

Luís Silva Morais – Professor da Faculdade de Direito de Lisboa /Cátedra Jean Monnet

Intervenções em Atos de Concentração: efetividade e proporcionalidade das medidas comportamentais e estruturais

Diálogos em Defesa de Concorrência - Brasil e Portugal
Intervenções Antitrust - remédios e sanções

(Mesa 2)

13 Outubro - SÃO PAULO - BRASIL

USP/Universidade de São Paulo

Luís Silva Morais

Professor Associado - Faculdade de Direito de Lisboa (FDL)

Cátedra Jean Monnet (Economic Regulation in the EU)

Vice-Presidente - ECSA -Portugal

Advogado - Sócio Fundador - Luís Silva Morais, Sérgio Gonçalves do Cabo & Associados, RL



luís.morais.adv@netcabo.pt

You can access some of my papers and references to academic / research activities in connection with my Jean MonnetChair at:

www.institutoeuropeu.eu

as from end of October 2014 you can access those Papers at www.cirsf.eu

1 - Controlo de concentrações - perspetiva geral - concentrações e joint ventures

- Os sistemas de controlo de concentrações aproximaram-se dos 2 lados do Atlântico – na UE (e Portugal) e no Brasil, após a reforma do direito da concorrência brasileiro pela **Lei N.º 12 529, de 30 de Novembro de 2011.**
- Assim, controlo prévio (ex ante) de operações de concentração na Lei 12 529 (Brasil), no Regulamento europeu de controlo de concentrações (Regulamento nº 139/2004 – JOCE L 24/1, 91/1/2004 - RCC) e na lei Portuguesa da concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio) - Inovação no sistema brasileiro – e, logo, domínio em que pode assumir maior relevância experiência europeia e portuguesa de Controlo de concentrações com base em NOTIFICAÇÃO PRÉVIA.
- **Enfoque aqui assumido é no paralelo com sistema de controlo de concentrações da UE e paradigma que este representa.**

1 - Controlo de concentrações - perspectiva geral - concentrações e joint ventures -cont

- Assim, no RCC/UE estabelece-se a notificação prévia a autoridade europeia de concorrência (Comissão) de concentrações (em sentido estrito) e de joint ventures (qualificáveis para este efeito como concentrações e submetidas ao sistema do RCC) a partir de certos limiares quantitativos de volumes de negócios e de transnacionalidade (distribuição desse volume de negócios por vários Estados-membros da UE).
- Caso das joint ventures – empresas submetidas a **CONTROLO CONJUNTO** de duas ou mais (conjunto restrito) de empresas-mãe (entendido como influência predominante sobre a respetiva gestão aferido por vários índices, incluindo critérios ‘de facto’, como por ex padrões de votação em assembleias gerais de empresas societárias) – é **caso especial**, quer **(i)** pela grande importância destas JVs na *praxis* empresarial, quer **(ii)** pelas dificuldades de qualificação de sub-categorias de JVs.
- Remissão – caso especial *JVs – Joint Ventures and EU Competition Law*, Luís Morais, Hart Publishing, 2013 (apresentado no final conf)

1 - Controlo de concentrações - perspetiva geral - concentrações e joint ventures -cont

- No RCC estabelece-se distinção entre JVs que desempenham de forma autónoma todas as funções de uma entidade económica autónoma (full function JVs) – submetidas ao RCC e JVs que não o asseguram – não submetidas ao RCC e não qualificadas como concentração mas como acto de cooperação, sujeito a outro regime – artigo 101.º TFUE.
- **Problema autónomo de qualificação de subcategorias de JVs**, embora os testes substantivos a que são sujeitas no RCC e no artigo 101.º TFUE se tenham vindo a aproximar progressivamente.

1 - Controlo de concentrações - perspectiva geral - concentrações e joint ventures -cont

- Perspectivas de evolução eventual próxima na UE neste domínio com interesse de direito comparado para Brasil – Consulta Pública desencadeada pela Comissão Europeia (terminou a 3.10.2014) – **White Paper – Towards More Effective Merger Control**

(http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_Merger_control/)

- Interessante inovação possível de submeter a controlo de concentrações a aquisição de participações minoritárias em terceiras empresas das quais não resulte controlo mas influência apreciável sobre concorrentes alvo de aquisição.
- Participações minoritárias em rigor não JVs mas com semelhanças – frequentes em alguns sectores, v.g. banca

1 - Controlo de concentrações - perspectiva geral - concentrações e joint ventures -cont

- Com eventual controlo de aquisição de participações minoritárias possibilidade de alargamento drástico do campo de controlo de concentrações na *praxis* empresarial – possível influência noutras jurisdições – Brasil?
- Objecto de controlo de concentrações – **(i)** concentrações stricto sensu (empresas participantes deixam de existir enquanto tal – pelo menos uma delas) – **(ii)** full function JVs qualificáveis como concentrações (subsistem empresas-mãe das JVs tidas como concentração).
- Diferença não é despicienda – consequência essencial : Maior flexibilidade das JVs – **alteração estrutural do mercado , mas não irreversível** (flexibilidade relevante para eficácia de compromissos/remedies – ponto 2).

2 - Controlo de concentrações e avaliação final de concentrações

- Avaliação jusconcorrencial de concentrações com **testes substantivos semelhantes (em certa medida)** no RCC, na Lei Portuguesa (2012) e na Lei nº 12 529, de 2011, Brasileira – *entrave significativo à concorrência efectiva em particular por criação ou reforço de posição dominante/eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante – possibilidade de criação ou reforço de posição dominante.*
- Elevada componente estrutural do teste (alteração da estrutura de mercado com criação de domínio).
- Mas na *praxis* de controlo elevada flexibilidade na aplicação *in concreto* do teste.

2 - Controlo de concentrações e avaliação final de concentrações- cont

- Flexibilidade *in concreto* na aplicação do teste, pois: **(a)** reduzidíssimo número de concentrações proibidas no controlo concentrações da UE e em Portugal; **(b)** elevado número de operações que, pela sua natureza menos problemática aferida por vários índices preliminares são submetidas a denominado tratamento simplificado (e rapidamente aprovadas); **(c)** limitado número de concentrações em relação às quais se abre uma segunda fase desenvolvida de investigação; **(d) nesse limitado conjunto de casos potencialmente problemáticos e levando a investigação aprofundada, maior parte das situações são resolvidas sem proibição ‘tout court’, mas com medidas de compromisso ‘remedies’/medidas comportamento/estruturais**

3 - Aprovação condicional concentrações/compromissos-remedies

- Solução possível e com flexibilidade para enquadrar concentrações potencialmente problemáticas - na Lei Portuguesa e RCC/EU – Autoridade de concorrência pode declarar concentração compatível com regime de concorrência na sequência de ALTERAÇÕES introduzidas pelas partes ao projecto de concentração (art 6., ° 2 e 8.º, nº 2, RCC) – **Compromissos/remedies** – que tendem a gerar decisões de aprovação com condições e obrigações.
- Acquis/corpo vasto de precedentes no controlo de concentrações da UE quanto a compromissos (referência em termos comparado para outras jurisdições-Brasil?).
- Acquis reflectido nas Orientações da Comissão sobre Medidas de Correção de Concentrações/Remedies –
- Comunicação – 2008 – JOCE C 267/1, 22.10.2008

3 - Aprovação condicional concentrações/~~compromissos-remedies~~ - cont

- Orientações da Comissão sobre Medidas de Correção de Concentrações/Remedies – doravante ‘Comunicação – 2008’ – como orientação hermenêutica essencial – importância destes actos de ‘soft law’ – orientações interpretativas gerais de autoridades de concorrência face ao carácter casuístico do direito da concorrência – tributário de conceitos indeterminados e sua concretização com recurso a análise económica de mercados geradora de indefinição.
- Na UE reconhecimento de efeitos jurídicos a estas orientações/soft law – Acórdão TJUE/Luxemburgo – 2005 – “*Dansk Rorindustri*” (proc C-189/02P) – expectativas jurídicas de agentes económicos.
- Experiência condensada – Merger Remedies Study-2005
- eu.europe.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf

3 - Aprovação condicional concentrações/~~compromissos-remedies~~ - cont

- Comunicação de 2008 – Preferência geral por **(i) compromissos de natureza estrutural** (maxime alienação de uma actividade comercial) (ponto 15), mas **(ii) admissibilidade de outros compromissos (medidas) comportamentais** – compromissos sobre futuro comportamento de ente resultante de concentração só tendem a ser aceites em casos mais residuais/situações mais específicas (dificuldades em enquadrar problemas resultantes da concentração com esse tipo de compromissos – analisadas, v.g. quanto a efeitos de conglomerado de uma concentração em Ac do TJUE, 2005 – “Comissão/Tetra Laval” (proc C-12/03 P)).
- Assim, grande enfoque nos **compromissos estruturais de alienação de actividades/ativos** – pontos 22-60 – da Comunicação de 2008

3 - Aprovação condicional concentrações/compromissos-remedies - cont

- Compromissos/medidas estruturais de alienação de actividades/activos – aparentemente forma mais eficaz de resolver problemas originados por concentrações – propósito geral é tripartido: **(i)** criar condições para aparecimento de novo concorrente ou **(ii)** para o reforço dos concorrentes existentes, em moldes que **(iii)** compensam/mitigam reforço de poder de mercado de entidade resultante de concentração.
- Em contrapartida, face a essa aparente eficácia dessas medidas estruturais de alienação, há importantes riscos associados às mesmas - desde logo: **(a)** riscos quanto à viabilidade da actividade/activo a ser separado ; **(b)** riscos relativos à combinação eficiente desse activo com a actividade comercial e organização do adquirente; **(c)** riscos de dissociação de uma actividade não autónoma ;

3 - Aprovação condicional concentrações/compromissos-remedies - cont

- Riscos de medidas de alienação (cont) – (**c – cont**) por razões de **proporcionalidade** (alterações mínimas na estrutura das partes na concentrações para salvaguardar com eficácia a concorrência efectiva no mercado em causa) – podem ser aceites soluções que não envolvam alienação de actividades previamente conduzidas com autonomia, ié., **dissociação ‘ad hoc’ de elementos de uma actividade que não eram autónomos**, ou também a denominada ‘dissociação inversa’ - partes alienam certa entidade que constituía actividade autónoma mas separam determinados elementos que pretendem conservar para si – riscos para a viabilidade e competitividade das actividades/elementos dissociados; (**d**) Riscos de mercado – possibilidade de encontrar adquirente adequado a curto prazo e incerteza quanto perfil de adquirente adequado (maxime em condições de crise económica/instabilidade).

3 - Aprovação condicional concentrações/compromissos-remedies - cont

- Outras medidas estruturais contempláveis: (i) Alienação de participações minoritárias em JVs para eliminar vínculos estruturais com concorrentes importantes; (ii) Possibilidade intermédia, por razões de proporcionalidade e mínima interferência na organização empresarial das partes, a título excepcional aceitar manutenção de participações minoritárias em anteriores JVs ou em concorrentes mas com renúncia aos direitos associados a essas participações (ex: representação em CA, direitos a informação, direitos de veto, etc); (iii) medidas relativas a acesso a infra-estruturas, quer redes e tecnologias cruciais, quer know-how e vários direitos de propriedade intelectual
- Será importante contudo que a complexidade destes compromissos não comprometa sua eficácia.

3 - Aprovação condicional concentrações/compromissos-remedies - cont

- Compromissos/medidas não estruturais – em princípio de carácter residual – algumas possibilidades: **(a)** Alteração de contratos a longo prazo com efeitos duradouros sobre funcionamento do mercado – maxime contratos exclusivos de fornecimento a longo prazo que podem restringir participação de concorrentes a montante ou o seu acesso a clientes a jusante – assim evitar potenciais efeitos de encerramento do mercado (ex – caso “AGFA Gevaert/Du Pont – processo IV/M.986 – decisão concentração UE); **(b)** possibilidade excepcional de compromissos de comportamento - não adoptar certos comportamentos comerciais como agrupamento (bundling/tying) de produtos diversos sobretudo quanto a concentrações suscitando problemas de tipo conglomerado.

4 - Compromissos/remedies - balanço crítico

- Inegáveis vantagens associadas a compromissos/remedies para aprovar condicionalmente concentrações (destacaria, *brevitatis causae*, **TRÊS**): **(a)** celeridade e eficácia ao poder preservar certas transacções pretendidas pelas partes em relação a soluções mais intrusivas para liberdade de transacção destas, por decisões de oposição; **(b)** eficácia analítica na identificação de problemas autónomos emergentes de concentrações, com colaboração/diálogo com as partes; **(c)** Possibilidades de intervenção proactiva mais alargada em sede de controlo jusconcorrencial de concentrações, reajustando estruturas e condições de funcionamento de certos mercados em termos muito mais vastos do que resultariam de concentração inicialmente proposta – *na UE, na prática várias decisões de compromissos têm sido alternativas a medidas regulatórias de abertura dos mercados.*

4 - Compromissos/remedies - balanço crítico - cont

- Essas Vantagens têm de ser SOPESADAS com riscos e alguns problemas juridico-economicos associados a compromissos/remedies, a vários níveis.
- Primeiro nível de problemas – extrema dificuldade de aplicação neste plano de critério decisivo de **PROPORCIONALIDADE** – compromissos devem encontrar-se num justo balanço com o problema de concorrência identificado e a ser eliminado – “*the parties’ commitments must not only be **proportionate** to the **competition problem** identified by the Commission (...) but must **eliminate it entirely**”* par. 307 de Ac. do Tribunal de Primeira Instância – hoje Tribunal Geral (TG)– do Luxemburgo – “*Cementbouw Handel & Industrie*” – proc T-282/02.

4 - Compromissos/remedies - balanço crítico - cont

- Mas há uma dimensão reflexa bastante problemática deste critério de proporcionalidade – autoridade de concorrência, por um lado, não pode aceitar menos do que seja necessário para eliminar problema de concorrência, mas, por outro lado, **não deve exigir ou suscitar soluções que envolvam mais do que é necessário para tal** – por ex, se se verificar que face a possibilidade de alienação de duas áreas de negócio das partes com dimensão diversa, a alienação a terceiros da menor área de negócio resolve o problema identificado, será desproporcionado a autoridade de concorrência exigir a alienação da maior área de negócio para aprovar condicionalmente a concentração.
- Problema é que maior parte das situações são mais complexas e não permitem juízo tão claro sobre alternativas – daí risco de sobre-reacção/over-reach de autoridades de concorrência....

4 - Compromissos/remedies - balanço crítico - cont

- Segundo nível de problemas – Riscos importantes no ‘desenho/concepção’ e na execução – controlo/monitoring ‘ex post’ de compromissos, por força de **(a)** assimetria de nível de informação e conhecimentos entre as partes na concentração, autoridade de concorrência e terceiras partes potencialmente afectadas que devam pronunciar-se – daí dificuldade em conceber ‘testes de mercado’ sobre adequação do compromisso; **(b)** dificuldade nos compromissos estruturais de alienação/desinvestimento de identificar o comprador adequado (sobretudo em mercados muito dinâmicos e sujeitos a elevado ritmo de transformação); **(c)** dificuldades operacionais e organizativas no controlo ex post da execução dos compromissos – dependência de intervenção de terceiros (‘trustees’) e recurso até a soluções de arbitragem para conflitos/divergências.

4 - Compromissos/remedies - balanço crítico - cont

- Aspectos precedentes convergem num **terceiro nível transversal de problemas** que pode questionar globalmente figura dos compromissos como instrumento jusconcorrencial – risco de pressão para resolver em curto prazo no quadro dos prazos de avaliação de concentrações certos problemas, evitando soluções de proibição conduzir a **soluções que errem pelo lado de excessiva cautela/prevenção e excessivo intervencionismo público sobre desenho e funcionamento dos mercados** ('clean sweep approach').
- Face a esse risco global ('clean sweep approach') pode terminar-se com uma pergunta: Para além de certo grau de problemas de concorrência identificados num projecto de concentração, não será preferível decisão de oposição em vez de decisões de compromissos complexas e visando 'reconstruir' regulatoriamente certos mercados?

4 - Compromissos/remedies - balanço crítico - cont

- **Reflexão geral sobre esta pergunta final** – interessante reflectir sobre decisões de aprovação condicional de concentrações especialmente complexas – **possível caso paradigmático em Portugal** – **concentração Sonaecom/PT** de 22/12/2006 (processo C Cent N° 8/2006 – disponível site ADC Portuguesa) – justifica-se ‘redesenhar’ por complexo um conjunto de mercados complexos e dinâmicos por força de decisão condicional de concentrações com compromissos?
- Reflexão geral sobre potencialidades e limites de Medidas de Compromissos/Remedies em concentrações – Remissão para a ainda recente **OECD Roundtable – Remedies on Merger Cases (2011).**