

22.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PAINEL 5 - Prova de eficiências em atos de concentração | Efficiency evidence in merger filing cases

Painel proposto por Adriana Giannini

Moderadora: Adriana Giannini Franco | *Trench Rossi e Watanabe Advogados*

Cesar Matos | *FA Consultoria Econômica*

Aurélio Marchini Santos | *Cascione Pulino Boulos e Santos Advogados*

Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt | *Conselheira do Cade*

Kenys Menezes Machado | *Superintendente Adjunto do Cade*



Cascione, Pulino, Boulos & Santos
ADVOGADOS

PROVA DE EFICIÊNCIAS EM ATOS DE
CONCENTRAÇÃO

IBRAC | 22º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência
Outubro/2016

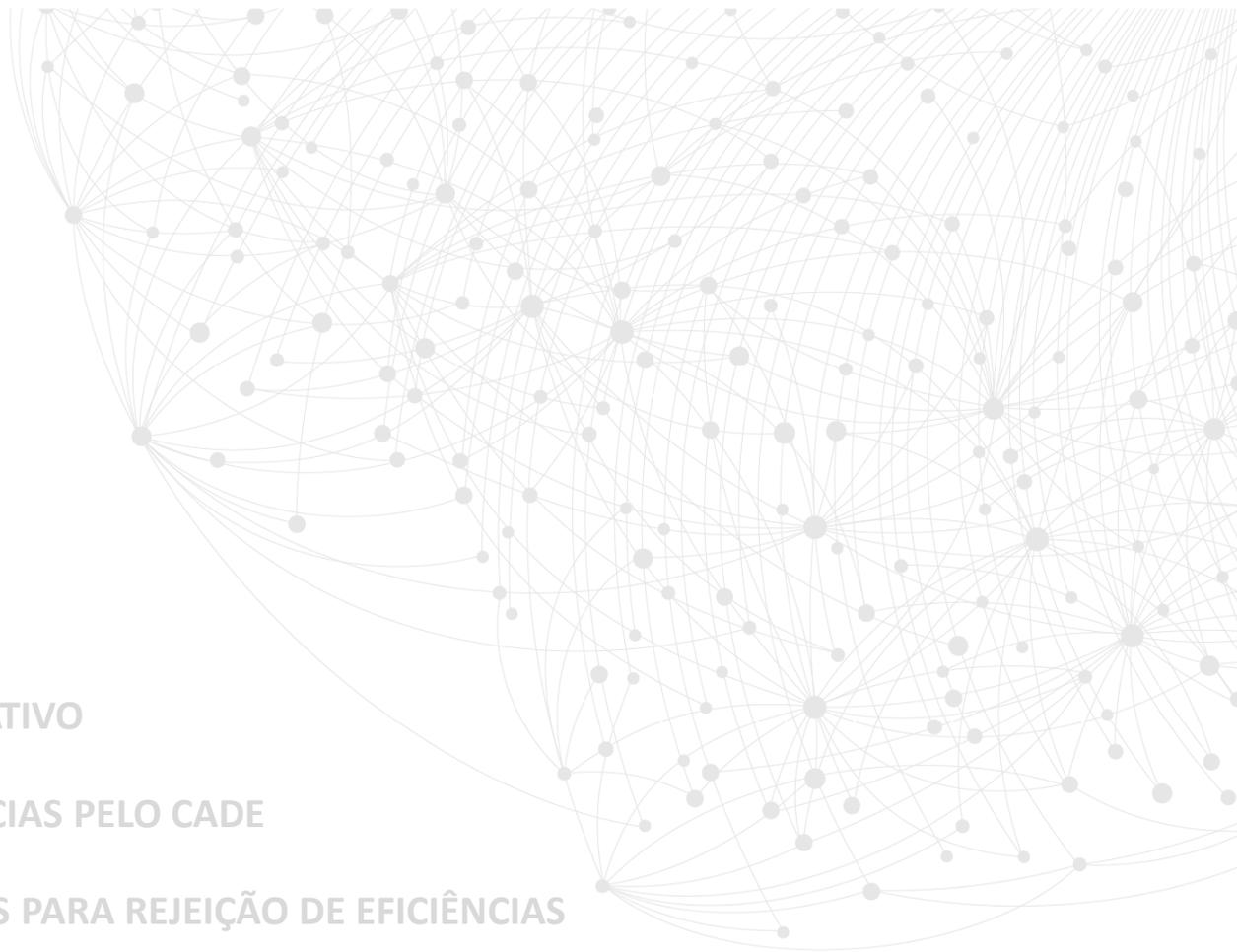
SUMÁRIO

1. CONTEXTO
2. PANORAMA NORMATIVO
3. ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS PELO CADE
4. PRINCIPAIS MOTIVOS DE REJEIÇÃO DE EFICIÊNCIAS
5. UM PARALELO COM A EXPERIÊNCIA DOS EUA
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS



SUMÁRIO

1. CONTEXTO
2. PANORAMA NORMATIVO
3. ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS PELO CADE
4. PRINCIPAIS MOTIVOS PARA REJEIÇÃO DE EFICIÊNCIAS
5. UM PARALELO COM A EXPERIÊNCIA DOS EUA
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS



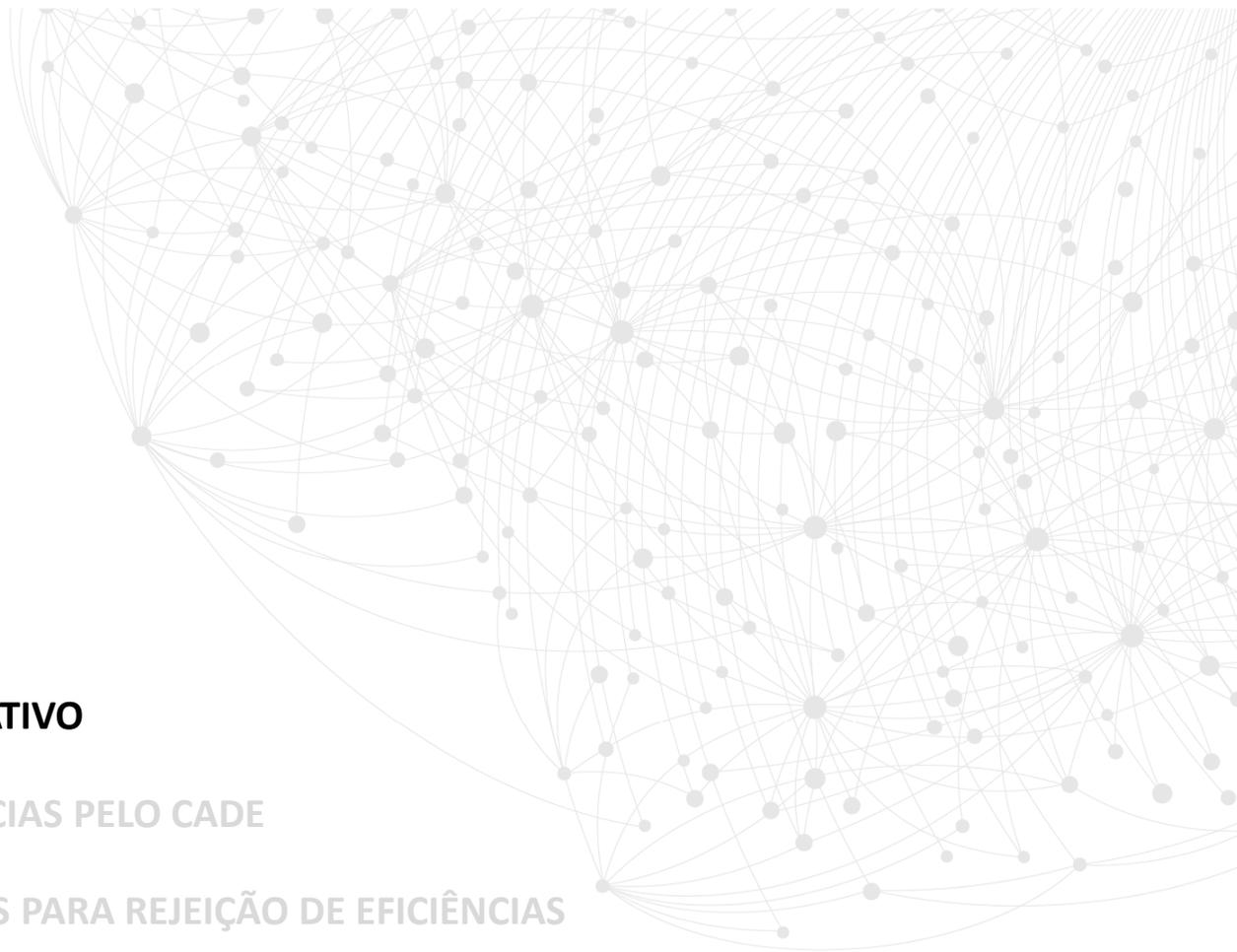
CONTEXTO

- Sob a ótica do direito da concorrência, é preferível que eficiências sejam originadas a partir do desenvolvimento **interno** do agente econômico
- Atos de concentração podem gerar, **simultaneamente**, **preocupações concorrenciais e eficiências econômicas**
- Incumbe às autoridades concorrenciais proceder a um **balanço** entre os eventuais efeitos anticompetitivos e ganhos de eficiência de uma operação:



SUMÁRIO

1. CONTEXTO
- 2. PANORAMA NORMATIVO**
3. ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS PELO CADE
4. PRINCIPAIS MOTIVOS PARA REJEIÇÃO DE EFICIÊNCIAS
5. UM PARALELO COM A EXPERIÊNCIA DOS EUA
6. CONCLUSÕES



PANORAMA NORMATIVO

LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (LEI Nº 12.529/2011)

“Art. 88. (...) § 5º Serão **proibidos** os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, **ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.**”

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser **autorizados**, desde que sejam observados os limites **estritamente necessários** para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade ou a **competitividade**;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; **ou**
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; **e**

II - sejam repassados aos consumidores **parte relevante** dos benefícios decorrentes.”

Pela lei anterior, a **distribuição** devia ser **equitativa** entre as partes e os consumidores

GUIA DE ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL

Etapas da análise:

- 1) Mercado relevante
- 2) Nível de concentração horizontal
- 3) Abuso de poder de mercado
- 4) Poder de compra

5) Eficiências econômicas



- **Benefícios quantificáveis, prováveis, verificáveis e tempestivos**
- **Nexo de causalidade (especificidade)**
- **Bem-estar do consumidor**

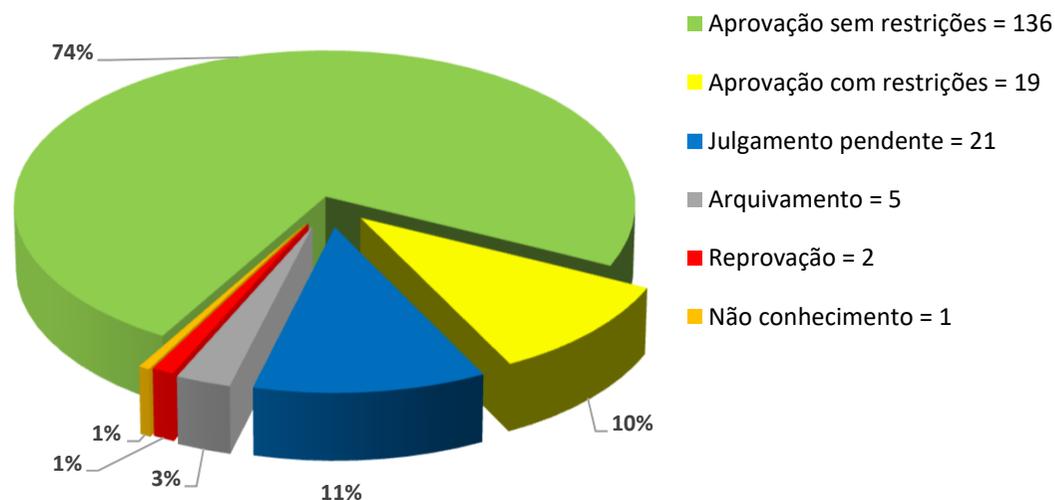
SUMÁRIO

1. CONTEXTO
2. PANORAMA NORMATIVO
- 3. ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS PELO CADE**
4. DIFICULDADE NA PROVA DE EFICIÊNCIAS
5. UM PARALELO COM A EXPERIÊNCIA DOS EUA
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS



ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS PELO CADE

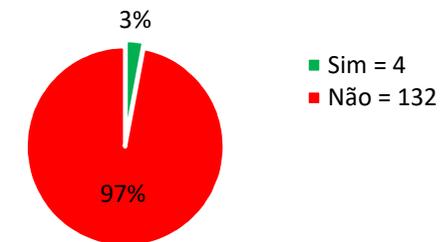
DECISÃO DO CADE EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO ORDINÁRIOS



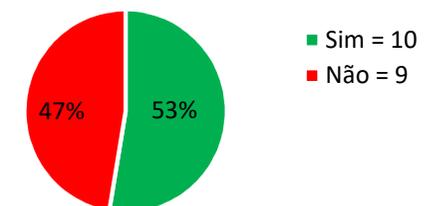
Fonte: elaboração própria, com base em pesquisas no SEI!
Metodologia: (i) atos de concentração notificados entre 29/05/2012 e 10/10/2016;
(ii) considerou-se que houve análise de eficiências quando feita por órgão decisório do Cade (SG ou Tribunal).

ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS

Aprovados sem restrições



Aprovados com restrições

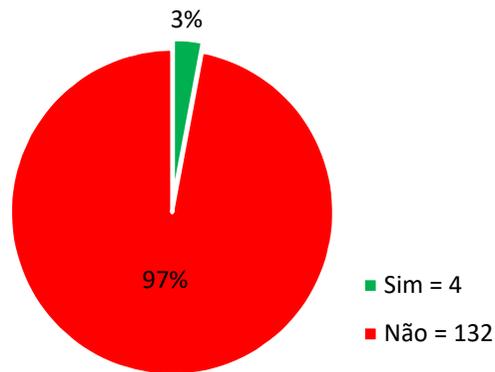


Reprovados



ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS PELO CADE

CASOS APROVADOS SEM RESTRIÇÕES

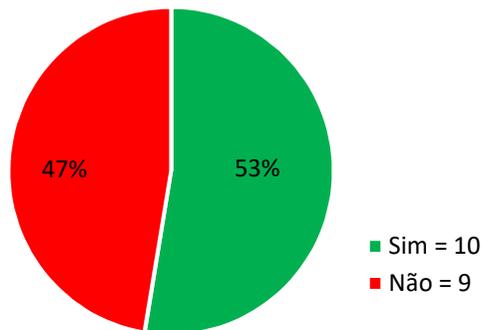


- Em apenas 4 dos 136 casos, as eficiências decorrentes das operações foram objeto de análise
- As eficiências foram aceitas como argumentos favoráveis à aprovação da operação **após a constatação de que o exercício unilateral do poder de mercado de forma abusiva seria improvável**
- Em 3 casos a análise foi apenas **qualitativa** e em 1 caso houve análise **quantitativa**
- As eficiências aceitas pelo Cade nesses 4 casos foram as seguintes:
 - poder compensatório (Casino/Dia)
 - redução de custos via compartilhamento de estruturas de distribuição (Universal/Sony)
 - redução de custos via compartilhamento de infraestrutura (Tim/Vivo/Claro/Oi)
 - ganhos de escala em razão da complementaridade das atividades desenvolvidas pelas empresas envolvidas na operação (Fedex/TNT)

Não há precedente do Cade, sob a nova lei, em que eficiências tenham sido consideradas suficientes para neutralizar efeitos lesivos de determinada operação

ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS PELO CADE

CASOS APROVADOS COM RESTRIÇÕES



- Houve análise de eficiências em 10 dos 19 casos
- Dos 9 casos em que não houve análise de eficiências:
 - 2 resultaram na celebração de ACC em razão da consumação antecipada da operação
 - 7 culminaram na negociação de remédios relativos ao mérito da operação sem prévia análise de eficiências
- O Cade aceitou, **com ressalvas**, as eficiências alegadas pelas partes em apenas 3 casos:
 - redução dos custos de produção em razão do acesso à energia elétrica mais barata (Saint Gobain/SiCBRAS);
 - plano de investimento para expansão da malha ferroviária com consequente ampliação do acesso à infraestrutura essencial (ALL/Rumo); e
 - ganhos logísticos, racionalização e redução de custos, investimentos em P&D e integração vertical (Videolar/Innova)

Nesses 3 casos os remédios adotados objetivaram assegurar que as eficiências viessem a ser concretizadas

ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS PELO CADE

CASOS REPROVADOS

- Houve análise de eficiências nos 2 casos:

- ❑ **Braskem/Solvay (2014)**

*“Diante dos cálculos apresentados, tem-se, portanto, que o **nível de eficiências** necessário para que se aprove a presente operação é muito elevado, e não há segurança de que as eficiências prometidas reflitam-se neste nível de **diminuição de custo marginal**. Aliás, as Requerentes apenas alegaram uma série de eficiências, mas **não demonstraram** como tais eficiências se refletem em sua **estrutura de custos** por tonelada produzida, nem como seriam **repassadas ao consumidor**”.*

- ❑ **Tigre/Condor (2015)**

*“[n]ão restou comprovada a **melhoria do bem-estar da sociedade**, porquanto não ficou evidenciado como os ganhos resultantes seriam **repassados aos consumidores**. Isso porque as Requerentes não comprovaram que o aumento da parcela de mercado não seria apenas uma transferência de receitas entre os agentes envolvidos na operação”.*

*“Portanto, os efeitos líquidos da presente operação são negativos e não podem ser sopesados por **eficiências quantificáveis, mensuráveis e repassáveis ao consumidor** em cada um dos mercados relevantes considerados”.*

SUMÁRIO

1. CONTEXTO
2. PANORAMA NORMATIVO
3. ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS PELO CADE
- 4. PRINCIPAIS MOTIVOS PARA REJEIÇÃO DE EFICIÊNCIAS**
5. UM PARALELO COM A EXPERIÊNCIA DOS EUA
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS



PRINCIPAIS MOTIVOS PARA REJEIÇÃO DE EFICIÊNCIAS

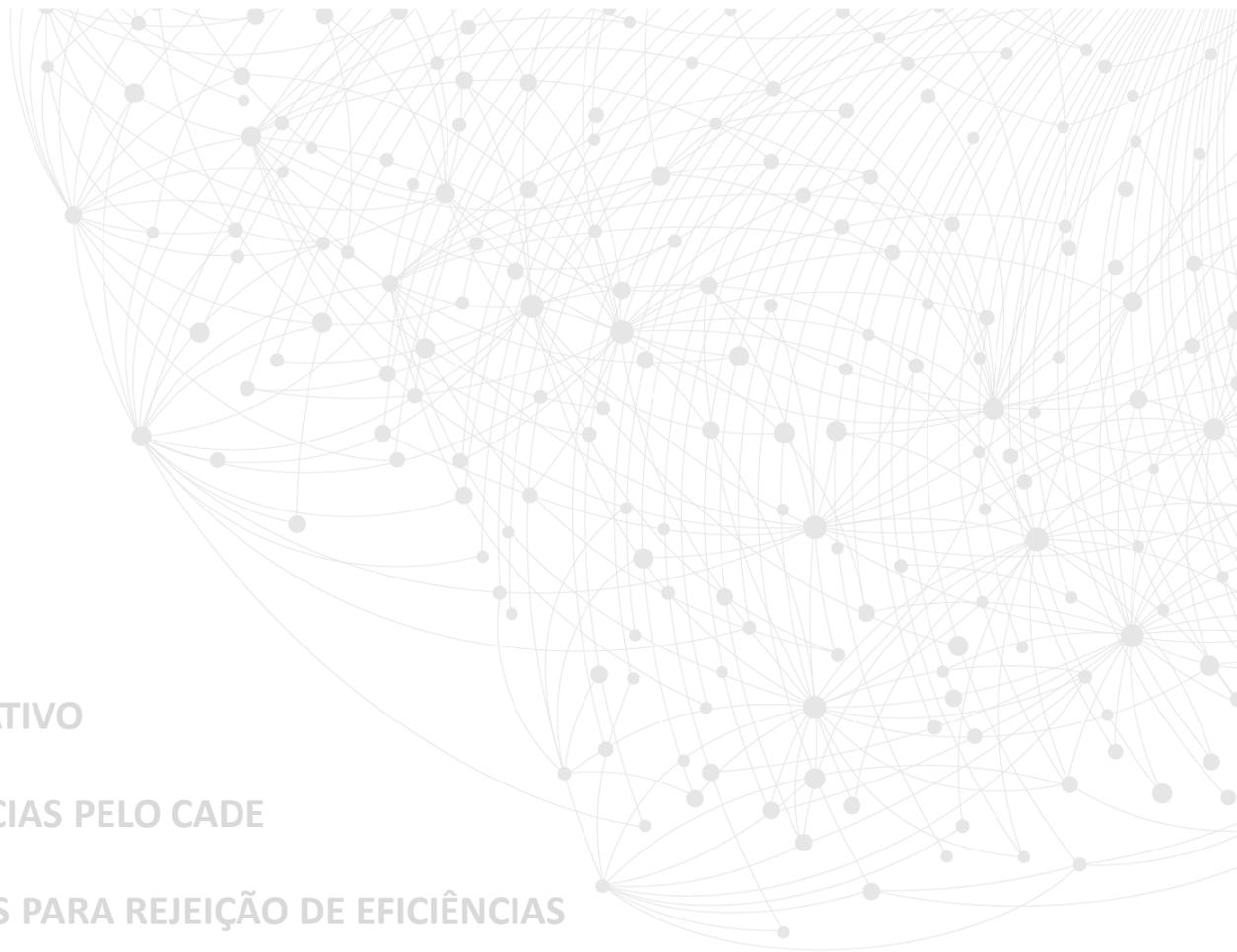
Motivos mais frequentes para o Cade refutar as eficiências apresentadas pelas partes:

- ausência de **nexo de causalidade** entre a eficiência alegada e a operação (ausência de especificidade da eficiência em relação à operação);
- ausência de comprovação de que as eficiências serão **repassadas ao consumidor**:
*“O CADE, de modo geral, tem contabilizado apenas eficiências decorrentes de **reduções de custo variável**. Conforme argumentado no parecer Sadia-Perdigão, via de regra, apenas reduções nos custos variáveis podem, no curto prazo, refletir em reduções de preços aos consumidores. O reflexo da diminuição de **custos fixos** nos preços, quando há, não ocorre em um intervalo razoável de tempo.”* (Dabi/Gnatus, 2014)
- ausência de **quantificação** das eficiências (*“eficiências meramente especulativas”*);
- apresentação unilateral das eficiências (*i.e.*, falta de indicação apropriada das **fontes e metodologias** utilizadas);
- ausência da indicação do **tempo** em que as eficiências seriam alcançadas;
- planos de negócio/investimento **futuros e incertos**;
- **percentual de eficiências** inferior ao nível necessário para anular a pressão de elevação de preços dos produtos

O ônus da prova recai sobre as requerentes do ato de concentração

SUMÁRIO

1. CONTEXTO
2. PANORAMA NORMATIVO
3. ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS PELO CADE
4. PRINCIPAIS MOTIVOS PARA REJEIÇÃO DE EFICIÊNCIAS
- 5. UM PARALELO COM A EXPERIÊNCIA DOS EUA**
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS



UM PARALELO COM A EXPERIÊNCIA DOS EUA

EXPERIÊNCIA DO FTC

De acordo com **estudo do FTC, de 2009**:

- As eficiências são analisadas na maioria dos casos: em 147 das 186 operações objeto do estudo houve análise dos argumentos de eficiência (pelo BC e/ou pelo BE)
- *Bureau of Competition Analyses of Efficiencies Arguments* (“BC”): analisou 342 argumentos de eficiência, rejeitou 109 (31,8%) e aceitou 29 (8,5%)
- *Bureau of Economic Analyses of Efficiencies Arguments* (“BE”): analisou 311 argumentos de eficiência, aceitou 84 (27%) e rejeitou 37 (11,9%)
- Principais eficiências aceitas: eficiências produtivas, eficiências dinâmicas, eficiências administrativas, racionalização das instalações

POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO

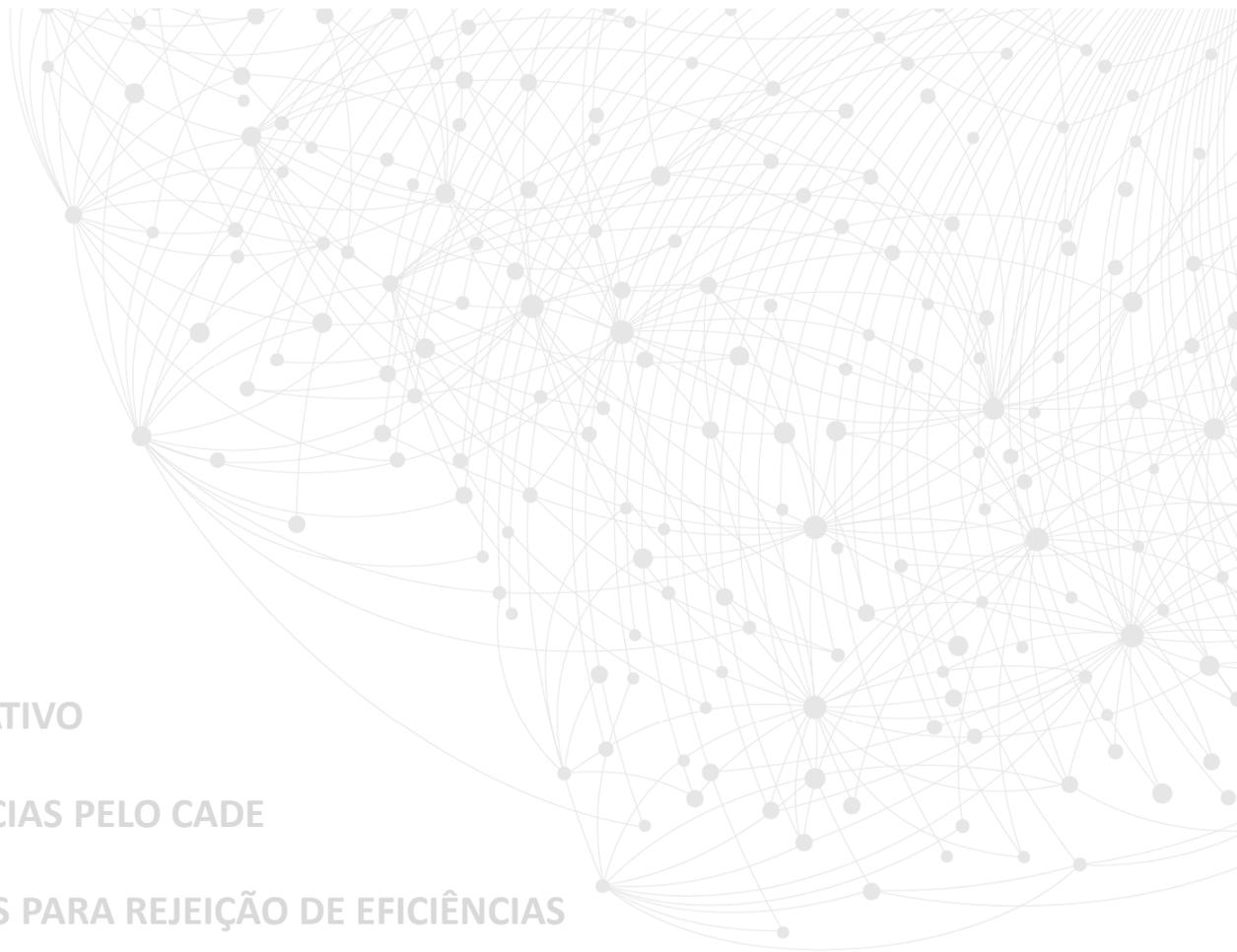
Flexibilização da prova de eficiências

- **FTC v. Staples, Inc**: as partes não precisam produzir prova irrefutável sobre a existência de eficiências derivadas da operação

Fonte: COATE, Malcom and HEIMERT, Andrew. **Merger Efficiencies at the Federal Trade Commission 1997-2007**. Bureau of Economics Federal Trade Commission, February, 2009.

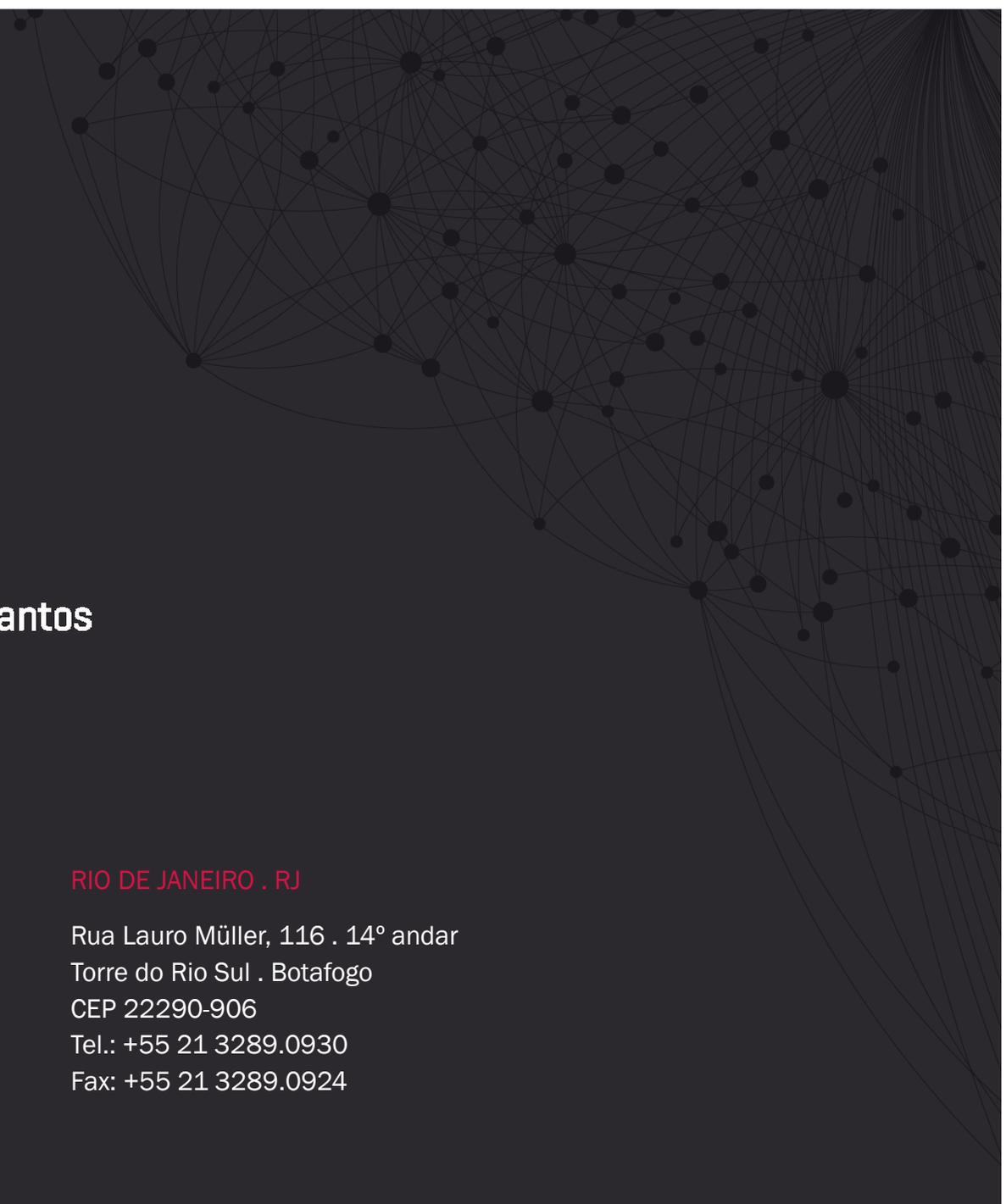
SUMÁRIO

1. CONTEXTO
2. PANORAMA NORMATIVO
3. ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS PELO CADE
4. PRINCIPAIS MOTIVOS PARA REJEIÇÃO DE EFICIÊNCIAS
5. UM PARALELO COM A EXPERIÊNCIA DOS EUA
6. **CONSIDERAÇÕES FINAIS**



CONSIDERAÇÕES FINAIS

- Levantamento da análise de eficiências pelo Cade indica que:
 - Nos casos em que o exercício abusivo de poder de mercado é **improvável**, a análise de eficiências **não foi determinante**, servindo apenas para **corroborar** a decisão de aprovação da operação sem restrições
 - Quando se constatou a **probabilidade** do exercício do poder de mercado, o Cade foi bastante **rigoroso** no que se refere ao **padrão de prova exigido**
 - Foi mais frequente **negociação de remédios diretamente** do que a comprovação/análise de eficiências
- Dificuldades prática para a defesa de eficiências em atos de concentração:
 - Elevada complexidade e custos na sua elaboração
 - Acesso limitado a informações antes e depois da assinatura do contrato:
 - Risco de **gun jumping** por troca de informações sensíveis entre as partes para a demonstração das eficiências
 - Visibilidade limitada de quais eficiências são aceitas e da motivação para rejeição de eficiências com relação à sua suficiência, especificidade, probabilidade e tempestividade de sua realização
 - Ausência de definição quanto ao momento da apresentação das eficiências



Cascione, Pulino, Boulos & Santos
ADVOGADOS

SÃO PAULO . SP

Av. Brig. Faria Lima, 3.015 . 10º andar
Jardim Paulistano
CEP 01452-000
Tel.: +55 11 3165.3000
Fax: +55 11 3165.3016

RIO DE JANEIRO . RJ

Rua Lauro Müller, 116 . 14º andar
Torre do Rio Sul . Botafogo
CEP 22290-906
Tel.: +55 21 3289.0930
Fax: +55 21 3289.0924