

Suplemento Eletrônico

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Ano 2 número 6
Julho 2011

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL – IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 – São Paulo – SP – Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

REVISTA DO IBRAC

Presidente: Marcelo Procópio Calliari
Diretora de Publicações: Leonor Cordovil
Editor assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial: Barbara Rosenberg, Bernardo Macedo, Joao Paulo Garcia Leal, Lucia A.L.de Magalhães Dias, Mauro Grinberg, Paolo Mazucatto, Pedro Dutra, Rabih Nasser, Ricardo Inglez de Souza, Vicente Bagnoli, Viviane Araujo Lima.

O Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência, de consumo e de comércio internacional. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.
Periodicidade: mensal. Fechamento dia 20 de cada mês.

Ano 2 número 6
Julho de 2011

SUMÁRIO

Novo Guia sobre Remédios para Fusões do Departamento de Justiça dos Estados Unidos

Thiago Arashiro e Fabiana Tito 4

NOVO GUIA SOBRE REMÉDIOS PARA FUSÕES DO DEPARTAMENTO DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS

Thiago Arashiro e Fabiana Tito ¹

Introdução

Em junho de 2011, o Departamento de Justiça (DOJ) dos Estados Unidos publicou um novo guia sobre remédios para fusões² revisitando o documento anterior publicado em outubro de 2004³.

Em geral, os principais pontos do guia apresentados, tanto em 2004 quanto mais recentemente, permaneceram intactos, isto é, não houve mudanças radicais quanto aos objetivos do uso de remédios em casos de fusão (seja ela horizontal ou vertical). São eles:

- Adoção de um remédio efetivo para eliminar possíveis problemas anticompetitivos causados pela operação em questão;
- Remédios devem preservar a competição no mercado e não proteger competidores individuais;
- Um remédio deve ser baseado numa aplicação de princípios econômicos e legais para os fatos particulares de um caso específico.

Por outro lado, as mudanças apresentadas pelo guia em 2011 refletem, de acordo com as autoridades americanas, as transformações que ocorreram no campo de fusões nos últimos anos e as lições aprendidas pelo Departamento desde que o primeiro guia foi introduzido em 2004. O aumento da complexidade das operações e a crescente globalização dos casos apresentados às Autoridades Antitruste contribuíram para estas mudanças.

Na prática, o novo guia não difere muito no que se refere às fusões horizontais. Este afirma que, em geral, para este tipo de operação os remédios estruturais preservam a concorrência de modo efetivo, sendo desinvestimento de ativos⁴ um dos remédios mais usados pelo Departamento. Por outro lado, a principal mudança ocorre na aplicação de remédios para fusões verticais. O novo

¹ Economistas da Tendências Consultoria Integrada.

² <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>

³ <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/205108.htm>

⁴ Desinvestimento de patrimônio, físico e intangível, necessário para que o comprador possa competir efetivamente com a empresa fusionada.

guia afirma que remédios de conduta⁵ podem frequentemente sanar problemas anticoncorrencias para estas operações sem, contudo, perder as potenciais eficiências geradas pela operação.

Embora o novo guia enfatize o uso de remédios de conduta em fusões verticais, este sustenta que tais práticas também podem ser aplicadas para tratar preocupações levantadas por fusões horizontais geralmente em conjunto com remédios estruturais, ou seja, o uso de remédios híbridos⁶.

Remédios Estruturais

No que se referem aos remédios estruturais, três opções são possíveis segundo o guia: (i) desinvestimento de todos os ativos necessários, para que o comprador seja um competidor duradouro e efetivo, (ii) desinvestimento de uma entidade de negócios existente, e (iii) desinvestimento de ativos críticos intangíveis.

Ao observar estatísticas dos remédios estruturais aplicados⁷, tanto o Departamento de Justiça dos EUA quanto o *Federal Trade Commission* (FTC) estão alinhados em afirmar que, em geral, (ii) tem uma taxa de efetividade superior. Isto porque a alienação de um negócio possui, além dos ativos físicos, pessoal, lista de clientes, sistema de informação, ativos intangíveis, gestão e infraestrutura necessária para produção e distribuição eficiente. No entanto, há casos em que o Departamento considera desinvestimentos menores que o negócio inteiro, podendo ser adotadas alternativas como requerimento de um comprador adiantado e imposição da venda das “jóias da rainha” para desinvestimentos parciais⁸ (a fim de atrair um comprador disposto a preservar a competição no mercado). Estão as principais mudanças apresentadas no novo guia.

Além disso, tanto o guia apresentado em 2011 quanto o anterior mencionam a necessidade da venda (total ou parcial) da unidade de negócio ser feita para um comprador que efetivamente irá competir no mercado relevante

⁵ Fusões verticais não diminuem o número de competidores no mercado, mas podem criar incentivos e aumentam a habilidade da firma fusionada a prejudicar o processo competitivo. Remédios que agem de forma a impedir este tipo de comportamento podem ser apropriados nesse caso.

⁶ Veja, por exemplo, o caso Comcast Corp. e NBC Universal, Inc. – disponível em: <http://www.justice.gov/atr/cases/f266100/266164.htm>

⁷ Fed. Trade Comm’n, Staff of the Bureau of Competition, *A Study of the Commission’s Divestiture Process* § II B.3 (1999).

⁸ Segundo o novo guia, em remédios estruturais, a melhor opção é o desinvestimento total de um negócio. Entretanto, pode-se aprovar o desinvestimento de somente uma parte do negócio (desinvestimento parcial) quando o comprador já detém parte do negócio ou quando esta parte pode ser obtida prontamente num mercado competitivo.

previamente definido. Em outras palavras, este necessita ter todas as condições necessárias para competir igualmente com a nova firma fusionada e, ademais, ser improvável que esta firma saia do mercado ou redirecione sua produção/serviço para outro mercado relevante sendo considerado, assim, um competidor de longo-prazo.

Quando esta venda do patrimônio de uma empresa se refere a um bem intangível, isto é, no caso das empresas participantes do processo de fusão possuírem patentes alternativas para a produção do mesmo bem final, a medida estrutural envolve o fornecimento dos direitos deste ativo para um ou mais concorrentes. Tais direitos podem ser fornecidos mediante compra ou licenciamento. Entretanto, em alguns casos, a retenção destes direitos de propriedade intelectual pela firma fusionada é necessária para a obtenção de ganhos de eficiência advindas da operação. Sob estas circunstâncias, é provável que se permita a retenção destes direitos pela nova firma com a condição de que esta forneça ao comprador direito não-exclusivo sobre a patente. Este último caso pode ser mais comumente visto em patentes envolvendo processos de produção.

Remédios de Conduta

Quanto aos remédios de conduta, como já mencionado acima, estes são mais apropriados para os casos envolvendo processos de fusão vertical ou nos processos de fusão horizontal em conjunto com medidas estruturais (remédios híbridos).

O guia de remédios para fusão publicado em 2004 pelo DOJ afirma:

“While conduct remedies are used in limited circumstances as an adjunct to structural relief in merger cases, the use of conduct remedies standing alone to resolve a merger’s competitive concerns is rare and almost always in industries where there already is close government oversight. Stand-alone conduct relief is only appropriate when a full-stop prohibition of the merger would sacrifice significant efficiencies and a structural remedy would similarly eliminate such efficiencies or is simply infeasible.”

Enquanto o guia apresentado pelo mesmo departamento em 2011 afirma:

“Conduct remedies can be an effective method for dealing with competition concerns raised by vertical mergers and also are sometimes used to address concerns raised by horizontal mergers (usually in conjunction with a structural remedy).”

As with horizontal mergers, crafting an appropriate remedy for anticompetitive vertical mergers requires identifying the particular competitive concerns raised by a specific transaction. Tailoring a conduct remedy to the particular competitive concern(s) raised by a vertical merger can effectively prevent harmful conduct while preserving the beneficial aspects of the merger.”

Como pode ser visto nos trechos extraídos dos guias acima, pode ser inferido que houve uma mudança de postura significativa quanto ao uso deste tipo de remédio para os casos de fusão.

Com o possível uso mais disseminado dos remédios de conduta, o guia de 2011 procura examinar mais detalhadamente as diversas formas que os remédios de conduta podem tomar. Dentre elas, destacam-se:

1. Disposição de Firewall: Imposição de “barreiras” para prevenir a disseminação de informação dentro da empresa. Por exemplo, no caso de um monopolista *a montante* fundir-se com uma empresa competitiva *a jusante*, esta disposição servirá para evitar a troca de informação (e incentivar coordenação) entre estas partes de forma a não prejudicar os concorrentes das firmas *a jusante*. Além disso, monitoramento efetivo é requerido para assegurar que tal medida seja eficaz.
2. Disposições não-discriminatórias: relacionado ao conceito de acesso, esforço e termos iguais. Diante deste dispositivo, pode-se garantir, por exemplo, proteção à firma competitiva *a jusante* para que não obtenha produtos de menor qualidade, períodos de entrega atrasados e acesso desigual aos produtos da firma *a montante*, em relação à firma *a jusante* que se associar a esta.
3. Disposição de licença obrigatória: relaciona-se ao tema mencionado acima sobre desinvestimentos de ativos intangíveis. As partes podem licenciar certo tipo de tecnologia/patentes de maneira justa e razoável de forma que tal medida previna futuros prejuízos à competição.
4. Disposição de Transparência: Tal disposição geralmente requer que a firma fusionada seja obrigada a fornecer certas informações (confidenciais da empresa) para uma agência reguladora. Este mecanismo permite que se evite que as firmas fusionadas incorram em evasão regulatória, isto é, de que, por exemplo, a firma *a jusante* cobre um preço mais elevado das empresas concorrentes *a montante* do que de sua própria empresa.
5. Disposição Anti-retaliação: Diante desta disposição, evita-se que a nova empresa possa retaliar seus clientes ou outras partes que possuam contratos (ou pretendem ter), ou realize negócios com os competidores desta firma fusionada.

6. Proibição de certos tipos de práticas: proibição do uso de práticas contratuais restritivas. Esta pode ser particularmente apropriada em fusões verticais no qual a nova empresa possui o controle do insumo que os competidores necessitam para continuar no mercado.
7. Outros tipos de remédios de conduta: Há remédios de conduta que devem ser aplicados para sanar problemas anticompetitivos mais específicos, tais como a notificação de fusões e aquisições que, em outras circunstâncias, não seriam necessárias e restrições na re aquisição de mão-de-obra especializada.

Remédios Híbridos

Uma vez apresentados tanto os remédios estruturais quanto de conduta, o guia afirma que em algumas circunstâncias, o remédio mais eficaz para evitar que uma operação de fusão resulte em danos à concorrência é a adoção de remédios híbridos. Este é o caso quando a fusão envolve multimercados ou multiprodutos e a competição é preservada por medidas estruturais em alguns mercados e por medidas de conduta em outros. Por exemplo, a aprovação da fusão pode requerer que a firma fusionada aliene certos contratos de clientes (medida estrutural) e também prevenir imposição de contratos abusivos (medida de conduta).

Além disso, segundo o guia americano, o remédio de conduta pode ser necessário para que a medida estrutural seja efetivamente implementada. Por exemplo, o departamento antitruste pode solicitar à firma que o desinvestimento seja acompanhado de um acordo de garantia de oferta, se o comprador de tal unidade de investimento é incapaz de produzir o produto por um período transitório (caso as fábricas tivessem que ser rearranjadas ou o *mix* de produtos tivesse que ser alterado). Neste caso, o acordo de garantia de oferta pode prevenir a perda de um competidor no mercado, mesmo que este seja temporariamente.

Por fim, observa-se a ênfase dada pelo guia de que a adoção de remédios de conduta também pode ser necessária para efetuar ou apoiar um remédio estrutural. Existem raros exemplos em que os ativos desinvestidos necessitam pertencer a pessoas/grupos com características específicas. Neste caso, proibir que a firma fusionada ou o comprador de vender os ativos para pessoas que possuem estas características pode ser apropriado.

Considerações Adicionais

Ao determinar qual o remédio apropriado para uma determinada fusão, as Autoridades Antitruste devem estar cientes da interação e colaboração de outras entidades concorrenciais e regulatórias, uma vez que estas podem impactar significativamente na construção dos remédios propostos. Além disso, interações

com outras jurisdições internacionais também é relevante, para que não haja conflito com os remédios impostos.

Considerações Finais

De acordo com o guia, a adoção de remédios de conduta só surtirão o efeito desejado se forem supervisionados e se tiverem a garantia que serão cumpridos pelas partes. Para fazer uso mais disseminado dos remédios de conduta, portanto, o Departamento de Justiça americano criou uma seção especial dentro do organismo, o *Office of the General Counsel*, para avaliar e fiscalizar as medidas tomadas pós-fusão. Anteriormente à publicação deste novo guia, esta responsabilidade era atribuída ao procurador, responsável por elaborar e avaliar o caso no período pré-fusão.

Desta forma, assim como na alteração de alguns remédios estruturais, como visto acima, parece que o DOJ também tem se assemelhado estruturalmente cada vez mais ao FTC, uma vez que esta nova seção para lidar somente com trâmites pós-fusão é similar ao *Compliance Shop* deste último.

Diante do exposto, seria importante que a jurisprudência brasileira questionasse qual é a importância das alterações na política de remédios para fusão nos EUA para imposição de restrições a atos de concentração no Brasil. A primeira vista pode-se afirmar de que hoje não existe estrutura apropriada para a realização da fiscalização no período pós-fusão, ainda mais que não há nenhuma menção da mesma no Projeto de Lei (PL 5.877/05), considerada vital pelas autoridades americanas para o bom funcionamento da adoção de remédios de conduta.

As autoridades de defesa da concorrência brasileira têm adotado medidas tanto estruturais quanto comportamentais nos casos apresentados nos últimos anos. Em geral, as medidas de conduta são limitadas às operações em que a imposição de remédios estruturais inviabilizam a absorção e a implementação das eficiências. Adicionalmente, tais medidas são mais frequentes em operação de mercados regulados nos quais se pode contar com o agente regulador para monitoramento da implementação das medidas adotadas. Neste aspecto, seria importante ter o agente regulador alinhado às autoridades da concorrência de forma cooperativa para fiscalizar as medidas impostas, obtendo, desta forma, um remédio comportamental efetivo. A capacidade de monitoramento no Brasil das medidas comportamentais é um aspecto que têm despertado bastante preocupação das autoridades antitruste brasileiras e, desta forma, sua relevância poderia ser reavaliada e discutida no Projeto de Lei.

Por fim, face à experiência brasileira, seria também desejável fazer um mapeamento dos remédios que foram adotados nos grandes casos de fusão dos últimos anos no Brasil para identificar se estes surtiram os efeitos desejados pelas

autoridades de concorrência. Só a partir dessa análise, seria então possível avaliar a efetividade dos remédios adotados e verificar se estamos trilhando o caminho correto. Assim, a análise dos casos no período pós-fusão torna-se inevitável para a adoção de remédios em operações de fusão que efetivamente contribuam para a preservação da competição do mercado relevante em questão.
