

PAINEL I: - ATOS DE CONCENTRAÇÃO GLOBAIS - JURISDIÇÃO SOBERANIA *

GLOBAL MERGERS - JURISDICTION & SOVEREIGNTY

Coordenador/Chairman: Dr. Mauro Grinberg

Abertura - Dr. Ubiratan Mattos: - Presidente do IBRAC

Senhoras e senhores, bom dia! É um prazer tê-los aqui em Campos do Jordão. Ontem à noite eu fiquei pensando o que quê eu deveria dizer às senhoras e aos senhores, para abrir este seminário. E, ao final me ocorreu contar um pouco da história do IBRAC, como o IBRAC surgiu.

Há cerca de dez anos atrás, em Gramado, foi realizado o 1º Seminário Internacional de Defesa do Consumidor. O código era então recém editado, o Ministério Público estava muito ansioso pela aplicação do código e houve um debate muito acalorado, e eu diria até muito agressivo, com a participação do Ministério Público e do então recém criado IDEC, e se falava muito até do primeiro cadastro nacional do mau fornecedor ou algo parecido. Um grupo de advogados e economistas ao final do 1º painel à noite, foi tomar uma cerveja e comer pizza num lugar muito gostoso em Gramado e surgiu a idéia de se criar o que naquela época nós chamamos de o IDEC do fornecedor, que era uma forma de criar o interlocutor que pudesse intermediar as relações entre fornecedor e consumidor. Essa idéia evoluiu, o Dr. Carlos Francisco de Magalhães teve uma participação muito decisiva nisso, e um belo dia se decidiu fundar o IBRAC. Era um grupo de pessoas muito pequeno, mas um grupo muito ambicioso, e a partir daquela simples idéia então o IBRAC foi constituído, a ambição daquele grupo evoluiu, e nós passamos então a buscar e conseguimos muitas coisas. E hoje nós estamos realizando o que já é o VI Seminário Internacional, com a presença de ilustres convidados estrangeiros que o Dr. Mauro Grinberg cuidará de apresentar, além da prestigiosa presença das senhoras e dos senhores.

Quando nós abrimos as inscrições para este evento, imaginávamos que o hotel seria suficiente para comportar tão ilustre platéia; mas com poucos dias nós tivemos que reservar um outro hotel; este está completamente lotado,

* Os textos aqui apresentados são transcrições das fitas de audio do Seminário e reproduzem, em sua maior parte, o registro oral das participações com algumas pequenas modificações.

o segundo hotel está completamente lotado e nós temos um público de cerca de 200 pessoas. E as senhoras e os senhores são reconhecidamente a parcela representativa e única em assuntos da concorrência. O IBRAC se consolidou não como o único, mas o mais importante interlocutor dos assuntos versando sobre concorrência entre a comunidade, a sociedade e o governo. Nós conseguimos um destaque excepcional a nível nacional e isto pela participação, pelo incentivo, pelo entusiasmo das senhoras e dos senhores. O IBRAC é ouvido, o IBRAC contribui, o IBRAC é um interlocutor deveras importante, e isto não só nos deixa de uma certa forma envaidecidos como também nos estimula a prosseguir e a buscar alvos bem maiores. Em qualquer momento deste seminário, eu cuidarei de fazer uma breve prestação de contas do que foi realizado este ano, eventos muito significativos, e do que nós pretendemos para o próximo ano. Isso nos deixa realmente muito felizes e ficamos especialmente gratos pelo apoio e pelo entusiasmo demonstrado pelas senhoras e pelos senhores.

Nós teremos um programa bastante movimentado e eu me recordo do nosso amigo Juan Marti Riviére, da Comissão Européia, quando ele nos dizia lá em Bruxelas, que dos seminários que ele participa, e que são muitos, por todo o mundo, o que ele mais gosta é o seminário do IBRAC, pelo simples motivo de que a informalidade permite o contato direto, aberto e franco entre as autoridades e a própria comunidade do IBRAC. Este é tom dos nossos seminários. Não foi por outra razão que o nosso Secretário Geral distribuiu uma circular dizendo que o dress code era casual. Nós queremos realmente ter e manter esta informalidade e queremos ter um debate franco e aberto a respeito desses temas. Temos um programa que começa com este primeiro painel de Concentração Global - Jurisdição e Soberania, coordenado pelo nosso diretor, o Dr. Mauro Grinberg. Hoje à tarde teremos a entrega do prêmio IBRAC/ESSO de Monografia, e amanhã teremos um painel muito - eu diria - acalorado, a respeito do anteprojeto de criação da Agência. E gostaria de ressaltar a importância e a responsabilidade que recaem sobre nós, porque nós estamos criando a Defesa da Concorrência no Brasil. Essa responsabilidade recai sobre cada um de nós. No futuro, nós seremos uma lembrança, mas uma lembrança muito importante porque este momento que nós vivemos, que a sociedade brasileira vive é muito significativo, é o momento em que se consolida de fato a defesa da concorrência. Então, mais uma vez muito obrigado pela presença das senhoras e dos senhores. E com estas palavras eu declaro aberto o VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência.

Dr. Mauro Grinberg:

Senhoras e Senhores, muito bom dia! Aberto o seminário, o nosso primeiro tema é referente às concentrações globais, que é um dos que mais chamam a atenção dos militantes do setor.

É muito comum nós tratarmos no Brasil de concentrações julgadas em diversas jurisdições. Se eu puder falar de uma experiência pessoal, que é ao mesmo tempo universal já que todos aqui tem a mesma, vi um caso recentemente com 35 jurisdições envolvidas, requerendo atenções muito específicas. Já ouvimos em congressos internacionais sugestões para que se crie um organismo internacional nos moldes da Organização Mundial do Comércio. Nós podemos até perguntar o que acontece se uma concentração global é aprovada em alguns países e não é aprovada em outros onde haja instalações dos agentes envolvidos. Mas, enfim, isso é o que os nossos expositores vão falar.

Nós temos hoje um painel muito feliz: à minha esquerda imediata o Dr. Mark Powell, que é advogado militante, mais adiante o Prof. Gesner Oliveira, que dispensa apresentações a essa platéia, à minha direita, após o Dr. Ubiratan Mattos, Presidente do IBRAC, o Prof. Rui de Moura Ramos, magistrado, e, quanto aos debatedores, uma economista e um advogado. Farei as apresentações antes de cada apresentação.

Passo imediatamente a apresentar o primeiro expositor, Professor Rui de Moura Ramos, Juiz do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Européias, que julga exatamente as decisões da Comissão Européia em matéria concorrencial; ele é formado, pós-graduado e com Doutorado pela Universidade de Coimbra, onde é Professor de Direito Internacional, representante de Portugal na Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado; é autor de vários livros e artigos e, detalhe muito importante, é um extraordinário anfitrião do IBRAC no Tribunal. Então, eu passo imediatamente a palavra ao Prof. Rui de Moura Ramos.

PROF. RUI DE MOURA RAMOS¹:

Muito obrigado. Antes de mais, queria agradecer ao IBRAC o amável convite que me dirigiu para estar aqui entre vós, e além de agradecer eu queria felicitá-lo pela... aproveito a oportunidade para felicitar tudo que o IBRAC tem feito, que eu conheço sobretudo através dos relatos dos dirigentes e da revista, que é um depositário extremamente importante daquilo que se

¹ Juiz no Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias e professor de Direito Internacional Privado e de Direito Comunitário na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

tem feito no Brasil sobre Direito da Concorrência, e queria felicitá-los também por terem reunido aqui uma tão larga assistência interessada nessas matérias.

A circunstância desta assistência se interessar por Direito da Concorrência, é um reflexo de fenômeno maior. O Direito da Concorrência hoje, nos nossos, dias é objeto de interesse de todos os sistemas jurídicos e o fato de ele ser objeto do interesse de todos os sistemas jurídicos faz com que a maior parte desses sistemas tenham regras de direito da concorrência. E, essas regras de defesa da concorrência muitas vezes, algumas delas pelo menos, esquecem-se de prever a hipótese que é a hipótese comum em que elas vivem que é a de viverem em conjunto com outras regras de proteção à concorrência de outros sistemas. Independente de saber se, essas regras são ou não, mais ou menos uniformes e eu quando digo uniformes digo uniformes casualmente, não porque se tenha tentado que elas fossem uniformes, mas independentemente dessas regras serem próximas umas das outras, o que acontece é que a mera circunstância de elas poderem vir a ser aplicadas por autoridades estaduais diferentes levantam o problema que o nosso presidente do painel apontou, que é a hipótese de conflitos na aplicação das regras sobre concorrência. Esses conflitos nem sempre estão expressamente previstos, ou pelo menos não está expressamente prevista a sua regulamentação e tal acontece designadamente com a hipótese da qual eu vos falarei com pouco mais de cuidado que é a hipótese do Direito da Concorrência da Comunidade Européia.

Mas, a questão vem mais de trás e surge no próprio ambiente onde surgiu o Direito antitrust, isso tudo nos Estados Unidos, e ela foi de algum modo resolvida logo nos Estados Unidos por um acórdão da Suprema Corte Americana, no caso a Alcoa, onde se disse em determinada altura qualquer coisa que ficou até hoje, que os tribunais americanos tinham competência - jurisdiction para atuar o direito antitrust norte americano sempre que o comportamento em causa fosse suscetível de produzir interesses nos Estados Unidos de afetar a economia americana. Tanto foi a consagração clara e primeira da teoria dos efeitos que a Suprema Corte realizou e que veio a influenciar até hoje praticamente todas as jurisdições e todos os sistemas jurídicos. O problema da teoria dos efeitos é que ela é demasiada, ela permite um grande imperialismo na sua aplicação, ela permite que cada entidade estadual, cada jurisdição que se vá pronunciar considere que uma concentração se tomou global e vem a afetar os seus interesses, e portanto se afetar os interesses sobretudo nacional é possível responder, é possível agir face a essa concentração. É possível agir, é possível ela agir desde logo do ponto de vista normativo, não quer dizer que é possível ela agir em termos de execução, ou melhor há duas questões que aliás o Direito norte-americano identifica de forma completamente clara, fala de um a jurisdiction to prescribe

e de uma jurisdiction to enforce. É evidente que no que toca a segunda, no que toca a possibilidade praticar atos em relação aos autores da concentração, isso só é possível dentro das fronteiras do Estado em causa. A idéia de soberania permanece aí e nenhuma autoridade pode por si só praticar atos de coerção fora do seu território.

Mas, esta idéia da teoria dos efeitos teve uma longa história nos Estados Unidos e veio a ser um pouco mais tarde objeto de uma interpretação mais restrita. Mais perto de nós a Suprema Corte orientou-se para uma interpretação implica em algum equilíbrio e a Suprema Corte, devo dizer os acórdãos *Thimberlain &...* mais recentes que a aplicação do direito antitrust norte-americano se devia fazer tendo em conta um teste que iria tentar graduar a relativa importância dos interesses dos Estados Unidos que estariam em causa, que seriam afetados pela concentração e também a competência de outros Estados que seriam igualmente afetados por essa concentração. Portanto, o Supremo Tribunal Americano abdicou de uma aplicação lata da teoria dos efeitos, e essa interpretação mais restrita ainda, mais razoável, mais dentro da idéia de uma *role of reason* que inspira aliás como sabem todo o sistema jurídico norte-americano em matéria de concorrência, essa interpretação veio de algum modo a ser codificada no *Statement of Foreign Affairs* na terceira versão que é a que está atualmente em vigor nos Estados Unidos. Portanto, os Estados Unidos partindo de uma posição mais clara e nítida evoluíram mais recentemente para uma posição mais balanceada.

O que se passa na Europa e o que quê se passa na Comunidade Européia? Bem, aí nós temos o mesmo problema, aí nós temos uma solução pouco particular. Essa solução americana inspirou claramente todos os direitos nesses tribunais, dos Estados Unidos e da Comunidade Européia, e aí claramente o direito nacional mais completo e mais codificado que é o alemão, prevê desde os anos 50, desde a lei dos direitos da concorrência, uma regra que diz que os preceitos dessa lei aplicar-se-ão sempre que o ato em causa tenha efeitos num território da Alemanha. Portanto, no fundo é codificação da jurisprudência a *Alcoa*, é codificação da teoria dos efeitos que é aplicada na América, e isso veio a ser feito também em Portugal, no direito de defesa da concorrência em 83, e mais ou menos ou através de ato legislativo ou através de interpretação judicial nos demais países da comunidade. E, o que é que se passa com a comunidade no seu todo? Com a Comunidade no seu todo, a comunidade tem vá lá a sua codificação essencial do direito primário nos artigos, antigo artigo 85 e 86 hoje 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia, e tendo depois vá lá o instrumento de direito derivado mais relevante, o regulamento sobre o controle de concentrações. Quer num caso, quer noutra não há regras claras que resolvam esse problema, que resolvam portanto a questão do campo da aplicação no espaço das regras de direito comunitário da concorrência. E na ausência de regras claras a

jurisdição comunitária veio a ser obrigada a tomar uma posição nesse propósito. Essa posição foi mais ou menos variando um pouco ao longo do tempo e essa variação tem algum interesse na medida em que a evolução desta posição no contexto da Comunidade Européia, não segue as mesmas linhas da evolução da posição americana que eu acabei de me referir. O Tribunal das Comunidades teve inicialmente que se pronunciar quanto ao campo de aplicação no espaço do direito da concorrência, quanto a sua possível extra-territorialidade, aplicação em relação a concentrações ou a comportamentos realizados fora da comunidade, em relação a situações típicas dos artigos 85 e 86. Portanto, ou acordos entre empresas ou práticas concertadas, acordos entre empresas e práticas concertadas que não envolviam apenas intervenientes sediados no território da comunidade, mas que a Comissão entendia que tinham efeitos no território da comunidade e na economia comunitária. Mas, como diz os acórdãos, o tribunal procurou ater-se a um posicionamento clássico em direito internacional público e anterior ainda a idéia da teoria dos efeitos que era a idéia de que a comunidade tinha competência para regular atos de concentração ou outros, ou práticas concertadas ou acordos quando esses atos tinham contactos com o território da comunidade. Portanto, estamos na pré-história da teoria dos efeitos, estamos na idéia dos contactos, quando a situação tinha contactos com o território da comunidade. É essa a primeira posição que o Tribunal segue, mas em breve verifica que essa posição é insuficiente. Verifica que essa posição é insuficiente, porque é obrigado a confrontar-se com situações de concentração em que, em práticas concertadas sobretudo e acordos, em que a Comissão tinha aplicado o direito comunitário do artigo 85 e artigo 86, a situações em que não havia... em que os intervenientes e em que os acórdãos em princípio, muito embora tivessem efeitos sobre o território da comunidade, se colocavam fora do espaço comunitário, e o tribunal resistiu sempre por razões que não é muito claro explicar, resistiu sempre a consagração da teoria dos efeitos, que nos Estados Unidos já tinha se consolidado a muito tempo. O tribunal, utilizou no último acórdão importante em que se pronunciou sobre isto, um acórdão sobre pasta de papel, e utilizou uma fórmula um pouco estranha, eu venho dizer que as práticas concertadas, no caso de concentração, as práticas concertadas estavam sujeitas ao direito comunitário porque muito embora tivessem a sua radicação fora do território da comunidade tinham sido objeto de uma execução que tinha tido lugar no território da comunidade. Portanto, havia a idéia de que... foram praticados atos de execução no território da comunidade e que o fato de se praticarem atos de execução no território da comunidade justificava a competência da comunidade. Mas, nada se dizia sobre os efeitos, o tribunal rejeitou expressamente a proposta feita pelo Advogado Geral que tinha proposto ao tribunal que decidisse no mesmo sentido, mas através da consagração clara e nítida da teoria dos efeitos. O ficar-se na situação anterior

era mais de acordo com a clássica idéia do princípio da territorialidade e não reconhecia de algum modo a especificidade do direito da concorrência e por outro lado ficava aquém das posições que os Estados Membros já tinham assumido quanto aos direitos nacionais.

Recentemente o Tribunal de Primeira Instância teve que se confrontar com uma hipótese muito particular em relação a qual deu um salto e perfilou claramente a teoria dos efeitos. Tratava-se de uma concentração notificada por duas empresas sul-africanas que atuavam sobretudo no mercado da platina e uma delas era uma empresa subsidiária de uma empresa incorporadora em Londres. Portanto, havia algum laço com o território da comunidade uma vez que uma das empresas era subsidiária, era detida a 100% por uma empresa inglesa, isto é, uma empresa que muito embora não tivesse a sede no Reino Unido era a incorporadora no direito inglês. Ora, o que quê a Comissão concluiu? A Comissão concluiu que a concentração afetava claramente o mercado comunitário relevante, que era o mercado da platina, e que produzia efeitos no território da comunidade e sem mais aplicou o regulamento 40/94 visto que a concentração se encontrava dentro dos limiares previstos no regulamento. O regulamento não tem qualquer menção quanto a sua aplicação no espaço, mas tem como conhecem, os limiares quantitativos que no caso se verificava, e então a Comissão aplicou o regulamento e proibiu a concentração. As empresas intervenientes atacaram a decisão do tribunal, e atacaram dizendo que o regulamento não se aplicava a não ser as concentrações que se verificavam no território da comunidade, era portanto um regulamento interno por assim dizer, e para isso invocavam a ausência de qualquer preceito em contrário no regulamento, e além disso evocavam outro argumento, ainda que o regulamento pretendesse aplicar-se a concentrações que tem o lugar fora do território comunitário, essa aplicação seria ilegal porque violaria os princípios fundamentais do direito internacional público, e o tribunal teria portanto necessidade de desta vez abordar a questão de frente, e desta vez não tinha possibilidades de recorrer à solução do Tribunal de Justiça, pelo menos de forma coerente, porque tratando de uma concentração que tinha sido notificada e que não tinha sido ainda realizada, não havia atos de execução da concentração e, portanto é difícil falar na versão que tinha sido dada no acórdão por parte da Ora, quanto ao primeiro ponto, o tribunal disse claramente que o regulamento 40/94, não distingue entre concentrações que tenham lugar no território da comunidade e concentrações outras, ele aplica-se indistintamente a toda e qualquer concentração desde que os limiares tenham sido previstos. (...) Mas depois havia que encarar a questão de fundo que no fundo era a prática suscitada em termos quase de exceção de legalidade do regulamento, não era uma exceção de legalidade porque o regulamento não tinha no menor ...que se aplicava naquela caso, mas era saber se o comportamento da comissão se poderia

considerar como uma violação das regras do Direito Internacional Público. E o tribunal aí disse claramente que não, mas deu o talo passo, disse que não porque considerou que o texto a aplicar era o teste da teoria dos efeitos, e portanto que a legislação comunitária se poderia aplicar em termos conformes ao direito internacional público desde que o ato de concentração em questão tivesse efeitos diretos, imediatos, substanciais e previsíveis no território da comunidade. Portanto, o tribunal adotou claramente a posição que a teoria dos efeitos tinha sido levada a adotar, e deu um salto em relação a evolução a que essa questão tinha tido no direito comunitário. O acórdão, não foi sujeito e recurso e portanto essa doutrina ou essa primeira aplicação da doutrina permanece consagrada no sistema jurídico comunitário.

Quais são os problemas que daqui decorrem? Eu creio que no caso concreto que o tribunal resolveu e dados os fatos da causa a aplicação é justificada, mas não é isso que está aqui em causa, o que está aqui em causa são os problemas que resultam dessa posição e que são vá lá um pouco aqueles que o nosso presidente dessa seção já se referiu. A concentração com toda a certeza tinha muito mais efeitos no mercado sul-africano do que no mercado da comunidade, e então o que quê acontece, se as autoridades sul-africanas quisessem também aplicar o seu direito antitrust nesse caso. Havia aqui um conflito de normas que dificilmente poderia ser resolvido naturalmente. Ora, acontece que no caso de espécie a questão punha-se de forma um pouco particular, no caso de espécie o que quê nós tínhamos, no caso de espécie o tribunal tinha uma carta das autoridades sul-africanas em que se dizia isto: a República da África do Sul não vê quaisquer inconvenientes a esta concentração; a República da África do SuL. era uma carta escrita em linguagem diplomática, era um texto imanado do governo da África do Sul, do Ministério da Economia, e no fundo dizia que o governo da África do Sul não punha qualquer inconveniente a concentração, mas dava a entender que pelo contrário, a República da África do Sul favoreceria a concentração, mas daqui resultava claramente que podia haver um conflito de policies entre a Comunidade da África do Sul, para a comunidade interessava limitar a concentração, para a África do Sul interessava eventualmente favorecê-la, mas não havia um conflito de normas porque a África do Sul não podia impor a concentração e portanto, o que resulta do direito sul-africano era a inexistência de obstáculos à concentração, e daí o Tribunal tomou nota dessa circunstância e usou esse argumento como um argumento adicional para justificar a inexistência de conflitos positivos na aplicação de normas sobre o controle da concorrência, e portanto sem ter entrado claramente nisso, justificou no fundo pela posição em concreto no caso, das autoridades sul-africanas, justificou aí vá lá a circunstância de não ter entrado num teste mais balancê, um teste semelhante aquele que hoje a jurisprudência norteamericana preferiu depois de *Thinberlain* e *...Mills*. Portanto, nós temos hoje no direito

comunitário uma posição um pouco absoluta, uma concentração da teoria dos efeitos em termos um pouco irrestritos que é claro não prejudica que mais tarde numa hipótese em que haja um conflito com normas de outros países, o Tribunal venha a tomar uma posição diferente uma vez que essa situação não estava no caso concreto. Portanto aqui, mas a circunstância ideal não se ter posto de neste caso não significa que o problema não se ponha em toda a sua crueza. O que fazer se por hipótese uma das 37 jurisdições referidas por nosso presidente, e se a situação ocorrer? Face a isso não há dúvida nenhuma que não é suficiente a situação que o direito comunitário atualmente consagrou, e também não é suficiente confiarmos numa aplicação nos termos da rule of reason dos vários direitos e da concorrência em presença. Não é possível, porque é evidente que não se pode evitar que em concreto essa interpretação vá chegar a situações de conflito. Portanto, a única hipótese possível, creio eu, é realmente aquele que foi sugerida pelo nosso presidente, é que num fórum mais global se caminhe para uma qualquer possibilidade de tentar prever mecanismos que prevejam e possibilitem uma articulação no comportamento das diversas autoridades em presença, porque o problema aqui não está nas regras, as regras são quase todas as mesmas e o problema nem sequer está na interpretação, quanto a saber se há ou não há efeitos significativos e substanciais quanto ao ato de concentração em diversos mercados e diversas ordens jurídicas, o problema está em como organizar uma restraint (rule) e limite de atividade da parte dos órgãos de proteção da concorrência dos vários estados. Creio que, não há alternativa para esta situação nos tempos mais próximos, e o fórum natural para se tentar essa concentração é o espaço da Organização Mundial do Comércio. Agora, também é igualmente claro que a situação embora esteja madura para isso, não se vêem sinais da parte dos intervenientes que caminhem nessa direção. Possivelmente chegar-se-á aí e chegar-se-á eventualmente como já se chegou em certas circunstâncias, por exemplo a comunidade no espaço comunitário houve uma fusão importante, uma fusão no domínio da aviação recente, McDonald Douglas, em relação a qual a comissão não levantou obstáculos ou pelo menos negociou algumas limitações que levaram aquela decisão que veio a ser possuída, não fosse uma decisão que tivesse impedido a concentração. Esta atuação das entidades comunitárias foi seguida na prática de contatos claros com as entidades americanas. Portanto, houve aí, não digo que tenha havido uma concertação, mas na prática a atitude do órgão administrativo da comunidade tomou em conta a posição do outro, das autoridades reguladores, de outros mercados onde a concentração tinha efetivamente efeitos. Ora bem, isso prenuncia da parte das autoridades comunitárias a aceitação, pelo menos ao nível da decisão política de um balance test. Portanto, as autoridades comunitárias não foram aplicar o direito comunitário da forma que aplicariam se não tivesse havido uma posição forte num outro sentido das autoridades americanas. No

fundo, se compararmos a situação com a situação que eu me referi do mercado sul-africano, portanto o caso McDonald com o caso (Gemcore) a diferença está em que no caso (Gemcore), muito claramente a África do Sul disse: nós não temos problemas com a concentração, mas não disse: nós insistimos na concentração. E, portanto aí a comunidade avançou e o tribunal cobriu a comissão, num caso em que a comissão se defrontou com uma posição clara e forte do outro país em que questão, ela adaptou a sua posição tendo isso em consideração. Então, isso significa que o balance test que o tribunal não recorreu porque não teve que recorrer foi na prática utilizado ao nível do comportamento da comissão, e isto é interesse porque apesar de não se poder identificar esta linha na evolução jurisprudencial, pode portanto identificar-se esta linha ao nível da evolução do comportamento dos órgãos de administração e isto significa que há um certo caminhar do lado de cá e do lado de lá do Atlântico ao longo das mesmas linhas. Mas o fato de até agora se poder identificar este ponto de contato, não significa que na maior parte dos casos em que a concentração global se vá fazer na sua apreciação ao nível de diversas jurisdições, o conflito não apareça em termos mais fortes e irrecusáveis quase, e que portanto parece-me que a única hipótese que há para enfrentar a situação é o estabelecimento de regras de procedimento, de regras de procedimento entre as autoridades interessadas que permitam limitar a eclosão de um conflito. Nós não podemos resolver por regras materiais neste momento a situação, não se pode dizer que será o Estado que for mais afetado que irá aplicar as suas regras, portanto na hipótese de não poder ela chegar através de uma regra material a solução será através de um procedimento de concentração ou de um procedimento que leve a aplicação restrita e limitada da competência de cada Estado ou de cada... organização internacional neste domínio

Eu ficaria por aqui reservando para comentários mais relatos, para o debate posterior. Muito obrigado.

Dr. Mauro Grinberg:

Em nome do IBRAC, eu agradeço aqui a exposição do Prof. Rui de Moura Ramos. Ele me deixou muito contente porque eu vejo aqui um caminho traçado, mas fico também muito preocupado pois vejo um longo caminho pela frente nessa discussão sobre a compatibilização dos vários sistemas. O Professor Rui de Moura Ramos foi fantástico, claríssimo, em sua exposição

Vou passar imediatamente ao Dr. Mark Powell, que é sócio de White & Case, residente em Bruxelas, sendo que suas principais áreas de atuação são Direito da Concorrência, com foco em tecnologia e informática,

propriedade intelectual e comunicações. Tem atuado em nome de empresas de comunicações, mídia, de produtores de videogames e de cinema, bem como de empresas farmacêuticas. Tem grande experiência em fusões e aquisições e suas conseqüências no Direito da Concorrência. Um detalhe muito curioso é que o Dr. Mark Powell tem um conhecimento razoável do nosso idioma, pois trabalhou em Ventura e Matosinhos, em Lisboa.

DR. MARK POWELL:¹

Bom dia, antes de começar, queria agradecer ao illRAC pelo seu convite, para falar nesta conferência prestigiosa, e penso que é importante este gênero de conferência para aumentar a transparência, para facilitar o contato entre todas as partes. Mas, em vez de massacrar a língua belíssima portuguesa, preferi falar (ufa) em minha língua materna.

So, Good Morning, what a shock! Human perceptions of the same set of circumstances can vary and this is illustrated by the famous story of Sherlock Holmes and Dr. Watson, who are lying in a field in the middle of the night, and they are looking up at the stars, and Sherlock Holmes says to Dr. Watson: "Watson, what do you do you make of this. And Watson reflects for a couple of minutes and he replies, "Well, I think astronomically, I can see thousands of stars this evening, but I realize that there are thousands of more stars that I cannot see with the naked eye. Astrologically speaking, I can see that Pisces is moving into Aries. Chronologically speaking, it' s about three o'clock in the moming, and meteorologically speaking, it's a fine evening".

So Watson turns to Holmes and says: "Well, Holmes, what do you make of this?" And Watson replies, "Well, Watson, I think that someone has stolen the tent". And today I would like to give my view of global merger control and from a practitioner' s standpoint and I think the conclusion that we reach, looking at transactions on a global basis is that someone has stolen the tent. So what I would like to do is to give an introduction which willlook at the, a given overview of the European system. I think this is important because it's a regional form of competition policy. It's kind of unique. And I'd also like to look at how it's been working for the last ten years, and finally I will turn to the problems posed by the proliferation of competition rules on a global basis and propose some changes. I guess. Right, so that' s the outline. Let' s turn now to the Merger Regulation, Prof. Ramos has touched on this in the context of extraterritoriality, but the interesting feature of the EU Merger Regulation was that it took so long to be adopted, the debate took around 17 years in the Council, before they decided to adopt the Merger Regulation. And

¹ Advogado da White & Case LLP, Brussels, Belgium

why was that? Basically, because the French and the Germans and the British said: "we have a perfectly good system of merger control, we don't need anything in Brussels. However, eventually, after lengthy discussions, Merger Regulation was adopted in 1989 and it entered into force in 1990 and two months ago in Brussels, there was a conference to try to determine, you know, had this been an interesting, had this been a useful experimento And I think the consensus was that the Merger Regulation has been extremely successful. It offers a one stop shop; it is quick, and you know where you stand, it is predictable, you know what the deadlines are, when you go into a transaction, you know the timetable. And in fact it has been so successful that many European countries have taken the Merger Regulation and introduced them into their national regimes. So, I think today the majority of European countries have their own version of the Merger Regulation. Now we get continuous debate as whether the thresholds in the Merger Regulation should be lowered to catch more transactions, and then there is a tension between the business community which wants to lower the thresholds so that more transactions go to Brussels and the national competition authorities, they have just set up this new regime, and of course, they have an interest in it being used, so that debate continues in Europe. Let me turn now to what triggers a filing in the EU, while it' s a concentration of the community dimension. The term concentration causes some confusion among business people, but basically, its in mergers and acquisitions and that includes an acquisition of sole control, so if a company has joint control over an entity and it then acquires sole control, that triggers a filing under the Merger Regulation. As do full function joint ventures. So if a joint venture is set up on a lasting basis and it is an autonomous economic entity, then it has to be filed with the European Commission provided it meets the thresholds. Well, what are those thresholds? Initially, in 1989, there was a global threshold of 5 billion Euros which I used to say was around 5 billion dollars, but the Euros are having a bit of a bad time at the moment, so it' s probably less, so it' s about 5 billion dollars and two of the companies have to generate over two hundred and fifty million Euros in the European Union, so those were the thresholds that were introduced in 1989. Subsequently, there was a debate as to whether they should be reduced and the regulation was modified a couple of years ago to introduce a second green layer of thresholds and I do apologize because they are not exactly the clearest thresholds that you will find in merger law and it' s basically as if the entities have a combined tum over of 2.5 billion Euros, and two of the parties have turnover in the European Union in excess of a hundred mimon Euros. There are, the two of the parties have twenty five million Euros in three Member States and the combined turnover in those three Member States exceed one hundred million Euros. I will be testing you on this later.

The reason why the second set of thresholds is as we say in English

'a dog' s breakfast' because that was a compromise which was reached between the Member States and the Commission. Commission wanted to push the threshold, down, Member States said, no, no, no, let' s keep them up.

Next slide, please, how does it work in practice, I thought it would be interesting to describe to you what happens in Brussels. Well, there is an informal procedure which you will not find in the textbooks, which exists prior to making a filing. And what we do when we get, the company's contact us or typically it tends to be one of my partners in the transactional departments in New York, calls me up and says: "Gee, Mark, r ve got this transaction and I want to close it tomorrow. I say, "Well, it could be problematic, we have some clearances to take care of', and he says "Yeah, but I filed the Hart-Scott Rodino last week, what were you doing in Brussels?", and I say, "Well, in Brussels it takes a little bit longer", and those discussions are always, always difficult, and I haven't yet trained them yet, but I'm hoping that they will soon become experts in EU merger law. So what we do is we get this terrible phone call from the transactional lawyer saying we have to close tomorrow for tax reasons and then we come in down and then we say we've got to do a memorandum for the European Commission which describes the transaction and also describes the affected markets and so we send that memorandum into the Commission. Interestingly, here's a point on cooperation, the US antitrust authorities know that that' s what we do in Brussels, so I have had cases where the FIC has gone to the US lawyers and said let' s see the briefing memorandum that you submitted to the European Commission. So, of course, you have to make sure that your marked definitions in Europe are consistent with what you are saying in the United States, otherwise you could get into trouble. So, the briefing memorandum goes in, we then have a first meeting with the Commission to discuss the transaction and importantly what you are doing is you're negotiating with the European Commission to reduce. the amount of information that you provide in the notification formo After the first meeting, you will submit a draft form c/o, a draft notification form to the European Commission and then they will take a look at it and decide whether they need more information. One of the key issues in this notification process is to determine: are there any affected markets. If there are affected markets, that is, markets where there is overlap, where the combined market share is 15%, or there is a vertical relationship with, or where one of the parties has 25% and then that's an affected market and then the form gets very complicated.

OK, so we have gone through with the preliminaries, we've had the discussions with the European Commission, now it' s the time to send, I think it's 29 copies of the Notification to the European Commission. As soon as that Notification goes in, the European Commission has one month in order to take a decision, and it either clears the transaction, or decides that the

transaction is not caught by the Merger Regulation or decides that there are substantial or serious doubts with the transaction and they will initiate a phase to procedure. (We could just fly to the next)

So there are strict deadlines for the decisions, as I said, within one month of the notification the Commission has to take a decision and if it doesn't initiate proceedings, it has four months in which to decide. If it doesn't decide, the transaction is cleared, but the European Commission typically doesn't fall into that trap, and does take a decision.

The one slight problem with this rigid deadlines is that the European Commission can stop the clock, if it decides that the Notification is incomplete and what we are seeing is in a number of cases now they will say: "OOP! You did not identify an affected market, therefore you must re-file and we will restart the processo But on the whole, it is giving us a good result in terms of timing.

Ah, let me just tell a word about undertakings, undertakings can be offered either in phase one or phase two of the procedure, the main types of commitments which are offered arrive at a divestiture of assets, termination of an exclusive licensing agreement, or access to infrastructure or key technology. It's a debate in Brussels as to whether it should be structural or behavioral remedies. The Commission tends to favor structural remedies such as a divestiture as opposed to a promise to behave in a certain way in the future, although in recent transactions like Honeywell Allied Signal, the European Commission has accepted behavioral undertakings and in the Court long run case referred to by Prof. Ramos, the Court said that basically it's for the Commission to decide on a case by case basis what are appropriate remedies. Another feature of undertakings is that they are mal tested, so you go into the European Commission, and you say, OK, we know you got a problem, we've solved it: here is an undertaking. Well it's really for the Commission to decide, it will go out to the market and will it with the competitors and the customers, and finally, no salami slicing, you to be the case that you could go in and you could say: "Here's a small concession, but after lengthy consideration, we are prepared to offer", and Commission would say: "No, no, no, no, no, that's too small, and then you go in with another small chunk and this process would continue Unfortunately, now that is no longer possible because of the deadlines in Merger Regulation, you need to make concessions in phase one within the weeks and in phase two, you've got to do that within three months. The recent transaction between EMI and Time Warner fell down because they offered the concessions the European Commission and it was insufficient then, according to the press reports, they tried to make a second concession: which would have allowed the transaction to go through but they were too late, so no salami slicing.

That's just a quick overview of the timing and how this process works in practice, and at the end you do have a possibility if you don't like the decisions of the European Commission you can appeal to the Court of First Instance. Now, just to say a word about that little bit later, if we could move ahead on... yes, here's a table that we did on a transaction which will work in on last year when we were trying to compare the US and the EU clearance procedure and it's a very complicated chart and you won't be able to see it at the back, but the important thing is the benefits of the Merger Regulation is that you get a decision within a very quick period of time within five months you know where you stand, whereas the US process can go on for years in the event of a litigation.

... percent without any concessions being made and in fact, 95% percent of cases are cleared in the first phase, so that means that in 5% of cases concessions are being offered in phase one. In the second phase, this 5% of all cases notified, 36 were compatible, these are figures up to the end of last year, 36 were compatible with commitments, 11 were blocked, but with the new Commissioner we have seen an increase in the number of phase two investigations. The important thing to carry away from this is that if you go to phase two, you don't stand too much of a chance of getting cleared as you will probably have to offer some concessions. So, before turning global competition rules, there are some problems with the EU system and the first problem is that the European Commission, once it's taken a decision to go into phase two, when there are serious doubts with the transaction and they will issue a statement of objections, and once it's issued this statement of objections, it is almost impossible to get it to change its mind. You can go along to the hearing and you can have economists, and lawyers, and all the arguments would be made and they will not change their position and that is, you know, some people, who knows must have said, it's not worth having a hearing, we may as well dispense with the hearing and focus on negotiating concessions with the Commission. So what's happening is that rather than go to phase two, companies are now making concessions in phase one. Just anything, putting anything, rather than going to phase two, and there is a serious problem, is that the judicial review is not an option for the majority of transactions you do not have the luxury to file an appeal and wait for the Court of First Instance to render its decision, because by that time, the transaction is dead.

Next slide.

However, despite all those problems we still prefer to go to Brussels, rather than to the individual Member States, because national filings, they are time consuming, there are significant coordination problems, we have to make sure that the lawyers in all the jurisdictions say the exactly

same things to the authorities, so whenever we have the possibility, we will try to squeeze the transaction under the Merger Regulation so that it can be filed in Brussels. However, thinking about a filing in Brussels rather than a filing in fourteen national capitals is no longer sufficient. There has been over the last decade a proliferation of merger control regimes, not only in Europe, but globally. It's estimated that there are 80 competition regimes and 60 of them have premerger filings, and the challenge of the last decade was to introduce competition policy at national level. I believe the challenge of this decade is to make sure that the laws and the procedures are fine-tuned so as not to impose an excessive burden on businesses. The case, which was mentioned by the Chairman of the transaction having to be notified in 35 jurisdictions, is not unusual and to be quite honest, this is not acceptable because it is imposing a significant burden and a significant transaction cost. The vast transactions do not raise significant antitrust issues. If you look at the record, very few have been blocked so far, in the EC is less than 5%, US is less than 2%. So let's take the US example, that means that 98% of transactions did not raise issues, and in fact, the majority of them will be pro-competitive and will generate benefits to the consumers. These transactions are being held up as a result of the, of the... oh so many merger control regimes being in place. So, let's look at a few recommendations, what can we do at a global level to try to make the situation better.

Well, firstly, the thresholds for filing need to be refined to bring them into line with public international law. They should be shaped, designed to insure that the transaction has an appreciable effect in the jurisdiction, or according to the Court in ..., an immediate substantial and feasible effect in the jurisdiction. The thresholds need to be reviewed from time to time and probably at least increased in line with inflation, and perhaps most importantly, we should consider what I call the Belgium disease. The Belgium competition authority went on strike for about six months, because it had too much work. Why did it have too much work? Because 95% of the time they were focusing on transactions which were being reviewed in other jurisdictions and had very little impact on the Belgium market. Meanwhile, the cartelists in Belgium went, "oh, this is wonderful, because no competition authorities, no resources to focus on the real competition problems in that jurisdiction, and I think it is true that a number of national competition authorities are spending too much time on merger control, when they should be focusing on the concerted practices in their own jurisdictions, so it's a question of balance.

Looking at thresholds, a number of jurisdictions have neither filing when worldwide turnover goes above a certain limit or Albania, one of the party's assets is above US\$ 364,000 and combined assets is above US\$ 1.5 million, then you need to make a filing. Surely, you say, this must be Albania.

No, it's worldwide, same thing in Argentina, regrettably, same thing also in Brazil, however I understand that the law is about to be revised. Croatia, Estonia, Ireland, I mean, the Irish competition, it just completely baffles me, there they are, they are members of the European Union, yet they still have this merger control regime that you need to file in Ireland where the worldwide turnover of the parties exceeds US\$ 27 million. No effects test, it's, it's really puzzling. Poland as well, Slovakia same thing and I have to deal with these on a day-to-day basis and it is extremely irritating.

Another problem: we have to file within a week. OK, what do we need to file, give me your turnover, broken down, country by country, and then you can also give me your market shares. (Oh, sorry, which market are you talking about?) I don't know, and the fact is no one knows, it seems really strange to have an obligation to file based on the market share test, because you know we can have two economists and both of them will take a different view of what the relevant market is, so we need to have a test which is more robust, more empirical rather than the market share, and again, those of the jurisdictions which have the market share, or some of the jurisdictions that have market share thresholds, UK has 25%, but we can live with that because filing in the UK is voluntary.

Next issue, most of the forms are excessively burdensome. In the European Commission, or the European Community, I would advocate that the form C/O is too complicated, especially when you compare it to the Hart-Scott Rodino in the US. You have to provide significant amounts of information on the relevant markets. "Don't worry" the European Commission says, we will grant you a waiver, that's the purpose of the meetings before you make a filing. OK, sometimes they give waivers, but you have to make quite a strong case to do so, to get a waiver. However, other European countries have just taken the form C/O and they never negotiate a waiver, so you always have to provide that detailed information. In my view, short form filing should be introduced, for simple transactions, or even a letter explaining to the competition authority why you think this transaction does not have a material effect in their jurisdiction. If we are going to keep forms, we should try to harmonize the requirements, so that if I have to prepare a form C/O I can also use some of that information in other jurisdictions. And then, to be avoided at all costs is the phase two information request in the United States. There you can send to the US authorities 600 boxes of documents if you get a second request.

Next slide: I'd like to see, this is my wish list, so please bear with me for a while, I'd like to see harmonization of triggering events; in some jurisdictions you have to file when there's a binding agreement; in other jurisdictions, you can file on a letter of intent, it's confused, let's have a

common approach.

Next slide, please: When there are time limits to filing. Most jurisdictions have a suspension obligation, so why do you also need a time limit. I can't complete this transaction, unless I've gotten the approval of the authority, yet, in many jurisdictions there is this script limit to make a filing. In most jurisdictions, they don't respect that time limit. If I get to the European Commission and I say I want to file within a week of signing the agreement, they will send me away. They will say: "Oh, no, it's too complicated, send us a memorandum, send us the draft, give us more information", because they want more information before the process starts, because once the filing goes in there's one month for them to take a decision.

Next slide: Introduced time limits for deciding a quite light two-step process, phase one and phase two, it means that the competition authority can deal quickly with the majority of the transactions within a month and then if the competition authority does believe that there are serious doubts with the transaction, then they should take a decision within a limited period of time, and a final point, there should be no additional requests for information unless they are absolutely necessary because we see a tendency among some competition authorities to send additional requests for information solely for the purposes of stopping the clock.

And the final slide, it is quite clear in light of the foregoing that we need increased cooperation among the competition authorities. There needs to be exchange of information between the authorities. Between the US and the European authorities, this occurs regularly because the parties authorities are prepared to waive confidentiality, by bilateral actual agreements should be concluded as a framework for such information exchanges and the notion of positive ... and should be introduced. There should be an exchange of personnel, people from the Brazilian Competition Authority should work in the US, US officials should work in the EU, harmonization of disciplines and procedures as far as your region is concerned, consideration of a Mercosul Merger Regulation which would be similar to the EU Merger Regulation, which would at least limit the number of filings in this area, and then, finally we do need to work towards a global authority. OK, so that concludes my thoughts and thank you very much. Obrigado por sua atenção.

The slide features a blue header with the text "WHITE & CASE LLP" and "Mark D. Powell - Brussels". The main title is "Global Merger Review" with the subtitle "A practitioner's view". Below this, there is a red horizontal line and the text "innovative solutions for dynamic markets". A large, curved blue graphic contains the text "one law firm around the world" in multiple languages: English, Spanish ("una sola firma de abogados alrededor del mundo"), Russian ("НАШИ ЮРИСТЫ РАБОТАЮТ ПО ВСЕМУ МИРУ"), and French ("un seul et même cabinet à travers le monde"). At the bottom left, it says "November 24, 2000" and at the bottom right, there is a small number "1".

Introduction

- Overview of European merger law
- Comments on experiences of the EU Merger Regulation over last decade
- Lessening the impact of the increase in merger control regimes worldwide

EU Merger Regulation

- 17 years of negotiations
- one-stop shop, quick, predictable
- most Member States have issued national equivalents
- ongoing debate on thresholds

What triggers a merger filing in the EU?

- “concentration” with a “Community dimension”
- Covers
- Mergers & acquisitions
- Full-function joint ventures

Turnover thresholds

- Combined global turnover of “the undertakings concerned” > Euro 5,000 mio
- Individual EC-wide turnover > 250 mio
- Combined global turnover > 2,500 mio
- Individual EC turnover > 100 mio
- Combined turnover in 3 EC states > 100 mio
- Individual turnover in these states > 25 mio
- no effects test

The informal procedure

- Briefing memo (min. 3 days before meeting)
- 1st meeting 1-2 weeks before notification
- understand how Commission views the case
- agree information to be included in Form CO
 - draft Form CO submitted for review
- key focus the market definitions: are there any “affected markets”?

The formal procedure

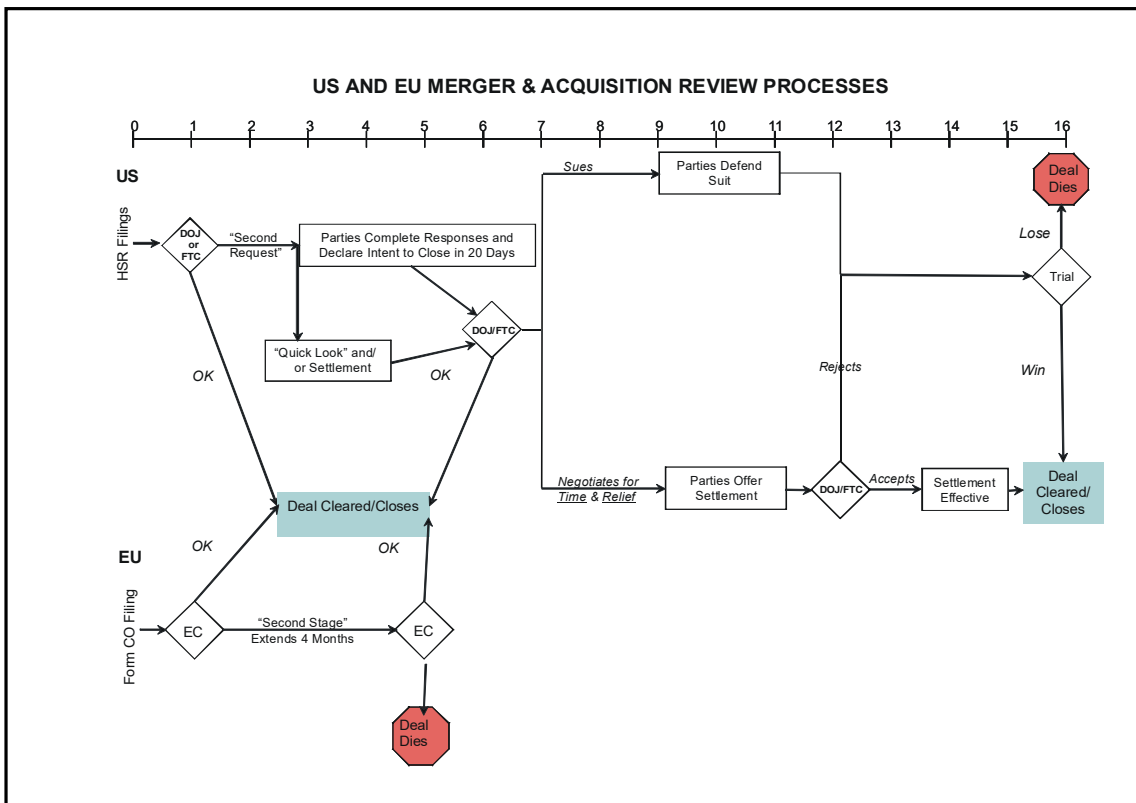
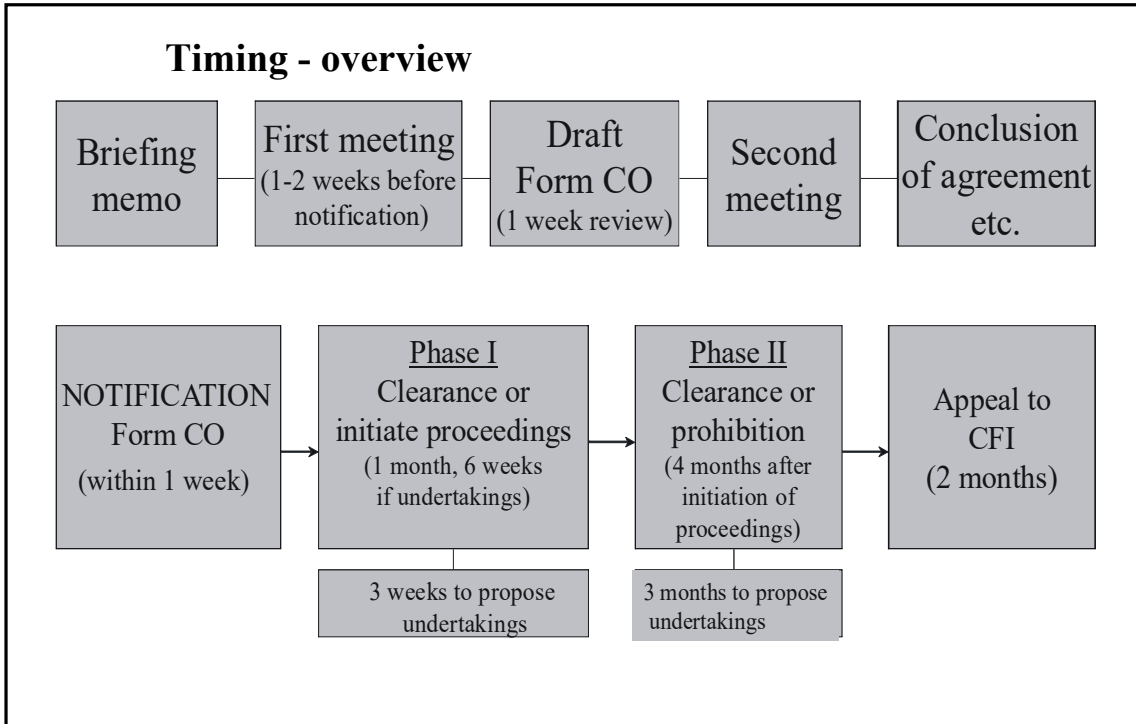
- Within one week of:
 - conclusion of agreement,
 - announcement of a public bid, or
 - acquisition of controlling interest.
- Fines for late notifications (rare)
 - Customers and competitors questionnaires ready to be transmitted upon filing and Notice appears in the OJ

Strict deadlines for decisions

- Within one month of notification
- clearance
- initiate proceedings (serious doubts)
- two weeks extension if undertakings proposed
- Four months after initiation of proceedings
- access to file/hearing
- clearance, undertakings or prohibition
- Beware incompleteness

Undertakings

- Main types of commitments
- Divestiture
- Termination of exclusive agreements
- Access to infrastructure/ key technology
- Structural or behavioural remedies
- Market testing
- No “salami slicing”



Statistics (1990-1999)

- Notifications - 1228 (60-292 per year)
- Final decisions - 1160
- Compatible without modifications - 90% of all decisions
- 1st phase (cleared or referred) - 95% of all decisions

Statistics: Phase II

- 2nd phase - 5% of all cases notified
- 36 compatible with commitments (3% of all decisions)
- 11 prohibited (<1% of all decisions)
- Monti has increased the number of Phase II investigations
- very few survive a Phase II

Problems

- Commission's position is ossified in the statement of objections
- chances of surviving a Phase II are limited
- companies make concessions in Phase I
- judicial review is not an option for most transactions

Consequences of not having "Community dimension"

- National filings
- time-consuming
- coordination problems
- endeavour to reach EC thresholds

But, we must now think global

- last decade saw a proliferation of merger control regimes
- of 80 competition regimes, 60 have pre-merger filings
- this decade the challenge is to fine-tune them

The majority of transactions do not raise antitrust issues

- Few are blocked
- Australia - 5%
- EC - less than 5%
- UK - less than 1%
- US - 2%

Thresholds

- need to be refined to bring them into line with public international law: designed to ensure that the transaction has an appreciable effect in the jurisdiction
- need to be increased, at the very least, in line with inflation
- consider public policy objectives: avoid the “Belgian disease”

Notifications triggered by worldwide assets or sales

- Albania, (one parties’ assets above \$364,000)
- Argentina, (combined worldwide revenues above \$2.5 billion)
- Brazil, (any party has worldwide sales in excess of R\$400 million)
- Croatia, (combined worldwide turnover of \$98 million)
- Estonia, (combined worldwide turnover of \$6.8 million)
- Ireland, (combined worldwide turnover of \$27 million)
- Slovakia (combined worldwide turnover of \$7.25 million)

Objectively based jurisdictional thresholds

- Analyzing market shares is complex
- Brazil- 20%
- Czech Republic 30%
- Greece - 25%
- Portugal - 30%
- Slovakia - 20%
- UK - 25% (voluntary)

Many forms are excessively burdensome

- Phase I: Form CO is extremely burdensome compared to a HSR
- Some European countries have adopted the Form CO without the waivers
- short-form filings should be introduced for simple transactions, or even a letter explaining why the transaction does not have a material effect
- harmonize requirements
- Phase II: US second request to be avoided

Triggering Events

- binding agreement
- announcement of public bid
- letter of intent

Remove time limits for filing

- Belgium - 1 month
- EC - 1 week
- Finland - 1 week
- Greece - 10 days
- Hungary - 8 days
- Poland - 14 days
- Slovakia - 15 days

Introduce limits for deciding

- a two-step process
- clearance within 1 month
- Phase II transactions within a limited period thereafter
- information requests should be used proportionately, not as an excuse “to stop the clock”

Increased cooperation among the authorities

- bilateral agreements to introduce positive comity and information exchanges
- exchanges of personnel
- regular meetings to discuss common problems
- harmonization of disciplines and procedures
- a Mercosul Merger Regulation?
- a global authority?

Dr. Mauro Grinberg:

Em nome do IBRAC eu quero agradecer ao Dr. Mark Powell e mostrar a ele como todo o auditório ficou, como havia ficado com a exposição do Prof. Rui de Moura Ramos, atento e preocupado. E eu fiquei mais preocupado ainda quando ele mencionou o documento chamado briefing memorandum, pois isso pode dar mais uma idéia de documento vinculativo e iniciador do prazo de apresentação de 15 dias.

(intervalo).

Senhoras e senhores, vamos recomeçar a sessão. Eu vou pedir aqui permissão para ser mais breve nas apresentações que vou fazer do Prof. Gesner Oliveira, da Prof3". Elizabeth Farina e do Prof. Fernando Marques, porque são pessoas já bastante conhecidas nossas. Na apresentação, posso falar sem leitura de currículos e trazendo o que nós já conhecemos.

O Prof. Gesner Oliveira foi Presidente do CADE por quatro anos e foi um grande difusor da cultura da concorrência. Ele tem a característica extraordinária de nunca fugir da polêmica na defesa de suas convicções. Além de Professor da Fundação Getúlio Vargas, é articulista e tem escrito bastante na imprensa, tanto leiga quanto especializada. Atualmente é também consultor de empresas. Não preciso falar mais pois todos o conhecem muito bem. Passo a palavra ao Prof. Gesner Oliveira.

DR. GESNER DE OLIVEIRA:

Muito obrigado ao presidente, Dr. Mauro Grinberg e meus agradecimentos aos organizadores deste Seminário Internacional do IBRAC. Congratulo a diretoria do IBRAC e em particular o seu presidente, o Dr. Ubiratan Mattos, por essa excelente organização e essa iniciativa e é uma enorme honra e satisfação poder compartilhar algumas idéias, algumas reflexões com uma platéia tão seleta e também ter a oportunidade de ter como debatedores o professor Fernando Marques, a professora Elizabeth Farina e ter aprendido tanto com os nossos ilustres convidados internacionais e expositores em palestras verdadeiramente brilhantes e ilustrativas que certamente vão subsidiar muito a nossa discussão nacional.

Comentava há pouco como ilustre Secretário de Acompanhamento Econômico, o Dr. Cláudio Considera, o quão ilustrativa é e foi a apresentação que nós tivemos há alguns minutos.

Vou falar brevemente sobre três aspectos da ótica de países em desenvolvimento. Eu vou procurar enfatizar como as operações globais ou

como a concentração global tal qual nos foi proposto nesse debate afetam jurisdições menores de economias de médio porte ou economias pequenas, em particular que estão em fases iniciais de desenvolvimento da defesa da concorrência e da regulação de um modo geral. Vou fazer alguns breves comentários apenas para contextualizar acerca das mudanças estruturais no Brasil, e a sua relação com as operações que genericamente aqui nós chamamos de operações transfronteiras. Em segundo lugar, alguns impactos relevantes sobre o controle de fusões nos países em desenvolvimento, são algumas questões para reflexão e finalmente a relação entre investimento direto e defesa da concorrência. Na verdade, eu faço uma exposição que é fruto de um trabalho coletivo, valho-me de várias contribuições, o primeiro de um papel que foi inscrito com dois alunos da professora Elizabeth Parina que prometeu e cumpriu de enviar alunos brilhantes e eu tive prazer durante um verão de estágios no CADE, esses alunos me ajudaram e que escreveram comigo esse papel que está sendo apresentado aqui e também na ANPEC. Então, é uma grande satisfação, é muito gratificante poder comentar esse trabalho, foi muito bom ter tido esse contato com esses alunos da professora Parina. Uma segunda contribuição que nós fizemos na Tendência, fiz com a Dra. Bianca Miller, de um levantamento em vários setores sobre o impacto da mudança dos patamares de notificação de fusões e aquisições, uma pequena nota que escrevemos em texto que também foi distribuído, e certamente valho-me de várias contribuições e reflexões dos meus ex -colegas de governo, de CADE que certamente os pontos serão identificados aqui. Obviamente, as posições polêmicas que eu enfaticamente defenderei são exclusivamente minhas.

Em primeiro lugar, as mudanças estruturais na economia brasileira e as operações transfronteiras. Eu não precisaria fazer uma lista muito grande das várias alterações que ocorrem no Brasil, mas sobretudo para os nossos convidados internacionais seria interessante lembrar que o ambiente macroeconômico, o ambiente da economia brasileira mudou radicalmente nos últimos dez, mesmo nos últimos cinco anos, especialmente com a desestatização da infra-estrutura e a estabilidade de preços. Quer dizer, quando nós comparamos ao longo dos séculos, chama a atenção para qualquer observador externo a diferença do período pós real em relação a um século marcado por forte experiência inflacionária, sobretudo na virada dos anos 80 e para os anos 90. Um outro aspecto que chama a atenção, infelizmente as cores não foram felizes para que o pessoal do fundo pudesse ler, é a dimensão do programa de privatização que realmente mudou vários dos segmentos da economia brasileira, chegando algo em torno a 92 bilhões isso sem incluir as privatizações que ocorrem nos últimos dias e últimas semanas que também foram até mesmo surpreendentemente altas.

Agora, o que mais interessa e aqui para o nosso debate são as

operações transfronteiras e as megafusões que tem marcado a economia mundial nos últimos dez anos e em particular nos últimos cinco anos, estão muito bem documentadas num relatório recente, o relatório de investimento de 2000 da UNCTA, com a ONU, recentemente divulgado, eu acho que vale a pena nós atentarmos para algumas dessas estatísticas. Em primeiro lugar, a ilustração de como cresceu na linha amarela as operações transfronteiras e a linha vermelha indica o investimento direto estrangeiro. É interessante verificar e é um anexo metodológico bastante minucioso nesse estudo, as diferenças estatísticas entre de um lado os dados de operações transfronteiras e de outro lado os dados de investimento direto, impedem afirmações muito conclusivas acerca de quanto do investimento direto é representado efetivamente por aquisições e fusões. Mas de qualquer forma, os números sugerem uma proximidade muito grande, em alguns países é quase de um para um, como é o caso dos Estados Unidos. Quer dizer, a forma de ingresso do investimento direto na economia norte-americana é realmente compra de empresas; em outras regiões essa relação é menor do que um, na América Latina é menor, no Brasil é menor, de qualquer forma isso tem crescido fortemente. Então, o comportamento do investimento direto tem sido pautado e tem sido fortemente influenciado pelo movimento de fusões e aquisições, e o grande boom de investimento está associado também as fusões e aquisições. Isso é um fato que é relativamente novo e em outras épocas isso ocorreu em muito menor grau, quer dizer hoje a entrada via compra e aquisição, via aquisição e fusão é muito mais comum do que em outras fases. Um outro aspecto interessante é a classificação entre as operações horizontais, verticais e conglomeradas. Chama a atenção a prevalência e isso se repete nas várias macroregiões e nos vários países pesquisados pela UNTAC, que a participação das operações horizontais é bastante grande, representa em vários casos mais de 2/3 e, evidentemente há questões concorrenciais também nas operações verticais, mas elas são mais freqüentes e mais óbvias nas operações horizontais. Isso significa que muito freqüentemente aparecem questões concorrenciais decorrentes de operações transfronteiras e como foi bem assinalado pelo presidente, o Dr. Mauro Grinberg, de uma maneira muito abrangente no mundo afetando várias jurisdições. Muito freqüentemente dezenas de jurisdições para o verdadeiro desespero dos advogados e como foi também ilustrado aqui, os vários problemas práticos e burocráticos que isso acarreta.

Do ponto de vista da participação das operações transfronteiras no investimento direto, com as ressalvas metodológicas que esse relatório faz e para as quais nós devemos atentar, mas apenas em grandes números que nós chamamos a atenção para o fato de que realmente algumas regiões realmente há uma participação muito forte das operações de fusão e aquisição no investimento direto, isso é praticamente explicado por essas operações, e na

América Latina e no Caribe isso já tem aumentado fortemente e no Brasil também tem ocorrido em particular nos últimos quatro anos, um aumento da participação sobre o investimento direto estrangeiro de operações de aquisição e fusão. Então, isso mostra uma relação muito forte do ponto de vista de política pública entre a política de investimento estrangeiro e a defesa da concorrência. Não quero ser mal entendido aqui de que, são políticas comuns ou que devam ser objeto de um mesmo órgão ou sob uma mesma competência, mas apenas queria chamar a atenção para essa maior inter-relação entre as duas áreas e que em particular tem sido muito acentuada no Brasil. A título de ilustração apenas porque os valores são realmente merecedores de primeiras páginas do jornal, são valores altíssimos algumas operações, são algumas mega-aquisições que nós elencamos aqui, algumas delas inclusive passaram pelo CADE e pelos demais órgãos de defesa da concorrência como a Mercedes-Chrysler e algumas outras operações, e em particular que foram analisadas pelas autoridades brasileiras, algumas operações todas elas globais que certamente se enquadram na descrição que foi feita aqui de operações que afetam simultaneamente um conjunto de jurisdições, e mais interessante além da verdadeira batalha burocrática para notificar todas as operações simultaneamente e cumprindo os vários prazos nas várias jurisdições, há ainda o interesse dos efeitos muito distintos dessas operações nas várias jurisdições; as decisões são diferentes como deveriam ser porque os impactos são muito diferentes, mesmo os mercados afetados para usar a linguagem sugerida pela União Européia, também são distintos, muitas vezes são conjuntos completamente diferentes de mercados que são afetados pela mesma operação, muitas vezes em países relativamente próximos como o Canadá e Estados Unidos ou como o Brasil e a Argentina em mesmas áreas comerciais.

Quais são, para passar o segundo ponto e cumprir a promessa da brevidade, quais são os impactos relevantes sobre os países em desenvolvimento. Quer dizer, quais são alguns dos efeitos relevantes, obviamente esses efeitos só começam a aparecer no Brasil a partir de meados dos anos 90 porque é a partir de meados dos anos 90 que nós nos preocupamos com a estrutura, no caso da Argentina a partir do ano passado quando a Argentina com uma nova legislação tem um controle de estrutura e esses impactos, não só o fenômeno é muito recente como os seus impactos e o seu tratamento na legislação nas várias jurisdições é extremamente recente.

Algumas preocupações que foram mencionadas aqui, certamente a necessidade de coordenação com outras jurisdições é -fundamental. O objetivo de redução dos custos de transação para essas operações deveria ser uma das prioridades e tem sido de certa forma, tanto na OCDE quanto na OMC, uma preocupação. O que chama a atenção é a dificuldade para fazer converter... certamente tem influenciado várias jurisdições e inclusive a

brasileira. No entanto a distância, a diferença ainda é muito grande. Quer dizer, o Df. Paulo destacou vários pontos que mereceriam maior harmonização, mas quando nós contrastamos os formulários, os procedimentos etc., nós verificamos que realmente é um caminho muito difícil a ser trilhado, que obviamente tem que ser trilhado, mas nós devemos reconhecer essa dificuldade de saída. Os quesitos para notificação, pré-requisitos para notificação também são muito diferentes, e eu gostaria de discutir esse terceiro ponto da relação com o investimento direto estrangeiro, porque é particularmente importante para o Brasil e em particular gostaria de refletir um pouco acerca de uma modificação proposta no anteprojeto de mudança da legislação brasileira de redução dos atuais 400 milhões de reais como patamar para notificação, para 150 milhões de reais. Há uma outra modificação relevante que é a eliminação do critério de 20% do mercado relevante, que foi comentada inclusive anteriormente, de fato a modificação do anteprojeto introduz mais objetividade do ponto de vista de critério para notificação.

O problema dessa alteração reside em dois pontos; primeiro como há uma redução para 150 milhões, possivelmente o universo de empresas atingidas será maior, como de fato nós procuraremos ilustrar e em segundo, a jurisprudência do CADE, desde a decisão lá com o (EXXON), foi a de 400 milhões de reais no mundo, o que realmente é um nível de faturamento para grupos internacionais bastante pequeno, sobretudo com a modificação cambial recente, então ficou menor ainda. E, isso tem gerado muita discussão e mereceria uma reflexão, primeiro do ponto de vista do aumento do universo de empresas. O que nós fizemos foi tomar o balanço anual da Gazeta Mercantil e analisar setor por setor, quantas empresas se enquadram no intervalo superior a 400 milhões e quantas empresas se enquadram ou estão no intervalo superior a 150 milhões. Há uma ressalva metodológica importante que, o balanço anual só tem receita líquida, portanto a receita líquida é sistematicamente inferior infelizmente, como vários setores reclamam da Receita Federal, é sistematicamente inferior ao faturamento bruto, porém como esse efeito vale para os dois, tanto para o que era antes como agora, portanto o efeito sobre a taxa de expansão não é tão grande. Então, nós temos os setores, aqui nessa primeira coluna que foram pesquisados, e o intervalo superior a 400 milhões que corresponderia ao dispositivo atual, o intervalo superior a 150 milhões que corresponde a proposta sobre consulta e a taxa de expansão em termos de número de empresas que se enquadram. Obviamente é uma outra hipótese de que o quanto maior o número de empresas que entram no intervalo maior será o número de operações a serem apresentadas, e o que nós verificamos é que para a esmagadora maioria dos segmentos, nós não incluímos o segmento de seguros que também e alguns outros segmentos onde tem havido um grande

número de fusões, mas a conclusão e a sugestão desses dados é que inequivocamente é que há um aumento grande da taxa de expansão. No total foram pesquisados 24 setores, passaríamos de um universo de 240 empresas para 573 empresas, então haveria um aumento do número de atos de concentração.

Em princípio, eu não vejo um problema em haver um grande número de casos que são notificados, deve haver um equilíbrio entre o número de casos que entra para apreciação e o tramite que é dado a esses casos, porque pode haver um filtro rápido interno a agência ou a autoridade competente, de forma que esses casos sejam descartados. Eu acho que isso é algo que certamente deve ter sido levando em conta pelos membros da comissão na proposição do anteprojeto, certamente é um tema e eu não quero invadir aqui o tema de amanhã, mas o que é interessante é que nós deveríamos ter esse equilíbrio entre o número de casos que entra e a celeridade no processamento deles e, muitas vezes é ruim haver um número excessivo de casos que entram. Então, se nós colocamos um patamar muito baixo tendendo a zero por exemplo, a gente pega a economia inteira, a gente pega todas as fusões possíveis e imagináveis; se nós elevamos demais nós perdemos o controle, então deve haver um ponto ótimo. Além disso se, se quer discriminar ex-anti se, se quer descartar casos que devem entrar para análise é preciso considerar o risco de haver algum tipo de fraude de determinadas operações no sentido de escapar através dessas válvulas de escapa, e conseqüentemente o custo para a autoridade detectar ou fiscalizar esse tipo de fraude. Então, esse equilíbrio é um equilíbrio relativamente delicado, mas muito provavelmente e intuitivamente eu diria que é melhor, é melhor um grande número de casos sem uma discriminação muito rígida, mas com um filtro muito rigoroso que rapidamente descarte os casos, porque aí se evitam válvulas de escapa e de outra forma se evita um excesso de casos e gargalos no trâmite, que realmente como foi descrito aqui, afetam autoridades. A minha impressão, certamente na platéia há vários especialistas que conhecem talvez em maior detalhe o que está acontecendo na Argentina, mas eu desconfio que na Argentina com o início da análise de fusões e aquisições recentes, tem havido um gargalo grande, quer dizer grande parte do tempo está sendo consumido quase que exclusivamente com análise de atos de concentração. Agora, bom isso é o problema do aumento do número de casos. O outro problema, relacionado as operações transfronteiras, é o problema de que operações que ocorrem no plano mundial, aquelas megafusões que chegam as primeiras páginas dos nossos jornais, como que elas devem ser encaradas do ponto de vista de seu impacto nos mercados relevantes nacionais. E, esse é o objeto do paper que nós trabalhamos e que realmente dá muito trabalho, porque eu preciso ver operação por operação para verificar o que quê acontece; nós fizemos de uma maneira muito esquemática e muito

esquemática mesmo nós desenhamos quatro cenários; em dois deles a operação interessa diretamente ao Brasil, e aí desenhado com todo o ufanismo. Então, nós temos uma empresa transnacional, digamos assim, que exporta para o Brasil, há um distribuidor, um importador e há uma empresa concorrente dentro de um mesmo mercado relevante. Aí, infelizmente no mundo real há 15/20 mercados relevantes, etc. tudo muito mais complicado, mas aí na transparência é tudo muito simples e com cores bem claras. Então, aí claramente há essa operação, se essa empresa internacional comprou ou adquiriu a concorrente e as suas importações, obviamente há um problema de concorrência efetiva que nós queremos analisar.

Vejam que, eventualmente como as taxas de expansão de vários setores da economia brasileira tendem a serem elevados, porque a taxa de penetração de vários produtos é muito baixa, isso significa que o valor do faturamento dessas atividades pode ser baixo, porém no tempo as implicações concorrenciais podem ser muito importantes. Então, isso vejam que em economias mais maduras e cujo tamanho relativamente ao tamanho das empresas transnacionais a diferença é menor, esse problema não ocorre no mesmo grau, então eu queria chamar a atenção para essa peculiaridade da economia brasileira.

Uma outra situação de concorrência efetiva é uma situação em que duas empresas no mundo, por exemplo Chrysler e Mercedes Benz se fundem, e isso tem um impacto. lógico ambas tem subsidiárias no mercado brasileiro, no mercado relevante e obviamente há um impacto e como vimos há uma frequência grande de operações horizontais e provavelmente uma frequência grande de implicações horizontais nos mercados relevantes nacionais. Então, tanto na hipótese um, quanto na hipótese dois nós temos interesse concorrencial nestas operações. Além disso, nós temos também um caso freqüente, ainda da mesma natureza do caso anterior, quando a subsidiária compra a concorrente, não são duas empresas lá fora porém há uma compra da concorrente nacional para desespero dos nossos nacionalistas e etc., e há uma desnacionalização e isso tem também ou pode ter um impacto concorrencial. E, também há uma situação distinta que é uma situação em que a empresa transnacional e aí há um pequeno equívoco, ela não está, ela está em um mercado diferente, aquele...esse os "M's" tem números diferentes, ela está num mercado diferente, porém ela pode eventualmente atuar no mercado onde empresas que são alvo de determinadas compras que estão atuando e ela pela sua história ou pelo seu posicionamento nos vários mercados, ela pode ser uma concorrente potencial no mercado um, e as suas aquisições nesse mercado interessam do ponto de vista da concorrência, embora obviamente deva ser muito cauteloso para não ser especulativo em relação ao que pode acontecer no mercado, mas é algo que interessa do ponto de vista da análise concorrencial. Esse é um outro fato que pode ocorrer, e pode ocorrer uma

conglomerado, quer dizer a empresa entra num mercado dois bastante distinto do mercado um, essa conglomerado não tem maiores implicações, então a Volkswagen decide comprar uma fazenda no norte do país, dificilmente o Dr. Considera ou o Conselheiro João Bosco teriam que se debruçar sobre o tema. Mas, esse caso de conglomerado e aí eu gostaria de fazer o ponto, esse caso de conglomerado é a minoria em uma amostra relativamente grande de casos que nós analisamos para o ano de 1999. Então, o que eu queria chamar a atenção é que quando nos tomamos uma amostra relativamente grande de casos de empresas de impactos de operações transfronteiras ou de operações que envolvem empresas transnacionais no Brasil, a maior parte dos casos, a vasta maioria dos casos tem interesse concorrencial. Ou seja, elas se enquadram no caput do artigo 54, devem portanto ser analisadas. Algo que, possivelmente fazendo um estudo comparativo com jurisdições mais maduras, isso provavelmente é distinto para jurisdições mais maduras, onde a diferença entre tamanho médio é muito menor, onde a taxa de penetração dos produtos é muito mais estabilizada e portanto a perspectiva de expansão de mercados relativamente pequenos não é tão grande, e conseqüentemente esse fenômeno não ocorre na mesma intensidade.

As operações globais propriamente ditas, aquelas que realmente afetam um conjunto de mercados e que derivam de uma estratégia global das empresas, já representam mais de 1,4 do total da amostra pesquisada. Seria interessante fazer periodicamente uma estatística acerca desse fato, aliás como várias variáveis apresentadas mereceriam um estudo no tempo bastante detalhado, mas isso realmente mostra a importância do fenômeno e também a importância do fenômeno da desnacionalização. Quer dizer, há um digamos quase metade para um pouco forçar o ponto, de casos em que há uma compra de empresa nacional por uma empresa estrangeira. O que é interessante e que poderia eventualmente gerar um certo fervor nacionalista etc., seria bom, será então que nós não devemos ter um tratamento diferenciado para casos de desnacionalização? Felizmente os dados são eloqüentes mostrando que não há nenhuma diferença entre os casos, a configuração dos casos em que há a desnacionalização e a configuração dos casos em geral sugerindo que não há nenhuma razão para um tratamento diferenciado para casos de desnacionalização. Eu acho que isso é um aspecto importante que normalmente é associado a discussão sobre megafusões.

E, finalmente do ponto de vista da relação com o investimento direto, apesar desse gráfico ter entrado numa certa penumbra, ele procura mostrar uma associação, não uma relação causal mas uma associação entre de um lado e aqui, realmente abusando da disposição de abstração da platéia, aqui em Campos do Jordão, de um lado no grau de desenvolvimento institucional dos órgãos de defesa da concorrência e do outro lado no volume

de investimento direto; De uma maneira sintética, o que se procurou demonstrar é que não há razão para supor que haja uma contradição entre maior rigor, maior controle das operações que envolvem empresas internacionais do ponto de vista da defesa da concorrência e uma certa inibição no investimento direto. Quer dizer, o investidor estrangeiro não ficaria mais inibido por estar sendo mais controlado do ponto de vista de atos de concentração. Pelo contrário, eu diria que o investidor estrangeiro ficaria mais inibido se não houvesse rigor na defesa da concorrência, não apenas em atos de concentração, mas em uma implementação equilibrada da lei de defesa da concorrência. E, de fato e agora com a luz de volta, isso que aparece nessa transparência, e um 'survey' realizado junto a um grupo grande de investidores, o que se constatou foi de que a qualidade do ambiente regulatório é uma variável fundamental para a decisão de investimento. Isso é algo que nós deveríamos enfatizar muito e é muito promissor que o IBRAC seja capaz de mobilizar e de difundir a cultura da concorrência, a seriedade na atividade regulatória de defesa da concorrência, porque realmente isso é uma variável chave na determinação do investimento direto, e o investimento direto como nós vimos no início da exposição, está diretamente ligado a fusões e aquisições no período recente, de uma maneira que alguns autores olham com certo ceticismo e de certa forma fazem críticas ao fato: bem, o investimento direto no Brasil cresceu hoje, está em torno de 31 bilhões de dólares, mas é apenas um ingresso via compras de empresas que não agrega a capacidade produtiva, etc. Essa parece ser uma visão limitada porque o que se constata é que o efeito posterior a entrada via compras, pode ser um efeito muito positivo de investimentos que seguem a entrada via aquisição ou via fusão. Agora, esse movimento de investimento que normalmente segue essa entrada inicial do investidor direto, ele depende da qualidade do ambiente regulatório como sugere esse survey e isso depende de uma boa implementação da legislação de defesa da concorrência, para o que certamente essa comunidade tão ativa está contribuindo muito no Brasil. E, eu agradeço muito a atenção e estamos a disposição para o debate, para as questões.

VI SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE
DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Concentração Global:
Jurisdição e Soberania

Gesner Oliveira

Fundação Getúlio Vargas
Tendências Consultoria Integrada

Campos do Jordão, 24/11/00

Sumário

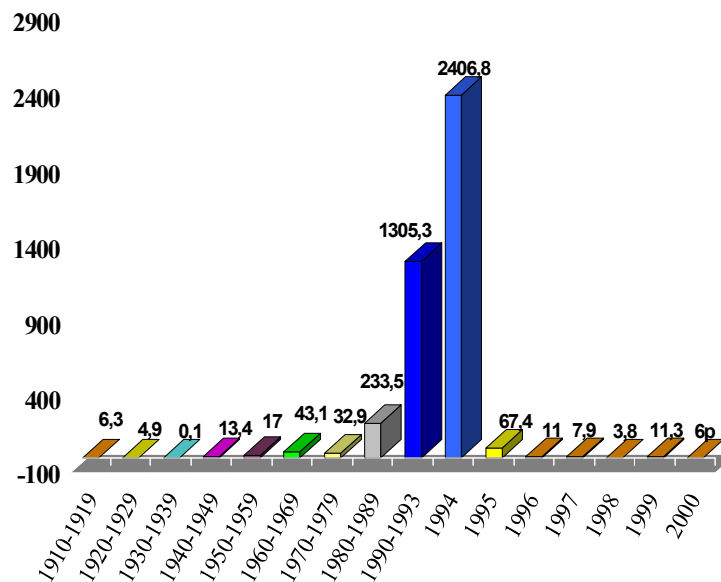
- Mudanças Estruturais no Brasil e as
Operações Transfronteiras
- Impactos Relevantes sobre o Controle de Fusões
nos Países em Desenvolvimento
- Investimento Direto e Defesa da Concorrência

Mudanças Estruturais na Economia
Brasileira e as Operações Transfronteiras

Reestruturação da Economia Brasileira

- Estabilidade de Preços
- Desestatização da infra estrutura
- Mudança na estrutura de governança corporativa
- Aprofundamento da internacionalização da economia
- Nova forma de gestão e novo papel do Estado

Inflação Brasileira ao Longo do Século XX - (%)



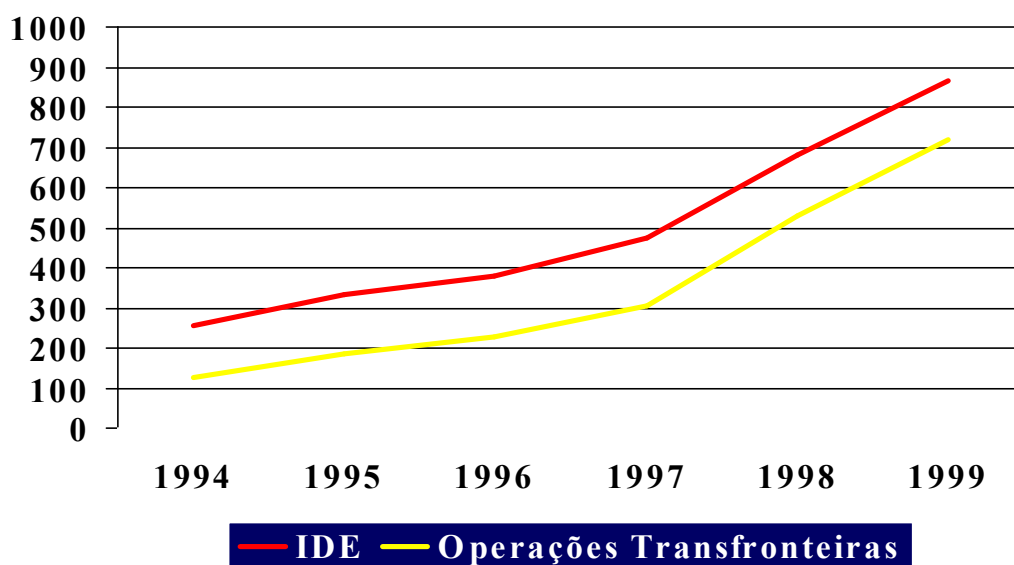
FONTE: 1910-46: Paiva Abreu(1990); 1947-85: FGV ; 1986-93: IBGE ; 1994-1999: Indicadores DIESP.

Resultados Acumulados - 1991/2000

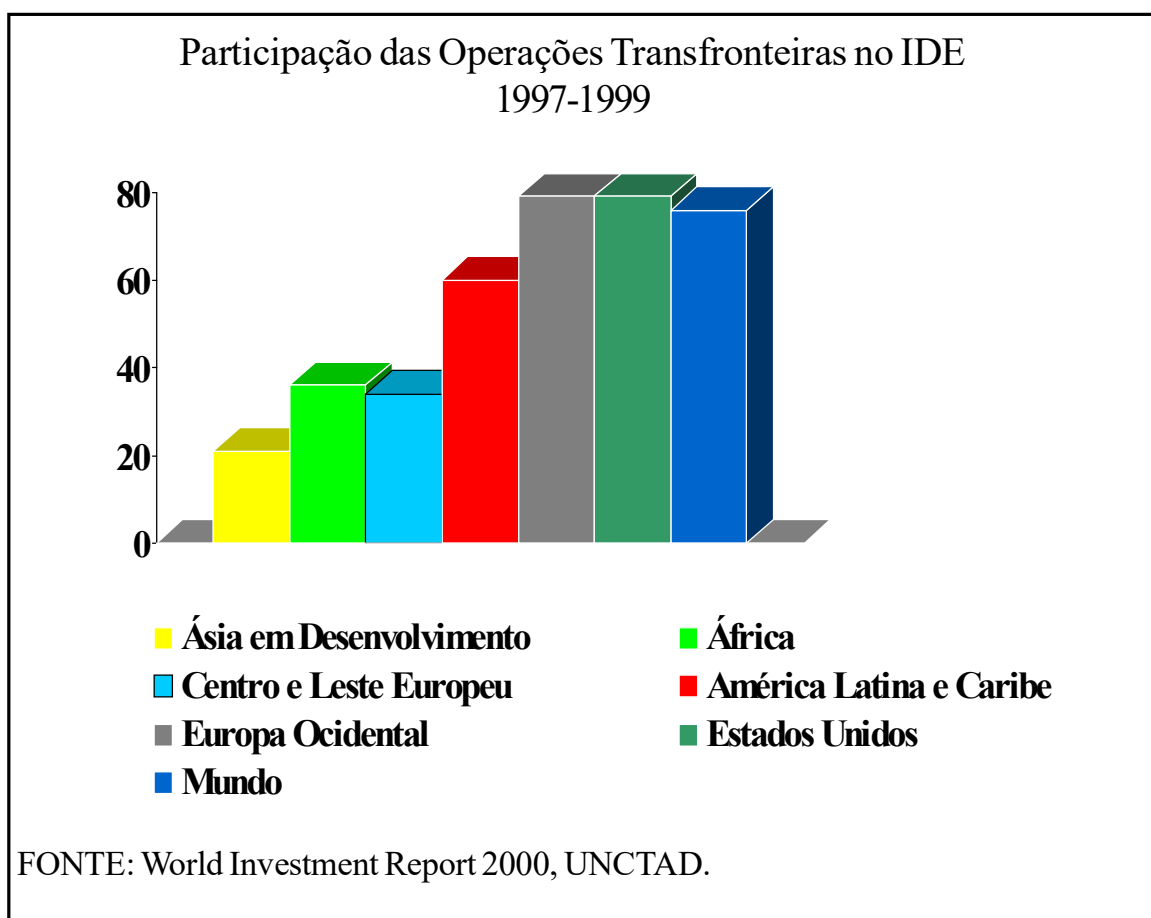
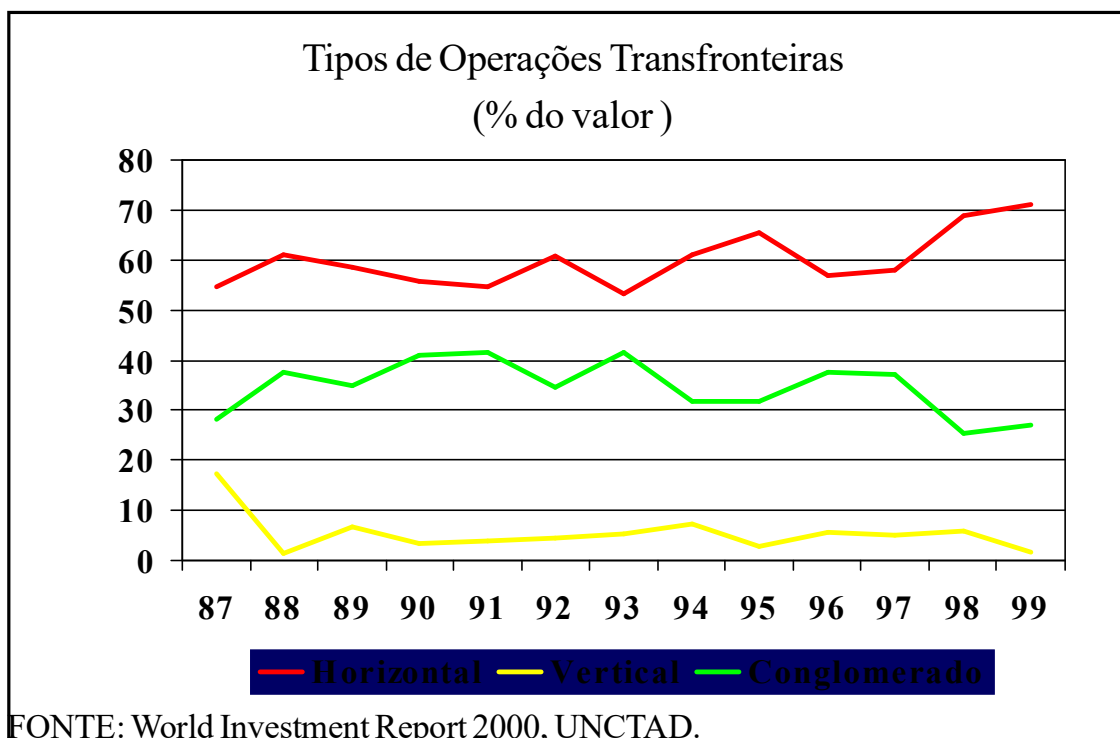
Programa	Receita de Venda	Dívidas Transferidas	Resultado Geral
Privatizações Federais	46.730	11.326	58.056
Telecomunicações	26.978	2.125	29.103
PND	19.752	9.201	28.953
Privatizações Estaduais	26.866	6.750	33.616
Total	73.596	18.076	91.672

FONTE: BNDES, até 30/06/00.

Características das Operações Transfronteiras

Evolução do IDE e Operações Transfronteiras -
(US\$ bilhões)

FONTE: World Investment Report 2000, UNCTAD.



Mega-aquisições Recentes

ANO	VALOR US\$ bilhões	COMPRADORA/ PAÍS	COMPRADA/ PAÍS
1999	60.3	Vodafone Group PLC/ Reino Unido	AirTouch Communications/ EUA
1998	48.2	British Petroleum Co PLC/ Reino Unido	Almoco Corp/ EUA
1998	40.5	Daimler-Benz AG/ Alemanha	Chrysler Corp/ EUA
1999	34.6	ZENECA Group PLC/ Reino Unido	Astra AB/ Suécia
1999	32.6	Mannesman AG/ Alemanha	Orange PLC/ Reino Unido

FONTE: World Investment Report 2000, UNCTAD.

Exemplos de Operações Globais Julgadas pelo CADE

- *Coca-Cola Company - Cadbury Schweppes PLC*
- *America Online Inc. - Time Warner Inc.*
- *Fiat Automóveis S/A - General Motors do Brasil Ltda*
- *MCI Worldcom Inc. - Sprint Corporation*
- *Grand Metropolitan PLC - GRANDMET - Guinness PLC*
(*J&B, Smirnoff, ...*)
(*Johnnie Walker, Scotch Whisky...*)

FONTE: CADE

Impactos Relevantes sobre os
Países em Desenvolvimento

Legislação sobre Defesa da Concorrência

LEI	4.137 (1962)	8.158 (1991)	8.884 (1994)
ORGÃOS	CADE	SNDE CADE	CADE SDE SEAE
ÂMBITO	CONDUTA	CONDUTA	ESTRUTURA CONDUTA
GRAU DE AUTONOMIA	-	-	CADE torna-se uma agência independente; Membros tem dois anos de mandato

Impactos Relevantes

- Necessidade de Coordenação com outras Jurisdições
 - Quesitos para Notificação
- Relações com o Investimento Direto Estrangeiro (IDE)

Efeitos da Mudança de Patamar

- Alteração dos R\$ 400 milhões atuais para R\$ 150 milhões pode aumentar e não reduzir o número de casos

SETOR	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
<i>Autopeças e materiais de transporte</i>	16	32	100
Eletroeletrônico	14	30	114
Madeira, Móveis e Papel	9	22	144
Mecânica	2	11	450

SETOR	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
Metalúrgico	18	38	111
Mineração	4	11	175
Não-Metálicos	4	14	250
Plásticos e Borracha	3	10	233

SETOR	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
Química e Petroquímica	26	53	104
Têxtil e Couro	5	14	180
Atacado	13	23	77
Varejo	22	60	173

SETOR	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
Distribuidor de Veículos	0	2	-
Comércio Exterior	3	10	233
Comunicação	5	12	140
Construção	6	14	133

SETOR	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
Informática	5	19	280
Serviços	43	92	114
Transporte e Armazenagem	10	25	150
Agricultura	7	21	200

SETOR	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
Informática	5	19	280
Serviços	43	92	114
Transporte e Armazenagem	10	25	150
Agricultura	7	21	200

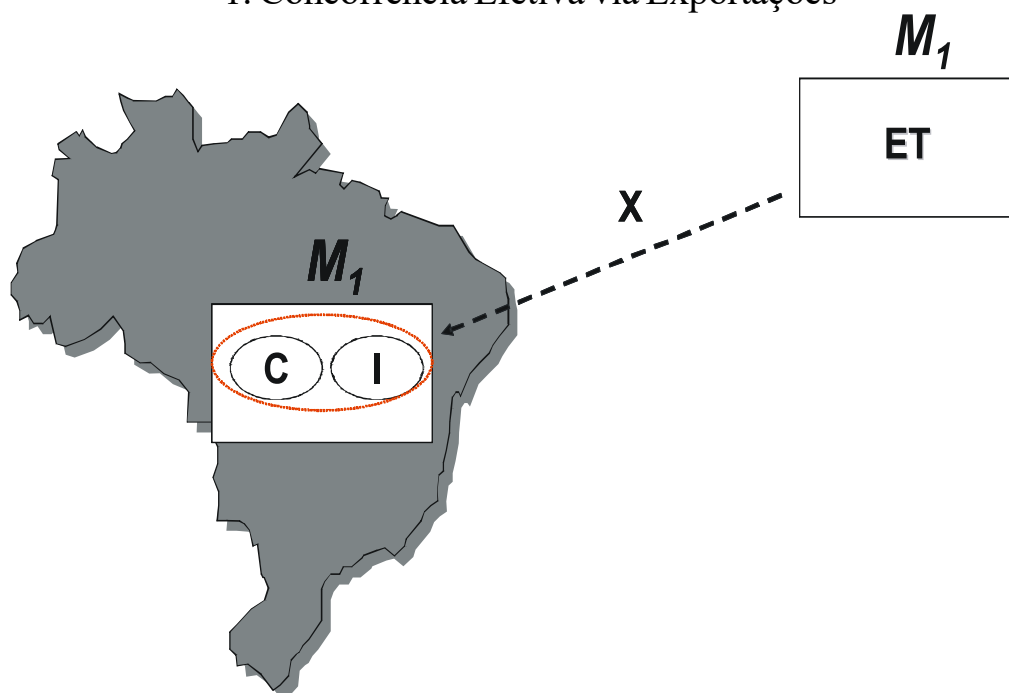
Efeitos de Novo Patamar sobre
Número de Notificações

TOTAL DE SETORES	>R\$400.000	>R\$150.000	% Aumento
24	240	573	108

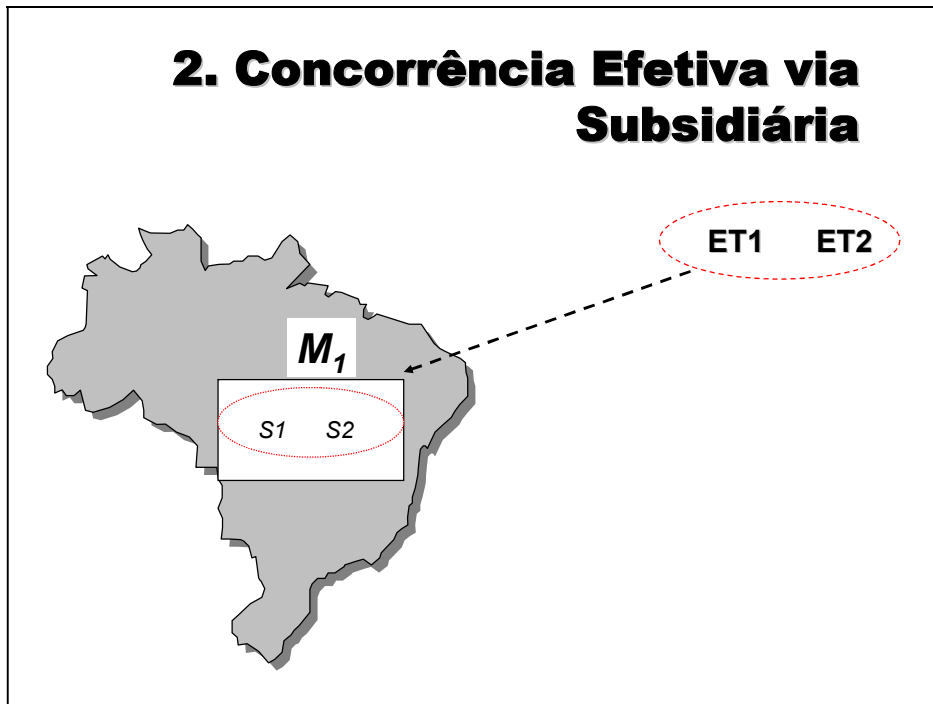
Cenários de Impacto do IDE sobre a Concorrência

- 1 Concorrência Efetiva via Exportações
- 2 Concorrência Efetiva via Subsidiária
- 3 Concorrência Potencial
- 4 Conglomeração

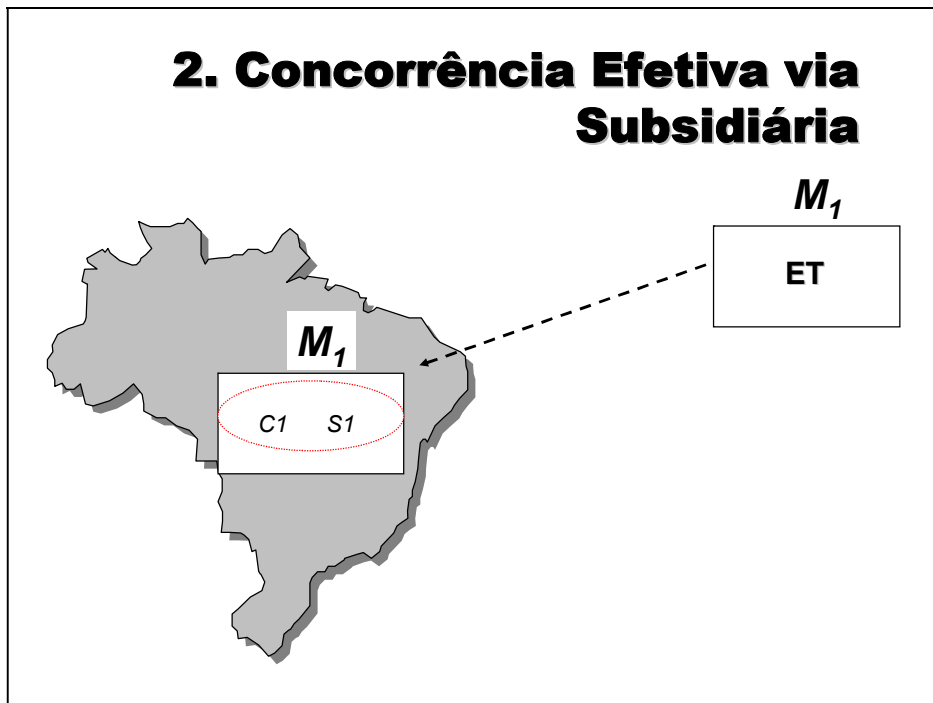
1. Concorrência Efetiva via Exportações



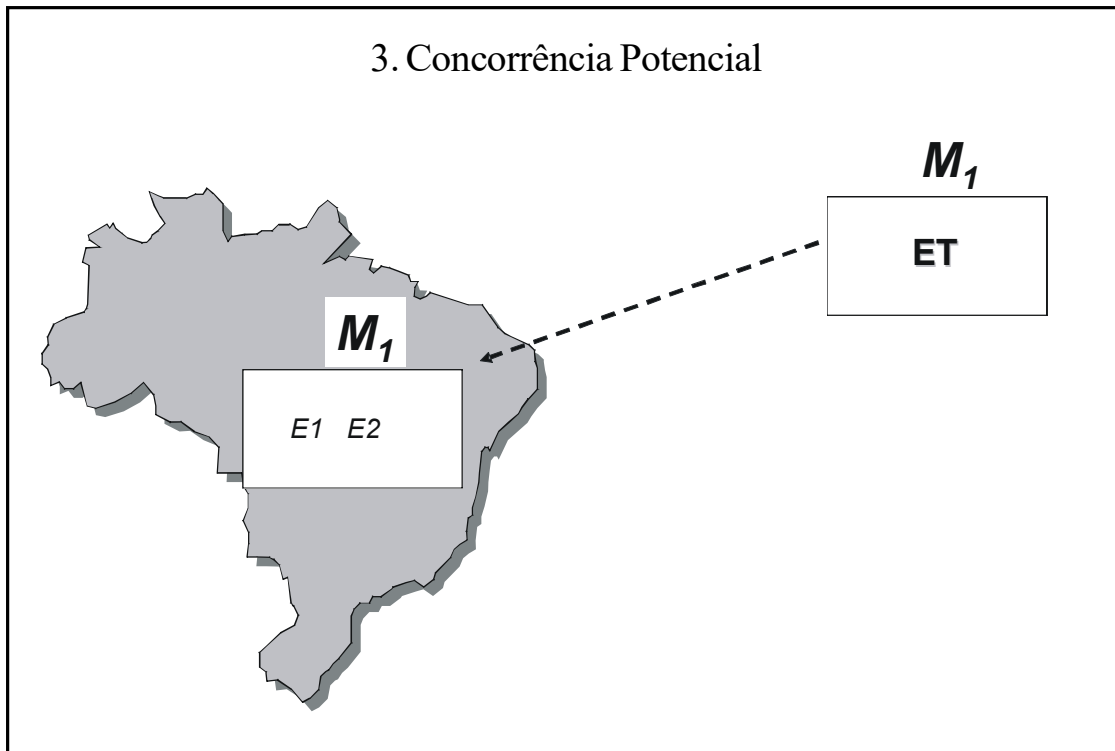
2. Concorrência Efetiva via Subsidiária



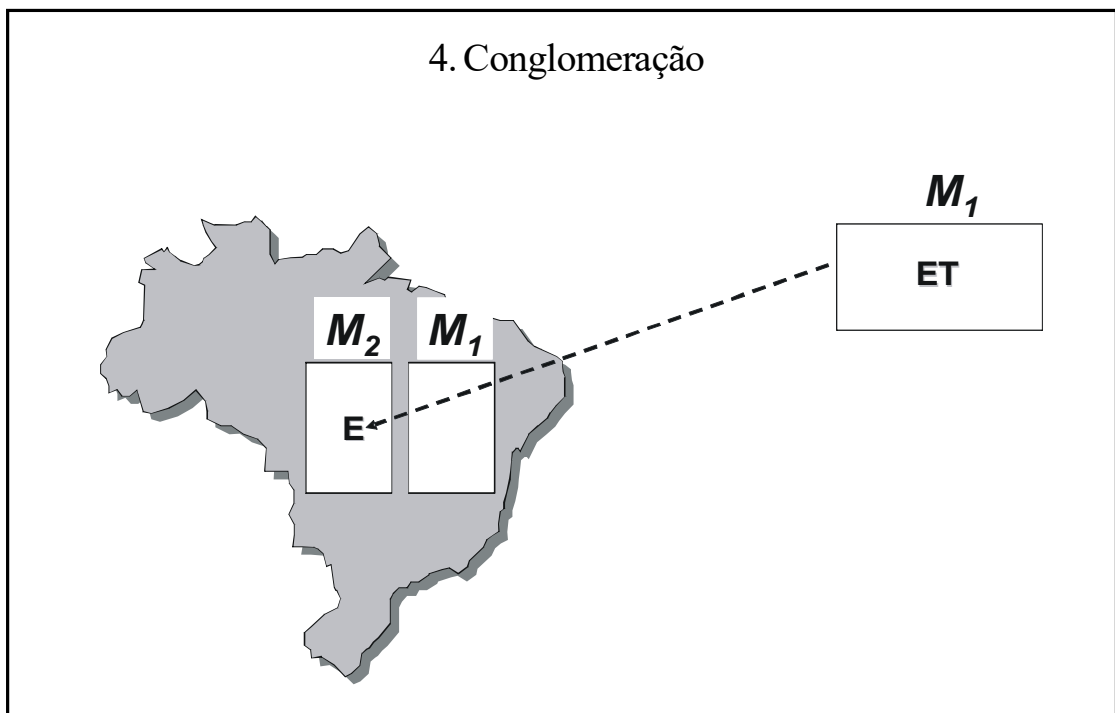
2. Concorrência Efetiva via Subsidiária

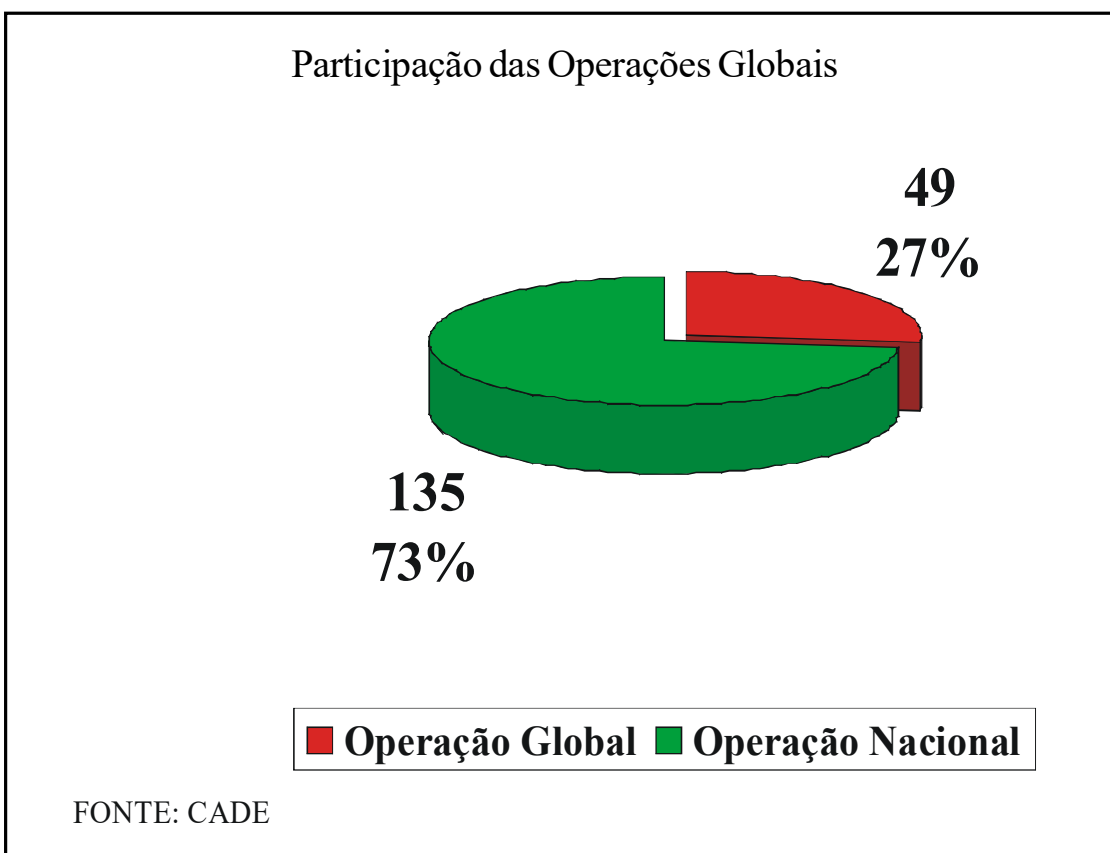
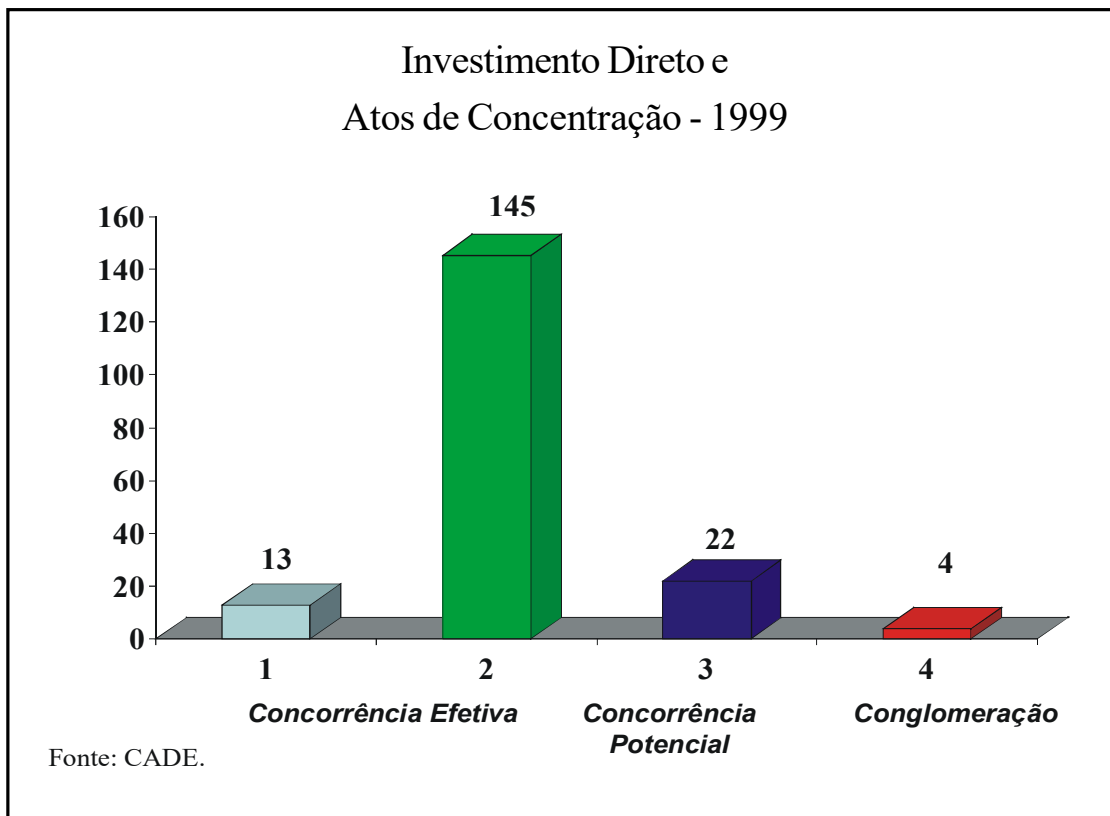


3. Concorrência Potencial

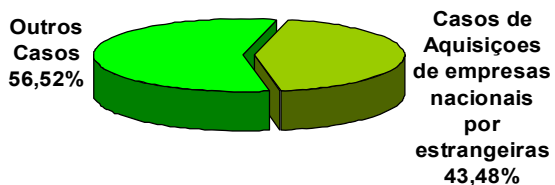


4. Conglomeração





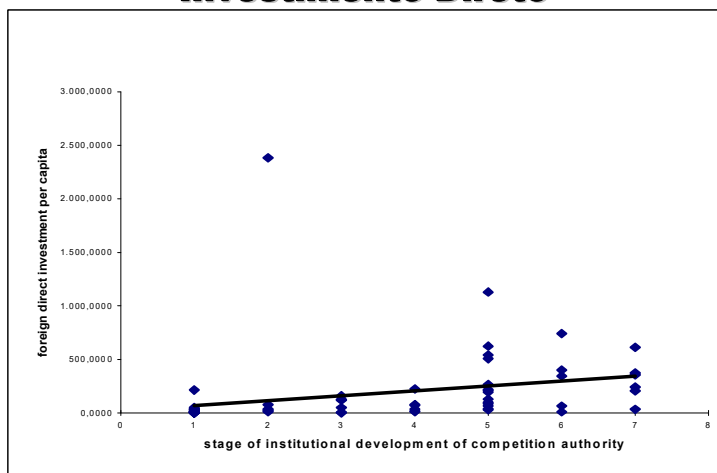
Aquisições e Desnacionalização



FONTE: CADE

Investimento Direto e Defesa da Concorrência

Defesa da Concorrência e Investimento Direto



Confiança do Investidor



A. T. KEARNEY

Risco Regulatório:
Consequências Macroeconômicas

Inadequação do marco regulatório



Incerteza



Menor Investimento



Menor Crescimento

Maiores informações...

gesner@fgvsp.br
www.tendencias.inf.br

Muito obrigado!

Dr. Mauro Grinberg:

O Prof. Gesner Oliveira, com a sua fluência e a sua clareza habituais, bateu hoje um recorde, pois conseguiu superar em apenas três minutos o tempo previsto. Em nome do IIRAC, agradeço a sua enorme contribuição para o debate.

Passo imediatamente a apresentar a Pro:r Elizabeth Farina, Professora Titular da Faculdade de Economia da Universidade de São Paulo. Tem escrito muito sobre o tema e tem encaminhado vários orientandos em matéria concorrencial. O número de orientandos e profissionais encaminhados talvez seja uma contribuição impar dada ao Direito da Concorrência. É também consultora de empresas. Eu não preciso falar mais pois ela já é bastante conhecida de toda essa comunidade. Passo a palavra à Pro:r Elizabeth Farina para as suas questões.

PROFA. ELIZABETH FARINA:

Bom, nós estamos falando aqui de fusões e aquisições globais. E, grande destaque foi dado a questão da jurisdição, de soberania e etc., mesmo porque está no tema do painel. Agora, fusões globais significam estratégias globais de empresa e estratégias globais de empresas são pensadas globalmente como diz o nome; não são voltadas especificamente para mercados nacionais muito embora elas tenham em consideração o que vai acontecer nesses mercados nacionais, nem sempre a decisão de duas empresas transnacionais fazendo uma fusão na Europa, estão muito preocupadas com o que vai acontecer no mercado brasileiro, não é sempre verdade isso. Então, a minha pergunta vai nessa direção de como é que as agências hoje podem levar em conta essa estratégia global da empresa. Eu estou querendo avançar um pouco em relação a definir se o limite ou o critério de apreciação de um caso, mas uma vez que eu tenho que apreciar, uma vez que ele gera algum tipo de preocupação em termos de seus efeitos sobre o mercado, como é que eu internalizo essa idéia da estratégia global e esses efeitos que são muito diferentes num mercado como o brasileiro, como o Gesner levantou, ele tem efeitos diferentes dependendo do grau de desenvolvimento da economia e como é que então essas agências poderiam se conversar, interagir no sentido de entender melhor a estratégia global e portanto seus impactos em termos da concorrência. Eu queria fazer essa pergunta mais precisamente para o Df. Rui de Moura Ramos, porque ele citou duas questões, uma a tal da OMC da concorrência, quer dizer essa talvez fosse num nível uma organização que permitisse essa visão mais globalizada das estratégias e que talvez tivesse

algum desdobramento em relação a possibilidade de commitment das decisões. Quer dizer, apesar de eu entender as estratégias globais, qual é o poder que eu tenho de fazer valer uma decisão que impede a concentração no mercado ou um outro quando eu tenho uma organização internacional tomando conta disso.

O Df. Mark Powell, insistiu muito nos custos que representa operações transfronteiras tanto para os advogados, acho que mais para os clientes e, chamou muito a atenção no sentido de que o faturamento é um bom instrumento para definir a necessidade de notificação, porque está claro certo. Eu sei qual é o meu faturamento, eu olho lá quanto é que tem que ser o valor da operação ou faturamento individual, qualquer que seja a sofisticação das relações aí, e não fico dependendo da definição do que é o mercado relevante, se juntar dois economistas teremos três mercados relevantes. No entanto, me parece que isso define se eu tenho que apresentar ou não, mas se tem efeito sobre o mercado ou não tem que passar pela discussão de mercado relevante; acho difícil definir se uma operação pode ser aprovada sem maiores análises se eu não tiver uma relação com os impactos econômicos em mercados do ponto de vista da concorrência. Portanto, eu acho que ainda sobre muito espaço para esse conceito ser trabalhado e aí eu queria entender um pouco, vindo aí da "experiência de submissão dessas operações, as diferentes agências, nesse primeiro procedimento que pode finalizar a história por ali, você não tem que informar quais são os impactos? Quer dizer, mesmo que você não tenha que fazer uma conta para mostrar que é 20/25 ou 30, mL pelo menos para mostrar que aquela operação está sendo apresentada por conta dos faturamentos, mas não via ter um impacto importante sobre concorrência, e aí me parece que a gente volta a questão da definição de mercado relevante.

E, por último para o Gesner, eu acho que ele tocou uma questão bem importante, da relação entre investimento direto, fusões e aquisições, concorrências, e fica muito claro que a estratégia global dessas operações tem que ser compreendidas para a gente entender a extensão pela qual o mercado brasileiro vai ser afetado, porque aí ele pode ser afetado de inúmeras maneiras; não só porque você tem operações, fusões por exemplo horizontais dentro do mercado de subsidiárias, mas porque você pode ter um efeito de reduzir o papel disciplinador que as importações por exemplo podem ter, na medida em que o seu antigo fornecedor global, ele está agora dentro do seu mercado e operando com um menor número de concorrentes. Então, de novo como é que eu internalizo essa questão da estratégia global, quer dizer quais são os elementos que a gente poderia trazer e que tipo de relacionamento interagência que poderia haver. E, só para finalizar na questão que o Gesner levantou aqui sobre o impacto de um ambiente regulatório sobre tratatividade ou não do investimento, eu acho que a gente tem que tomar cuidado com os dois lados.

Quer dizer, eu entendi perfeitamente para quer que você estava dando o recado, quer dizer existe toda uma discussão se voc não deveria ter um ambiente regulatório mais permissivo, porque daí voc atrairia o capital que é o que a gente tem uma enorme escassez. Então, e entendo que você force o ponto nesse sentido, mas de qualquer maneira e acho que quando você usa esse tipo de relação, de (esperar?) etc., que voc bem colocou não é uma relação de causalidade, ou seja, não é porque e tenho uma legislação sólida ou consistente de concorrência, que eu tenho investimento direto, quer dizer não existe uma causalidade entre eles, apena o que você está mostrando é que eles podem conviver pacificamente, ou sej, eu posso ter um ambiente regulatório consistente, bem definido, limitado etc isso não espanta, mas não espantar também não quer dizer que atraí porqu outras coisas são o que atraí, e ambiente regulatório eu acho que é mais d que Direito da Concorrência, quer dizer é segurança jurídica, é estabilidad das regras, então a gente precisa tomar um certo cuidado também para nã exagerar na coisa de que: olha, eu preciso de uma estrutura sólida ness aspecto porque senão o investimento direto não virá. Acho que também ner tanto, não vamos condená-l o por... ele não vai afastar, mas ele também não responsável pela atração.

Dr. Mauro Grinberg:

Em nome do IBRAC, agradeço a intervenção da Prof Elizabeth Farina. Peço aos componentes da mesa permissão para trazer logo as questões do Prof. Femando Marques para que possamos unificar as respostas, permitindo maior abertura ao público.

O Prof. Fernando Marques é professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ele ministra cursos de Direito da Concorrência na PUC, de onde já encaminhou vários alunos para o Direito da Concorrência, sendo que seus alunos costumam dizer que ele é uma das cabeças mais brilhantes do Direito da Concorrência. Passo a palavra ao Prof. Femando Marques.

PROF. FERNANDO MARQUES:

(...) isso, e eu estou me referindo ao Brasil e ao Mercosul. E não obstante, não podemos nos sujeitar a essa questão de tempo e o Brasil, como os países da América Latina estão em ritmo aceleradíssimo de estudos e elaborações de legislação para ganhar altitude, altitude essa onde a economia tem se desenvolvido no resto do mundo.

Chamo a atenção, e -gostaria de ambientar as perguntas que vou

fazer à mesa, perguntas que já adianto, farei de forma geral para os conferencistas, que no tema da soberania o Brasil tem claro na Constituição Federal a previsão expressa da tutela da soberania, logo no seu artigo 1º, a república se fundamenta na soberania. O inciso 4º deste mesmo artigo já tenciona o modelo econômico brasileiro, dizendo que vai haver a valorização social do trabalho e da livre iniciativa. Nós temos um modelo econômico próprio, interessantíssimo dentro do Brasil. O artigo 3º da Constituição brasileira: constituem objetivos fundamentais da República, garantir o desenvolvimento nacional, promover 'o bem de todos. O artigo 40 da Constituição Federal, prevê a autodeterminação dos povos e o desenvolvimento através de acordos de cooperação notadamente no que se refere a integração latino-americana de onde se desborda os protocolos e acordos do Mercosul. Acordos, cooperação, o artigo 219 é expresso na Constituição: o mercado interno integra o patrimônio nacional. Na ordem econômica, há um destaque para a questão da soberania nacional, de novo no artigo 170 inciso I, a livre concorrência no artigo 170, inciso IV, a busca do pleno emprego no artigo 170 inciso VIII. Não há dúvida de que é preciso analisar a questão e aqui, como diz já alguns pensadores num ambiente de seminário como este, se nós começarmos com certezas, acabaremos com dúvidas, mas se começarmos com dúvidas poderemos alcançar algumas certezas. É no sentido de refletir, de colocar à mesa como no ambiente econômico, onde a economia se integra cada vez mais, como realizar esse balanceamento com os interesses nacionais, com os interesses regionais porque não dizer, já que estamos aqui também mais na Europa, mas aqui também nos integrando no Mercosul e quiçá eventualmente na ALCA, como balancear isto. Sabemos todos que no âmbito da concorrência existe um protocolo assinado no âmbito do Mercosul, onde já houve inclusive aprovação mal grado as reflexões conduzi das pelo então presidente Gesner em Brasília, no seminário específico sobre o Mercosul, onde se procurou ponderar os aspectos positivos e negativos deste protocolo, este protocolo foi assinado, foi ratificado e dá direito a veto a um dos países integrantes para as considerações de impactos de mercado relativos a Mercosul.

No âmbito global portanto, não me parece absolutamente irrelevante que há uma jurisdição de concorrência no Brasil. Ou seja, há jurisdição a ser analisada no Brasil, podíamos chamar na era da Internet: a jurisdição de concorrência ponto br, existe, está na Constituição, é relevante, é preciso ser considerada e não obstante inúmeras operações cada vez mais tem impacto global, como temporizar isso? A minha pergunta é no sentido de focar essa questão no tempo e na forma, no tempo e na forma e já daríamos alguns progressos imensos no Brasil, e a pergunta que eu faço aos eminentes conferencistas: como caminhar para estabelecer uma forma e aí um formulário standard, será uma lei, será um protocolo, serão acordos de reciprocidade? E o

que tem sido pior e mais cruel porque tem ocupado a pauta do conselho de forma brutal do CADE no Brasil, o CADE tem se dedicado em larga medida de tempo a analisar a questão do momento da apresentação do ato e isto é particularmente importante nas operações globais; qual será o melhor momento para estartar a análise de uma operação para a apreciação de uma autoridade de concorrência, qual é esse marco de tempo? Há uma controvérsia imensa entre o timing que é considerado e o critério do documento obviamente que estarta esse processo, nos Estados Unidos e na Comissão Européia e no Brasil, qual será esse timing e esse documento? São as perguntas que eu gostaria de dirigir aos eminentes conferencistas para que a gente possa trazer alguma reflexão a par daquela que o auditório venha a contribuir também. Obrigado, senhor presidente.

Dr. Mauro Grinberg:

Em nome do IBRAC, agradeço a contribuição do Prof. Fernando Marques. Passamos imediatamente às respostas dos expositores, na mesma seqüência em que eles se apresentaram inicialmente.

DEBATES

Prof. Rui de Moura Ramos: Muito obrigado. Eu vou tentar responder de forma conjunta as duas questões e porque parece que elas levantam roblemasto semelhantes.. No que toca a questão posta pela professora lizabeth Farina, é verdade que a situação atual assenta e conduz a um déficit de consideração da estratégia global da empresa. Eu creio que isso é um sultado quase forçoso do quadro nacional da aplicação do Direito da Concorrência Quadro nacional esse cuja legitimidade vem a ser sublinhada pelo professor Fernando. Aquilo que se passa na constituição Brasileira, contra-se noutros documentos talvez com menos força, mas não há dúvida .e a autoridade reguladora se interessa pelos efeitos da operação no seu adro ainda que esses efeitos sejam mínimos, no quadro da estratégia global s participantes, ela não deixará de pretender atuar se esses efeitos forem de)do a justificar a sua intervenção no quadro nacional. Portanto, o déficit de consideração da estrutura global da empresa é resultante do quadro de icação estadual ou regional no caso da comunidade, das entidades uladoras e é algo a que não é possível fugir no momento atual. É claro que e déficit é particularmente grave na medida em que não possibilita às idades reguladoras compreender o porque da intervenção, e portanto na fase de diálogo que há entre entidade reguladora e o interveniente, o hecimento da estratégia global

da empresa é necessário e aparece, mas rece sempre para iluminar a decisão da entidade reguladora sobre o seu campo específico que é o único que lhe interessa. Ora, explica-se essa tação do quadro nacional ou regional ao problema do enforcement. É que não há no atual quadro enforcement possível para além do quadro a se refere a atuação da entidade reguladora, nacional ou regional. Como superar isso? No atual quadro é particularmente difícil porque não só a .ção atual resulta dos considerandos que foram agora recordados, como a lação de um mecanismo global universal dentro do quadro da OMC. Não .da simples. Porque como acontece com o que se passo na União péia, a criação de um mecanismo ao nível universal implicará uma lcia de atuação das entidades reguladoras nacionais, como acontece 'o dos patamares do regulamento no quadro da União Européia, e, os que logrou discutir o regulamento na comunidade, onde a situação é apesar de tudo mais próxima entre os seus membros, podiam talvez plicar-se no quadro da OMC se, se chegasse a um quadro global. nto, eu não sou muito otimista quanto ao aparecimento de um quadro m de apreciação. Agora o que eu acho que se devia ser o papel da OMC, para tentar talvez já esse quadro comum da previsão que me parece muito permitiria desde logo melhor conhecer a estratégia global, através da circulação por exemplo das notificações, e sobretudo organizar regras procedi mentais que permitissem fasear a atuação das diversas entidades reguladoras. Quer dizer, perante uma concentração global que afetasse diferentes espaços, adaptar a forma de atuação das entidades reguladoras sem por isso limitar no seu conteúdo. Quer dizer, teria que haver limitações de forma eventualmente, mas não limitações de conteúdo, e as limitações de fonna implicariam quem deveria atuar primeiro eventualmente a partir do mercado relevante que fosse mais afetado, portanto no fundo permitir integrar nos termos da resposta a uma notificação o contexto global em que a operação aparece. É por esta via, particularmente difícil, estreita mas que me parece vá lá menos utópica do que caminhar necessariamente para o estabelecimento de um quadro global de apreciação, que eu creio que se pode caminhar.

Quanto a questão do momento. A questão do momento é uma questão que eu não sei se a sua importância deve ser exagerada. Eu diria que em geral, a questão do momento deve resultar da definição em termos jurídicos tanto clara quanto possível, como aquele momento em que as partes envolvidas na operação tenham uma clara intenção de a por em movimento. A partir do momento em que não se houvesse obrigatoriedade de modificação, as partes consubstanciaram o negócio, aí elas estão obrigadas a notificar., Portanto no fundo o problema é um problema talvez de técnica jurídica, de definir claramente qual é o momento, a partir do qual o negócio produziria os seus efeitos, começaria a produzir efeitos se não houvesse a obrigação de notificação que limita a produção desses efeitos. E, portanto aí...mas quanto a

este ponto eu não enfatizaria as dificuldades do problema, porque me parece que o essencial é ter uma resposta clara a esse propósito, porque se a resposta for clara ainda que não seja a melhor, as situações acabarão por ser notificadas com maior ou menor proximidade e parece mais importante do ponto de vista do funcionamento da entidade reguladora e do sistema do seu conjunto, garantir a sua apreciação antecipadamente independentemente da produção dos seus efeitos, mais do que ter uma definição perfeita do momento em que essa apreciação deve ter levado, porque estamos a falar de uma apreciação prévia e sendo assim o negócio fica em suspenso. Ora bem, o maior interesse dos participantes é que a intervenção da entidade reguladora decorra num momento mais rápido possível e portanto haverá creio eu, um interesse em notificar e não protelar a notificação. Portanto, parece-me que talvez se possa minimizar as conseqüências da dificuldade de definir corretamente no momento, porque o sistema vive talvez da prática da notificação e eu acho que o interesse dos intervenientes nessa notificação talvez os levem na prática a minorar as dificuldades tiradas desse momento.

Dr. Mark Powell

Elizabeth Farina mentioned one of my favourites subjects: lawyer's fees. That may be very clear because I risk making myself extremely unpopular that my objective is not to reduce or eliminate lawyers fees. It is true that they are significant transaction costs.

Seriously I think the most prejudicial aspects of the current system or pletore of systems the time it takes to the business people to focus on all of these issues. And while the business people are focusing on notification Slovaquia and Stonia they are not implementing the transaction. I think B& T estimated with one of its recent transactions that it was loosing ten million pounds a month because it was not able to implement the transaction. I think that we sort of take that, take those concerns and modify the regime accordingly. The aim is not to avoid notifications it is to try a to simplify and to allow the authorities focus on the transactions that do generate material adverse effects in the local jurisdiction.

Moving to the questions on timing ad how is it possible to have co-ordination when different authorities expect notifications at different times in the processo It is true that I would like to see sort of harmonisation of when you file the transaction however if you look at what is happening between the European and the American authorities there the US authorities accept a filing based on a letter of intent. The European Commission wants to see a definiti ve agreement. N onetheless there is co-operation between those authorities and I then we should look very carefully at the US EC

cooperations a possible model for co-operation more generally. The US EC co-operation tends to work well where there is a problem with the transaction and the two authorities work together to try to craft remedies that will solve both of their problems. In some instances I think the German authorities have accepted the remedy been co-operated into a consent decree so that they don't need to intervene. And similarly European decisions have referred to US consent decree. So there is an indication that even though the process starts at different time .there is the possibility for fruitful co-operation.

Moving to the issue of documents should there be some law? Well of course as a lawyer I like laws, they take a long time to be implemented and of course we can be involved in the lobby processo However I don't think that is in the interest of the business community. What I think we should move towards is a pragmatically solution. The French, the Germans and the British got together and agreed on a common formo It wasn't a law, there wasn't special treaties. They just decided if a notification was received on this common form ... The form hasn't been very successful and the reason is because of those three jurisdictions only one óf them has a mandatory notification system and that is Germany. 50 what companies do is they tend to use the German Form which is actually more simple than the common formo But nonetheless it does indicate that it is possible for authorities to seat around the table and agree on what kind of information they need in a notification. My recommendation would not be to go through legal route because that takes time but work towards finding more pragmatic solutions.

Gesner de Oliveira:

Queria em primeiro lugar abordar as questões da professora Elizabeth Farina. Acho que há um ponto bastante interessante levantado pela professora no sentido de, que os efeitos sobre a concorrência do investimento direto são mais abrangentes do que meramente aqueles que nós podemos detectar a partir da análise da operação por si mesma. Foi mencionado um eventual efeito sobre a eliminação do efeito disciplinador das importações, e o que é interessante também é que a rapidez com que determinadas empresas podem, isso também chama a atenção na frequência de operações do world investment report, a rapidez com que as empresas tem entrado nos mercados e comprado empresas altera brutalmente a dinâmica de vários mercados. Quer dizer, uma empresa pode estar muito bem com uma enorme taxa de expansão e pode ser comprada a qualquer momento, uma proposta absolutamente irrecusável. A facilidade de entrada mudou muito em vários mercados e também tem um efeito disciplinador e em alguns mercados simplesmente a ocupação de espaço pra não deixar um outro entrar pode ter um efeito

negativo também. Então, é fascinante a abrangência, o conjunto de possibilidades que decorrem da enorme mobilidade do capital. Quer dizer, as comparações entre o volume de exportações e o volume de transações via as subsidiárias das empresas é impressionante. Quer dizer, o comércio internacional perdeu, hoje representa menos de 1/3 da importância do que ocorre em termos de investimento no mundo, em termos de transações. Realmente, é aí onde realmente reside... é no investimento onde reside a importância econômica, da dinâmica econômica etc.

Agora, eu chamaria a atenção para um aspecto, eu insistiria embora reconhecendo a dificuldade de se estabelecer qualquer relação mais conclusiva, entre de um lado a qualidade do ambiente regulatório e do outro lado a maior ou menor atração do investimento, eu insistiria no seguinte ponto; eu acredito que o investidor, o grande problema do investidor hoje, do investidor direto está associado as relações do entrante ou as eventuais dificuldades do entrante em mercados onde havia monopólios, sobretudo monopólios estatais e há um risco muito grande de o entrante não ter acesso a infra-estrutura, inclusive esse é um problema muito comum, problema fulcral nas telecomunicações por exemplo. Com todas as limitações do ambiente regulatório das nossas telecomunicações, a verdade é que se nós comparamos com México e Argentina que tiveram problemas ainda mais profundos e em seus respectivos ambientes regulatórios, o Brasil venceu a onda de investimentos ou absorveu mais uma das ondas de investimentos em telecomunicações. Então, realmente... agora porque aconteceu isso, a grande preocupação era sempre ou tem sido sempre em que medida o problema de acesso poderá ser resolvido junto a autoridade de defesa da concorrência e daí o papel central da autoridade de defesa da concorrência no conjunto de agências que vão manter ou vão proteger a competição no país. Porque as várias agências setoriais, é claro que cada jurisdição tem a sua configuração específica, mas as várias agências setoriais recorrentemente tendem a ser menos rigorosas e menos enfáticas na defesa da competência e do acesso as várias infra-estruturas fundamentais. Então, eu diria que para a capacidade de absorção de investimento é fundamental a sinalização para o investidor, que se houver problema de acesso há alguém a quem se recorrer e reclamar daquela regulamentação setorial que está impedindo o desenvolvimento dos seus negócios. Me parece que isso para o aumento do investimento me parece muito importante, daí novamente acho que esse é um tema que mereceria da parte dos nossos ilustres representantes, tanto do CADE, quanto da SEAE e da DE, merecia uma reflexão para que realmente esses órgãos ou uma futura agência tenha um papel fundamental em sua articulação com as demais agências setoriais. Obviamente também de um ponto de vista geral, o grau de independência dessas agências é fundamental; se o investidor quer saber se realmente é uma instância técnica ou se é uma instância meramente

subordinada ao Poder Executivo.

Uma outra questão do nosso ilustre professor Oliveira Marques, sobre o formulário padrão, como chegar e como caminhar em direção ao formulário, como chegar em direção ao formulário padrão. As experiências nessa área de defesa da concorrência, as experiências mais bem sucedidas tem sido experiências de trabalho conjunto e cooperação interagências. Em geral, qualquer formulário, por exemplo entre autoridade Argentina e autoridade brasileira, se propuser um formulário por decreto ou se em algum órgão diplomático se entender que o melhor formulário é esse, provavelmente será o pior formulário, mas o trabalho conjunto, a experiência de análise conjunta de casos concretos e há tantos casos que nós sabemos que tem impactos no Brasil e na Argentina e no Mercosul, isso pelo menos geraria um caminho para uma harmonização mais produtiva. Como o presidente da mesa o Dr. Mauro Grinberg, já mandou aqui um cartão amarelo, não, um vermelho, eu não vou fazer uma consideração sobre o que deve deflagrar a fluência do prazo. Não! Mas acho que certamente isso será um tema que vai ser muito discutido e então eu me abstenho de fazer comentários agora.

Mauro Grinberg:

Em nome do IBRAC, agradeço aos expositores pelas respostas. Vamos passar às perguntas do público até o final da sessão e na próxima sessão vamos nos reunir sob uma presidência certamente mais eficaz do que a minha.

A primeira pergunta é do Dr. Cláudio Considera.

Cláudio Considera, Ministério da Fazenda. Essa mesa está de parabéns. A qualidade de cada exposição e os debates foram realmente bem elevados. Eu gostaria fazer dois comentários, um para o Dr. Powell, em que a palestra dele me pareceu muito fortuita para a fase que estamos vivendo atualmente no Brasil, porque levanta uma série de aspectos importantes do que uma legislação moderna deve conter em termos de defesa da concorrência, e me parece que o projeto que nós colocamos em consulta pública, abrange grande parte das questões que foram levantadas pelo Dr. Powell aqui, e o que mostra que na verdade o que fizemos foi de fato copiar o que o resto do mundo tem feito e adaptando as condições brasileiras, não tem nenhuma novidade naquilo que está hoje em consulta pública. O segundo comentário que eu gostaria de fazer é a palestra do Dr. Gesner, a respeito da questão do faturamento bruto anual, e eu acho que foi esquecido e eu não sei se aqueles dados contemplam que é o faturamento bruto anual no Brasil.

Então, certamente o que ocorrerá com aqueles números será o que ocorreu quando nós fizemos o estudo para fixar o valor, haverá uma substancial redução dos casos que serão apresentados ao sistema. Volto a insistir, haverá uma substancial redução nos casos que serão apresentados ao sistema e não aumento, me parece que houve tal vez, eu não sei tal vez os dados que o Dr. Gesner mostrou não.. a situação em que uma empresa que tenha faturado 200 milhões no exterior, compra uma que faturou 100 milhões no Brasil. Este caso não será apresentado ao sistema, então é importante que fique claro: haverá redução, os nossos estudos que fizemos ao longo dos dados apresentados em 99 e 2000, haverá uma redução substancial.

Outro assunto, bastante importante que o Dr. Gesner abordou é a questão do relacionamento com as outras agências. Isso, os senhores perceberão, não está contemplado no projeto atual, estava contemplado na sua configuração inicial, o governo decidiu retirar aquilo da consulta pública na medida em que envolve na verdade relações de governo, mas esses assuntos serão discutidos a priori com as agências e o Banco Central particularmente e serão então apresentados posteriormente. Acho que é bastante importante que o Dr. Gesner chamou a atenção a respeito dessas relações das agências de concorrências com as demais agências. Será impossível nós termos uma situação em que se estão criando agências para tudo no país e nós tenhamos que ter, todo mundo cuida dos casos de concentração na sua área, e a agência de defesa da concorrência cuida de nada de fato. Então, nós estaremos abordando essa questão junto com as agências reguladoras de forma a que a lei de defesa da concorrência seja uma única no país e os critérios sejam únicos no país. Obrigado.

Dr. Mauro Grinberg:

Vamos colher as demais perguntas para as respostas em conjunto. A segunda pergunta é do Dr. Pietro Ariboni.

Dr. Pietro Ariboni:

Uma primeira para o palestrante Moura Ramos e uma segunda para o palestrante Gesner.

Foi dito que afinal houve uma manifestação do Tribunal da Comunidade Européia, aceitando o princípio dos efeitos. Houve algum posicionamento no sentido de fixar alguns parâmetros, já que o sempre oprime os profissionais tanto advogados como economistas, na hora de instruir os processos são exatamente as dificuldades de quantificar os

fenômenos econômicos mercadológicos; houve alguma fixação de parâmetros para saber o que seriam os efeitos mínimos ou satisfatórios para deflagrar no caso aí a dependência? E, em relação ao Dr. Gesner: uma vez que aqui ficou claríssimo de que há uma enorme dificuldade de toda a sorte, de custos, de tempo, de estruturas para se poder analisar certas operações aí transnacionais a nível global, que podem ter influência em "N" jurisdições nacionais, há uma dificuldade enorme tanto para estabelecer o que realmente deve ser visto ou não. Não seria muito mais fácil reduzir unicamente para que os casos tipo Fiat/GM, onde os dois grupos que lá fora se juntaram estão presentes efetivamente no país com duas unidades produtivas e operantes, e não apenas um distribuidor, um representante ou alguém que esteja aqui eventualmente fazendo uma pequena operação, e o restante deixar para o trabalho efetivo inibitório da autoridade local, no caso de se verificarem comportamentos e condutas infrativas específicas. Ou seja, em vez de atingir a gênese que é difícil de mencionar e de quantificar na hora de um simples exame, atingir no caso os que tiverem algum efeito específico demonstrado que seja relatório de ato: concorrência?

Dr. Mauro Grinberg:

Vamos passar aos demais inscritos para perguntas. A pergunta seguinte é Df. Fábio Quintas.

Dr. Fábio Quintas:

Boa tarde! Fábio Quintas, Brasília. Minha pergunta é dirigida ao Dr. Rui Moura Ramos - Eu considero que a uniformização das decisões dos órgãos concorrência a nível mundial, representam um obstáculo a menos p circulação de capitais do comércio e para a segurança jurídica. Consid ainda, como ressaltado pelo senhor, que o controle de atos de central suscitam grandes discussões a respeito da soberania, principalmente no , aspecto jurisdicional. Nesta conjuntura realmente a OMC se mostra grande foro privilegiado para as discussões do Direito Comercial Concorrencial, mas até o presente momento só foi discutido aqui a função OMC como um sistema de função de resolução de controvérsias. A mÍl indagação pega outro aspecto: questiona assim, se há algum esforço da O~ de promover um acordo visando a uniformização de procedimentos tais cor se o procedimento deve ser unifásico ou bifásico e regras tais como, qual I momento adequado para a apresentação da operação, se o controle deve prévio ou posterior nos moldes daquele feito no acordo tríplice, na rodada Uruguai onde de certa forma conseguiu se fazer

um consenso sobre COJ deve ser a questão da propriedade intelectual.

Dr. Mauro Grinberg:

A quarta pergunta é do Dr. Ricardo Madrona.

Dr. Ricardo Madrona:

Meu nome é Ricardo Madrona, sou sócio do Felsberg Advogados. A minha pergunta vai para o professor Ari e também para o Mark Powell, porque e tem conexão.

Se tem falado aqui de uniformização como o próprio colega fale tendo em vista os aspectos globais no mercado de concorrência e no mercado de aquisições. me preocupa um pouco a questão de conteúdo de decisão tendo em vista que você tem uma questão super importante na minha concepção que é a individualização de mercados, de cultura, aspectos diferenciados do ponto de vista social de cada país, então não necessariamente eu acredito que possa ter uma decisão global tendo em vista que você tem mercados locais, e aí com base neste questionamento para professor Ari, eu perguntaria para o Mark, se do ponto de vista da comunidade europeia existe a possibilidade de você ter decisões parciais e diferentes nos países onde a operação tenha efeito. Obrigado.

Dr. Mauro Grinberg:

A pergunta seguinte é da Profª Maria Teresa Melo.

Profª Maria Teresa Melo

Maria Teresa Melo, do Instituto de Economia da UFRJ. A minha pergunta é para o professor Gesner, é a respeito do critério de submissão dos atos de concentração.

Eu acredito que os critérios de submissão dos atos devam ser tais que selecionem realmente aqueles atos nos quais haja maior probabilidade de danos à concorrência e obviamente um desses critérios tem que estar relacionado a indicadores de poder de mercado das firmas participantes dos atos de concentração, que afinal de contas o problema dos atos de concentração é que esse poder de mercado pode estar sendo reforçado ou criado por meio deles. Ora, eu pergunto: faturamento é um bom indicador de

poder de mercado, porque não usar, porque que parece que existe alguma coisa contra o indicador de 20%, usar o indicador de parcela de mercado como critério para submissão de atos de concentração, e eu gostaria de saber, entender esse argumento.

Dr. Mauro Grinberg

A última pergunta, antes da abertura para os expositores responderem, é da Prof^a Marta Asunción Henriquez Prado.

Marta Assuncion Henriquez Prado, da Universidade de Londrina. A minha pergunta era mais para o Dr. Gesner de Oliveira, porque ele colocou muito bem de que a diferença dos investimentos no Brasil e essa recepção diferentemente da Argentina estaria em direta proporção do ambiente da concorrência existente no Brasil, e a professora Farina, ela disse que não estaria completamente de acordo, o que não seria tão importante. Eu acredito que é muito importante no ambiente da concorrência para a segurança jurídica e posteriormente virão outros efeitos nesse sentido. E, o professor Gesner de Oliveira o que pensa em relação ao Mercosul, porque há a necessidade de agilizar o mais rápido possível mecanismos que façam que o protocolo de Fortaleza realmente seja aplicado e que os outros países à semelhança dessa modificação da lei na Argentina, a última sobre Direito da Concorrência, os outros países também façam imediatamente um ambiente, criem nesse ambiente de concorrência para agilizarem investimentos no Mercosul, o que mecanismos o professor Gesner poderia assinalar para agilizar isso?

Dr. Mauro Grinberg:

Passo a palavra aos expositores, na mesma seqüência, para as suas respostas.

Prof. Rui de Moura Ramos

Eu creio que é possível, no que me diz respeito em relação as perguntas que me foram feitas. A primeira questão é do Df. Pietro Ariboni, se o Tribunal disse alguma coisa de substantivo no que toca a definição dos efeitos diretos substanciais ou previsíveis. No que toca ao caso concreto, o Tribunal como instância jurisdicional não se preocupou com definir o problema de fundo, mas teve que dizer se no caso concreto havia ou não efeitos diretos previsíveis e substanciais.

Tratando-se de uma concentração anunciada, a questão dos efeitos diretos e substanciais decorriam do problema de saber se esses efeitos, se podiam ter por verificados no momento anterior a concentração, teria lugar seguidamente, o tribunal achou que sim. a questão mais importante é a do caráter substancial dos efeitos, porque é aí que as partes precisam de uma orientação para saber até onde é que se vai. Ordem no caso concreto o Tribunal não fez doutrina sobre o que são efeitos substanciais, mas ele errou no caso concreto e analisou a situação que decorreria da concentração e perante os números existentes, conclui pelo caráter substancial dos efeitos nesse caso. Não vou ler o ponto, mas no fundo o Tribunal disse isto: o nível de vendas na Europa Ocidental, na Europa Comunitária correspondia a 20% da cota mundial e a cota de mercado da entidade resultante da concentração e ele disse qual era, o número é confidencial por isso eu não cito, justificava portanto a competência da comunidade em relação a concentração. É curioso que aqui o Tribunal fundou-se no critério da parte do mercado, no critério substantivo e não tanto apenas no volume de vendas; e depois quando analisou mais profundamente a questão referiu-se unicamente as partes de mercado e acentuou que a circunstância de a empresa passar a ter uma parte de mercado entre 35 e 50% na Europa Ocidental, que isso era mais do que suficiente para concluir que se tratava de um efeito (existencial?). Portanto, houve indicações, são indicações no entanto limitadas ao caso concreto, isso não significa que o efeito substancial não exista antes disto, daqui para a frente sim, mas isso são as limitações inerentes ao funcionamento de um órgão jurisdicional. De qualquer modo, dentro da medida em que eu pude verificar o acórdão nesta medida foi bem acolhido, não aconteceu com todos os pontos, mas quanto a este ponto, quanto a caracterização dos efeitos substanciais foi bem acolhido pela doutrina.

No que toca a questão que me foi posta sobre a possibilidade de a OMC avançar com uma espécie de lei modelo, da criação de um conjunto de regras comuns nesta matéria, quanto ao momento da notificação, quando ao tipo de formulário etc., eu não sei se o desenvolvimento atual do problema entre nós já tem maturidade para justificar uma discussão a nível internacional sobre este ponto. Eu não sei se esses pontos são os pontos essenciais; parece-me que os pontos essenciais... a articulação na intervenção das autoridades e é sobre isso que eu creio que um fórum internacional se devia procurar, era como estabelecer regras de funcionamento que previna o conflito entre os vários intervenientes n:ais do que estabelecer uma forma única que não creio que se possa necessariamente encontrar facilmente e que seja particularmente importante. Não parece que haja problemas importantes q:te decorram do fato da notificação se fazer em prazos diferentes, em momentos diferentes e a partir de pontos de partidas diferentes em vários sistemas, porque essas diferenças serão em todo o caso mínimas, parece-me sobretudo que o

necessário era articular a intervenção desde o teatro ou os atores. No entanto, muito embora não creia ser uma prioridade, não vejo inconveniente nenhum em que se tal fosse possível, viesse a ser feito, mas eu preferiria apostar nas energias existentes no outro campo, me parece mais importante.

Dr. Mark Powell:

In the interest of getting us to lunch as quickly as possible I will deal with just one question which was raised which was the relationship between the National Competition authorities and the European Commission. First point when the merger regulation was adopted the member States gave up sovereignty or jurisdiction over certain transactions. Subsequently we have seen certain member states which perhaps regretted. The French for example did not think that the European Commission should block the Aerospaciale to have a look at the merger, but it did. The Swedes thought that the European Commission should not block Volvo/Scania, but it did. Gennans thought that European Commission. should not unlock the joint-venture between (...) alid Telecom, but it did. So the advantage o European Authorities that it can take unpopular political decisions. However, there is a procedure by which if the European Commission thinks the transaction is fine but a national authority says hold on a minute, big problem in our jurisdiction. There is a procedure by which. the national authority can ask to have a partial review of the transaction to deal with the local issues. This is built in the procedure because when you notify the European Commission you provide around 30 copies of the form and then those copies go out to the national authorities and also to some of the authorities in Central and Eastern Europe. 50 it gives the national authorities three weeks in which to raise specific national issues. I think it is a quite useful model

Dr. Gesner de Oliveira: eu agradeço as perguntas, foram realmente interessantes. Primeiro em relação as questões do Dr. Considera, concordamos plenamente com a importância da articulação com as agências regulatórias, mas eu queria insistir na provocação numérica que eu fiz aqui.

O que nós colocamos foram 24 setores, retirados do balanço anual incluindo empresas estrangeiras e nacionais, quer dizer estão todas as empresas lá. Essa amostra, talvez essa não seja a melhor amostra, eu chamei a atenção para algumas ressalvas metodológicas, mas ao reduzir o patamar de 400 milhões para 150 milhões é aritmético, há um aumento do número de casos, ainda que seja no Brasil e eu entendo que é no Brasil, mas há um aumento do número de casos a julgar por esse amostra. Obviamente, eu ach que é um tema que merece... a nota que nós fizemos procura chamar a atenção para esse fato, eu acho que é um tema que merece vários estudos, a discussão

dos diversos aspectos metodológicos e etc. É interessante, porque de um lado do ponto de vista das empresas que já atuam no mercado doméstico, é preciso achar aquilo que seria um patamar adequado para não colocar como o Dr. Ariboni bem ressaltou, para não colocar casos demais, eu acho que é um objeto geral e é preciso então achar esse nível. É claro que, como há uma disparidade muito grande entre o tamanho médio da empresa nacional, o tamanho médio da empresa internacional, aquilo que serve como um bom patamar doméstico, se for aplicado para empresa transnacional será um nível relativamente grande para a empresa transnacional, alternativamente se for aplicado o para o mundo o patamar brasileira obviamente vai ser um nível baixo. Então, o que nós fizemos aqui foi uma provocação aritmética, eu não vejo como vai haver redução de número de casos com uma duplicação do universo de empresas possivelmente enquadráveis, cujas operações sejam possivelmente enquadráveis no artigo 54. Mas eu acho que é um tema em aberto para realmente estudar e eventualmente os estudos já existentes sejam mais elucidativos.

Um segundo ponto é o ponto das empresas transnacionais, aí eu insistiria no ponto que foi feito. Ao analisar uma amostra de caso, uma amostra relativamente grande, mais de 150 casos envolvendo empresas transnacionais, nós demonstramos, creio que tenhamos demonstrado que na vasta maioria dos casos são casos que interessam do ponto de vista da análise antitrust, portanto deveriam sim ser analisados. Quer dizer, eu insistiria neste ponto. Reconheço que há necessidade de retirar o fenômeno mercearia ou padaria da esquina, quer dizer realmente há a necessidade e nós poderíamos imaginar alguns aperfeiçoamentos eventualmente em várias jurisdições como utilizando também um patamar de valor de operação, eventualmente excluiria alguns casos ridículos que realmente só fariam rir. Se bem que, o filtro interno pode ser extremamente eficaz, quer dizer isso pode ser liquidado internamente e não necessariamente ex -anti, isso seria uma discussão a posteriori.

A professora Teresa, levanta um ponto importante a respeito e questiona tanto a minha assertiva quanto na exposição do Dr. Paulo, acerca da importância e acredito que tenha sido também a posição da professora Farina, da importância do percentual de mercado. Eu reconheço que é importante, desde logo será importante ao longo de toda a análise mesmo que não seja o definidor da obrigação de notificação ou não. Nós precisaríamos, obviamente nós precisaríamos da proxis ideal, a participação no mercado é uma proxis mas ela tem o outro problema é... a dificuldade para o administrado de saber exatamente qual é o mercado relevante. Então se, se estabelece uma obrigação para o administrado baseado em uma variável que entendo eu, ele não deve definir, entendo ser esse também o entendimento da SEAE, de que não é o administrado que define o mercado relevante, embora nós... diviso apenas um

aspecto de que seria útil saber dele o que quê ele acha, mas de qualquer maneira não é ele que deve definir. Se não é ele que deve definir fica difícil impor uma obrigação a partir desse ponto, embora seja uma variável mais adequada do que faturamento, embora também imperfeita porque nós sabemos que a relação entre a participação c;le mercado e poder de mercado é uma relação tênue, apenas aplicável sobre hipóteses muito restritivas, mas de qualquer maneira é melhor do que o faturamento _____.

Eu acho que no tema do patamar, eu acho que alguns aperfeiçoamentos realmente seriam necessários e sobretudo, talvez quando... sem conhecer os estudos já existentes, talvez eu esteja fazendo uma injustiça, mas realmente a nossa proposição aqui da Dra. Bianca e a minha, foi mais no sentido de provocá-los numericamente para uma reflexão dos eventuais impactos que a mudança de patamar teria.

Finalmente em relação a questão da nossa professora Marta, eu acho fundamental e até me atrevo a dizer que a professora não entende o contrário, ela apenas puxou um pouco a minha orelha porque eu forcei um pouco o meu ponto, mas eu acho que eu forcei legitimamente o meu ponto, e o que a professora Marta destaca é a fragilidade das instituições no Mercosul. Discutíamos na aula do IBRAC a fragilidade institucional da defesa d concorrência no Mercosul. É inacreditável o que... o protocolo de Fortaleza tem várias limitações, a interferência política é total. Quer dizer, todas as decisões são ad referendum da comissão de comércio. Ora, decisões independentes no âmbito nacional ficam completamente subordinados a comissão de comércio, isso foi decidido numa madrugada de dezembro de 96, acredito a revelia de toda essa platéia aqui para... eu digo toda essa platéia, não nós indivíduos mas toda a comunidade, sem nenhuma participação da comunidade jurídica, da comunidade econômica etc., precisa haver uma revisão do protocolo de Fortaleza. Outra coisa, o protocolo de Fortaleza é extremamente ambicioso, tem aquela mania de uma coisa extremamente ambiciosa sem ter os meios. Por exemplo, nós temos todo um procedimento extremamente burocrático e moroso, enquanto não há mecanismos básicos de cooperação. Quantos de nós já sentou com os argentinos para ver quais as peculiaridades do controle de fusões lá na Argentina? No entanto, nós temos um documento maravilhoso que é para inglês ver, que é um documento... várias vezes, eu pergunto ao Dr. Considera ou ao Dr. João Bosco; quantas vezes os representantes brasileiros não vão ao exterior e as pessoas falam: Poxa, mas que maravilha esse protocolo do Mercosul! Eu confesso que até mesmo eu aproveitei o embalo e comecei a falar mesmo, que é uma maravilha etc. porque você fica animado, mas quando você vai ver na realidade não tem encaminhamento. O presidente já está me dando uma bronca.

Dr. Mauro Grinberg: Em nome do IBRAC, eu agradeço ao Prof. Rui de Moura Ramos, ao Dr. Mark Powell, ao Prof. Gesner Oliveira, à Prof^a. Elizabeth Farina e ao Prof. Fernando Marques. Esta sessão está encerrada.