, dos procedimentos e da divulgação de informações relativas à aquisição do controle de GVT (Holding) S/A pela Vivendi S/A. (parágrafo 2º do Termo de Acusação)

Dos Fatos:

3. Em 19.08.09, foi divulgado Fato Relevante onde Swarth Investments LLC e Swarth Investments Holding LLC. e Global Village Telecom (Holland) B.V., que então compunham o bloco de controle da GVT, em conjunto com Swarth Management LLC manifestaram a intenção de realizar oferta pública secundária. Naquela oportunidade, foi informado que a oferta não alteraria o controle da GVT, nos termos da Resolução 101 da Anatel, uma vez que os componentes do bloco de controle permaneceriam com mais de 5%, individualmente, do capital social da GVT. (parágrafo 3º do Termo de Acusação)

4. Após esse comunicado, a GVT divulgou em 08.09.09 Fato Relevante comunicando que seus acionistas controladores haviam assinado naquela data acordo com a Vivendi que previa o lançamento por esta de oferta pública amigável para aquisição de 100% do capital da GVT, ao preço de R\$ 42,00, cancelando a oferta secundária que havia sido anunciada. Em 07.10.09, o Conselho de Administração de uma outra companhia aprovou o lançamento de uma oferta voluntária para aquisição de até 100% das ações de emissão da GVT pelo preço de R\$ 48,00 por ação, cujo Edital foi publicado em 08.10.09. (parágrafos 4º e 6º do Termo de Acusação)

5. Em 03.11.09, considerando a intenção de realização de OPA por parte da Vivendi e a OPA lançada por outra companhia através do Edital de 08.10.09, ambas condicionadas à dispensa dos mecanismos de proteção da dispersão das ações de emissão da GVT estabelecidos nos artigos 43 e 44 de seu Estatuto Social, foi aprovada por unanimidade dos acionistas presentes em AGE a dispensa das referidas cláusulas estatutárias para aquisições de ações da GVT que possuíssem as seguintes características: (i) liquidação financeira até 28.02.10; (ii) preço mínimo de R\$ 48,00 por ação; (iii) pagamento em dinheiro; e (iv) ofertante (a) que possua capacidade financeira para a aquisição de 100% do capital social da GVT por um preço mínimo de R\$ 48,00 por ação; e (b) seja operador ou provedor de serviços de telefonia fixa, móvel ou de banda larga no Brasil ou no exterior, diretamente ou por intermédio de sua(s) subsidiárias, controlada(s) ou coligada(s). (parágrafo 9º do Termo de Acusação)

6. Vale destacar que, em 04.11.09, a outra companhia ofertante, diante dos resultados apresentados pela GVT no 3º trimestre de 2009, divulgou por meio de Fato Relevante o incremento do preço da OPA para aquisição do controle da companhia para R\$50,50/ação. Ressalta-se também que, conforme divulgado pela GVT em 13.11.09, tanto a Vivendi quanto a outra companhia ofertante teriam obtido junto à Anatel as anuências prévias para a transferência do controle da GVT. (parágrafos 10 e 11 do Termo de Acusação)

7. Ainda em **13.11.09**, foi divulgado Fato Relevante pela GVT, informando que seus controladores haviam comunicado a aquisição, por parte da Vivendi, de ações e opções sobre ações de emissão da GVT que somadas alcançavam 57,5% do capital social desta, nos seguintes principais termos (parágrafo 12 do Termo de Acusação)^[1]:

"A Vivendi assinou nesta data um Contrato de Compra e Venda de Ações com Swarth Investments L.L.C., Swarth Investments Holdings L.L.C. e Global Village Telecom (Holland) B.V., acionistas controladores e fundadores da GVT (Holding) S.A. Nos termos do contrato, a Vivendi realizou a aquisição de 38.422.666 ações ordinárias de emissão da GVT, que correspondem a 29,9% do capital votante e total da GVT, a um preço de R\$ 56,00 por ação.

A Vivendi adquiriu de terceiros adicionais 10.286.631 ações ordinárias da GVT, que correspondem a 8,0% do capital votante e total da GVT. A Vivendi também celebrou com terceiros opções de compra (não condicionadas) e, portanto, adquiriu nesta data o direito de compra de 25.134.327 ações ordinárias da GVT, que correspondem a 19,6% do capital votante e total da GVT.

No total, a Vivendi adquiriu 37,9% do capital votante e total da GVT e, adicionalmente, tem o direito de compra de 19,6% do capital votante e total da GVT. A quantidade total de ações ordinárias de emissão da GVT adquiridas pela Vivendi, após exercidas as opções de compra, é de 73.843.624, que correspondem a 57,5% do capital votante e total da GVT e 53,7% do capital, se forem consideradas como emitidas todas as ações resultantes de títulos e opções conversíveis em ações da GVT."

8. Posteriormente, a Vivendi, através da GVT, divulgou os Fatos Relevantes abaixo destacados pela SEP, comunicando incremento relevante em sua participação na companhia, quer por meio de aquisição em mercado, quer por exercício das opções de compra (parágrafo 14 do Termo de Acusação):

"a) em 01.12.09, a participação total da Vivendi, incluindo opções de compra ainda não exercidas, atingiu 62,85% do capital social da GVT (50,9% sem levar em consideração as opções de compra que ainda não haviam sido exercidas) (fls. 318/319);

b) em 04.12.09, a participação total da Vivendi, incluindo opções de compra ainda não exercidas, atingiu 71,3% do capital social da GVT (59,4% sem levar em consideração as opções de compra que ainda não haviam sido exercidas) (fls. 385/387);

c) em 11.12.09, a participação total da Vivendi, incluindo opções de compra ainda não exercidas, atingiu 78,7% do capital social da GVT (72,1% sem levar em consideração as opções de compra que ainda não haviam sido exercidas) (fls. 481/482);

d) em 23.12.09, comunicou a conclusão do exercício de ambos os contratos de opção de compra atingindo participação de 81,8% no capital social da GVT; e

e) em 06.01.09, a participação total da Vivendi atingiu 85,7% do capital social da GVT (fls. 545/546)."

9. À luz das informações prestadas pelas partes envolvidas nas operações mencionadas nos parágrafos 7º e 8º, a área técnica julgou necessário analisar os procedimentos empregados pela Vivendi e por sua contraparte nos Contratos de Opção sobre ações de GVT. Destarte, a SEP entendeu que cabia ser verificado o cumprimento dos artigos 3º, 10 e 13 da Instrução CVM nº 358/02, a qual disciplina, dentre outras coisas: (i) a divulgação de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas e (ii) as vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado. Ademais, coube também analisar a aderência dos procedimentos através dos quais a Vivendi adquiriu o controle da GVT em relação à Instrução CVM nº 08/79 e ao § 4º do artigo 155 da Lei nº 6.404/76. (parágrafos 15 e 16 do Termo de Acusação)

10. Ao realizar sua análise, a área técnica concluiu que, ainda que tenha restado contratado pela Vivendi em 13.11.09 o direito de adquirir ações de emissão da GVT junto à T.C. LLP – as quais representavam 19,4% do capital social da companhia adquirida –, esta contraparte não possuía direitos a serem liquidados fisicamente sobre pelo menos 9,7% das ações de emissão da GVT, direitos os quais eram lastreados em "Certificados Nomura" (GVT Holding S.A. Alpha Certificates). Segundo informado pelo *dealer* da emissão desses certificados, tais derivativos foram emitidos pelo *Nomura Bank International*, sendo que cada título (i) representa direito financeiro equivalente a uma ação de GVT, (ii) possui prazo de vencimento de 1 ano (sendo que os investidores não possuem direito de resgate antecipado), (iii) apresentam "delta um" em relação à variação da cotação das ações de GVT, e (iv) **são sujeitos à liquidação exclusivamente financeira, não havendo o direito de aquisição das ações de emissão da GVT de propriedade da Nomura que lastrearam os certificados.** (parágrafos 17 e 29 do Termo de Acusação)

11. Ainda de acordo com o *dealer* da emissão dos Certificados Nomura, uma posição total de 12.531.100 desses certificados foi adquirida pela T.C. LLP, em 13.11.09, da Rothschild, instituição que, segundo informado pela Vivendi, atuou em seu nome nas operações envolvendo ações ou direitos sobre ações de emissão da GVT. Destaque-se que a Nomura informa ter sido contactada pela T.C. LLP no dia anterior à aquisição dos Certificados Nomura por esse investidor, com um pedido de aquisição dos certificados detidos pela Rothschild e questionando se os mesmos poderiam ser retificados de forma a garantir a eles uma opção para liquidação física. Em sua manifestação, a Rothschild confirmou que montou tal posição atuando em nome da Vivendi, alienando-a a Nomura em 13.11.09. (parágrafos 27 e 28 do Termo de Acusação)

12. A área técnica afirma que a Vivendi estava ciente desse fato, em 13.11.09, quando da divulgação do Fato Relevante sobre a aquisição do controle da GVT. Assim, do percentual de 57,5% de ações e direitos sob ações de GVT adquiridos, no máximo 47,8% representavam uma participação efetiva em ações ou direitos de aquisição de ações em relação aos quais a contraparte, por sua vez, detinha direitos de liquidação física em ações. Pelo exposto, entendeu a SEP que teria restado incompleto o conteúdo do Fato Relevante de 13.11.09, à medida que, independentemente das garantias e declarações feitas pela contraparte, o fato de que parte das opções contratadas eram lastreadas por direitos financeiros sobre ações de emissão da GVT configuraria uma condição relevante nos termos do art. 10 da Instrução CVM nº 358/02, de sorte que deveria ter sido objeto de detalhamento no Fato Relevante que tratou da aquisição do controle da companhia. (parágrafos 29 e 38 do Termo de Acusação)

13. Instada pela SEP a se manifestar especificamente quanto à não divulgação das informações de forma completa sobre a aquisição do controle da GVT, nos termos previstos pelo art. 10 da Instrução CVM nº 358/02, a Vivendi divulgou dois Fatos Relevantes, em 30.11 e 01.12.09, dos quais não constou qualquer menção à inexistência de liquidação física de parte do lastro das opções adquiridas, as quais tinham por objeto participação relevante de 9,7% no capital social da companhia aberta. (parágrafos 32 e 33 do Termo de Acusação)

14. Entendeu a SEP que, embora o contrato envolvendo direitos sobre 9,7% das ações de GVT tivesse como objetivo, ao final, o acesso às respectivas ações, a ciência por parte dos investidores de que a contraparte da Vivendi teria que comprar, em mercado, pelo menos 9,7% das ações da GVT de forma a honrar o contrato firmado traria como principal efeito prático a percepção de que, naquele momento, o controle ainda poderia vir a ser adquirido por terceiros. Essa informação mostrava-se particularmente relevante, segundo a área técnica, pelo fato de o controle da GVT estar – à época – sendo alvo de uma Oferta Pública de aquisição, cujo leilão havia sido marcado para 19.11.09. (parágrafos 39 e 41 do Termo de Acusação)

15. Ademais, concluiu a SEP que a divulgação de informações sabidamente incorretas ou incompletas constitui artifício destinado a induzir ou manter terceiros em erro, com a finalidade de se obter vantagem ilícita, prática qualificada como operação fraudulenta, tal como conceituado na alínea "c" do item II da Instrução CVM nº 08/79, vedada pelo item I da mesma Instrução. (parágrafo 35 do Termo de Acusação)

16. Outro aspecto pertinente à divulgação incompleta das informações sobre as operações que levaram à aquisição de controle da GVT diz respeito à realização de operações pela Vivendi no mercado, aumentando sua participação, posteriormente à divulgação do Fato Relevante (dado como incompleto) em 13.11.09. No caso concreto, a Vivendi atuou no mercado adquirindo ações ou direitos sobre ações de emissão da GVT, tendo ciência das características dos ativos que lastreavam o 2º Contrato de Opção firmado em 13.11.09 junto à T. C. LLP, condição relevante do negócio objeto do Fato Relevante e cujo devido *disclosure* não havia sido promovido. (parágrafos 55 e 57 do Termo de Acusação)

17. Finalmente, a SEP também concluiu por irregularidades na divulgação dos **Fatos Relevantes de 01, 04 e 11.12.09**. Verificou-se que tais Fatos informaram *"participação da Vivendi sem levar em consideração as opções de compra que ainda não foram exercidas"* em montante que difere da posição acionária constante dos registros de acionistas da GVT, nas respectivas datas, conforme resumido abaixo^[2] (parágrafos 63 e 64 do Termo de Acusação):

	Informação Fato Relevante		Informação GVT	
	Quantidade (MM)	%	Quantidade (MM)	%
FR de 13.11	48,9	37,9%	48,9	37,9%
FR de 01.12	69,8	50,9%	52,5	38,3%
FR de 04.12	81,5	59,4%	54,9	40,0%
FR de 11.12	98,9	72,1%	76,8	55,9%

18. Segundo a área técnica:

"Note-se que a interpretação clara e objetiva da qualificação "participação sem levar em consideração as opções de compra não exercidas" pressupõe que tal informação seja referente apenas às ações detidas, principalmente porque: (i) nas informações sobre tal participação sempre constou referência ao capital social de GVT e à quantidade de ações detidas e não de derivativos e (ii) nos Fatos Relevantes divulgados pela Vivendi a partir de 13.11.2009, em nenhum momento, ficou claro que a integralidade do lastro dos dois Contratos de Opção era composta por posições de swap, e que portanto o exercício de tais contratos poderia se dar com a entrega de instrumentos derivativos, por sua vez, liquidados fisicamente, como de fato ocorreu, conforme informado pela própria Vivendi." (grifos do original)

19. Nesse tocante, destacou a área técnica que, ainda que a declaração de 01.12.09 contivesse a informação de que a participação de Vivendi em GVT,

desconsiderando as opções não exercidas, fosse de 50,9% do capital social, somente em 09.12.09 a quantidade de ações efetivamente detida pela Vivendi atingiu 50,0%, chegando a 55,9% em 10.12.09. No entender da SEP, mais uma vez a informação prestada pela Vivendi teria se mostrado imprecisa e incompleta, em desacordo com a Instrução CVM nº 358/02. (parágrafos 71 e 72 do Termo de Acusação)

Das Responsabilidades:

20. Diante do exposto, a SEP propôs a responsabilização da Vivendi S/A [3], pelo descumprimento dos seguintes dispositivos, considerados como infrações de natureza grave para os fins do § 3º do art. 11 da Lei nº 6.385/76 (parágrafo 103 do Termo de Acusação):

(i) artigo 3º, § 5º e artigo 10, da Instrução CVM nº 358/02, pelo conteúdo incompleto do Fato Relevante divulgado em 13.11.09, o qual não detalhou condições relevantes sobre a aquisição do controle da GVT, eis que um dos contratos de opções de compras, relativo a 9,7% do capital social da companhia, fora celebrado com terceiro que ainda não detinha a titularidade das ações, prevendo liquidação exclusivamente financeira, de modo que haveria necessidade de comprar as ações no mercado;

(ii) item I da Instrução CVM nº 08/79, no tipo específico do inciso II, "c", uma vez que a divulgação dessas informações de modo incompleto constituiu artifício destinado a induzir ou manter terceiros em erro, com a finalidade de obter vantagem indevida, prática qualificada como operação fraudulenta;

(iii) § 4º do artigo 155 da Lei nº 6.404/76 e artigo 13, § 1º, da Instrução CVM nº 358/02, quanto à negociação com ações e títulos referenciados em ações posteriormente a 13.11.09 sem a devida divulgação de informação relevante sobre os direitos que lastreavam parte das opções contratadas pela Vivendi; e

(iv) artigo 3º, § 5º, da Instrução CVM nº 358/02, uma vez que as informações prestadas nos Fatos Relevantes de 01, 04 e 11.12.09, quanto à participação em ações de emissão da GVT pela Vivendi, eram imprecisas e incompletas.

21. Devidamente intimada, a Vivendi apresentou suas razões de defesa, bem como proposta de celebração de Termo de Compromisso.

22. Em sua proposta (fls. 135 a 141), a Vivendi reitera argumentos de defesa, refutando notadamente o entendimento da SEP referente à alteração da percepção do mercado quanto à aquisição do controle da GVT e possível frustração da oferta pública em andamento para a aquisição de ações da GVT lançada por outra companhia, em decorrência da não divulgação pela proponente de informação supostamente relevante. Alega que a oferta da outra companhia falhou não por causa de qualquer irregularidade cometida pela Vivendi, mas sim porque esta pagou um preço que jamais seria alcançado pela outra ofertante, a qual, inclusive, teria assim reconhecido em manifestação pública e voluntária. Ademais, argumenta que tal oferta já se mostrava inviável, não em decorrência da suposta omissão no Fato Relevante de 13.11.09, mas porque não havia chances reais e concretas de a outra ofertante adquirir ao menos 51% do capital da GVT.

23. No mais, a Vivendi compromete-se a pagar à CVM o montante de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) como condição para celebração de Termo de Compromisso.

24. Em razão do disposto na Deliberação CVM nº 390/01 (art. 7º, § 5º), a PFE apreciou os aspectos legais da proposta de Termo de Compromisso, tendo concluído pela inexistência de óbice legal para apreciação da proposta e salientado que a análise da oportunidade e da conveniência da sua celebração cabe ao Comitê e ao Colegiado. Sugere a Procuradoria apenas que seja excluída a cláusula 5ª da minuta apresentada, por entender despidendo que no Termo de Compromisso conste matéria de defesa. (MEMO/PFE-CVM/GJU-1/Nº 621/10 às fls. 146/147)

FUNDAMENTOS

25. O parágrafo 5º do artigo 11 da Lei nº 6.385/76 estabelece que a CVM poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela CVM e a corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

26. Ao normatizar a matéria, a CVM editou a Deliberação CVM nº 390/01, alterada pela Deliberação CVM nº 486/05, que dispõe em seu art. 8º sobre a competência deste Comitê de Termo de Compromisso para, após ouvida a Procuradoria Federal Especializada sobre a legalidade da proposta, apresentar parecer sobre a oportunidade e conveniência na celebração do compromisso, e a adequação da proposta formulada pelo acusado, propondo ao Colegiado sua aceitação ou rejeição, tendo em vista os critérios estabelecidos no art. 9º.

27. Por sua vez, o art. 9º da Deliberação CVM nº 390/01, com a redação dada pela Deliberação CVM nº 486/05, estabelece como critérios a serem considerados quando da apreciação da proposta, além da oportunidade e da conveniência em sua celebração, a natureza e a gravidade das infrações objeto do processo, os antecedentes dos acusados e a efetiva possibilidade de punição, no caso concreto.

28. Assim, na análise da proposta de celebração de Termo de Compromisso há que se verificar não somente o atendimento aos requisitos mínimos estabelecidos em lei, como também a conveniência e oportunidade na solução consensual do processo administrativo. Para tanto, o Comitê apóia-se na realidade fática manifestada nos autos e nos termos da acusação, não adentrando em argumentos de defesa, à medida que o seu eventual acolhimento somente pode ser objeto de julgamento final pelo Colegiado desta Autarquia, sob pena de convolar-se o instituto em verdadeiro julgamento antecipado. Ademais, agir diferentemente caracterizaria, decerto, uma extrapolação dos estritos limites da competência deste Comitê.

29. No caso concreto, entende o Comitê ser inconveniente, em qualquer cenário, a celebração de Termo de Compromisso, considerando notadamente as características que permeiam o caso, tal qual o contexto em que se verificaram as infrações imputadas à proponente e a gravidade das condutas consideradas ilícitas.

30. Ao Comitê, o caso aparenta, inclusive, demandar um pronunciamento norteador por parte do Colegiado em sede de julgamento — até por ser este o momento apropriado à análise dos pormenores de cada conduta —, visando a bem orientar as práticas do mercado em operações que envolvam a aquisição do controle acionário de companhia aberta, notadamente num ambiente de ampla concorrência como o apresentado no caso concreto. Vale dizer, não se está aqui a questionar os termos da proposta apresentada, mas sim o interesse deste órgão regulador na celebração do ajuste de que se cuida, consoante poder discricionário que lhe é conferido pela Lei nº 6.385/76, o qual, essencialmente, entendemos inexistir.

CONCLUSÃO

31. Em face do acima exposto, o Comitê de Termo de Compromisso propõe ao Colegiado da CVM a **rejeição** da proposta de Termo de Compromisso apresentada por **Vivendi S/A**.

Roberto Tadeu Antunes Fernandes

Superintendente Geral

Roberto Sobral Pinto Ribeiro

Gerente de Acompanhamento de Mercado 1

Mário Luiz Lemos

Superintendente de Fiscalização Externa

Raul Fernando Salgado Zenha

Superintendente de Processos Sancionadores em exercício

Ronaldo Cândido da Silva

Gerente de Normas de Auditoria

[1] Foi informado ainda que seria protocolado junto à CVM registro de OPA por alienação de controle a um preço de R\$ 56,00/ação de emissão da GVT (parágrafo 13 do Termo de Acusação).

[2] A Vivendi teria afirmado que em seus cálculos foram considerados também os contratos de swap referenciados em ações de emissão da GVT com previsão de liquidação física, detidos por ela e não registrados nos livros da GVT. (parágrafo 68 do Termo de Acusação).

[3] Além da proponente, foi acusada também a T. C. LLP. Concluiu a SEP que sua atuação nas operações ocorridas em 13.11.09 significou a transfiguração dos Certificados Nomura em Contrato de Opção com previsão de entrega física o que permitiu que a Vivendi pudesse anunciar a aquisição de ações e direitos irrevogáveis sobre ações de emissão de GVT em percentual que indicaria a assunção de mais de 50% das ações desta por aquela. (parágrafo 75 do Termo de Acusação).