

INOVAÇÃO E CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES NO PLANO DA UNIÃO EUROPEIA: O PRINCÍPIO DA INCERTEZA?

Tânia Luísa Faria¹

1. INTRODUÇÃO



generalidade das reflexões relativas ao enquadramento da inovação na análise jus-concorrencial começa por buscar orientação no substrato económico do direito da concorrência. Este artigo não fugirá ao ponto de partida habitual nesta matéria, ao começar por relembrar que podem ser identificados, na literatura económica, dois efeitos simultâneos e divergentes da concorrência na inovação, como resulta dos conhecidos trabalhos de Schumpeter e Arrow.

Em primeiro lugar, como realça Schumpeter, existem argumentos económicos no sentido de sustentar que um nível mais elevado de concentração no mercado incrementará a recompensa da inovação, *i.e.*, o nível de apropriabilidade, para o operador económico que a protagoniza². Com efeito, num mercado com nível mais limitado de concorrência, é expectável que o inovador consiga, mais facilmente, beneficiar dos seus esforços de I&D, o que poderá ter um efeito positivo nos incentivos para inovar. Ao invés, operadores económicos com um maior número de concorrentes podem apresentar uma menor capacidade de capturar o prémio da sua inovação, tendo em conta, por um lado, o rácio em termos de custo por unidade, num cenário de quotas

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Associada Coordenadora na Uría Menéndez - Proença de Carvalho e Assistente Convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O entendimento incluído neste artigo corresponde à visão pessoal da autora.

² O designado efeito Schumpeteriano, cfr. Schumpeter, 1942.

de mercado mais modestas, e, por outro, a existência de um maior risco de imitação, ou de contorno da inovação, por parte dos concorrentes.

Em segundo lugar, tem também sustentação econômica, conforme argumenta Arrow, o entendimento de que um nível menos intenso de concorrência pode reduzir a pressão para inovar³. Na verdade, num ambiente altamente concorrencial, as empresas lutarão para desenvolver novos produtos e processos, de forma a superar os concorrentes e a defender as respectivas posições no mercado, conduzindo a maiores níveis de inovação⁴. Ademais, o alegado impacto favorável à inovação de uma estrutura de mercado mais concentrada pode ser contrariado pela ideia de que a inovação pode canibalizar os lucros do inovador, em especial de um inovador que já beneficie de lucros extraordinários, uma vez que há o risco de um novo produto prejudicar as receitas da oferta atual da empresa que desenvolve a inovação.

A existência de argumentos válidos, em sentidos antagônicos, quanto ao nível concorrencial que propicia a inovação, que se podem reconduzir, em grande medida, ao confronto entre mecanismos de apropriabilidade e de canibalização, não significa, contudo, que a intervenção do direito da concorrência não tenha pertinência ou não seja desejável nesta sede, significa apenas que, apesar de existir análise empírica relevante relativa à interação entre inovação e concorrência, esta não parece permitir a construção de um modelo unívoco quanto ao impacto na inovação da existência de um nível maior ou menor de concentração/concorrência no mercado⁵.

Esta ausência de uma regra geral neste âmbito tem, necessariamente, reflexo na análise de controlo de concentrações

³ Este efeito é habitualmente associado a Arrow, cfr. Arrow, 1962: 609-625.

⁴ Nesse sentido, Syverson, 2004: 112.

⁵ Shapiro, 2012 e Baker, 2007. Empiricamente, uma relação entre inovação e concorrência parece corresponder a um U invertido, apesar de essa relação não conferir qualquer orientação direta à apreciação de concentrações específicas, Aghion, Bloom, Blundell, Griffith & Howitt, 2005.

levada a cabo pelas autoridades da concorrência e, em particular, no que para o objeto deste estudo releva – pela sua representatividade e influência na prática decisória dos Estados-Membros – pela Comissão Europeia (“CE”)⁶.

Na verdade, as dificuldades de apreciação dos efeitos dinâmicos associados à inovação contrastam com a relativa simplicidade da abordagem estática de efeitos unilaterais, em que se baseia a maioria das decisões em sede de controlo de concentrações e em que o critério-chave é o de que concentrações de empresas que incrementam substancialmente o nível de concentração no mercado tendem a criar efeitos anticoncorrenciais, desde logo no plano dos preços, exceto em circunstâncias específicas, mormente quando existe contrapoder por parte de outros operadores no mercado⁷.

Nesse sentido, seria expectável que esta ambivalência e aparente ausência de um critério preponderante quanto ao impacto das concentrações de empresas na inovação pudesse decorrer, igualmente, da prática decisória da CE, bem como da respetiva *soft law*. Todavia, muitos economistas e juristas, na área do direito da concorrência, parecem recluir que a CE, no caso *Dow/DuPont*, em que a decisão de não oposição foi obtida mediante a adoção de um conjunto alargado de compromissos de desinvestimento, se tenha precipitado na adoção de uma regra geral, com fundamentos discutíveis, aplicável a concentrações em mercados nos quais a inovação é decisiva, não obstante a CE ter procurado argumentar uma pretensa linha de continuidade na sua prática decisória⁸.

⁶ As concentrações de empresas são sujeitas a notificação prévia às autoridades de concorrência nacionais ou à CE em função do preenchimento de limiares de volumes de negócios (ou, em alguns casos, de quota de mercado), não podendo, neste caso, ser implementadas sem que exista uma decisão de não oposição com ou sem compromissos. Em Portugal, este procedimento encontra-se previsto nos artigos 36.º 3 ss da Lei 19/2012, de 8 de maio (“*Lei da Concorrência*”) e, no plano da CE, no Regulamento (CE) n.º 139/2004, de 20 de janeiro de 2004 (“*Regulamento de Concentrações*”).

⁷ de coninck, 2016: 44.

⁸ Decisão da CE no Caso COMP/M.7932 - *Dow/Dupont*, de 27 de março de 2017 e

Deste modo, tendo em conta o enquadramento económico aplicável e a divergência quanto às conclusões a extrair deste caso, bem como de casos subsequentes, este trabalho procurará aferir qual o estado atual da prática decisória da CE em termos de inovação e concentrações de empresas, com impacto relevante, em termos de previsibilidade e certeza jurídica, no exercício da liberdade económica por parte dos operadores económicos, em mercados em que a inovação, em termos de processos e de produtos, é particularmente importante.

2. A APRECIACÃO DOS EFEITOS NA INOVAÇÃO NO ÂMBITO DA ANÁLISE JUSCONCORRENCIAL DA CE

As normas aplicáveis ao controlo de concentrações na UE (bem como em Portugal) têm por objetivo primordial assegurar que os consumidores beneficiam das vantagens associadas à concorrência efetiva no mercado, incluindo preços baixos e inovação nos produtos e serviços oferecidos⁹.

No plano da UE, as referidas normas permitem à CE avaliar o impacto das concentrações nestes parâmetros, incluindo a inovação, tal como resulta, desde logo, do artigo 2.º, n.º 1, alínea b) do Regulamento de Concentrações (Regulamento n.º 139/2004, de 20 de janeiro), que faz referência à necessidade de considerar o progresso técnico e económico na apreciação de operações de concentração “*desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência*”¹⁰. Na verdade, os próprios formulários de

respetiva comunicação da Comissária Vestager, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-775_en.htm. A posição dos funcionários da CE é a de que a sua teoria do dano, neste caso, não marcou um afastamento de casos anteriores. *Vide*, por exemplo, a intervenção de Esteve mosso, no congresso da *American Bar Association*, em abril de 2018, disponível em http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_05_en.pdf

⁹ haucap, 2017: 4.

¹⁰ O artigo 41.º, n.º 2, alínea k) da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência) prevê igualmente que se considere em sede de análise de concentrações o impacto

notificação, no plano da UE, incluem um ponto relativo às atividades de investigação e desenvolvimento nos mercados afetados pela concentração¹¹.

Por seu turno, as *Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas* (“*Orientações Horizontais*”) começam por referir que um incremento de poder de mercado, em resultado de uma concentração, pode manifestar-se de diversas formas, incluindo através da redução da inovação, em particular quando está em causa uma concentração entre dois importantes inovadores¹². Em particular, as Orientações Horizontais chamam a atenção para a necessidade de analisar a perspetivada sobreposição de produtos em desenvolvimento, os designados produtos de *pipeline*, no sentido de precaver o eventual impacto negativo na concorrência, em virtude da limitação da inovação¹³.

Por outro lado, as Orientações Horizontais também reconhecem a possibilidade de as concentrações entre concorrentes poderem gerar potenciais efeitos pró-concorrenciais no que diz respeito à inovação, na medida em que podem incrementar a capacidade das empresas para desenvolver produtos ou serviços

destas na evolução do progresso técnico e económico que não constitua um obstáculo à concorrência “*desde que da operação de concentração se retirem diretamente ganhos de eficiência que beneficiem os consumidores*”.

¹¹ Pontos 8.7 e 8.9 do Formulário de Notificação e o ponto 7.2.3 do Formulário Simplificado (cfr. Anexos ao Regulamento de Execução (UE) n.º 1269/2013 da CE, de 5 de dezembro de 2013, que altera o Regulamento (CE) n.º 802/2004, de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas). Tal também sucede no plano nacional, desde logo no ponto 4.4.11 do Formulário Regular incluído em anexo ao Regulamento da AdC n.º 60/2013, de 14 de fevereiro de 2017.

¹² Orientações Horizontais, disponíveis em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=PT), parágrafos 8, 37 e 38. As orientações da CE em matéria de antitrust reconhecem que os acordos horizontais de I&D e os acordos de licenciamento podem, em certas circunstâncias, restringir a inovação (Orientações relativas a Cooperação Horizontal, parágrafo 119 e Orientações relativas a Acordos de Transferência de Tecnologia, parágrafo 26).

¹³ Orientações Horizontais, parágrafo 38.

inovadores, fomentando, igualmente, a pressão concorrencial sobre os concorrentes no sentido de reforçarem a sua atividade neste âmbito¹⁴.

Também as *Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas* (“*Orientações Não Horizontais*”) reconhecem a importância de analisar o impacto de concentrações não verticais, *i.e.*, concentrações entre não concorrentes, nos incentivos para a inovação, reconhecendo, uma vez mais, a possibilidade de efeitos pró e anticoncorrenciais na inovação em resultado de concentrações entre empresas de natureza não horizontal¹⁵.

Deste modo, a ambivalência dos efeitos das concentrações na inovação, em particular no caso das concentrações horizontais, é reconhecida pela *soft law* da CE, ao admitir que o efeito das concentrações na inovação pode ser neutro, positivo ou negativo, em função das características concretas nas empresas e nos mercados¹⁶. Esta abordagem, no plano da UE, não difere das orientações vigentes no plano nacional e, inclusivamente, nos Estados Unidos da América¹⁷.

Deste modo, de acordo com o enquadramento normativo e de *soft law* aplicável à atuação da CE, os aspetos relacionados com a inovação deverão ser considerados na análise de controlo de concentrações, em particular em setores em que a inovação é um parâmetro-chave de concorrência.

O número de casos em que se suscitaram, no âmbito da CE, preocupações jusconcorrenciais relacionadas com os incentivos à inovação é ainda circunscrito, sendo que essas

¹⁴ Orientações Horizontais, parágrafos 36 e 81.

¹⁵ Orientações Não Horizontais, disponíveis em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=PT).

¹⁶ Orientações Horizontais, parágrafo 38.

¹⁷ Por exemplo, vide as orientações horizontais publicadas pelo *Department of Justice* norte-americano e pela *Federal Trade Commission* (“*FTC*”), que incluem especificamente a limitação da concorrência pela inovação, disponíveis em <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>

preocupações surgem, tipicamente, de forma adicional em relação a preocupações unilaterais, de natureza estática, com impacto no preço¹⁸. Todavia, a tendência será de intensificação de análises deste tipo, em sede de controlo de concentrações, à medida que a consolidação do mercado se vai acentuando em determinados setores, com destaque recente para o setor agrícola, farmacêutico, IT e para a “*economia digital*”¹⁹.

Neste universo de preocupações relacionadas com a inovação, as questões de natureza horizontal habitualmente suscitadas pela CE prendem-se, por um lado, com a sobreposição entre produtos em *pipeline*, desenvolvidos pelas partes, e, por outro, com o potencial impacto da concentração em projetos de investigação, em que os esforços de I&D não deram ainda lugar a produtos concretos.

No primeiro caso, os produtos em *pipeline* estão já frequentemente bastante desenvolvidos e são suscetíveis de atingir a fase de comercialização, podendo inserir-se, em termos potenciais, num mercado de produto específico. Deste modo, a abordagem adotada nestes casos tem tipicamente por base o enquadramento da concorrência potencial, em que o impacto analisado é ainda o dos efeitos futuros nos preços, e, neste sentido, a análise não difere substancialmente da apreciação dos efeitos concorrenciais envolvendo produtos existentes, a que acrescem eventuais preocupações quanto à limitação da variedade dos

¹⁸ Nesse sentido, os dados apresentados por esteva mosso, na intervenção referida na nota de rodapé 8, supra.

¹⁹ A recente e muito debatida iniciativa da CE no sentido da eventual introdução de um novo limiar de controlo de concentrações, baseado no valor da transação, e não no volume de negócios das partes, insere-se, precisamente, no reforço das preocupações com a proteção da inovação no mercado. Com efeito, o que a CE procurará acautelar com a eventual introdução de um limiar deste tipo é a análise jusconcorrencial da aquisição de *start-ups* promissoras, com potencial inovador, mas que não preenchem os limiares atualmente vigentes. Para mais desenvolvimentos, *vide*, os documentos da consulta pública lançada pela CE em matéria de reforma de controlo de concentrações, *Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control*, disponível em http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html

produtos que integram a oferta²⁰.

Apreciações em sede de controlo de concentrações relativas à sobreposição de produtos ainda em *pipeline* são comuns no setor farmacêutico e de dispositivos médicos, como, por exemplo, na decisão da CE no caso *Pfizer/Hospira*, tendo em conta que a *Hospira* estava já presente no mercado relevante em causa e a *Pfizer* estava a desenvolver um medicamento alternativo idêntico²¹.

No segundo conjunto de casos, a preocupação jusconcorrencial considerada pela CE prende-se com a descontinuação, atraso ou reorientação das linhas de investigação em curso. Com efeito, é comum, após uma concentração, que a entidade resultante desta reveja as suas atividades combinadas de I&D, reorganizando as suas prioridades. Neste cenário, poderia registar-se uma redução de incentivos para o desenvolvimento de novos produtos, com impacto negativo na amplitude da oferta disponível no mercado. Esta perspetiva aproxima-se da apreciação da proximidade juconcorrencial das partes na operação de concentração, muito presente na análise de operações de concentração de natureza horizontal em geral.

Esta segunda abordagem em termos da teoria do dano foi, com efeito, o foco da análise da CE, por exemplo, no caso

²⁰ A concorrência potencial recorrente em sede de controlo de concentrações de empresas, tendo em conta que a concentração de uma empresa já ativa no mercado com um concorrente potencial pode ter efeitos anticoncorrenciais semelhantes ao de uma concentração entre concorrentes efetivos. Contudo, as condições em que a concentração com um concorrente potencial pode conduzir a um resultado deste tipo são definidas de forma limitada. Por um lado, o concorrente potencial tem de já exercer uma influência limitadora significativa, ou tem de existir uma probabilidade razoável que venha a transformar-se numa alternativa concorrencial efetiva. Em segundo lugar, não pode existir um número suficiente de outros concorrentes potenciais, que pudessem manter suficiente pressão concorrencial após a concentração. Nesse sentido, *vide* Orientações Horizontais, parágrafos 58 a 60.

²¹ M.7559 - *Pfizer / Hospira*, de 15 de junho de 2015, em que esta preocupação foi identificada no mercado para medicamentos *infliximab*, tendo sido solucionada por um compromisso de desinvestimento dos ativos da *Pfizer*, relacionados com este mercado, no EEE.

Novartis/GSK Oncology, em que foram manifestadas preocupações quanto à descontinuação, por parte da Novartis, do programa de ensaios clínicos redundante em relação ao programa da GSK²².

A legitimidade de preocupações deste tipo, em sede de controlo de concentrações, foi confirmada pelo Tribunal Geral da UE no acórdão *Deutsche Börse AG contra CE*²³. Na verdade, a decisão da CE proibindo a concentração entre a Deutsche Börse e a NYSE Euronext, corroborada pelo Tribunal Geral, foi, em parte, baseada em preocupações de inovação, tendo em conta que a CE considerou que a transação poderia também limitar a introdução de novos produtos e processos, em particular no que concerne a derivados financeiros, em virtude da proximidade concorrencial entre as partes.²⁴

Nos EUA, a FTC seguiu uma abordagem semelhante, suscitando obstáculos a concentrações envolvendo produtos em *pipeline* e projetos de investigação, tal como sucedeu, por exemplo, nos casos *Thoratec/HeartWare* e *Nielsen/Arbitron*²⁵.

²² M.7275 - *Novartis / Glaxosmithkline Oncology Business*, de 28 de janeiro de 2015, em que a CE manifestou preocupações relativamente aos prejuízos que podiam decorrer da concentração para investigação em curso na área dos tratamentos oncológicos, preocupações estas que foram ultrapassadas pelo compromisso da Novartis, permitindo o desenvolvimento das linhas de investigação em causa por parte de outra empresa, que asseguraria o desenvolvimento destes projetos e a comercialização dos futuros produtos finais no EEE.

²³ T-175/12 - *Deutsche Börse AG contra CE*, parágrafos 173 a 175.

²⁴ Com efeito, a decisão da CE no caso COMP/M.6166 - *Deutsche Börse/NYSE Euronext*, de 1 de janeiro de 2012, tinha concluído que a concentração, num mercado com elevadas barreiras à entrada, resultaria em preços mais elevados e incentivos mais limitados à inovação.

²⁵ No primeiro caso, a Thoratec estava a comercializar com sucesso um dispositivo de assistência ventricular, enquanto o dispositivo concorrente da HeartWare tinha realizado ensaios clínicos prometedores (para mais desenvolvimentos, vide <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/0910064/thoratec-corporation-heartware-international-inc-matter>). No segundo caso, a Nielsen oferecia um serviço de medição de audiência de televisão líder, enquanto a Arbitron disponibilizava um serviço líder na medição da audiência de rádio. Aquando da concentração, ambas as empresas estavam a desenvolver um serviço de mediação de audiências aplicável às várias plataformas (para mais desenvolvimentos, vide

Por fim, refira-se ainda que a inclusão de considerações de eficiência em sede de controlo de concentrações permanece escassa, tanto em termos gerais, como em concentrações em que a inovação é particularmente relevante²⁶. Neste sentido, permanece excecional a atenção aparentemente dedicada pela CE aos ganhos de eficiência em termos de inovação no caso *Axalto/Gemplus*, em que se considerou que, atendendo à relevância da inovação na oferta de cartões SIM, tendo em conta a capacidade de outros operadores para oferecerem produtos similares, num período temporal limitado, que a concentração entre os dois principais inovadores neste espaço não limitaria, mas, ao invés, reforçaria os projetos de I&D no cenário pós-concentração (não obstante terem sido apresentados compromissos para fazer face a preocupações relacionadas com a capacidade de as empresas em causa prejudicarem a oferta dos seus concorrentes através, nomeadamente, de limitações à interoperabilidade dos produtos)²⁷.

Tendo em conta este enquadramento normativo, de *soft law*, bem como as linhas de análise tipicamente adotadas pela CE na sua prática decisória, vejamos então, em maior detalhe, em que medida a abordagem adotada pela CE na decisão *Dow/DuPont* se insere neste contexto.

3. A DECISÃO DA CE NO CASO *DOW/DUPONT*

Conforme referido anteriormente, a análise da CE na concentração entre as empresas químicas Dow e DuPont, em 2017, desembocou numa decisão de não oposição mediante a adoção de um conjunto alargado de compromissos, envolvendo o desinvestimento de um conjunto significativo de produtos,

<https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/131-0058/nielsen-holdings-nv-arbitron-inc-matter>

²⁶ cardwell, 2017: 551–560.

²⁷ Decisão da CE no processo COMP/M.3998 - *Axalto / Gemplus*, de 19 de maio de 2006.

incluindo herbicidas e inseticidas, bem como, e este é o aspeto que tem suscitado mais debate, da estrutura de I&D global da DuPont, incluindo todos os recursos físicos, humanos e de *know-how* (abrangendo a totalidade da investigação e *pipelines* de produtos), com exceção de alguns ativos relacionados com negócios que se manteriam na esfera desta empresa²⁸.

Com efeito, a investigação da CE suscitou um conjunto de preocupações jusconcorrenciais em termos de redução da concorrência efetiva nos mercados de produção e comercialização de determinados pesticidas (em particular herbicidas, inseticidas e fungicidas) e produtos agroquímicos, bem como, para o que este estudo releva, preocupações relativas à redução da inovação nos mercados de pesticidas.

No que concerne este último aspeto, de acordo com a CE, com base na análise dos padrões de patentes solicitadas e obtidas neste âmbito, os mercados dos pesticidas são caracterizados por um nível significativo de inovação, pela existência de um grau de concentração significativo, com a presença de apenas cinco operadores verdadeiramente globais, integrados desde a investigação do produto até à comercialização deste, podendo também descortinar-se uma tendência recente para a redução do investimento.

Tendo em conta estes parâmetros, e a alegada proximidade concorrencial, no que à inovação diz respeito, entre as partes na concentração, a CE desenvolveu uma teoria do dano com base, essencialmente, numa ideia de canibalização de lucros, cujos fundamentos económicos foram explicados, em maior detalhe, supra. A CE entendeu que a concentração entre a *Dow* e a *DuPont* seria, com grande probabilidade, limitadora dos incentivos destas empresas para continuarem a investir em inovação, tendo em conta que, no cenário pós-concentração, esse investimento teria um retorno mais limitado.

De acordo com a informação disponível, a *Dow* e a

²⁸ COMP/M.7932 - *Dow/Dupont*, Capítulo X.

DuPont apresentaram, no âmbito do processo de controlo de concentrações, argumentos para contrariar a teoria do dano da CE. Por um lado, as partes argumentavam que a limitação do investimento em inovação por parte da entidade pós-concentração não seria possível, uma vez que a inovação é imperativa nestes mercados, em que se verificam fenómenos de resistência biológica que levam a que os pesticidas reduzam a sua eficácia ao longo do tempo. Por outro lado, alegavam que a pressão regulatória nestes mercados resulta em grande incerteza quanto ao período temporal de comercialização dos produtos atualmente no mercado, pelo que as empresas tendem a adotar uma estratégia de inovação contínua.

Ademais, a *Dow* e a *DuPont* terão apresentado elementos no sentido de demonstrar a importância de considerações de apropriabilidade nas suas decisões de investimento, em particular, no sentido de demonstrar que a ameaça de inovação no mesmo espaço de produto, cuja lógica económica foi desenvolvida nas notas introdutórias, supra, seria um importante fator negativo considerado pelos operadores nestes mercados, quando consideram as possibilidades comerciais de novos ingredientes ativos.

A CE recusou estes argumentos, concluindo pela existência de preocupações jusconcorrenciais relacionadas com a redução do incentivo para a inovação no cenário pós-concentração, que exigiram o desinvestimento alargado a que fizemos referência anteriormente, não obstante não ter empreendido a identificação dos produtos específicos ou das linhas de investigação afetadas negativamente pela concentração (apesar das referências abstratas a “*direction of travel*” e “*innovations spaces*”).

Apesar da aparente defesa da desnecessidade de especificação do impacto concreto da concentração na inovação, a CE procurou ser exaustiva quanto ao alegado substrato económico teórico da abordagem adotada – referido profusamente na

decisão, em particular no Anexo 4 –, designadamente o trabalho de Motta e Tarantino, que, segundo a CE, suportava a conclusão de que o efeito de canibalização é inerentemente suscetível de superar as considerações de apropriabilidade, sendo expectável que concentrações horizontais tenham um impacto negativo na inovação, uma vez que estas reduzem os lucros das empresas que investem de forma relevante em I&D²⁹.

Este entendimento, designado como *Innovation Theory of Harm* (“*ITOH*”), parece corresponder a uma admissão da possibilidade de existência de uma espécie de presunção de dano em concentrações entre empresas inovadoras, em mercados concentrados e com elevadas barreiras à entrada, ao invés da perspectiva de análise a partir de um ponto neutral³⁰. O nível de novidade deste entendimento, a solidez da fundamentação económica e as consequências deste, suscitaram reações pouco consensuais por parte da doutrina jusconcorrencial, bem como um conjunto de estudos adicionais por parte da CE.

O intenso debate entre os críticos da *ITOH* e os defensores de um papel mais destacado, e, por vezes, abstrato, para a análise da eficiência dinâmica no âmbito do controlo de concentrações, bem como o impacto na prática decisória subsequente, será analisado em mais detalhe no ponto 4, infra.

4. O RESCALDO DA DECISÃO *DOW/DUPONT*

A decisão *Dow/DuPont* mereceu, ao longo do último ano, uma torrente de críticas e desencadeou a publicação de um conjunto de trabalhos académicos, com o objetivo de rebater a aparente conclusão da CE no sentido da prevalência do efeito de canibalização em concentrações horizontais entre empresas com fortes investimentos em I&D. Sem pretendermos, nesta sede, ser

²⁹ O artigo de Motta & Tarantino citado pela CE, por exemplo, nos parágrafos 45 e 51 da decisão *Dow/DuPont*, “The Effect of a Merger on Investments” está disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2850392

³⁰ Esta designação é, por exemplo, utilizada por denicolò & polo: 2018.

exaustivos, importaria considerar as principais insuficiências apontadas neste âmbito.

Autores como Lofaro, Lewis e Abecasis, por exemplo, são críticos de uma conclusão deste tipo, argumentando que o modelo teórico desenvolvido por Motta e Tarantino, utilizado pela CE na sua decisão, não poderia ser adotado como parâmetro geral neste âmbito, tendo em conta que não teria, desde logo, aplicação a mercados de inovação com as características das atividades em causa na decisão *Dow/DuPont*³¹. Com efeito, se o entendimento da CE se poderia revelar correto quanto a empresas que realizam investimentos de I&D visando reduzir os seus custos de produção, tal não teria aplicação a mercados em que os investimentos em I&D têm como objetivo a comercialização de novos produtos ou produtos de melhor qualidade, como no caso *Dow/DuPont*³².

Por seu turno, Denicolò e Polo chamam a atenção para o facto de os estudos da CE serem baseados numa outra assunção incorreta, no sentido de que seria desejável que a entidade pós-concentração viesse a alocar o investimento em I&D de forma idêntica para todas as linhas de investigação das entidades em causa. Ao invés, importa considerar que, ainda que o investimento em I&D tenha um retorno decrescente, a reorganização do investimento para áreas de investigação não próximas ou redundantes pode, no fim de contas, ampliar o espetro e a possibilidade de inovação, pelo que as concentrações horizontais teriam um impacto positivo na inovação e, conseqüentemente, no bem-estar do consumidor. Estes autores sustentam inclusivamente que as concentrações poderiam incrementar a inovação, ainda que não existam sinergias e independentemente da apropriabilidade, uma vez que as partes na concentração podem, em

³¹ Lofaro, Lewis & Abecasis, 2017: 103.

³² Esta crítica pode remeter-nos inclusivamente para as considerações incluídas supra, aquando da referência à decisão *Axalto/Gemplus*, em que a necessidade de introduzir, continuamente, no mercado, novos produtos ou produtos mais sofisticados foi positivamente valorada pela CE.

qualquer caso, combinar os seus ativos físicos e partilhar conhecimento tecnológico inovador³³.

As críticas aos pressupostos restritivos dos trabalhos da CE neste âmbito são também partilhadas por Jullien e Lefouili, que chamam a atenção para o facto de, em resultado da concentração, uma estratégia de diferenciação de produtos, incrementando o retorno de produtos inovadores, poder ter um impacto positivo em termos de expansão da procura, compensando o eventual impacto negativo da expansão de margens com base no preço e resultando, por isso, num incremento do nível de investimento em I&D. Estes autores também consideram importante os efeitos de *spillover* e as sinergias resultantes de concentrações com impacto positivo na inovação, com base na combinação de *know-how*, de capital humano ou através de *pooling* de portfólios de patentes³⁴.

Em termos mais gerais, pode ainda questionar-se a relação que a CE procura estabelecer entre o nível de investimento e o nível de inovação, bem como a incongruência de, por um lado, se parecer entender, na decisão, que a inovação não é um mercado em si mesmo, mas um *input* para os mercados a jusante, e a desnecessidade de identificar as inovações a proteger em sede de controlo de concentrações, pelo menos por referência a produtos existentes ou em *pipeline*.

Ademais, tem sido realçado, por exemplo, por Carlin, Batchelor e Bushell que o controlo de concentrações é inerentemente prospetivo e exige que se façam previsões, que se tornam cada vez mais imprecisas quanto mais se projetam no futuro. Nesse sentido, não se pode deixar de considerar que parece ter-se passado de um cenário em que, no caso dos produtos em *pipeline*, estava em causa uma entrada no mercado em dois ou três anos, para uma situação em que não existe qualquer previsibilidade quanto ao enquadramento temporal em que a alegada

³³ denicolò & polo, 2018: 4 e ss.

³⁴ Jullien & Lefouili, 2028: 17 e ss.

mudança do mercado terá lugar³⁵.

Perante esta onda de críticas, os economistas da CE defenderam a ITOH, tanto no contexto específico da concentração *Dow/DuPont*, em que existiriam elementos, com base em documentos internos e dados históricos, que deixavam antecipar a redução da inovação no mercado dos pesticidas, coincidindo com a tendência da indústria de gastar menos em I&D quando os lucros incrementavam, como no enquadramento mais geral do reforço da importância da eficiência dinâmica em economias avançadas, realçando ainda a existência de uma alegada linha de continuidade em relação à prática decisória anterior³⁶.

Para além disso, no último ano, o economista chefe da CE publicou uma série de trabalhos no sentido de reforçar o substrato teórico da ITOH e da decisão *Dow/DuPont*³⁷. Nesses estudos, são apontados, fundamentalmente, dois canais essenciais de análise do impacto das concentrações de empresas na inovação.

Por um lado, de uma perspectiva mais clássica, a CE procurará aferir a medida em que a concentração será suscetível de reduzir a concorrência pelos preços entre as partes na concentração, internalizando a limitação que cada empresa exercia reciprocamente, com um impacto positivo nos níveis de rentabilidade das partes e negativo nos incentivos para a inovação.

³⁵ Carlin, Batchelor & Bushell, 2017: p. 1. sustentando, de forma particularmente elucidativa que “*What drives innovation involves so many speculative and long-term variables that predicting harm to innovation, in relation to as yet undiscovered products, creates significant deal uncertainty*”.

³⁶ Para além dos estudos económicos a que nos referiremos na nota de rodapé seguinte, vide, nesse sentido, a apresentação de esteva mosso, referida na nota de rodapé 8, supra, os comentários públicos de Csizsár, Diretor da Direção Geral de Concorrência da CE, disponíveis em <https://globalcompetitionreview.com/article/1147851/dg-comp-official-defends-dow-dupont-remedy> e de Valletti, economista chefe da CE, disponíveis em <https://globalcompetitionreview.com/article/1167184/tommaso-valletti-at-gcr-live-ip-antitrust>

³⁷ frederico, Langus & Valletti, 2017 - 2018. Bushell referiu-se, de forma impressiva, a estes trabalhos da CE como “*the equivalent of an extended genealogical table and a thick photo album for the new addition to the Frankenstein family*” in Bushell, 2018.

Reconhece, todavia, que esta abordagem pode ser ambígua, i.e., o impacto da concentração no incentivo para inovar depende da magnitude do incremento da rentabilidade no cenário pós-concentração, em comparação com o cenário anterior.

Por outro lado, uma segunda perspectiva de análise, que constitui, precisamente, a abordagem menos consensual sobre a qual nos temos debruçado, incidiria sobre a medida em que a concentração reduz os lucros que se esperam de uma inovação. Nesse sentido, os estudos da CE perfilam a conclusão de que as perdas em termos de concorrência pela inovação serão significativas se a concentração respeitar a empresas parte de um grupo limitado de inovadores e se as empresas em causa, na ausência da concentração, fossem suscetíveis de desencadear, de forma recíproca e significativa, realocação da procura futura, aquando da introdução de produtos inovadores. Deste modo, a CE perfila o entendimento de que as empresas são impelidas a inovar pela ameaça de uma inovação disruptiva por parte de outros operadores, sendo que a aquisição de um concorrente inovador reduziria essa pressão.

Apesar deste aparente reforço do substrato teórico da ITOH, a prática decisória da CE, após a decisão *Dow/DuPont*, não se afigura totalmente clara. Com efeito, apesar de ter aprovado a concentração *ChemChina/Syngenta*, em abril de 2017, sem identificar preocupações no mercado dos pesticidas, a CE voltou a exigir um conjunto significativo de desinvestimentos no âmbito de mercados agrícolas fortemente marcados pela inovação, na decisão de não oposição, com condições, adotada em março de 2018, no caso *Bayer/Monsanto*³⁸.

Com base na informação publicamente disponível quanto a esta decisão, de forma similar ao que sucedeu no caso *Dow/DuPont*, a CE impôs o desinvestimento da estrutura de I&D da Bayer relativa a sementes e biotecnologia, bem como a

³⁸ COMP/M.8084 - *Bayer / Monsanto*, de 21 de março de 2018. A versão pública da decisão não está ainda disponível, o que dificulta a apreciação crítica desta decisão.

concessão de uma licença relativa ao portfólio de agricultura digital e respetivos produtos de *pipeline*.

A magnitude deste desinvestimento parece ilustrar uma linha de continuidade da ITOH nesta decisão. Todavia, diferentemente do que sucedia no caso *Dow/DuPont*, a CE, no caso *Bayer/Monsanto*, é, em alguma medida, mais específica quanto aos produtos em relação aos quais se deve proceder a um desinvestimento em termos de I&D para manter a concorrência pela inovação.

Não obstante, a alienação de toda a estrutura de I&D, incluindo várias centenas de trabalhadores, num conjunto muito abrangente de ativos, parece uma solução particularmente radical, tendo em conta, inclusivamente, as dúvidas que podem ser suscitadas, desde logo, quanto à eficácia de compromissos deste tipo, considerando que as atividades de investigação e desenvolvimento podem ser reorganizadas, redirecionadas ou abandonadas sob o controlo do novo proprietário.

CONCLUSÃO

Em face do supra exposto, e apesar da relutância da CE em admiti-lo, é manifesto que o caso *Dow/DuPont* introduziu um elemento de novidade na prática a CE, que se afastou da análise de uma sobreposição específica de produtos, ou de linhas de investigação, para se centrar no impacto da concentração na inovação como um todo, passando a admitir uma perspetiva temporal mais longa e, como tal, potencialmente especulativa.

É também claro que a aparente vontade dos economistas da CE em confiar em modelos abstratos teóricos, sem aceitação alargada na doutrina económica, resulta na exclusão de uma apreciação fatural mais clara dos efeitos de canibalização e apropriabilidade e pode gerar dificuldades em termos de sobre-regulação, suscetíveis de prejudicar a dinâmica de longo prazo da inovação industrial em que se baseia o futuro bem-estar do

consumidor.

Na verdade, o risco de sobre-regulação é tanto menor quanto mais *clear cut* forem as situações em que a CE intervém e quanto mais próxima for a probabilidade, em termos temporais, de efetivação do dano que a CE procura limitar. Consequentemente, o escrutínio do nível global de inovação num determinado setor, bem como a introdução de conceitos abstratos como “*direction of travel*” e “*innovations spaces*”, ainda sem mercado, requer cautela, desde logo porque não é certo que projetos de investigação num estágio inicial possam ser bem-sucedidos, em termos de tradução num produto final suscetível de ser comercializado.

Choca ainda, apesar de todas as profissões de fé feitas pela CE, pelo menos desde a modernização da aplicação do direito da concorrência há mais de uma década, a renitência em apreciar o incremento de incentivos para inovar e os *spillovers* em termos de inovação resultantes de concentrações de empresas, sendo estes aspetos remetidos para a apreciação de eficiências, o que significa que as partes têm a tarefa quase impossível de demonstrar que desenvolvimentos futuros (e ainda não conhecidos) podem compensar os alegados prejuízos.

O nosso posicionamento, neste âmbito, não é de rejeição da tentativa de nivelar a ponderação de eficiências estáticas e dinâmicas em sede de controlo de concentrações, em particular em setores marcados pela inovação, ao invés, trata-se de reconhecer que cada uma destas eficiências tem especificidades que impõem uma análise diferenciada e, sobretudo, de chamar a atenção para a necessidade de considerar o papel da eficiência dinâmica “para o bem e para o mal”, *i.e.*, sem subalternizar a perspetiva pró-concorrencial.

Em qualquer caso, se os ensinamentos da literatura económica, que permanecem ainda largamente tributários de Schumpeter e Arrow, impedem a formulação de um modelo geral para apreciar o impacto da concorrência na inovação, os

desenvolvimentos recentes da prática decisória de CE, de um ponto de vista prático, aconselham maior atenção por parte das partes em concentrações em setores em que a investigação e desenvolvimento são relevantes. Com efeito, os operadores económicos devem estar atentos à abordagem mais intervencionista da CE que pode vir a resultar, em determinadas circunstâncias, em desinvestimentos com um escopo mais amplo.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

MONOGRAFIAS

Schumpeter, Joseph,
1942 *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nova Iorque, Harper & Brothers.

ARTIGOS EM REVISTAS

Aghion, Philippe, Bloom, Nick, Blundell, Richard, Griffith, Rachel & Howitt, Peter, 2005 “Competition and Innovation: An Inverted- U Relationship.”, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 120(2), pp. 701–28.

Baker, Jonathan B., 2007 “Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation”, *Antitrust Law Journal* , Vol. 74 (3), pp. 575-602.

Cardwell, David, 2017 “The Role of the Efficiency Defense in EU Merger Control Proceedings Following UPS/TNT, FedEx/TNT and UPS v Commission”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 8 (9), novembro, pp. 551–560.

De Coninck, Raphaël, 2016, “Innovation in EU merger control:

- in need of a consistent framework”, *Competition Law and Policy Debate*, Vol. 2 (3), setembro, pp. 41-51.
- Federico, Giulio, 2017 “Horizontal Mergers, Innovation, and the Competitive Process”, *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 8 (10), dezembro, pp. 668-677.
- Federico, Giulio, Langus, Gregor & Valletti, Tommaso, 2017 “A Simple Model of Mergers and Innovation., *Economics Letters*, 157, 136-140.
- Federico, Giulio, Langus, Gregor & Valletti, Tommaso, 2018 “Horizontal mergers and product innovation”, *International Journal Of Industrial Organization*, Vol: 59, pp. 1-23.
- Syverson, Chad, 2004 “Market Structure and Productivity: A Concrete Example.” *Journal of Political Economy*, Vol. 112(6), dezembro, pp. 1181-1222.

ARTIGOS EM OBRAS COLETIVAS

- Arrow, Kenneth, 1962 “Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention”, in Nelson, Richard, *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton, Princeton University Press, pp. 609-625.
- Shapiro, Carl, 2012 “Competition and Innovation. Did Arrow Hit the Bull’s Eye?”, in Lerner, Josh & Stern, Scott, *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, Chicago, University of Chicago Press, pp. 361-410.

ARTIGOS ONLINE

- Bushell, Gavin, 2018 *The Innovation Theory of Harm – The Debate Continues*, disponível em <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2018/03/22/eu-merger-control-the-innovation-theory-of-harm-the-debate->

continues/

- Bushell, Gavin, 2017 *EU Merger Control and the Innovation Theory of Harm: Fake News*, disponível em <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/03/03/eu-merger-control-and-the-innovation-theory-of-harm-fake-news/>
- Carlin, Fiona, Batchelor, Bill & Bushell, Gavin, 2017 *EU Merger Control: the Dow/DuPont Theory of Innovation Harm*, disponível em http://awards.concurrences.com/IMG/pdf/client_alert__eu_merger_control_-_the_dow_dupont_theory_of_innovation_harm_-_attorney_advertising.pdf
- Denicolò, Vincenzo & Polo, Michele, 2018 “The Innovation Theory of Harm: An Appraisal”, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3146731>
- Haucap, Justus, 2017 *Merger Effects on Innovation: A Rationale for Stricter Merger Control*, disponível em http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/268_Haucap.pdf
- Jullien, Bruno & Lefouili, Yassine, 2018 *Horizontal Mergers and Innovation*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3135177
- Lofaro, Andrea, Lewis, Stephen & Abecasis, Paulo, 2017 *An Innovation In Merger Assessment?: The European Commission’s Novel Theory of Harm in the Dow/DuPont Merger*, disponível em https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_magazine/anti_fall2017_lofaro.authcheckdam.pdf