
De: Raíssa Leite de Freitas Paixão <raissa.paixao@pnm.adv.br>
Enviado em: quarta-feira, 18 de agosto de 2021 20:27
Para: Protocolo
Cc: Felipe Neiva Mundim; Igor Carvalho Rocha; Alessandro Guimarães Pereira; Caio Mario da Silva Pereira Neto; Daniel Douek; 'Barbara Rosenberg BMA'; Camilla Paoletti BMA; Leonardo Maniglia Duarte; Marcos Paulo Verissimo Machado Meyer Advogados; Ana Carolina Lopes de Carvalho Machado Meyer Advogados; Victor Rufino; Enrico Spini Romanielo; José Alexandre Buaiz Neto Pinheiro Neto; Daniel Costa Rebello | Pinheiro Neto; Felipe Zolezi Pelussi; Gabriel de Carvalho Fernandes; Marina Souza e Silva Chakmati Pinheiro Neto; Victor Cavalcanti; Rodrigo Alves dos Santos; Lea Jenner de Faria BMA; Vitor Luis Pereira Jorge; Fernando Stival; 'igor.freitas@pakt.com.br'; Márcio de Oliveira Júnior; carlos ragazzo
Assunto: Ref.: Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08
Anexos: Mars - Manifestação - Jurisprudência Internacional (v. assinada).pdf

Ref.: Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08

Prezados, boa noite.

Em nome de nossos clientes, Claro S.A. ("Claro"), Oi S.A. – Em Recuperação Judicial ("Oi"), Telefônica Brasil S.A. ("Telefônica") e TIM S.A. ("TIM"), encaminhamos para protocolo versão única (pública) de manifestação que abarca revisão de precedentes internacionais da Comissão Europeia no mercado de telefonia móvel.

Solicitamos a gentileza de confirmarem recebimento e permanecemos à disposição para prestar quaisquer esclarecimentos adicionais que se façam necessários.

Atenciosamente,

Raíssa, em nome dos advogados externos da Claro, Oi, Telefônica e TIM (aqui copiados)

Raíssa Leite de Freitas Paixão

SP +55 11 3638-7000

PEREIRA NETO | MACEDO 

Excelentíssimo Superintendente-Geral do E. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“SG/CADE”)

**Ato de Concentração 08700.000726/2021-08
(Apartado de Acesso Restrito às Requerentes nº 08700.000727/2021-44)**

Claro S.A. (“Claro”), Telefônica Brasil S.A. (“TEF”), TIM S.A. (“TIM” e, em conjunto com Claro e TEF, as **“Compradoras”**) e **Oi S.A. – Em Recuperação Judicial (“Oi”**) (em conjunto, **“Requerentes”**), já qualificadas nos autos, vêm, respeitosamente, por seus advogados, apresentar **Manifestação** a respeito da jurisprudência do Tribunal Geral da União Europeia e da Comissão Europeia em operações recentes que tiveram por objeto o mercado de serviços móveis na Europa, nos termos a seguir.

I. INTRODUÇÃO E OBJETIVOS DA MANIFESTAÇÃO

1. Por meio da presente manifestação, as Requerentes trazem, a esta d. SG, esclarecimentos sobre a jurisprudência da Comissão Europeia (“CE” ou “Comissão”) e do Tribunal Geral da União Europeia (“TGUE” ou “Tribunal”) relativa a fusões e aquisições no setor de telecomunicações, com o objetivo de contribuir para a análise da Operação Proposta, bem como de afastar informações imprecisas trazidas por terceiros habilitados no âmbito deste Ato de Concentração.

2. Ao longo da última década, a CE avaliou diversas operações econômicas que envolviam concentrações no setor de telecomunicações e, mais especificamente, no segmento de telefonia móvel, incluindo operações que implicaram a redução, de quatro para três, no número das principais operadoras móveis existentes no mercado, as chamadas operações “de quatro para três” (*four-to-three mergers*).

3. Nesse sentido, a CE aprovou sistematicamente as operações que lhe foram submetidas, quais sejam, os casos *H3G/Orange Austria* (2012); *H3G UK/Telefónica Ireland* (2014); *Telefónica Deutschland/E-plus* (2015); *Hutchison 3G Italy/Wind/JV* (2016) e *T-Mobile Netherlands/Tele 2 Netherlands* (2018). Nesse período, uma única operação foi bloqueada – o caso *Hutchison 3G UK/Telefonica UK* (2016) –, e outra foi cancelada pelas partes, o caso *TeliaSonera/Telenor* (2015).

4. Mesmo no que diz respeito à única operação que foi originalmente bloqueada pela CE (Caso *Hutchison 3G UK/Telefonica UK* - também conhecido como *Three/O2*, o “**Caso CK Telecom**” ou, simplesmente, “**Caso CK**”), é importante registrar que, em maio de 2020, **tal decisão de reprovação foi integralmente revertida pelo TGUE**. Nessa decisão de reversão, o TGUE revisou a metodologia de análise empregada pela CE – sobretudo, conceitos como “proximidade de concorrência” (“*closeness of competition*”) e “força competitiva relevante” (“*important competitive force*”) – de modo a esclarecer os parâmetros de avaliação para esse tipo de operação, o que, como será detalhado, é relevante para fins de análise da Operação Proposta.¹

5. Vale notar sobre esse ponto que o Parecer SEI 0928228, juntado pela Associação NEOTV, sobre precedentes estrangeiros, é omissivo e enviesado ao analisar precedentes internacionais. Tal Parecer faz referência à decisão de

¹ Nesse sentido, Tilman Juhn e Stefan Thomas consideram que “a decisão do Tribunal é convincente. Ela restringe o enforcement da Comissão, especialmente no que diz respeito ao standard de prova, à proximidade de concorrência, ao conceito de “força competitiva relevante” e, por fim, mas não menos importante, às considerações de eficiências no teste UPP”. No original: “the GC’s judgment is convincing. It puts the Commission’s enforcement practice on a tighter leash, especially with respect to the standard of proof, the closeness of competition, the concept of “important competitive force,” and last but not least, regarding the consideration of efficiencies within the UPP framework”). In: *The More Economic Judicature: How the General Court has Recalibrated the Merger Gauge*. Competition Policy International, 7 June 2020. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/the-more-economic-judicature-how-the-general-court-has-recalibrated-the-merger-gauge/>>.

reprovação da CE como se fosse o fato mais relevante, apenas mencionando *en passant* que a decisão teria sido revertida posteriormente pelo TGUE². Ora, se a decisão foi revertida é porque não prevaleceu e porque o standard de análise foi considerado equivocado. Nesse sentido, a decisão de reversão é a que merece análise detalhada.

6. Conforme apresentado em manifestações anteriores a essa d. Superintendência-Geral (“**SG**”), a presente Operação consiste em uma solução *fix-it-first*, no contexto da decisão de saída voluntária de um *player* que vem perdendo capacidade de rivalizar (Oi) e que possibilitará o fortalecimento do terceiro *player* de atuação nacional (Claro, Tim e Vivo) com a menor participação de mercado em cada Código Nacional (“**CN**”) (“**Operação Proposta**”). Dessa forma, a Operação terá o condão de aumentar a já intensa rivalidade existente no mercado de Serviço Móvel Pessoal (“**SMP**”), permitindo que o terceiro *player* possa concorrer de forma mais efetiva com as empresas líderes em cada CN.

7. À parte essas características – as quais, de todo modo, reforçam a ausência de preocupações concorrenciais no presente caso –, a Operação Proposta compartilha importantes similaridades com as operações que, na Europa, foram aprovadas sem restrições. Além disso, é importante notar que mesmo o *Caso CK Telecom* teve, como já dito, a decisão de reprovação revertida pelo TGUE, em decisão que fixou importantes parâmetros de análise, os quais, se aplicados a este caso, também resultariam, certamente, na aprovação sem restrições, como se verá abaixo. Portanto, para esclarecer esse ponto, as Requerentes trazem abaixo a análise dos principais precedentes da CE, tecendo, em seguida, detalhadas considerações sobre a decisão do TGUE no *Caso CK Telecom*.

II. A JURISPRUDÊNCIA DA CE

8. Como dito acima, foram adotadas diversas decisões de aprovação pela CE, desde 2007, em operações envolvendo o setor de telecomunicações, inclusive em casos de “4 para 3”. Portanto, as Requerentes passam adiante a contextualizar os precedentes existentes – alguns dos quais mencionados expressamente por terceiros interessados habilitados neste Ato de Concentração –, a fim de ressaltar que parâmetros de análise utilizados em casos análogos à Operação Proposta, a exemplo dos casos holandeses *T-Mobile/Orange* e *T-Mobile/Tele2*, levariam, certamente, a uma aprovação sem restrições no caso presente. Sem prejuízo disso, as Requerentes também destacam que uma mera importação irrefletida das conclusões adotadas pela CE nos casos europeus deve ser feita sempre com extrema cautela, na medida em que tais precedentes podem não refletir,

² A título de exemplo, na página 23 do Parecer mencionado, menciona-se que a operação Three/O2 foi reprovada, apenas mencionando a sua reversão pelo TGUE em uma nota de rodapé (i.e., nota de rodapé nº 44), buscando suprimir a relevância da informação.

necessariamente, a realidade atual do mercado brasileiro de SMP, que pode ser diferente em muitos aspectos (e.g., renda dos consumidores, dimensões geográficas do país e necessidade de investimentos em cobertura de rede e intensa regulação setorial)..

9. Ressalte-se que esses casos foram decididos pela CE antes da decisão proferida pelo TGUE no *Caso CK Telecom*, a qual, como se verá adiante, estabeleceu critérios ainda mais estritos para fundamentar uma eventual reprovação ou aprovação com restrições em operações no setor. Ademais, nenhum desses casos, vale notar, foi judicializado, o que demonstra não terem essas decisões sido submetidas a revisão judicial do TGUE. Ou seja, muito provavelmente, após o *Caso CK Telecom*, esses casos teriam adotado um standard de prova ainda mais rígido e critérios de análise mais sistemáticos, que resultariam em uma **postura ainda menos restritiva** por parte da autoridade europeia do que a postura efetivamente adotada.

10. Ainda assim, nos subtópicos a seguir, serão exploradas as decisões que pugnaram pela aprovação sem restrições e com restrições, separadamente. Como se notará das descrições dos casos, há muito mais elementos que justifiquem uma aproximação desta Operação às operações que foram aprovadas sem restrições do que o contrário.

(i) Operações aprovadas sem restrições pela CE

11. Ao descreverem as operações internacionais envolvendo a aquisição de empresas de telecomunicações por suas concorrentes nos respectivos mercados nacionais da União Europeia, as terceiras interessadas habilitadas nos autos omitem que, dentre o conjunto de operações existentes, há exemplos relevantes de casos que descartaram preocupações concorrenciais decorrentes de tais transações. Uma análise detida de tais casos é especialmente importante, vez que deles se depreendem critérios de análise aplicáveis à situação brasileira.

12. Dois dos casos que envolveram a redução do número de operadoras móveis de quatro para três analisados pela CE ocorreram no mercado móvel da Holanda, a saber, os casos *T-Mobile/Orange* (M.4748) e *T-Mobile/Tele2* (M. 8792), que aconteceram num espaço de aproximadamente onze anos entre eles (i.e., 2007 e 2018, respectivamente).

13. O primeiro deles (*T-Mobile/Orange*) envolveu a aquisição, pela T-Mobile Netherlands Holding B.V. (“**T-Mobile**”), da integralidade do capital social da Orange Nederland N.V. e Orange Nederland Breedband B.V (em conjunto, “**Orange**”). À época da operação, T-Mobile e Orange representavam, respectivamente, a terceira e a quarta colocadas no mercado de telefonia móvel de varejo holandês. No cenário pós-operação, a firma resultante ocuparia a segunda colocação do mercado em

