

François Souty (paper apresentado)

COMPETITION, REGULATED SECTORS AND MERGER CONTROL: SOME REFLECTIONS ABOUT THE FRENCH EXPERIENCE

To address the very complex issue we are facing today, I will mainly draw on the French case law which has been recently developed by the competition law and policy enforcement authorities. I will also try and connect these developments in my introduction with analyses recently presented in an OECD Workshop.

Thinking about mergers, concentration control and firms operating in regulated sectors may induce to use several different approaches, either institutional, structural or behavioral.

For instance, in the recent roundtable which I have just mentioned, the OECD Committee on Competition Law and Policy has tried to define what are the main policy questions raised by the relationships between regulators and competition authorities. And the debates have shown that the experience of deregulation in the most advanced economies can lead at least to three main observations :

1/ First, there are specific regulatory regimes in many sectors in OECD countries. They are particularly common in sectors such as telecommunications, electricity, railways or natural gas. But these specific regulatory regimes are found as well in radio and TV broadcasting, civil aviation, cable television, ocean shipping, pharmaceuticals, radioactive minerals, alcoholic beverages, insurance, banking, inter-city bus transportation and trucking, Water distribution... and the list is far from being closed.

2/ Second, there is no unique model of relationship between sector specific regulators and competition authorities either across countries or sometimes even within a country. One particular model, the mandate driven division of labor approach, appears, however, to be somewhat more common than others.

3/ Third, in countries which have deregulated somewhat earlier than others, a rather pragmatic approach seems to have been used : this approach empirically differs from sector to sector. Countries liberalizing somewhat later appear to have followed a more systematic approach.

The conclusions of the debates were that although « the theory of regulation seems reasonably clear in terms of indicating where regulation

could be usefully applied, the corresponding theory of appropriate regulatory institutional arrangements was much less clear ».

You will find in this room a reference note which was prepared by the OECD secretariat to support the national contributions submitted for debates at this OECD Roundtable which lead to this set of observations. I hope this document can also be of use for further reflections of Brazilian authorities and scholars as it has served in my own competition authority and university.

Now, to address the precise questions of how to cope with competition problems when mergers occur in regulated sectors, in a competition agency perspective, let me first introduce you how sectoral regulators can live with one or even two competition agencies as this is the case in my country. I should even say « how competition agencies can cope or survive with sectoral regulators » instead of how they can live with.... Then I will consequently elaborate on three recent cases which were recently dealt with by the Competition Council in sectors where independent sectoral regulating agencies are at work or in sectors where new regulators will be operating soon. These sectors are the telecom sector, the broadcasting industry sector and the electricity sector. And I hope you will see how the competition agencies are developing their enforcement and advocacy.

1/ The « Cohabitation » of Competition authorities and Sectoral Independent Agencies in France

Here we need to consider what are the competition authorities and their roles, what are the Sectoral independent agencies and what is the philosophy underlying their respective roles.

A/ Competition Authorities

In principle, the French competition law rules are set out in the so called 1986 Ordinance and these rules concern all economic activities. This competition law is enforced by the Competition Council (or « *Conseil de la concurrence* ») and the Ministry of Economic Affairs, Finances and Industry through its Directorate General for Competition, Consumers affairs and Frauds (DGCCRF). On behavioral matters, the Council rules on its own as a Competition Tribunal. But the Conseil has to resort to the Ministry manpower for the major investigation.

In the structural field, specifically on mergers issues, the story is different : the Council only has an advising capacity to the Minister. The Minister's decisions are prepared by the DGCCRF. Only the Minister has the discretionary power to prohibit a merger even when the Conseil de la concurrence has found its advantages from the point of view of economic progress outweighed its disadvantages from the point of view of competition. In principle, the Minister decides also on whether to publish the Conseil's opinions on mergers along with his decisions : in other words, sometimes, the Conseil has conducted in depth analyses, but its findings will remain confidential to all operators that are not directly involved in the merger under review. This leaves a good deal of discretion to the political authorities on issues which are considered too hotly sensible.

There are two limits to these principles : first, competition law rules may not apply entirely when operations might affect public order, such as the defense sector for instance; second, there are a number of areas in which specific behavioral or merger rules apply.

B/ Sectoral authorities

Sectors in which the competition authorities have to share their powers with specific regulators include the audio-visual sector, the telecom sector, the banking, investment and insurance sectors, the electricity sector, etc. Here, we have to make a differentiation between different categories of sectoral regulators. A first category is made with classical technical Ministries or Departments such as the Departments respectively in charge of Transportation, Maritime activities, Environment, Public Health and Social Security etc... A second category is made by independent agencies which, in France, have appeared in the second half of the present decade and have some powers with regard to competition issues. And a third category is made with independent administrative authorities, some of which are pre-existing the competition council but have no specific powers related to competition issues.

The first category does not represent a specific regulatory feature with regard to experiences in most countries : these authorities tend to try and protect the monopolies or exclusive licensed operators under their realm. When there are advisory bodies linked to executive departments, these agencies report directly to the ministers without involvement of either the Conseil or the DGCCRF. Decisions are taken in a classical governmental process, with arbitrages under the responsibility of the chief of the government.

The second category is much more interesting in our perspective : up to 1999, there have been only two independent agencies operating more or less jointly with the Competition council under provisions set out in their own statutes:

- the « *Conseil supérieur de l'audiovisuel* » (CSA in the Broadcasting Sector). The Audiovisual law of 1986 provides the CSA with responsibilities in the field of merger control whereas the Conseil de la concurrence is responsible for the enforcement of the competition ordinance with regard to abuses of dominance and anti-competitive agreements and cartels.
- the « *Autorité de Régulation des Télécommunications* » (ART in the Telecom sector). The telecommunication law of 1996 has made this agency responsible for exercising control over the conditions governing interconnection and for settling disputes arising in this area. Its decisions can be appealed to the Paris Court of Appeals : as will be seen later, the Court sees to it that the ART decisions are consistent with competition law. The Competition council's jurisdiction over competition issues in telecommunications has been confirmed. The ART also has to submit to the Council any dispute falling within its jurisdiction. Furthermore, the law itself requires that the two independent bodies engage in mutual consultation and reaffirms the consultative role of the competition council in the drafting of regulations affecting competition.

As for the rules governing network interconnection contracts, these are considered private-law agreements and are subject to the ordinary law of competition. However, some of the contracts offered by powerful providers must obtain the prior approval of the ART. A free market exists in principle for services. The only remaining rules concern fees charged for universal service and for services for which there is no competition. The Ministry of the Economy and Finance retains the right to approve prices in this field, and the Competition council can be asked for its opinion on these issues as well.

A third independent agency is likely to start operating in 2000, the « *Commission de Régulation de l'Electricité* » (CRE in the electricity sector). The latter is likely to have a relationship with the Conseil de la concurrence very similar to the CSA and ART. The respective laws instituting these two agencies provide that they must consult with the Conseil de la concurrence when matters concerning competition issues arise within the sectors they are overseeing. On the other hand, the Conseil must refer for opinion to these two agencies each time it has to rule over practices of operators falling within the scope of responsibilities of these two agencies.

A system very close to this one also applies in the field of banking activities, although the regulatory structure is somewhat more complicated. In fact, the banking industry enjoys a specific regulatory structure, with several commissions besides the Bank of France, like the Banking Commission, the Committee on banking and financial regulation and the « Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement » (CECEI), chaired by the Governor of the Bank de France. The role of the Central Bank is central in this industry together with the Minister of the Economy and Finance who decides on mergers in the banking sector. This system has been in the front pages of the newspapers during the last summer. In June and July 1999, the BNP tried to take over the Société Générale. It was prohibited to do so by the Minister who followed the opinion of the CECEI, and in fact, the opinion of the Governor of the Central Bank who chairs this body.

In the third category we find all the administrative authorities that are listed in an article (article 16) of a decree of application of the 1986 Competition ordinance : these authorities are listed in an annex to the decree which states that the Competition council must inform these authorities about all references falling under their scope of responsibilities. This list include : the Commission des opérations de bourse (Securities and Exchange Commission), the Commission nationale de l'informatique et des libertés (National information data commission in charge of the protection of liberties), Médiateur du cinéma (Movie industry ombudsman), Commission des marchés à terme réglementés de marchandises (Second Market Stock exchange commission), Commission bancaire (Banking commission), Commission nationale de la communication et des libertés (National Press commission in charge of the protection of liberties).

C/ Relationship between Competition authorities and sectoral regulators

What is the philosophy underlying the role of competition agencies with respect to specific sectors in France?¹¹ The competition authorities try to monitor the conditions under which sectors are opened to competition, but they also focus on the conditions under which state-owned corporations - generally monopolies - diversify their activities.

When sectors are opened to competition, it is commonly agreed that the following measures should be taken:

¹¹ This paragraph derives mainly from the *Annual Report on Competition Policy in France for 1995*, OECD Annual Reports series, points 99-110.

firstly, clarify and, if necessary, reinforce, the rules governing the provision of a universal service, while complying with the requirements of equality, continuity, an affordable price, and the constant efforts to satisfy changing needs, and

secondly, introduce a framework within which the competition process may make a positive contribution. In this connection, specific regulations should be reduced to a strict minimum, and the scope of application of common competition and consumer protection rules should be kept as broad as possible.

As regards the «regulation» of these sectors, three different roles can be identified:

comprehensive regulation (conditions of entry, rules for the provision of a universal service, financing of the service), which must be the responsibility of Parliament and Government,

administrative and technical management (examination of applications for licences to provide services, allocation of scarce resources, ensuring that operators comply with legal and regulatory obligations, in particular those specified in their terms of reference), which can be entrusted to independent specialized administrative bodies,

monitoring of the markets, in particular as regards competition and the competitive processes: this is the duty to the authorities which are usually and commonly responsible for anti-competitive activities on the markets.

D/ Merger control in the French law, from filing to assessment and decision

As regards the notification system, it should be stressed that the filing of a case is voluntary and must be solely with the DGCCRF. In practice, parties usually notify their transactions if their combined market share is substantial or when a concentration concerns a highly concentrated market. Therefore, in the case of operations affecting a party involved in a regulated sector or regulated activities, operations would most probably be notified to the DGCCRF. But, as we have seen, the DGCCRF has a relatively free hand to advise the Minister to refer a case to the Conseil for an opinion.

Therefore, in the merger control area, the Conseil de la concurrence merely has an advisory function. Mergers are controllable if the merging firms meet either a market share threshold of twenty five percent of a relevant domestic market or a size threshold of seven billion Francs (approx 1.1 billion

US\$) aggregate turnover for the merging firms, provided that two of the merging parties have an individual turnover of at least two billion francs. The Minister of the Economy and the Minister in charge of the relevant sector can decide to block a merger or to impose conditions on controllable mergers after the merger has been referred for appraisal to the Conseil. Although the Ministers are not bound by the opinion of the Conseil, they must publish this opinion together with their joint decision. The role of the Conseil in merger analysis is to assess whether the potential anti-competitive effect of the merger is counterbalanced by a sufficient contribution to economic progress.

However, we are now going to see that these provisions limiting the role of the Competition council do not mean that Competition policy cannot be applied to operators in regulated sectors.

2/ A brief reflection on the Case Law in three sectors

Thus, after the presentation of the framework under which competition and regulatory authorities are operating or, rather, are cooperating, let me give you now three examples in which the Competition agencies have had to address mergers involving regulated activities or operators. These examples will concern successively the telecom sector, the media sector and the electricity sector, which are three high technology sectors operated by industries strongly participating to the dynamic set up of the Information Society.

A/ Competition law and the telecom sector

I have already mentioned a few cases in which the Conseil de la concurrence has had to address issues which fall close to the scope of responsibilities of the *Autorité de Régulation des Télécommunications*.

I would like now to entertain you about a recent case on interim measures which raised several questions linked with the opening to competition of the telecommunication markets. In this case, we were very close to the mergers area although not completely in it and where the borders between behavioral and structural controls is blurred. It involved three major operators of the country, namely France Telecom and two subsidiaries of the powerful BOUYGUES and VIVENDI groups, and last but not least the Department of one of the heaviest ministers of the Government in charge of the Education. Taking into account the dynamics at work in the Information

markets, this interim measures case also underlines how a fast competition agencies intervention can bring remedies to a problem.

In their reference to the Conseil de la concurrence, the French Association of Private Telecommunications Operators (AFOPT), whose member operators include Cégétel Entreprises and Bouygues Télécom, denounced the practices of France Telecom on a proposal of preferential conditions for Internet access offered to schools. In the opinion of the AFOPT, the members of this association were prevented from competing with France Télécom on the Internet access to schools, thereby excluding them from the market. For AFOPT, this exclusion resulted from two factors:

first, from the fact that to compete with France Télécom private operators had to offer a package for the vast majority of schools. That package comprised interconnection with France Télécom's local telephone network, long-distance data transmission and Internet access ;

second, from the fact that France Télécom's charges for interconnection with the local network were higher than what the firm had offered the Government for all Internet access services for schools on a flat-rate basis of 1900 hours of connection per year and per school.

Taking into account the fact the Telecommunication Regulatory Agency (ART) had itself issued an unfavorable opinion on France Télécom's offer, the Conseil de la concurrence found AFOPT referral admissible and stated that it could not be ruled out that the France Télécom's package might constitute an abuse of dominant position in local telephony. This abuse might be sued under both the provisions of the 1986 Competition Ordinance and of the Treaty of Rome.

In addition, the Conseil held that the existence - if established by further investigations - of practices aiming at eliminating all competition in providing school with Internet access would be a particularly serious matter. It also noted that the Minister of the Economy and Finance and the Secretary of State for Industry had also expressed their wish there to be competition. In light of the fact that the Government's Program of Action called for the initiation of a dialogue at School Boards meeting before the summer of 1998, the Conseil deemed that the situation was an emergency requiring the adoption of temporary or interim measures.

Therefore, the Conseil enjoined France Télécom to suspend the application of its proposed pricing and package until it offered long-distance telephone operators specific and non-discriminatory conditions for interconnection with its local telecommunications network for Internet access

for schools. Since then, the various operators have found a solution which has not required further move by the competition authorities nor by the regulator.

It should be stressed here that the Competition agencies and the sectoral regulator can reach the same conclusions and that conflicts are not always unavoidable. Unfortunately such is not exactly the same situation with regard to the Media sector to which we are coming now.

B/ Competition law and the Media sector

The Media sector has given rise to more controversies between the competition authorities and the authority in charge of the broadcasting sector. Than the telecommunication sector. The Minister in charge of communication and cultural affairs has tried to introduce a bill which aimed at « clarifying » the application of the competition ordinance to mergers in the audio-visual sector. Although a provision of a 1986 law on freedom of communication exclude the power for the Minister of the Economy and the Conseil de la concurrence to regulate transactions involving the broadcasting sector, both the Minister of the Economy and the Conseil de la concurrence have controlled in recent years transactions concerning cinemas (Gaumont/Pathé Cinema in 1992), television broadcasting rights (UGC-DA), radio operations (CLT/Fun Radio) and even pay-TV (Canal+/Nethold). The most recent case involving the acquisition of Havas by the conglomeral group Vivendi in 1998 deserves some more detailed attention.

The Conseil de la concurrence examined last year the plan for the merger-acquisition of Havas by the Compagnie Générale des Eaux-Vivendi at the request of the Minister of the Economy. Although it cleared the operation which was finally accepted by the Minister of the Economy, the operation is interesting in that it gave rise to debates on the markets liable to be affected by it.

At the outset, CGE-Vivendi claimed that television broadcasting and creation TV channels and also purchasing of audio-visual broadcasting and production rights were communication activities lying solely within the jurisdiction of the broadcasting authority which is the CSA and hence outside the scope of concentration control specified in Title V of the Competition Ordinance. The Conseil dismissed the argument by stating that trading in motion picture rights and in broadcasting rights for audio-visual productions and sporting events, as well as production of motion pictures and televisions commercials, constituted activities distinct from television services. It also stated that access to Internet activities performed by the two merging parties were a telecommunication activity, it was for the Conseil to assess the effects

of the operation concerned on those markets. Turning to the horizontal effects of the operation, the Conseil concluded that the concentration had no adverse implications, since the market shares held by the Vivendi group were identical to those held formerly by each of the CGE and Havas groups on the markets concerned, with the exception of the markets on the Internet access and services. In this connection, the Conseil stated that the European Commission in a decision of August 1998 had ruled that on similar circumstances there was no cause to oppose the creation of a joint affiliate between the firms CEGETEL, CANAL PLUS, AOL and BERTELSMANN.

The Conseil also concluded that the pooling of resources and the development of synergies among the communications firms concerned should permit the creation of new services. It held that the group's reorganisation would enable VIVENDI, through its communications holdings, to be present over the whole high-value range of broadcasting material and systems production, as well as access to pay-television.

Finally, the Conseil considered that the concentration would not be harmful to competition on two main grounds:

first, given the rapid evolution of computer-generated and audio-visual techniques, which is causing markets to be in a constant state of flux and making the position of operators insecure,
second, given the presence of powerful actors in the different markets concerned.

The main conclusion of this case has been for the Conseil to reassert its views on sectors which are falling close to the authority of sectoral regulators, both in the fields of telecommunications and media industries. These are again signals sent to the business community about the competition authorities are determined to apply competition law criteria to their activities on markets falling outside the scope of statutory responsibilities of the sectoral regulators.

C/ Competition Law and the Electricity sector

In this field, let me first underline that the main concern for the French competition authorities is to support new entries in the electricity sector, to further integrate our national market within the European Union market. Our problem is slightly different than the problem of the Germans where they have to seek consolidation of their market structure to reach the

point where scale economies can induce more price competitiveness for consumers and further support the competitive process at work within the Union. And so far, the competition authorities have not been in the situation to exercise any merger control in the electricity sector, although there have been several references made to the Conseil de la concurrence regarding the activities of the Monopoly operator which is well known (Electricité de France or EDF).

To come to new legislation still in preparation, in the first place I have to say that the Minister of the Economy has been deeply involved in the drafting of a law that would transpose the EU Directive adopted in december 1996 to further integrate the electricity generation and distribution within the EU. Secondly, the Minister also requested the opinion of the Conseil de la concurrence on this draft while the Conseil has expressed its opinion several times in the recent years on electricity questions. The examination of the new legislation itself and of the opinion of the Conseil de la concurrence give a broad view of how the sector will be operating very soon under the scrutiny of both competition agencies and a new sectoral regulating agency. It is sure that the new system reflects by its complexity all the debates that have surrounded its preparation, including a strong involvement of the Labor Trade Unions.

First, the bill aims at creating a framework for effective competition and creating a new system of regulation. The main feature of this system is the creation of a new institution, the Energy Regulatory Board (*Commission de Régulation de l'Énergie* or CRE). The CRE's administrative powers is to be centered on problems of grid access and dispute settlement between operators. But the CRE's powers do not extend to all of the sector's activities. For example, authorization to operate a power plant is issued by the Minister of the Energy. Ultimate authority over the pricing of activities that will still be monopolies is to be shared by the Ministers of Energy and the Minister of the Economy and Finances. In addition, the law sets out in detail the interface between the sectoral powers of the CRE and those of the Competition Council, maybe to avoid some of the problems that arose in the field of the audio-visual sector. The CRE Chairman refers to the Competition Council those cases of abuse of a dominant position and practices in restraint of competition of which he may be aware in the electric power sector. Any other matter relevant to the Council's powers may also be referred to it for an opinion.

In addition, transmission over the electric power grid of electricity generated by independent suppliers, like any other economic activity, may give rise to disputes that do not lend themselves to analyses in terms of abuse of dominance or anti-competitive agreements. To settle such routine disputes,

involving straightforward individual interests and having no bearing on practices that affect the working of the market, the CRE has been vested with adjudicative powers. The CRE will have to interpret the legislation on grid access. And it will stipulate technical and financial conditions for dispute settlement in decisions that will state reasons and be notified to the parties.

Last but not least, the appeal on CRE's decisions will be introduced before the Paris Court of Appeal. It should be stressed that this Court already has appellate jurisdiction over decisions of the Conseil de la concurrence as well as the *Autorité de Régulation des Télécommunications*, the telecom sectoral regulator. This system is therefore likely to ensure coherence between decisions of the regulatory authorities and those of the Competition Council in the electric power sector.

The Conseil de la concurrence was consulted by the Minister of the Economy in connection with the drafting of the new legislation, more specifically on the principles to be observed so as to ensure that the electricity market operates competitively pursuant to the European directive for a progressive opening of power supply to competition. The Conseil had to stress that the first need was to identify which utilities were assigned to public operators (EDF and private or non nationalized operators) and to define their particular functions clearly. This prior identification is essential in order to be able to establish a system of utility financing that is transparent and non discriminatory.

The fact that EDF will still combine monopolized activities (supply to captive customers, transmission distribution) with competitive activities (eligible customers) is liable to facilitate cross-subsidization practices that may keep potential competitors out of the market. For example, EDF could impose price increases on captive customers to finance artificial price cuts for eligible customers. In the Conseil's opinion, it is crucial that EDF has an accounting system that makes it possible to verify the absence of cross-subsidies and of predatory pricing strategies for the sale of electricity to eligible customers.

To give a broad view of how the competition authorities might cope with issues related to the electricity sector, I would like to conclude this point by the mention of a recent Paris Court of Appeals ruling with regard to a decision of the Competition Council of 1996. Again, we were not exactly in the field of merger control although we were very much involved in the opening of the electricity sector.

In response to a referral by Compagnie Générale de Chauffe, a subsidiary to Compagnie Générale des Eaux-VIVENDI, the Conseil had ruled

in 1996 that EDF had abused its dominant position in electric power generation, in violation of article 8 of the 1986 ordinance.

In support of an action to void before the Paris Court of Appeals, the public utility (EDF) contended that the Conseil de la concurrence had made three errors in its decision:

first, the Conseil had improperly assumed the right to judge the legality of administrative acts when it failed to acknowledge its lack of jurisdiction, second, that the Conseil had defined a competitive electricity market whereas there was no competitive electricity market, third, that EDF practices in question had contributed to economic progress.

In a ruling of January 1998, the Court of Appeals upheld the jurisdiction of the Conseil de la concurrence and essentially confirmed its decision.

The Court pointed out that the generation of electric power for purchase by EDF, not as final buyer but as intermediary, in order to markets it to users in the industrial, services and household sectors, was an economic activity falling within the scope of the 1986 ordinance. The Court noted that there was competition between EDF and independent producers, notwithstanding the public utility's monopoly on the purchase of private production, which necessarily had an effect on the final cost of energy, reflecting the competitiveness of the various generating methods and the capital investment that EDF did not need to make as a result.

The Court also found that EDF had acted improperly, and outside all regulatory limits, in order to protect its dominant position in electric power generation. The Court confirmed that the intent and the effect of the incriminated practices had been to restrain competition in the market in question, by restricting competition from technical resources that could help lower prices by restructuring rates.

Finally, the Court did not follow the Conseil only on a minor point : it held that the publication of the Council's decision in the form of excerpts in EDF's annual report, rather than the complete publication sought by the Conseil was sufficient.

Conclusion: Some concluding remarks about the Competition Council Advocacy functions on structural matters

I would like to conclude this short reflection on the Competition Council Advocacy functions on structural matters where we are very close to mergers or concentrative issues without properly enforcing the mergers control provision.. Under article 5 of the French competition ordinance, the Conseil de la Concurrence can be seized by various professional and business associations and unions with a direct interest on a specific matter. The Conseil is requested to deliver its opinion about a questions related to the functioning of competition on the markets and these opinions are published by the Conseil. After the Conseil has delivered its opinions, it is very difficult for sectoral agencies or the Government just to ignore these opinions unless they have been requested by the Government which can keep these opinions for itself and choose not to publish them.

For instance, in 1997 in the telecom sector alone, the Conseil delivered opinions on General competition issues or draft legislation at the request of the government, trade associations, parliamentary committees and the Telecommunications Regulatory Authority, the latter not even on the basis of the Competition Law but on the basis of the Post and Telecommunications Code. More importantly, in 1998, the Conseil has delivered five opinions in this telecommunication sector, two of which concerned action by local government authorities in this field. In the first of these, the Conseil was consulted by the Association of suburban Paris city councils for electricity and communication networks (called SIPPAREC), which wanted to know whether municipalities could form a joint purchasing group for telecommunications services. In its opinion, the Conseil stated that, subject to compliance with certain formal arrangements (on which I will come back in a few seconds), small local government authorities in the same geographic area should be encouraged to form a group, structuring their demand in such a way that competitors of the dominant operator could make bids. This group could be considered as a concentrative joint venture stimulating new entry, although this word was not used, to increase competition in a sector heavily dominated by the incumbent historical operator, i.e. France Telecom. This opinion should be considered as very closely related to the second opinion requested with regard to joint operations of the small local government authorities. This time the opinion was requested by the Minister of the Economy about a draft notice (« circulaire ministérielle ») from the Minister of the Interior on intervention of local authorities in the telecommunications sector and, more specifically, on the creation of infrastructures. The Conseil set four principles with regard to the stimulation of competition in a recently opened sector :

1/ First, it pointed out that the local authorities intervention in this case concerned a link -local loop facilities- that was of primary importance to the development of competition.

2/ Second, the Conseil stated that local authorities could intervene in two capacities, as providers of networks for telecommunications operators and as managers of their public domain.

3/ Third, the Conseil stated that free competition in the sector depended on compliance with certain conditions. In particular, it drew attention to the disadvantages that would result from network pricing below cost. Such pricing could, in certain circumstances and depending on the size of the community concerned, constitute an aid within meaning of Article 92-1 of the Treaty of Rome. The Conseil also pointed out that the network-owning authorities might be tempted to offer an incentive by setting a much lower price for the network segment open to third parties than the one charged for the segment used internally. The extra cost to the community's budget would be liable to distort competition between competing infrastructures. And finally, the Conseil stressed that the scale of network charges, if it were tiered, should specify the purpose of each tier and the condition of scaling, so as to avoid any discrimination between operators and any opaqueness of pricing. As regards access to infrastructures, the Conseil stated that all operators should be able to use them, including the original operator where appropriate.

4/ Lastly, the Conseil stated that the establishment of passive infrastructures by local authorities must not create a monopoly on the installation of these facilities, nor prevention of telecommunications operators from having the « right of way » specified by Article L45-1 of the Post and Telecommunications Code. Nor may local authorities appoint an infrastructure manager who is a telecommunications operator or has direct or indirect interests in one. Moreover, activities of this type, if they are not physically separated, should be subject to a system of accounting and costing designed to verify the absence of cross-subsidies between the different activities of local government authorities, disclose any discrimination between operators, and reveal the bases of chargeback for the services previously performed by local authorities for themselves.²

To give another examples of intervention in sectors where no independent agency is at work and where the regulating authority is simply a ministerial department, I would mention three opinions concerning state-owned operators that had diversified or extended their activities in sectors open to competition. The first concerned the navy's hydrographic and oceanographic department (SHOM), which publishes various nautical works, some of them in competition with works produced by private publishers. In the second, the Council considered the operating conditions of Urbiel, a subsidiary of the Metropolitan Transportation Agency of Paris (RATP)

² Avis n° 98-21 du 1^{er} décembre 1998.

specializing in the maintenance of elevators and escalators, which had offered its services on markets open to competition. The Council found that its guidelines concerning diversification of the activity of public operators had been complied with and that under these circumstances the new offer of services favored greater competition.

In point of fact, these opinions asked from the Conseil de la concurrence serve as a sort of guidelines of the views of the Conseil about how the competition authority will consider the case if any conflict arises on markets, including those markets recently deregulated or in process of liberalization. These positions of the Competition council are greatly strengthened when they are backed by EU rules and provisions with regard to the further integration of the Community markets.

And last but not least, the common system of appeal before the Paris Court of Appeals for both the Conseil de la concurrence and the Regulatory independent agencies greatly enhance the Competition authorities' analyses. This is especially the case when one takes into account the fact that the Court has the preexisting experience of appeals on Competition decisions of more than ten years before the regulatory reforms have happened in the country.

Sônia Marques Döbler: Muito obrigado doutor Souty.

A palestra do professor Souty está a disposição na sala ao lado, bem como a palestra que será proferida pelo professor Rivière. Temos agora intervalo para café, são dez e quinze, voltaremos as dez e meia.(...)

Sônia Marques Döbler: Sr. Rivière, com a palavra.

Juan Antonio Rivière:

Eu trabalhou na Comissão Europeia, Direção Geral de Concorrência. Isto é o ponto de partida de um regime de controle de concentrações distinto do nível nacional a que os vocês estão acostumados. Suponho que com o Mercosul vocês se acostumarão à complexidade dos regimes comunitários.

No regulamento 4064 de 89 que controla as concentrações, se decidiu em 90 a começar a controlar as concentrações, o que é um regime bastante recente. Historicamente a comissão já controlava as concentrações no setor de aço porque o tratado de Paris que é um tratado setorial já continham as disposições para controlar as funções setoriais.

O primeiro ponto do nosso sistema é a diferença entre o que é uma operação com aspectos de conduta majoritária do que são as operações de caráter estrutural. Nós temos um artigo que é o artigo 85 e 86 que agora são o

81 e 82, segundo a nova numeração existente, que regula o antitruste, regula todas as condutas. Sem dúvida, o problema essencial é que as autorizações de antitruste são de caráter temporário para os casos apresentados nas condições do artigo 81, III, enquanto que nas concentrações as autorizações são definitivas. Portanto é importante atacar uma operação que se sabe que vai consolidar-se e se tiver efeitos anticompetitivos vai durar para a eternidade.

Então, a diferença entre a nossa concorrência comunitária e a concorrência nacional está baseada primeiro, na idéia de que quando se afeta o comércio entre os estados membros Comissão através da Direção Geral tem competência, isso é o que é visto no âmbito _____. Porém, nos casos de concentração o importante é que seja definido o que é uma dimensão comunitária de concentração. Não vou entrar agora nos detalhes porque todos os regulamentos, os regulamentos de concentrações e as modificações vocês podem encontrar no site da Comissão, Mas o essencial é saber que para nós o faturamento de 5 mil milhões de Euros e quando uma das empresas tenham mais de um terço de seu faturamento fora do seu país, normalmente se analisa a nível comentário.

Houve modificações e os regulamentos, agora estamos numa tendência crescente de análises de casos de concentração desde 89/90, passaram 0 ao para no de 92, de 60 no ano 98, 238. Isto mostra portanto um incremento da doutrina e da prática.

A dimensão comunitária é muito importante posto que limita o tipo de operações. São operações de grande envergadura. Os nossos procedimentos são muito simples eu distribui uma página fotocopiada onde há um esquema de sistema de controle de procedimento comunitário de fusões. A idéia essencial é que a se a operação é autorizável se pode resolver caso em um mês e se for muito complicada necessita-se passar a segunda fase que são quatro meses mais; portanto o que se trata de ser eficaz na forma de desenvolver o controle.

Agora vejam, a dificuldade não está no procedimento, está na capacidade de análise dos efeitos nos mercados relevantes, e a definição dos mercados relevantes, portanto há que se ter economistas, engenheiros, além de advogados que analisem os efeitos anticompetitivos. É muito importante que tenha uma boa dimensão dos efeitos da operação, porque senão se corre o risco de autorizar-se situações que logo tenham repercussões competitivas.

Um dos efeitos práticos do nosso sistema, é que os advogados que representam as empresas ao notificar o apresentem os formulários, todos os dados estão completos e portanto não se atrasa o procedimento por pedir mais informações complementares

Nosso regime ao nível comunitário tem também cada dia mais uma dimensão internacional, porque as grandes empresas não limitam suas atividades à Comunidade Européia, e portanto necessitam ampliar a cooperação.

Eu queira ressaltar na cooperação internacional que por exemplo, na decisão do grupo World Com e ICI temos colaborado com o Departamento de Justiça americano porque temos um acordo de cooperação com eles. Essa é uma edição muito complexa que como está muito estruturada porém pode-se perder no mundo do que se chama Information Economy. Deve-se que realmente grandes especialistas ou trabalhar a fundo os temas de mercado, porque a complexidade dos novos produtos está muito acima da capacidade humana média.

E, nessa decisão importante é saber que houve compromissos e que estes compromissos permitiram a autorização, porém este é um exemplo muito claro de que seja feita uma colaboração com o Departamento de Justiça. Pouco a pouco se terá uma colaboração conjunta das autoridades de competência e eu creio que isso para o Mercosul é muito interessante pois está-se aprofundando o protocolo de Fortaleza.

Bem, isto para que vocês tenham uma idéia do que são as concentrações. Eu queria dizer ademais que publicamos um informe anual e nesse informe anual está também na Web se analisa diferentes casos importantes que são interessantes..

O fato de que sejam autorizadas muitas concentrações não se quer dizer que se seja generoso. O que acontece é que se tenta evitar o problema antes que ele ocorra por exemplo, nas pre-notificações já se diz às empresas que notifiquem este tema porque este tema é arriscado. Se você o orienta desta forma tem mais possibilidade ou se você toma o compromisso de redução de um desinvestimento em algum momento e por isso isto lhe facilitará a sua vida e a todos nós também. Nesse sentido, afinal falaremos das instituições do mega-mergers que são um dos temas mais preocupantes, porém eu queria pedir um momento dos executores de serviços porque no fundo no programa se fala sobre transporte aéreo, de bancos de telecomunicações e de energia.. Entre os papéis que foram distribuídos há um bom paper de um colega meu sobre telecomunicações, porque um dos sistemas mais complexos é o que nós temos tratados nos últimos dez anos para liberalizar o mercado. A idéia de como se realizam as fusões nesses setores é muito interessante. Primeiro porque para a política comunitária fez-se uma comunicação de serviços de interesse geral de caráter comercial., Isto é um conceito nosso do caráter comercial, e a idéia seria ampliar o conceito de mercado comum não só aos produtos senão também aos serviços. Os serviços por tradição histórica,

inércia da organização dos estados da comunidade europeia, muitos estavam em mãos das empresas estatais. Então, decidiu-se que seguramente que nesta época de liberalização haveria mais dinamismo no mercado comum se se passasse ao setor privado. Isto as vezes funciona bem outras vezes não. Mas o objetivo era abrir os setores de serviços à privatização, porém não se pode passar facilmente porque de certos setores como as telecomunicações, por exemplo, o setor de energia tem uma complexidade técnica que necessita por-se à disposição do conjunto dos privados certa infraestrutura. Portanto é uma operação complexíssima passar do monopólio ou dos serviços públicos a serviço privados.

O primeiro grande passo de liberalização foi o transporte aéreo. E portanto no transporte aéreo a vantagem de liberalizar causou uma redução considerável das tarifas de bilhetes de avião. Isso para o Brasil seria muito interessante porque os bilhetes internos são muito mais caros do que os intercontinentais proporcionalmente pelas milhas que se viaja. Seguramente não se trata de fazer uma megamerger de todas as companhias aéreas como acabou de ler mas outro tipo de operação que permita abaixar os preços dos bilhetes para ir a Brasília por exemplo.

Então, em relação ao transporte aéreo eu só queria dizer que um dos momentos atuais são as alianças entre companhias aéreas para dar uma dimensão global mundial, porém o risco dessa aliança é voltar a recartelizar as operações. Essa é toda a chave de sucesso da liberação está no acesso aos direitos de aterrissagem e de ‘despejo’ porque senão não há forma de poder competir. O que se pede, é que se leva sempre essa idéia de liberalização aos conceitos técnicos que permitam a abertura do mercado. Da telecomunicações falarei muito pouco porque vocês tem um ‘paper’ muito bom e além disso há uma introdução muito boa feita pela minha estagiária Cecília de Andrade Santos.

Bem, depois os bancos tem um paper de Joaquim Lopes Madruga. Nas contratações bancárias o importante chegou a conclusão de que a maioria se pode autorizar. No mercado relevante há três grandes categorias: o mercado ‘por menor’ que é mais ou menos local, o mercado do que se chama ‘corporate banking’ que é um pouco maior e isto tem uma dimensão normalmente supranacional e logo há os mercados financeiros que tem um caráter de mercado mundial.

Então são basicamente essas idéias que seguem ampliando as concentrações e aí não há de momento grandes momentos porque os bancos na Europa têm grande concorrência e agora com o euro ainda mais. Estamos agora diante de grandes operações de concentrações, que nem sempre são bem sucedidas porque os Estados todavia tem a capacidade de controle das

regulações nacionais de conduta ou de serviços administrativos dos bancos e agora por exemplo, tem havido uma discussão que a comissão autorizou Santander hispano e a banca (...) portuguesa. O problema que existe atualmente é que a nível em português, que está pondo em dúvida se do ponto de vista de procedimento se se fez a notificação às autoridades portuguesas no que respeitava a diretiva de controle das organizações financeiras portuguesas. É um exemplo claro de onde a regulação nacional e a aplicação do direito comunitário diretamente têm conflitos. É normal que isso ocorra e temos que encontrar soluções.

Por último a energia tem um papel que descreve as linhas da diretriz das regras comuns de energia. Aí estamos entretanto no período precedente às grandes fusões, estamos no período de liberalização do setor energético. Existe uma diretiva muito ampla e o importante dessa diretiva é que se pactuou três fases de liberalização desde fevereiro de 99 até fevereiro de 2003. Em 19 de fevereiro é a data de início da liberalização. O tema importante na 'energia' é conseguir dar o acesso ao consumidor final uma opção de acesso a outros produtores. Porém no momento está na fase dos grandes consumidores. Esse estágio chegará e já há grandes debates atualmente sobre os custos que representam para as empresas elétricas o passo a concorrência efetiva. Na Espanha as empresas elétricas vão solicitar ao Estado um bilhão de pesetas como custos para poder competir. E, então a comissão europeia está vendo como vai controlar e se este um bilhão de pesetas não é uma ajuda de Estado., Nesse processo se mescla um pouco intervenção do Estado na medida em que favorece a liberalização mas não enquanto seja uma ajuda que distorça a concorrência que se quer criar.

Eu queria dizer ainda que estou preocupado com as mega fusões que é o colofon que se pode chegar também estes setores. Precisamente se liberalizam de posições de domínios e o perigo é que as alianças voltem a recentrar em uma questão conjunta de dominância o que se tem tentado com muitos esforço separar. Quiza nosso critério é que as concentrações não se autorizam quando se cria uma posição dominante ou quando se reforça esta posição. A diferença de conceito de posição dominante em relação ao de vocês é que segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu a posição dominante existe a partir de 50% da parte do mercado. Então, nós temos uma margem de análise mais flexível e que podem existir no Brasil; isso não quer dizer que não podem existir procedimentos com menos participação no mercado. Existem! Porém a teoria é que a doutrina estabelece que a partir de um determinado momento se pode considerar posição dominante, porém no fundo a grande dificuldade é não reforçar a posição dominante e aí é onde creio que há que se insistir, porque o perigo é reunir o que com tanta dificuldade foi separado. E um artigo que vi em El Pais em fins de outubro,

havia um artigo em que dizia que por exemplo, os últimos meses de janeiro a setembro se fez dois bilhões de dólares, dos quais 75% das operações são para reduzir custos e que a maioria atualmente das funções a nível mundial são no setor de telecomunicações, que é um setor de grande crescimento, muito dinâmico, daí o perigo de reconduzir-se a uma joint dominance.

Eu creio que isso está muito bem dito porque se diz que o perigo está nessas grandes operações sejam uma força que questione los serviços de concorrência e por outro lado interessa muito que no futuro a cooperação entre os assuntos de competência sejam reforçadas para poder dar-se conta dessas dimensões tão grandes que há das concentrações. E, nesse sentido aproveito o final para dizer que provavelmente no dia de 24 de novembro se inicia a negociação do Mercosul com a União Européia, essa negociação vai durar muitos anos e a idéia é realizar um acordo progressivo de redução tarifária, dentro desse complexo bem amplo porque já temos um acordo macro de cooperação se vá incluir um capítulo de cooperação no que se refere as regras de competência e o regulamento das autoridades de competência e mútuas. O tema que estamos esperando é que se consolide a posição a nível do Mercosul e todos tenhamos a possibilidade de ter a relação do Direção Geral de Concorrência em Bruxelas com os membros fundamentalmente CADE e a Comissão Nacional de Concorrência argentina que são membros do Comitê do Mercosul e possamos avançar nas cooperações. Eu creio Sônia que com isto e dou terminada minha exposição.

Sônia Marques Döbler: Muito Obrigada Juan. Eu gostaria de observar, que aqueles que desejarem fazer perguntas, poderão fazê-las por escrito remetendo a mesa os papéis com as questões ou fazê-las oralmente. Já podem mandar as questões, os que quiserem fazer por escrito para que nós possamos selecionar.

Passaremos agora ao próximo palestrante, que é o doutor William Bear, que é ex-diretor da Federal Trade Commission, Bureau of de Competition dos Estados Unidos. Com a palavra, por favor.

William J. Bear: (em inglês) .

Sônia Marques Döbler: Muito Obrigada. Passaremos então aos debates. Temos dois debatedores, primeiro deles o doutor Celso Cintra Mori a quem eu passo a palavra para fazer as suas observações sobre as palestras.

Celso Cintra Mori:

Bom dia. Eu vou tentar colocar aqui três ou quatro questões, já bastante consciente que eu vou ter no máximo alguns segundos para cada uma delas porque a mesa não está para brincadeira hoje, em matéria de controle do tempo.

E eu começo propondo uma reflexão à professora Elizabeth Ferina, sobre algumas coisas muito interessantes que ela mencionou na exposição que nos fez ainda a pouco. Ela fez um histórico das privatizações e fechou o item com uma referência muito preciosa à privatização das estratégias empresariais, e a preocupação que nos leva a fazer esta observação é justamente a da análise dos limites da atuação dos órgãos reguladores, quando se sabe que a legislação relativa a proteção de mercado e a livre concorrência é uma legislação voltada para impedir danos ao mercado; mas nessa nossa experiência de aprendizado, nessa nossa experiência relativamente recente porque não tem ainda muito mais do que 20 anos de uma atuação efetiva dos órgãos reguladores, o que se tem percebido é que muitas vezes os órgãos reguladores embora não identifiquem danos objetivos e concretos ao mercado, preocupam-se em saber das estratégias empresariais possíveis quais seriam as boas, quais seriam as ótimas e entre o bom e o ótimo acabam captando para si a definição da estratégia empresarial. Então, a colocação que faço para merecer um comentário mais aprofundado da professora Elizabeth, é se a privatização das estratégias empresariais não significaria que os órgãos reguladores deveriam limitar a sua atividade àquelas situações em que um dano efetivo ao mercado ou as regras da livre competição precisem ser corrigidos e estariam além das suas próprias vocações e competências, quando não havendo dano pretendessem analisar estratégias empresariais possíveis substituindo-se àquele que devam conduzir o risco do negócio e em desdobramento desta questão, quando nós sabemos que toda a política industrial toda a estratégia empresarial está voltada para a eficiência empresarial, coloca-se talvez uma questão ainda mais delicada, porque é uma questão secular e não resolvida; é que o desenvolvimento industrial, o desenvolvimento empresarial tem um custo social que ainda não foi possível equacionar, para o qual não foi possível equacionar uma solução. Então, quando se fala por exemplo, que um determinado desenvolvimento tecnológico é causador de risco para a sobrevivência de pequenas empresas competidoras, ou é possivelmente causador de diminuição do número de empregos disponíveis na estrutura produtiva, a pergunta que fica é se os órgãos reguladores ou se a política industrial pode limitar a eficiência empresarial para preservar a sobrevivência de empresas menos eficientes mesmo naquelas situações em que não haja violação das regras de livre mercado e se a atuação desses organismos pode limitar a eficiência empresarial naquelas situações em que a eficiência empresarial possa

aumentar níveis de desemprego, ainda quando respeitada as regras de livre competição. E a pergunta me parece fundamental, deve suscitar considerações de ordem sócio-econômica, porque se nós acreditamos no mercado, nós temos que acreditar que a livre competição e a livre fruição das regras do mercado deverão trazer soluções naturais para esses problemas de sobrevivência das empresas menos eficientes e de manutenção de razoáveis níveis de empregos. Porque se nós tivemos que interferir regulatoriamente para manter este equilíbrio, significa que nós mesmos estaremos negando as regras do mercado.

Sônia Marques Döbler: Prof.a Elizabeth, gostaria de fazer a sua observação agora, melhor assim já conclui.

Elizabeth Farina

Bom, acho que trata-se aqui de discutir política e defesa da concorrência, interferências sobre as estratégias empresarias, quanto que a gente acredita que a concorrência funciona mesmo. Quer dizer, essa nossa crença é genuína.

Eu acho que você tocou em dois pontos bastante importantes; qual é o limite da ação sobre essas estratégias num ambiente onde se elege a concorrência como uma estrutura de incentivo adequada às ações empresariais. Eu diria o seguinte, é difícil falar disso genericamente, mas eu acho que a legislação de defesa da concorrência, seja ela voltada para a análise da conduta, seja ela para atos de concentração, ela tem um objetivo de evitar os efeitos negativos mesmo. Quer dizer, na medida em que é difícil a gente imaginar que uma pessoa que esteja na burocracia tem o conhecimento da realidade dos negócios, da diversidade de negócio que aparecem na sua mesa para ser analisada, evitar danos já é suficiente, eu não preciso ainda por cima decidir qual é o nível ótimo de, por exemplo, de concentração que eu desejaria; mesmo porque eu acho que do ponto de vista conceitual ou mesmo das análises empíricas que a gente acompanha, a eficiência é compatível com muitos níveis diferentes de concentração. Na linguagem dos economistas a gente tem modelos com equilíbrio múltiplos igual ao nível de eficiência, para se usar um economês bem caprichado. Então é isso mesmo, equilíbrios múltiplos. Ou seja, eu tenho níveis diferentes de concentração que eu poderia escolher e se isso é verdade e se eu tenho o risco de não conhecer adequadamente todos os efeitos que as estratégias empresariais podem ter o que é natural, porque nem o próprio empresário tem dado que ele vive num mundo de incerteza; se eu evitar o estrago eu acho que a gente já está fazendo um negócio e minimiza o custo da intervenção. Então, a idéia de você avaliar

atos de concentração por exemplo, onde você busca saber se tem efeitos, quer dizer se eu pensando nos efeitos competitivos, se eu tenho um efeito não negativo. Quer dizer, eu posso não ter grandes efeitos positivos, mas se eu não tiver nenhum efeito não negativo, eu acho que já está bom; evita o erro da falha do governo para corrigir a falha do mercado.

Na questão que você coloca do desenvolvimento industrial e o custo social, a questão do desemprego tecnológico, eliminar a concorrência, eu acho que já está bastante consolidada uma visão de que a política de defesa da concorrência tem o foco na concorrência e não no concorrente. E eu retomo uma questão que eu coloquei aqui atrás na minha exposição, é que muitas vezes quando você insiste na concorrência você elimina naturalmente o concorrente. Quer dizer, o resultado de uma política forte de concorrência pode ser, em muitos setores é um menor número de players e não um maior número de players, isso tem a ver com características tecnológicas, com padrões de concorrência que estão aí colocados e eu acho que esse é um aprendizado de outros países, e outras legislações e vários estudos que foram feitos, onde se mostra que se você está privilegiando a eficiência e a eficiência contribui para o melhor uso dos recursos, seja de hoje, seja de amanhã, muitas vezes você tem que fazer uma limpeza em certos mercados e pode ser uma consequência. Isso não quer dizer, que governos estejam isentos da necessidade e da responsabilidade de adotar outros instrumentos de política econômica para melhor preparar os seus recursos humanos, para compensar os efeitos de uma política de concorrência muito forte em determinado momento, então isso demanda outras questões.

E eu queria fazer uma observação que é a seguinte; se a gente analisar as ondas de fusões que ocorrem no mundo, nós vamos ver que não tem política de concorrência que segure isso. nunca uma onde fusões foi sustada, hoje tem mais economistas aqui para mim... mas foi sustada por ação de política antitrust em parte nenhuma do mundo, pela simples e boa razão que em geral elas são sustentadas por mudanças de paradigmas tecnológicos importantes acompanhadas de mudanças institucionais importantes e é muito difícil para as agências de concorrência então impedir uma reestruturação produtiva quando a mudança tecnológica está na base dessas ondas de fusão. Todos os trabalhos que eu conheço analisando ondas de fusões, nenhum deles me autoriza a dizer que uma política de concorrência mudaria o curso histórico que foi seguido. Eu acho, mas é de qualquer maneira importante para eliminar aqueles possíveis abusos.

Sônia Marques Döbler: Muito obrigada. Passarei a palavra então do doutor Franceschini para as suas observações.

José Inácio Gonzaga Franceschini

Muito obrigado doutora Sônia, e espero que a minha rouquidão não atrapalhe demais. A doutora Sônia me pediu que abordasse ainda sucintamente nos poucos minutos que eu tenho, os dois últimos temas desse painel que não foram ainda objeto de comentário. Ou seja, a questão da caracterização do ato de concentração e momentos de apresentação. E é uma resposta muito simples, a não ser que haja perguntas, abordar estes temas, apenas uma questão provocativa principalmente aos colegas juristas e advogados que tenham uma reflexão a respeito.

Porque é que esses temas foram escolhidos, porque é que esses temas foram, aliás colocados em primeiro lugar nesse painel; pela pobreza de outros temas e que em termos de discussão nesse país. Nós passamos, quem faz uma análise da jurisprudência verifica que nós passamos o último ano, talvez um pouco mais, discutindo quase que invariavelmente em todos os casos questões de competência, questões de intempestividade, questões de volume de documentação, questões de enganiosidade, que são temas menores, são temas menores. Esses temas, aliás pela intensidade com que se discute não se responde a eles, levam necessariamente a uma retração da observância voluntária pelo empresariado da legislação de defesa da concorrência. Levam, pela ausência de um debate maior sob temas de mérito a uma alienação do pólo passivo da legislação que é o empresário e leva a uma exacerbação daquilo que eu venho chamando a atenção até de alguns empresários, principalmente aqueles antigos, a chamada síndrome do aquário do peixinho dourado, ou seja, os peixinhos dourados ficam nadando, aí de repente chega um agente regulador, uma autoridade pum! Pega um! E os outros continuam nadando até serem escolhidos para a próxima fase.

Na realidade o que é que nós temos em termos de contribuição dos advogados, economistas até que tem contribuído mais reconhecimento, que debatem as questões de mérito sobre temas específicos, análise de jurisprudência, mas economista tem uma análise que define a política do ser. Cabe ao jurista, advogado estabelecer a política do dever ser. O CADE, as autoridades, o sistema brasileiro de defesa da concorrência a eles não se aplica e como advogado que sou, gosto dessas bobagens, aquele brocado jurídico (*roma olocuta, causa cessa...*) ou seja, ouvir o CADE, a causa parou. Ao contrário! O CADE exige uma colaboração com a sociedade, com os profissionais que necessitam discutir os limites do CADE, os limites da discussão que se trata nas questões de mérito, se debatem sobre premissas, se debate sobre teorias econômicas, se debate se tem mais ou menos documentos para apresentar e não se debate sobre como, tivemos hoje um painel sobre

telecomunicações, sobre energia, sobre alimentação, sobre infra-estrutura. Estes temas não são objetos de seminário neste país, não são objeto dos advogados e juristas não se debruçam sobre ele. Então, o que temos aqui agora? Nós temos uma atividade em que se verifique que as autoridades estão cumprindo o seu papel, o sistema brasileiro de defesa da concorrência é extremamente avançado, complexo, ele é sofisticado, cumpre o seu papel. A sociedade não está retribuindo a isso o que gera uma certa incerteza, e o que gera um prejuízo para a própria coletividade porque é inaceitável que as autoridades sejam tidas como tutoras da coletividade e cumpre a sociedade estabelecer via noticiário, via debate, via doutrina, via seminário, os limites desta e permitir uma contribuição para o sistema, o sentido de que eles possam refletir sobre aquilo que decidam e não simplesmente falem entre si dia após dia; e nós sabemos que quando fazemos um texto, lemos esse texto, acabamos cometendo sempre os mesmos erros. Não há uma contribuição maior da sociedade no sentido de tornar eficaz a legislação de defesa da concorrência, com debates sobre o mérito dessas questões.

Então veja bem, não se discute por exemplo; será que está certo ou aquela definição de mercado relevante em termos de economia; será que o guideline que foi publicado pela SEAE está correto, como por exemplo a dar uma tendência maior, uma hiper segmentação do mercado; será que isto não cria em determinados casos o que eu chamo de realidades virtuais em que se estabelecem e que se permitem como o doutor Mori mencionou, uma intervenção do Estado dirigista (pausa).

Debates

François Souty: (em inglês) (sem tradução simultânea).

Sônia Marques Döbler: Obrigada. Tem uma pergunta aqui, para o doutor Juan Rivière, da Cristiane Zarzur. Ela diz o seguinte: que os acordos de cooperação entre agências antitrust internacionais são indubitavelmente úteis para intercâmbios de informações e experiências e para cooperação de mercados e setores econômicos onde fusões e aquisições ocorrem a nível mundial. Como o senhor vê sobre essa questão a possibilidade ou risco de aplicação indistinta de teses econômicas e ou soluções compensatórias a possíveis efeitos anticoncorrenciais em situações e economias muitas vezes estruturalmente distintas, como por exemplo economias maduras dos Estados Unidos e economias em desenvolvimento de países ditos como emergentes, com o Brasil.

Juan Antonio Rivière:

Eu creio que comissão Européia tem um pequena experiência. Tem um acordo com os Estados Unidos em matéria de concorrência e agora também com o Canada. No fundo a relação bilateral se desenvolveu pela necessidade de se Ter uma coerência de políticas de concorrência. O objetivo fundamental é aplicar os mesmos princípios ainda que tenhamos legislações que divergem. E isto dentro do espírito das recomendações da OCDE que já prevê a colaboração. O grande risco é saber se nos daremos bem ou não. Não temos experiência todavia em cooperar com o Brasil. Cooperamos informalmente com o Brasil. Acabamos de negociar um mecanismo, um marco de cooperação com o México. Creio que são dois temas distintos falar em economias industriais onde normalmente a situação industrial é semelhante ou falar de economias que têm uma organização distinta, desenvolvimento diferenciado. O tema de nossa relação informal com as agências da América Latina, percebemos que o único que podemos fazer é apoiar o processo de organização do marco legislativo e da política das agências. Não serve de nada querer vender nossa experiência por que a experiência tem que ser realizada a nível nacional. O Brasil tem uma experiência legislativa que permite maior análise das eficiências da operação do que nós. A conclusão que se pode chegar no Brasil tem outra perspectiva. Trata-se apenas de colaborar na medida do possível.

Os compromisso que se podem chegar em caso de cooperação, embora não haja um marco de cooperação depende da operação concreta. Normalmente a troca de informação sobre um caso é facilitada se as empresa aceitam que as agência possam intercambiar as informações que a ela são submetidas. Mas o problema de intercâmbio de informação confidencial que é onde está realmente a informação no momento não está solucionado. Nós ainda não solucionamos a questão de intercâmbio de informação entre a Comissão Européia e as Autoridades de Concorrência dos Estados membros. Com mais razão ainda não solucionamos com os Estados Unidos. Isto não quer dizer que não reflitamos sobre o ponto crítico do Dr. Franceschini que é em que medida não estamos andando em círculos. (...)

Sônia Marques Döbler: Eu tenho sobre a mesa mais quatro perguntas e dois candidatos a perguntas orais. Então, eu pediria as pessoas que ao responderem façam uma breve resposta para que possamos atender a todos que perguntaram. Tem, o doutor Pedro Dutra, candidato a uma pergunta oral, por favor.

Pedro Dutra: A pergunta é dirigida à professora Farina e espero que seja de mérito, se não for o doutor Franceschini pode vetá-la.

A professor Farina, fez uma bela exposição sobre política industrial inclusive referindo a algumas ações que no entender dela seria positivas se

fossem tomadas. Uma das conquistas da nova condição é submeter a ordem econômica ao princípio da lei. Quer dizer, toda e qualquer intervenção estatal na ordem econômica, inclusive e sobretudo especificamente a de planejamento só pode se dar na forma da lei. Como a senhora vê uma ação de política industrial, o poder executivo é que deve conduzi-la ou deve ser submetida ao parlamento para se tornar lei?

Elizabeth Farina: Eu acho que política industrial é uma política bem de governo que quem está lá representando foi eleito tem alguma, tem que ter alguma liberdade de adotar essa política industrial, e tem lá os seus órgãos executivos para fazê-lo. Eu não sei qual é a extensão, essas coisas muito de bate e pronto aqui, eu sempre fico me perguntando o que é que ele estava querendo me perguntar, quando você faz as perguntas. Então, eu diria o seguinte; política industrial tem a ver com uma política de governo que tem uma proposta, deveria ter, bem definida de quais são os rumos, os objetivos, a direção que o governo quer tomar...

Sônia Marques Döbler: então, passamos a outra pergunta.

Eu vou fazer uma pergunta agora ao doutor Franceschini, feita por Aurélio Marchini Santos. O momento de realização dos atos de concentração continua sendo objeto de questionamentos, especialmente diante das expressões: primeiro documento vinculativo e alteração nas relações de concorrência introduzidas pela resolução número 15/98 do CADE. Como podem ser interpretadas tais expressões em face do artigo 54 da lei 8884/94 do qual a resolução número 15/98 seria regulamentação?

José Inácio Gonzaga Franceschini: É, quem mandou provocar. Veja, essa é uma questão como diz, daquelas preliminares e que realmente tem que ser objeto de seminário, porque ninguém sabe o que é. O que eu recebo é todo o tipo de indagação, especialmente do exterior e a resposta que eu recebo, depois de uma vasta explicação é assim; eu não entendo mais nada e cada advogado diz uma coisa. Então, o resultado disto é que nós temos uma resolução número quinze que veio para regulamentar o artigo 54 e na realidade com todo o respeito merece revisão, porque ela só causou mais dúvidas e mais incertezas do que soluções. Nós podemos ver que desde a sua edição, desde a sua publicação, o volume de casos e de julgamentos por intempestividade por exemplo, houve um incremento de produtividade realmente notável e que antes não existia. Eu tenho na minha própria experiência profissional que antes da regulamentação, praticamente, virtualmente nenhum cliente nosso sofria desse problema; depois da regulamentação para a interpretação que ele fazia da própria regulamentação e dou consulta aos colegas, vários deles passaram a ter esse tipo de problema. Isto porquê, porque a regulamentação, a resolução número cinco e aí fica uma

sugestão para refletir sobre a possibilidade de uma revisão, ele embute dois conceitos díspares, um jurídico objetivo, direto, primeiro documento vinculativo, pode haver alguma dúvida mas qualquer advogado pode argumentar que é o mesmo documento vinculativo, e segundo um documento de incerteza que é ou outro momento, deixa eu ler aqui... ou outro momento em que houver algum impacto no mercado, muito bem um momento diverso. Na realidade isso surgiu, se pensou que fosse um outro momento posterior ao primeiro documento vinculativo, nunca anterior ao primeiro documento vinculativo e o que quê hoje se interpreta a exceção como sendo uma data até ao próprio documento vinculativo, até anterior a ele, o que resulta em muitos casos, o que tem trazido problemas enormes nessas fusões ou incorporações internacionais, porque muitas vezes disso no exterior existe a Premerger-Regulation, a Premerger-Notification, etc., o que significa na maioria dos casos que a apresentação da notificação no Brasil é anterior a Premerger-Notification no exterior, o que significa que essas empresas sequer tem condições de apresentar essas informações ao CADE, fazem-no de uma forma atabalhoada e muitas vezes são aí punidas por intempestividade, enganosidade ou o que quer que seja. Então, fica uma reflexão que norma legal que gera punição tem que ser objetiva, única, não sujeita a um a controvérsia e cabe a jurisprudência sanar as eventuais arestas. Então, se não gostam de um primeiro documento vinculativo escolham outro, mas com uma definição jurídica, uma definição específica e clara, não sujeitas as incertezas, porque as expressões de cunho econômico tem por própria natureza que ser flexíveis, porque são normas circunstâncias. Qual é o momento do impacto desta operação no mercado? Cada um vai ter uma idéia, a empresa pensa uma coisa, o CADE pensa outra, o advogado pensa uma terceira e o resultado, aquilo que era eventualmente cogitado para ampliar o prazo, reduz, diminui e as vezes pune as empresas que se quer estão habilitadas em nível internacional a apresentar a sua documentação em termos compatíveis com uma análise adequada.

(...)

Sônia Marques Döbler: Obrigada a todos. Os nossos trabalhos dessa manhã estão encerrados e a pedidos do pessoal de apoio, estaremos voltando as 13:30 e não às 14:00 hs para a sessão da tarde. Obrigada. **(final do painel).**

