

Comentário à decisão ministerial referente ao recurso apresentado pela Brisa/AEO

*O Ministro da Economia e da Inovação deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela Brisa e pela Auto-Estrada do Oeste da não aprovação pela Autoridade da Concorrência da concentração entre as duas operadoras. **Pedro Fernandes**, sócio no gabinete de consultoria Reckon LLP, sugere que a decisão ministerial carece de alguns elementos importantes para que se justifique chegar à conclusão apresentada.*

A decisão do Ministro

¹ Em decisão publicada a 7 de Junho, o Ministro da Economia e da Inovação deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela Brisa e pela Auto-Estrada do Oeste (AEO) da não aprovação pela Autoridade da Concorrência da concentração entre as duas operadoras ¹

² O diferente seguimento dado pela Autoridade e pelo Ministro ao pedido de concentração não implica, necessariamente, uma contradição entre as duas entidades. Com efeito, a diferença poderia ser lógica e justificada, se explicada pelo facto das apreciações feitas assentarem em critérios diferentes ou prosseguirem fins diversos.

³ Como lhe compete, a Autoridade avaliou a concentração de acordo com o “efeito sobre a estrutura da concorrência” (Artigo 12, n.1, Lei 18/2003, Artigo 12). Sob esse critério, a Autoridade proibiu a concentração, por concluir que esta “culminaria na criação de uma posição dominante nos mercados relevantes, susceptível de criar entraves significativos à concorrência.”²

⁴ Por seu turno, o Ministro deve avaliar se os “benefícios resultantes da concentração para a prossecução de interesses fundamentais da economia nacional superam as desvantagens para a concorrência inerentes à sua realização” (Artigo 34, n.1, Lei 10/2003).

⁵ Não queremos aqui levantar a questão — já levantada por vários comentadores — sobre se o critério de concorrência à luz do qual a Autoridade deve avaliar concentrações é ou não demasiadamente restrito. Também não é nosso propósito exprimir concordância ou discordância com a conclusão a que o Ministro chegou.

⁶ Queremos sim fazer um comentário à análise apresentada na decisão do Ministro.

⁷ Nesse sentido e neste caso, pensamos ser útil começar pelo fim. A conclusão apresentada na decisão do Ministro afirma que,

“[a concentração corresponde] a interesses fundamentais da economia nacional não só pelo desenvolvimento do sector em questão, que configura uma sector estratégico nacional, como também pelo redimensionamento das empresas em causa, que lhes proporcionará uma acrescida capacidade de inovação e uma maior competitividade, de que beneficiará inevitavelmente a economia nacional.”

⁸ Em nossa opinião, a decisão do Ministro — tal como publicada — carece de alguns elementos importantes para que, numa sequência lógica, se justifique chegar à conclusão apresentada.

A relação entre escala e o poder de inovação e internacionalização não é demonstrada

⁹ A interpretação do que é ou não é de interesse fundamental para a economia nacional é uma decisão política. No caso em apreciação, o Ministro identificou a promoção da inovação num sector económico nacional e da internacionalização de uma empresa nacional como sendo do interesse nacional. Tais objectivos, estão, razoavelmente, dentro do que se pode considerar ser de interesse para a economia nacional.

¹⁰ A decisão do Ministro propõe que para promover a inovação e para potenciar a competitividade internacional da Brisa é necessário que a empresa adquira escala a nível nacional.

¹¹ A hipótese é credível. Mas não deixa de ser hipótese e, como tal, deve ser testada antes de ser aceite. A decisão não apresenta qualquer esboço de análise que contribua para a sustentar.

O princípio da proporcionalidade parece ter sido esquecido

¹² Ao contrário do sucedido, assumamos que a decisão tivesse oferecido fundamento para se julgar necessário que a Brisa cresça a nível nacional para melhor prosseguir o seu trajecto de inovação e de internacionalização e, com isso, contribua para o interesse da economia nacional.

¹³ Contudo, mesmo a ter existido essa demonstração, tal análise não seria ainda suficiente para que se concluísse a favor da concentração. A apreciação da concentração proposta deveria também ter em conta o princípio da proporcionalidade. Quer isto dizer que a decisão não

¹ Ministério da Economia e da Inovação (2006), Processo de Concentração n. 22/2005/Brisa/AEO/AEA.

² Autoridade da Concorrência (2006), Comunicado n 8/2006.

deve ter efeitos para além daqueles necessários para o alcance dos objectivos.

¹⁴ Como se viu, os objectivos declarados são os de promover a inovação e a internacionalização da Brisa e é postulado (não fundamentado) que tais objectivos podem ser conseguidos através do crescimento da Brisa no mercado nacional. Embora a decisão ministerial minimize (em relação à opinião da Autoridade) os efeitos desvantajosos a nível da concorrência, tais efeitos não são postos de parte por inteiro.

¹⁵ O princípio da proporcionalidade exigiria, por isso, que se tivesse avaliado se não existiria outro modo da Brisa crescer a nível nacional sem que os efeitos concorrenciais indesejáveis se fizessem sentir. Esta análise teria passado pela apreciação das possibilidades da Brisa crescer no mercado Português, seja pela aquisição de alguma(s) das outras concessionárias de auto-estradas em Portugal, seja pela possibilidade de a Brisa vir a garantir novas concessões num futuro breve, e pela investigação que tais alternativas não teriam efeitos indesejáveis (a nível de concorrência ou num outro nível relevante) maiores que aqueles resultantes da concentração com a AEO.

¹⁶ Admitimos que, para quem esteja por dentro do sector, a conclusão pareça evidente e, por isso, tenda a julgar a questão supérflua. Pode ser que seja esse o caso. Dada a relevância da questão e a delicadeza da situação criada, ainda que assim seja, não pensamos que tal seja razão para que a questão não tivesse sido identificada e, nesse caso, sumariamente respondida.

Separar as questões traria maior clareza

¹⁷ Em nosso ver, a inclusão dos dois elementos de análise acima descritos completaria a sequência lógica que pensamos ser necessária para fundamentar uma decisão:

- (a) O Ministro deve avaliar com base no interesse nacional;
- (b) O Ministro propõe que o estímulo à inovação e à internacionalização da Brisa são do interesse nacional;
- (c) O crescimento nacional da Brisa é relevante para que esta continue com os esforços de inovação e adquira presença internacional;
- (d) A decisão de autorizar a concentração é uma medida proporcional a este objectivo.

¹⁸ A elaboração da decisão nestes moldes permitiria uma melhor interpretação da decisão e evitaria, pensamos nós, qualquer confusão sobre o que é considerado de interesse nacional. Em particular, seria claro que são o estímulo à inovação e à internacionalização de empresas nacionais que são de interesse nacional e que, no caso em apreciação, a aprovação da concentração entre a Brisa e a AEO é uma medida proporcional a esses objectivos.

A análise sobre os efeitos na concorrência deixa muito a desejar

¹⁹ Tidos como analisados os “interesses fundamentais da economia nacional que [...] seriam satisfeitos com a consecução da operação de concentração em causa”, a decisão prossegue na Parte IV, para avaliar essas vantagens à luz dos “constrangimentos para a concorrência que a concentração sempre pode acarretar”.

²⁰ Aproveitamos para tecer dois comentários à análise esboçada na decisão do Ministro em relação ao impacto da concentração na concorrência.

²¹ Primeiro, surpreende-nos o facto da análise não fazer uso, nem sequer referência, ao trabalho desenvolvido pela Autoridade. Claro está que o Ministro pode discordar da análise feita pela Autoridade mas, nesse caso, pensamos que seria de esperar um comentário na decisão do Ministro sobre as razões de tal discordância.

²² Segundo, há elementos na análise para os quais não é oferecido fundamento. Em particular, o texto na Parte IV sustenta que

A circunstância de troços alternativos serem explorados pelo mesmo operador ou por operadores distintos tem, em termos práticos e num plano conceptual, um alcance limitado no que concerne ao seu impacto na fixação do preço pelo utente, como atrás se demonstrou.

²³ A ênfase é nossa. A demonstração, aparentemente feita atrás, refere-se, julgamos nós, à série de três quadros apresentados na Parte III.3. Estes quadros reportam o preço por quilometro em várias pares de troços de auto-estrada (tidos como alternativos) em Portugal, Espanha e França. Com base nesses quadros já tinha sido sugerido, na Parte III.3 da decisão, que “a evidência empírica mostra que, em vários casos, a concessão de troços alternativos por diferentes operadores não se traduz, na prática, em benefícios para o utente”. Não percebemos como é que os dados apresentados nesses quadros possam servir de fundamento para a conclusão que é apresentada em relação ao benefício ou não de troços alternativos serem explorados pelo mesmo ou por diferentes operadores.

A Reckon LLP é um gabinete de consultores nas áreas da regulação e da concorrência.

Para comentários contactar:

Pedro Fernandes
(00 44) 20 7841 5854
p.fernandes@reckon.co.uk
www.reckon.co.uk