

## CAMINHOS DE EXECUÇÃO DAS LEIS DE CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS EMERGENTES: O CASO DA CHINA

### COMPETITION ENFORCEMENT IN EMERGING MARKETS: A LOOK AT CHINA

Dan Wei\*

**RESUMO:** a política de concorrência pode ter características diferentes e pode desempenhar papéis diversos de acordo com as diferentes etapas do desenvolvimento de um país em particular. Recentemente, vários mercados emergentes têm modernizado e reformado as suas leis nacionais de concorrência. Esta é uma tendência, a de que os mercados emergentes virão a ser atores relevantes no panorama internacional de defesa da concorrência. Na realidade, é muito mais fácil aprovar uma lei do que executá-la fielmente. A China é um bom exemplo do crescimento e maturidade das economias emergentes na execução de defesa da concorrência. Devido à abordagem de *desenvolvimento*, em vez de uma pura abordagem de *eficiência*, a China não copia diretamente as experiências de jurisdições maduras. Às vezes, as agências locais de execução têm de assumir compromissos entre muitos objetivos diferentes e mesmo contraditórios. Isto é um sinal do período de transição. A longo prazo, a execução do direito de defesa da concorrência deverá ser autônoma da e prevalecer sobre a política industrial e outras preocupações não concorrenciais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ação privada. China. Concorrência. Controle de concentrações. Monopólio administrativo.

**ABSTRACT:** Competition policy may have dissimilar features and can play diverse roles in accordance with different stages of development of a particular country. Recently, several emerging markets have modernized and reformed their national competition laws. It is a trend that emerging markets will turn out to be relevant players in the international antitrust landscape, being able to consolidate their positions among the main antitrust jurisdictions in the world. In reality, it is much easier to adopt a law than to enforce it faithfully. China is a good example of growth and maturity of emerging economies in antitrust enforcement. Due to a *development* approach, instead of a pure *efficiency* one, China does not copy directly the experiences of mature jurisdictions. Sometimes, local enforcement agencies have to make compromises among many different and even contradictory objectives. It is a sign of transition. In the long run, enforcement of antitrust law should be autonomous from and prevail over the industry policy and other non-competition concerns.

**KEYWORDS:** Administrative Monopoly. China. Competition. Merger control. Private Action.

---

\* Professora Titular e Diretora do Instituto de Estudos Jurídicos Avançados da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Editora-Chefe da *Macau Law Review*. E-mail: danwei@umac.mo

## 1 VISÃO DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS EMERGENTES

Ao longo das últimas décadas houve um aumento das leis de concorrência em todo o mundo, bem como o *fenômeno de seguidor* demonstrado por muitos países em desenvolvimento<sup>1</sup>. Na esteira dos ajustes estruturais das economias domésticas, da privatização e desregulação, muitos mercados emergentes estão cientes de que as economias de mercado e as reformas econômicas nacionais chamam por uma boa ordem sustentada por concorrência justa. A política de concorrência poderá ter características diferentes e desempenhar papéis diversos de acordo com as diferentes etapas do desenvolvimento de um país em particular. O direito de concorrência tornou-se parte de um processo de evolução das economias de mercado e precisa ser ajustado de tempos em tempos, conforme as novas realidades do mercado. Desde o início do novo século, vários mercados emergentes têm modernizado e reformado as suas leis nacionais de concorrência. Esta é uma tendência – que os mercados emergentes venham a ser atores relevantes no panorama internacional de defesa da concorrência.

### 1.1 LEGISLAÇÕES SOBRE CONCORRÊNCIA

Em contraste com a maioria dos mercados emergentes, África do Sul, Brasil e Índia tiveram experiências precoces com regimes de defesa da concorrência. A África do Sul foi quem primeiro aprovou a Lei de Defesa da Concorrência, em 1955, seguida pelo Brasil, que promulgou a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 4137) em 1962, e pela Índia, que aprovou a sua Lei de Monopólios e Práticas Comerciais Restritivas em 1969<sup>2</sup>. Contudo, essas jurisdições se tornaram mais ativas apenas após os anos 90. Mais tarde, inspirados por algumas jurisdições maduras e com a ajuda de agências internacionais de ajuda e desenvolvimento, a maioria dos mercados emergentes na Ásia, América Latina e África começou a elaborar e implementar as suas próprias leis de defesa da concorrência.

Entre os países que compõem o chamado BRICS (atualmente, Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), a maioria reviu as políticas de controle de concentrações, com o objetivo de mudar as condições de concorrência. A Rússia implementou a Lei Antimonopólio (Lei nº 135-FZ) em 2006 e elaborou o segundo e terceiro pacotes em 2008 e 2012. A Lei Antimonopólio da China entrou em vigor em 2008. Um ano mais tarde, a Índia revogou a sua antiga lei e começou a executar a sua nova Lei da Concorrência, em 2002. A África do Sul

<sup>1</sup> Cf. Gal; Padilla (2010, p. 899-90).

<sup>2</sup> Cf. Wei (2011, p. 2); Oliveira; Fujiwara (2006, p. 632); Bhattacharjea (2012, p. 451).

também aprovou alterações da Lei de Concorrência de 1998. Em 2012, o Brasil implementou a sua nova Lei da Concorrência (Lei nº 12529/11), visando à substituição da Lei 8884/94. Essas importantes iniciativas legislativas podem ser consideradas tanto como marcos nas transições econômicas quanto como resultado do processo de aprendizagem e maturidade da execução de experiências passadas.

No todo, as motivações dos mercados emergentes, para dependência de instrumentos de concorrência, podem ser atribuídas aos seguintes fatores: liberalização do comércio e investimento, redução da intervenção do Estado, reforma das empresas estatais e processo de privatização, cartéis internacionais e crescente necessidade de promover instituições de economia de mercado.

A maioria das leis de defesa da concorrência dos países emergentes espelha aquelas, proeminentes, dos Estados Unidos da América (EUA) e da União Europeia (UE). Contudo, enquanto refletem as práticas internacionais predominantes à luz dos diferentes contextos econômicos, políticos, sociais e culturais, os legisladores dos países emergentes têm tentado preservar certas peculiaridades nas suas próprias leis de defesa da concorrência, de modo a tratar dos seus próprios problemas e prioridades. Considerando-se as limitadas experiências e recursos, as autoridades de concorrência dos mercados emergentes precisam ter pensamentos criativos e prestar muita atenção técnica quando tratam de parâmetros econômicos significativamente diferentes no processo de implementação.

## 1.2 CAMINHOS DO DESENVOLVIMENTO DA EXECUÇÃO LEGAL SOBRE CONCORRÊNCIA

Na realidade, é muito mais fácil aprovar uma lei do que executá-la fielmente. Um bom desenho institucional é uma componente crítica de execução da lei de concorrência<sup>3</sup>. Os mercados emergentes não são exceção. Atualmente, há três modelos principais adotados pela maioria das jurisdições: modelo judicial bifurcado, modelo de agência bifurcado e modelo de agência integrado<sup>4</sup>. Dentro de uma jurisdição em particular, pode haver uma estrutura singular, bipartida ou tripartida de agências de concorrência. Num mercado mais aberto e

<sup>3</sup> Cf. Fox (2009, p. 487).

<sup>4</sup> Cf. Trebilcock; Iacobucci (2010, p. 459-64). No modelo judicial bifurcado, a autoridade tem o poder de investigação e deve propor ações de execução nos tribunais de jurisdição geral, com direito de recurso aos tribunais gerais de recurso; no modelo de agência bifurcado, a autoridade tem o poder de investigação e deve propor ações de execução nas autoridades especializadas adjudicatárias da concorrência, com direito de recurso para os órgãos especializados de recurso ou tribunais gerais de recurso; e no modelo de agência integrado, a autoridade tem o poder de investigação e adjudicação, com direito de recurso para órgãos gerais ou especializados de recurso.

dinâmico, as autoridades de concorrência precisam ser ágeis, para garantir a certeza jurídica e ter um mecanismo de monitoria e avaliação de mercados de modo a alcançar eficácia, legitimidade, justiça, eficiência, transparência e processo justo. Todavia, não há uma solução que seja adequada para todos. Ao longo dos últimos anos, na medida em que o contexto político, econômico e legal se altera gradualmente, têm havido esforços ativos para reestruturar e melhorar o quadro institucional existente nos mercados emergentes. Além disso, mais melhoramentos e ajustes para ação e defesa privadas também têm sido alvo.

Ao longo das duas últimas décadas, a implementação de leis de defesa da concorrência de muitas economias emergentes tem se estendido, do seu foco original sobre *controle de concentrações*, para condutas anticoncorrenciais, como acordos de monopólio e abuso de posições dominantes.

Por um lado, nos últimos dez anos o número total absoluto de transações nos países dos BRICS aumentou mais de vinte vezes e a uma taxa muito mais elevada do que na Europa e nos EUA – trata-se da maior taxa de crescimento até o momento<sup>5</sup>. As autoridades de defesa da concorrência nos países emergentes têm agora mais poderes e demonstram maior confiança na compensação, impondo restrições ou rejeitando transações, e suas revisões de concentrações aplicam-se extraterritorialmente a *transações de estrangeiro para estrangeiro*, o que poderá ter um efeito indireto sobre a concorrência nesses mercados. Apesar de suas abordagens diferentes, os controles de concentração de economias se desenvolveram rapidamente e se tornaram jurisdições importantes, classificando-se de maneira elevada no escrutínio de sociedades comerciais estrangeiras.

Por outro lado, a execução de não concentração vem a ser mais vigorosa, embora o objetivo primário possa ser mais educar do que penalizar na fase inicial da execução de defesa da concorrência. Baseado nas experiências de análises de concentrações e no constante desenvolvimento das capacidades, a luta contra cartéis claramente se tornou uma prioridade para as autoridades de muitos mercados emergentes. Tem havido um fortalecimento ou uma reforma dos programas de clemência. Cada vez mais, empresas multinacionais colaboram com as investigações e assinam acordos de perdão<sup>6</sup>. Recentemente, a terceira onda de execução de defesa da concorrência se referiu ao abuso de posições dominantes e a alguns casos mais atualizados tratados neste tipo de comportamento anticoncorrencial<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Cf. Cool; Harle; Ombregt (2012).

<sup>6</sup> Cf. Global Competition Review (2014).

<sup>7</sup> Cf. Martinez (2013, p. 175).

Logo após o estabelecimento das leis de defesa da concorrência nos mercados emergentes, os observadores internacionais costumavam criticar esses diplomas legais e suas agências de execução. Segundo os observadores, tratava-se de *tigres sem dentes* ou apenas com *dentes de leite*. Contudo, após poucos anos, um número considerável de agências juvenis, nos mercados emergentes, tem feito progressos consideráveis, e a implementação da defesa da concorrência não está mais na infância. É inevitável que algumas dúvidas e dores de transição possam aparecer; no entanto, as práticas de execução serão melhor orientadas ao longo do tempo, para mais melhoramentos.

## 2 BREVE ANÁLISE DA LEI ANTIMONOPÓLIO DA CHINA (LAM)

Como o maior mercado emergente do mundo, a China é um ator atrasado, mas importante, na arena do direito de concorrência. A Lei Antimonopólio da China (LAM), de 30 de agosto de 2007, que entrou em vigor em 1 de agosto de 2008, foi muito bem recebida por participantes chineses e estrangeiros. Essa lei não só protege a boa ordem da economia de mercado, como também promove a cultura da concorrência na China.

Além de aplicar os acordos de monopólio, combater o abuso de posição dominante no mercado e controlar as concentrações, a LAM contém também disposições para tratar de alguns problemas específicos que podem dificultar ou limitar a concorrência sã no mercado interno chinês, como o abuso de monopólio administrativo e o protecionismo local. Assim como ocorre com a maioria das leis de defesa da concorrência dos países de economia de transição, a tarefa principal do controle antimonopólio diz respeito ao monopólio antiadministrativo<sup>8</sup>, e a LAM chinesa também contém essas disposições. Há ainda disposições adicionais, de importância vital para a economia e a segurança nacional, que protegem as empresas estatais, regulam a realização da associação comercial e se direcionam contra o abuso ou mau uso dos direitos de propriedade intelectual. Em grande medida, a LAM se assemelha à lei da concorrência da União Europeia, e também importa alguns sistemas importantes da tradição da concorrência dos EUA, tais como a regra *per se* e a *regra da razão*.

Os objetivos básicos da LAM são múltiplos e a eficiência econômica é apenas um deles. O artigo 1º da LAM estabelece que

Esta lei é promulgada com a finalidade de prevenir e reprimir a conduta monopolista, proteger a concorrência leal no mercado, aumentar a eficiência

---

<sup>8</sup> Cf. Wu; Liu (2012, p. 149).

econômica, manter os interesses dos consumidores e os interesses públicos e promover o desenvolvimento saudável da economia socialista de mercado.

Em uma economia em transição como a da China, o legislador obviamente pretende alcançar muitos outros objetivos sociais, por meio da promulgação da lei de defesa da concorrência, tais como a promoção da equidade social e da justiça e do desenvolvimento da economia de mercado socialista. A política de concorrência está intimamente relacionada com a política industrial, e tem sido observado que as duas políticas contradizem uma à outra, com o conflito de interesses tornando-se cada vez mais distinto<sup>9</sup>. O estatuto muito especial de empresas estatais está sendo regulamentado e, ao mesmo tempo, também protegido pela LAM<sup>10</sup>. Dado que a LAM integra considerações muito amplas de *não-defesa* da concorrência, as agências de execução chinesas têm de enfrentar muitos desafios durante o processo de implementação, e devem refletir sobre os efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de forma abrangente, desenvolvendo um sistema de execução coerente.

Conforme definido pela LAM, o regime de execução na China tem dois níveis: 1) a Comissão Antimonopólio do Conselho de Estado (com poderes quase legislativos, como a elaboração de políticas de concorrência, organização de investigação e avaliação da situação global de concorrência, divulgação do relatório de avaliação, formulação de diretrizes e coordenação da execução da lei); e 2) a Autoridade de Execução Antimonopólio (com poder quase judicial), composta por três agências, na qual o Departamento Antimonopólio do Ministério do Comércio (MOFCOM) é responsável pela análise de concentrações, o Departamento de Supervisão de Preços e Antimonopólio da Comissão Nacional do Desenvolvimento e Reforma (NDRC) é responsável pela fixação de preços e cartéis e o Departamento de Execução Antimonopólio e Anticoncorrência Desleal da Administração Estatal de Indústria e Comércio (SAIC) é responsável pelo abuso da posição dominante e pelos acordos de monopólio não relacionados com o preço<sup>11</sup>. A Agência de Execução da Lei Antimonopólio, subordinada ao Conselho de Estado, também pode autorizar as agências de nível provincial para a execução antimonopólio<sup>12</sup>.

Em relação aos acordos de monopólio, o abuso da posição dominante no mercado e o controle das concentrações, o capítulo 7 da LAM prevê sanções e alívio, incluindo multas,

---

<sup>9</sup> Cf. Galloway (2007, p. 186).

<sup>10</sup> O artigo 7º da LAM prevê que “A respeito das indústrias controladas pela economia estatal e sobre a linha de vida da economia nacional e segurança nacional ou as indústrias que aplicam operação e vendas exclusivas de acordo com a lei, o Estado deve proteger as operações econômicas legais realizadas pelos operadores econômicos ...”

<sup>11</sup> Artigos 9º e 10 da LAM.

<sup>12</sup> Artigo 10 da LAM.

sanções penais, sanções disciplinares e responsabilidades civis. Qualquer decisão contestada, sobre a avaliação de concentrações emitida pelo MOFCOM, poderá ser recorrida por revisão administrativa, antes de ser apresentado um contencioso administrativo. Em relação a quaisquer decisões de não concentrações, incluindo as relativas a acordos de monopólio e abuso da posição dominante, as partes são livres para requerer a revisão administrativa ou, diretamente, a revisão judicial<sup>13</sup>. A LAM estabelece uma distinção clara entre a execução pública e a execução privada. Mesmo que a LAM destaque a execução administrativa sobre a execução judicial, o direito privado de ação é permitido<sup>14</sup>. Em relação ao monopólio administrativo, as agências de execução só podem fazer sugestões às autoridades superiores, e as disposições pertinentes da LAM ainda são fracas demais para permitir qualquer execução efetiva<sup>15</sup>.

A fim de garantir a aplicabilidade e a especificidade da linguagem ampla e dos termos abstratos da LAM, o Conselho de Estado, a Comissão Antimonopólio do Conselho de Estado, o Ministério do Comércio, a Administração Estatal de Indústria e Comércio e a Comissão do Desenvolvimento Nacional e Reforma promulgaram uma série de legislações secundárias, que rege o regime de defesa da concorrência<sup>16</sup>. Em 2012, o Supremo Tribunal

---

<sup>13</sup> Artigo 53 da LAM. Para as decisões de concentrações, na China, a revisão administrativa é uma pré-condição para a litigação administrativa. Contudo, nos EUA ou na UE, as partes na análise da concentração têm direito a acesso direto à revisão judicial.

<sup>14</sup> Artigo 50 da LAM.

<sup>15</sup> O artigo 51 da LAM estabelece que “quando um órgão administrativo ou organização autorizada por lei ou regulamento administrativo para administrar assuntos públicos abusar do seu poder administrativo para eliminar ou restringir a concorrência, a sua autoridade superior deve mandá-la efetuar a correção e impor punições sobre as pessoas encarregadas e outras pessoas diretamente responsáveis”. A Agência de Execução da Lei Antimonopólio poderá oferecer sugestões sobre o tratamento legal à autoridade superior competente. Na esfera da luta contra o monopólio administrativo, as agências de execução não têm um verdadeiro poder.

<sup>16</sup> O Conselho de Estado promulgou dois regulamentos administrativos, incluindo as Disposições do Conselho de Estado sobre os limiares para a notificação prévia de concentrações de empresas, de 3 de agosto de 2008, e a Circular sobre o sistema de revisão de segurança de fusão ou aquisição de empresas nacionais por investidores estrangeiros, de 12 de março de 2011. A Comissão Antimonopólio do Conselho de Estado adotou uma orientação que não tem força vinculativa – a Orientação do Comitê Antimonopólio do Conselho de Estado para a definição do mercado relevante, de 24 de maio de 2009. O Ministério do Comércio promulgou as seguintes regras: Disposições Sobre Fusões e Aquisições de Empresas Nacionais por Investidores Estrangeiros, de 22 de junho de 2009, Medida para a Declaração de Concentração de Empresas, de 21 de novembro de 2009, Medida para o Exame de Concentração de Empresas, de 24 de novembro de 2009, Disposições Provisórias sobre a Alienação de Ativos ou Negócios nas Concentrações de empresas, de 5 de julho de 2010, Regulamento sobre a Implementação do Sistema de Revisão de Segurança para Fusões e Aquisições de Empresas Nacionais por Investidores Estrangeiros, de 25 de agosto de 2011, Disposições Provisórias sobre a Avaliação dos Efeitos Concorrenciais de Concentração de Empresas, de 29 de agosto de 2011, Opiniões Orientadoras do Departamento Antimonopólio do Ministério do Comércio sobre a Declaração das Concentrações de Empresas, de 5 de janeiro de 2009, Opiniões Orientadoras do Departamento Antimonopólio do Ministério do Comércio sobre Documentos e Materiais de Declaração de Concentrações de Empresas, de 5 de janeiro de 2009, Orientações de Funcionamento do Departamento Antimonopólio do Ministério do Comércio sobre a Concentração de Empresas, de 11 de março de 2010, e Medidas Provisórias para Investigar e Tratar da Falta de Declarar Legalmente a Concentração de Operadores Econômicos, de 30 de dezembro de 2011. A Administração Estatal da Indústria e Comércio promulgou cinco regras: Regulamento das Administrações da Indústria e Comércio sobre os Processos para a

Popular publicou a sua primeira interpretação judicial sobre a aplicação da Lei, no julgamento de casos de litígios civis decorrentes da conduta monopolista<sup>17</sup>. Todos estes fatos podem ser considerados como passos importantes nos procedimentos de aplicação da Lei Antimonopólio.

### 3 OS PRIMEIROS SEIS ANOS DE EXECUÇÃO DA LAM

#### 3.1 CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES

Até 30 de junho de 2014, o MOFCOM analisou 860 transações de concentração, das quais autorizou incondicionalmente 838 transações, aprovou 20 transações com condições restritivas e rejeitou duas transações<sup>18</sup>. As autorizações incondicionais representam 97,44% de todas as decisões de concentrações do MOFCOM desde a implementação da LAM. Não obstante algumas inquietações e preocupações externas, as estatísticas mostram que a execução de controle de concentrações na China é, em geral, consistente com outras principais jurisdições, e que as autoridades da China adotaram uma abordagem relativamente liberal para fusões e aquisições.

Dentre todas as transações analisadas pelo MOFCOM, a aquisição de capital representou quase 60%, a criação de *joint ventures* aproximadamente 30% e a aquisição de ativos correspondeu a quase 5%. As concentrações horizontais (entre concorrentes no mesmo nível da cadeia de produção ou cadeia de distribuição) ocuparam cerca de 60% de todas as análises de concentrações; seguidas por concentrações conglomeradas (entre partes de mercados e atividades inteiramente diferentes), com cerca de 25%, e por concentrações verticais (entre partes de diferentes níveis de produção e distribuição), com aproximadamente

---

Prevenção do Abuso de Poder Administrativo para Excluir ou Limitar a Concorrência, de 26 de maio de 2009, Regulamento das Administrações da Indústria e Comércio sobre os Processos para a Investigação e Prossecução dos Casos Envolvendo Acordos de Monopólio e Abuso da Dominância do Mercado, de 26 de maio de 2009, Regulamento das Administrações da Indústria e Comércio sobre a Proibição de Acordos de Monopólio, de 32 de dezembro de 2010, Regulamento das Administrações da Indústria e Comércio sobre a Proibição do Abuso de Posições Dominantes no Mercado, de 31 de dezembro de 2010, Regulamento das Administrações da Indústria e Comércio sobre a Proibição do Abuso do Poder Administrativo para Eliminar ou Restringir a Concorrência, de 31 de dezembro de 2010. A Comissão de Desenvolvimento Nacional e Reforma adotou duas regras: Regulamento de Antimonopólio de Preço, de 1 de fevereiro de 2011, e Regulamento sobre Processos que Regulam a Execução Administrativa de Antimonopólio de Preço, de 1 de fevereiro de 2011.

<sup>17</sup> Trata-se das Disposições do Supremo Tribunal Popular sobre várias questões acerca da aplicação da lei no julgamento de casos de conflitos civis emergentes de conduta monopolista, de 3 de maio de 2012.

<sup>18</sup> Cf. estatísticas publicadas pelo MOFCOM, disponíveis em: <<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/zcfb/>> juntamente com uma fonte oficial, disponível em: <[http://news.xinhuanet.com/legal/2013-05/23/c\\_115886393.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2013-05/23/c_115886393.htm)>. O MOFCOM apenas torna pública qualquer decisão que bloqueia concentrações ou impõe solução. Acessos em: 17 out. 2014.

15%. Em termos de setor específico, a indústria de manufatura representou aproximadamente 60% de todos os casos analisados pelo MOFCOM<sup>19</sup>.

A grande maioria das concentrações que o MOFCOM aprovou incondicionalmente foram transações *offshore* entre partes estrangeiras<sup>20</sup>. Isto demonstra o interesse, confiança e capacidade de crescimento da China em aplicar a LAM extraterritorialmente. Uma vez que não há padrões substantivos e processuais mundiais unificados para a análise de concentrações, não é surpreendente a ocorrência de conflitos de decisões de concentrações sobre a mesma transação entre jurisdições diferentes. Em poucos casos, nos últimos anos<sup>21</sup>, o MOFCOM pareceu estar mais conservador e cauteloso, e impôs certas condições em que a mesma transação foi incondicionalmente autorizada ou a ela foram impostas diferentes soluções por reguladores de execução na UE e nos EUA. De acordo com uma declaração do oficial do MOFCOM<sup>22</sup>, essa entidade tem cooperado bilateralmente com outros reguladores de execução, como a UE, os EUA, o Reino Unido, a Coreia e o Japão, e, multilateralmente, com a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), a Cooperação Econômica Ásia-Pacífico (APEC) e o BRICS, de modo a melhorar a cooperação relativa à informação e atingir maior harmonia na análise multijurisdicional de concentrações.

Os limiares estabelecidos pela LAM e a Disposição do Conselho de Estado sobre os Limiares para Notificação Prévia de Concentrações de Empresas<sup>23</sup> seguem um teste jurisdicional de aquisição. Acredita-se que tal abordagem oferece mais certezas do que os limiares baseados na quota ou na posição de mercado<sup>24</sup>. Comparado com os limiares da UE<sup>25</sup>, os limiares de apresentação nos termos da LAM são muito mais baixos. Se as receitas de cada uma de pelo menos duas sociedades comerciais a serem fundidas na China excedem 400 milhões de RMB (aproximadamente 63 milhões de dólares americanos), a notificação prévia é obrigatória. Os limiares de notificação ilustram que o nexo local é adotado pela LAM<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> Cf. <[http://www.mofcom.gov.cn/article/zt\\_jzccflnh/lanmutwo/201301/20130100003607.shtml](http://www.mofcom.gov.cn/article/zt_jzccflnh/lanmutwo/201301/20130100003607.shtml)>. Acesso em: 17 out. 2014.

<sup>20</sup> Uma lista completa está disponível em: <<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/>>. Acesso em: 17 out. 2014.

<sup>21</sup> São exemplos: a fusão entre a Samsung e a Seagate, a aquisição de uma divisão da Hitachi pela Western Digital e o negócio entre o Google e a Motorola. Cf. Chen (2013, p. 182-3).

<sup>22</sup> Disponível em: <[http://www.mofcom.gov.cn/article/zt\\_jzccflnh/lanmutwo/201301/20130100003607.shtml](http://www.mofcom.gov.cn/article/zt_jzccflnh/lanmutwo/201301/20130100003607.shtml)>. Acesso em: 17 out. 2014.

<sup>23</sup> Artigo 3º das Disposições do Conselho de Estado sobre os Limiares para Notificação Prévia de Concentrações de Empresas, de 3 de agosto de 2008.

<sup>24</sup> Cf. Zhang; Li (2014, p. 79).

<sup>25</sup> No Regulamento do Conselho (EC) nº 139/2004, o artigo 1º prevê que “o volume agregado combinado em todo o mundo, de todas as empresas em causa, é de mais de cinco bilhões de euros, e o volume agregado no âmbito da Comunidade, de uma em cada duas das empresas em causa, é de mais de 250 milhões de euros”.

<sup>26</sup> Cf. Calvani; Alderman (2010, p. 93).

Depois da entrada em vigor da LAM, alguns melhoramentos sobre a análise de concentrações foram atingidos por meio de uma série de legislações secundária. De acordo com as opiniões orientadoras do Departamento Antimonopólio do Ministério do Comércio, sobre a Declaração de Concentrações de Empresas<sup>27</sup>, e as opiniões orientadoras sobre os documentos de declaração de materiais de concentração de operadores econômicos<sup>28</sup>, deve haver uma lista detalhada de documentos a serem declarados. Depois de a LAM entrar em vigor, a fusão entre a China Unicom e a China Netcom (duas grandes empresas estatais de telecomunicações) foi reportada como “desrespeito premeditado à nova Lei Antimonopólio” e o MOFCOM foi também criticado por aplicar a LAM de forma seletiva. Embora as empresas envolvidas tenham alegado, em sua defesa, que haviam obtido a aprovação de outro Ministério (Ministério da Indústria e Tecnologia de Informação) antes de proceder com a fusão, os oficiais do MOFCOM por fim confirmaram, em maio de 2009, que a transação “era suspeita de violar a LAM”<sup>29</sup>. Um mês mais tarde, em junho de 2009, a Comissão de Fiscalização e Administração de Bens Estatais emitiu um aviso para dar forte apoio ao MOFCOM, requerendo o cumprimento legal pelas empresas quanto à notificação de fusão<sup>30</sup>. De modo a garantir a aplicação nesses termos, o MOFCOM adotou depois as Medidas Provisórias para Investigar e Tratar da Falta de Legalmente Declarar a Concentração de Operadores Econômicos, de acordo com as quais as autoridades de execução poderão impor uma multa, suspender a implementação da concentração, dispor de ações e ativos e transferir os negócios dentro do prazo prescrito<sup>31</sup>.

Todo o período de análise, nos termos da LAM, que é mais curto do que aquele previsto por muitas jurisdições, não irá exceder 180 dias. Embora alguns profissionais tenham constatado que o MOFCOM “controla a data de início do período de análise da Fase I e potencialmente pode estender de forma significativa o período de análise, recusando-se a aceitar uma notificação como completa, e atrasando deste modo o início da análise”, a LAM não pune a submissão incompleta de partes de materiais, reajustando o período legal de espera, da mesma forma que outras jurisdições poderão fazê-lo. E, quanto mais informação seja prestada inicialmente pelas sociedades, mais rápido será o período de análise. De modo a acelerar o processo de análise, o MOFCOM promulgou as Disposições Provisórias sobre os

<sup>27</sup> Artigo 8º das Opiniões Orientadoras do Departamento Antimonopólio do Ministério do Comércio sobre a Declaração de Concentrações de Empresas, de 5 de janeiro de 2009.

<sup>28</sup> Artigos 4º a 8º das Opiniões Orientadoras do Departamento Antimonopólio do Ministério do Comércio sobre a Declaração de Concentrações de Empresas, de 5 de janeiro de 2009.

<sup>29</sup> Cf. Zhang (2011, p. 651).

<sup>30</sup> Cf. a notificação de fusão entre a China Eastern Airlines e a Shanghai Airlines, em Zhang; Li (2014, p. 81).

<sup>31</sup> Trata-se do artigo 13 das Medidas Provisórias, para investigar e tratar da falha e legalmente declarar a concentração de operadores econômicos, de 30 de dezembro de 2011.

Padrões Empregados para Casos Simples de Concentração de Empresas, em 12 de fevereiro de 2014, que confirmaram que as *joint ventures offshore* sem nexos com a China serão qualificadas como “casos simples” para análise de expediente<sup>32</sup>.

Os artigos 27 e 28 da LAM referem-se à avaliação substantiva de controle de concentrações. A Orientação da Comissão Antimonopólio do Conselho de Estado para a Definição do Mercado Relevante, de 24 de maio de 2009, e as Disposições Provisórias sobre a Avaliação de Efeitos Concorrenciais de Concentrações de Empresas, de 29 de agosto de 2011, todas emitidas pelo MOFCOM, são até o momento legislações secundárias muito relevantes para a realização da análise substantiva. A definição de *mercado relevante* e a definição de *quota de mercado* dadas pelo MOFCOM são muito semelhantes às designações da UE; todavia, as diferenças entre a China e as jurisdições de alguns países desenvolvidos ainda permanecem. Por exemplo, o padrão de análise de concentrações da China depende do efeito potencial da concentração, que difere do “teste de diminuição substancial da concorrência” dos EUA e do “teste de dominância” da UE<sup>33</sup>, incluindo outros fatores em consideração, como o desenvolvimento econômico nacional e o critério de não-concorrência.

Como uma agência de execução ainda jovem, o MOFCOM tem feito progresso notável nos últimos seis anos. A abordagem do MOFCOM é gradual e pragmática, e não é drasticamente divergente daquela de outras jurisdições em desenvolvimento maduras. A transparência acrescida sobre muitas questões é de ser esperada no futuro. É desejável prever a lógica e justificações mais detalhadas e a inclusão de um exame mais quantitativo na sua análise de concentrações, em vez de se centrar primeiramente sobre os efeitos sociais e políticos. Acreditamos que, com mais recursos e tempo, a análise processual e substantiva do MOFCOM será melhorada. Contudo, pelo menos três grandes desafios devem ser considerados a longo prazo. Primeiro: como reconciliar e equilibrar diferentes objetivos (como a política industrial e a política de concorrência) nas análises de concentrações e garantir um esquema de execução coerente e profissional? Segundo: como desenvolver uma fiscalização efetiva, bem como uma análise judicial independente, das decisões tomadas pelo MOFCOM? Terceiro: ao aplicar extraterritorialmente a LAM, como evitar o uso do direito nacional como uma arma de retaliação na análise multijurisdicional de concentrações?

---

<sup>32</sup> Cf. Zhang; Li (2014, p. 79).

<sup>33</sup> Cf. Wei (2011, p. 22).

### 3.2 ACORDOS DE MONOPÓLIO

A SAIC e a NDRC aplicam as regras comportamentais da LAM, incluindo o acordo de monopólio (acordos horizontais e verticais) e o abuso da posição dominante. Enquanto o primeiro concentra-se nas práticas não relacionadas com preços, o segundo é responsável por comportamentos que possuem essa relação.

As duas agências de execução elaboraram uma série de legislações secundária, detalhando as regras substantivas e processuais. Apesar de a LAM não requerer que a SAIC e a NDRC publiquem os detalhes das suas ações de execução, nos últimos anos as duas agências têm aumentado a transparência, publicando um número maior de decisões de adjudicação e orientações sobre a sua investigação. A SAIC lançou uma nova plataforma na sua própria página oficial da internet<sup>34</sup>, em 2013, para publicar as decisões de execução – de 2010 até hoje, há um total de 14 acordos de monopólio publicados. A NDRC, por uma questão de procedimento, não publica todas as suas decisões relacionadas a investigações; todavia, tem tomado passos para divulgar aos repórteres as suas áreas-chave de execução e fomentar a cultura de concorrência na sociedade chinesa.

Em geral, em termos de execução recente de acordos de monopólio, os acordos horizontais<sup>35</sup> (como a fixação de preço, a atribuição de mercado e o boicote conjunto entre operadores econômicos concorrentes) têm sido a grande prioridade para as investigações de ambas agências, embora os acordos verticais<sup>36</sup> (como a manutenção do preço de revenda) tenham se tornado o novo foco em algumas execuções recentes da NDRC. Um vasto âmbito de atividades tem estado envolvido, incluindo as relacionadas aos seguros, à manufatura, à distribuição de automóveis usados, às agências de viagens, à farmácia, à indústria do papel, de painéis de cristal líquido, de cimento, às agências de transporte marítimo etc.

Em 2010, o caso dos produtores de massas de arroz de Guanxi significou o primeiro cartel *núcleo duro*, voltado à fixação de preços, a ser investigado pela NDRC nos termos da LAM<sup>37</sup>. No contexto de transição da economia, os acordos de monopólio são frequentemente organizados ou facilitados por associações industriais na China. Como tal, em 2010, a SAIC proferiu penas administrativas contra uma associação de indústrias de construção em Jiangsu Lianyungang, devido ao acordo de segmentação do mercado. Em 2011, a NDRC também anunciou uma pena máxima de 500.000 RMB (aproximadamente 81.000 dólares americanos)

<sup>34</sup> Disponível em: <<http://www.saic.gov.cn/zwgk/gggs/jzzf/>>. Acesso em: 17 out. 2014.

<sup>35</sup> Artigo 13 da LAM.

<sup>36</sup> Artigo 14 da LAM.

<sup>37</sup> Cf. Wei (2013, p. 130).

sobre a Associação da Indústria de Papel de Zhejiang Fuyang, por facilitar a fixação de preços e as restrições de produção.

Desde 2013, a SAIC e a NDRC intensificaram os esforços de execução de defesa da concorrência e, em especial, a execução de alta qualidade relacionada à defesa da concorrência atraiu mais atenção, tanto no campo doméstico quanto no estrangeiro. Em janeiro de 2013, a NDRC publicou a primeiríssima ação de defesa da concorrência contra cartéis internacionais. Seis multinacionais fabricantes de painéis de cristal líquido, da Coreia e de Taiwan, incluindo a Samsung e a LG, foram sancionadas num total de 353 milhões de RMB (aproximadamente 57 milhões de dólares americanos), devido aos comportamentos de fixação de preços. O caso se referia a condutas praticadas antes de a LAM entrar em vigor, o que indica a determinação da NDRC para a investigação global de cartéis nos próximos anos. Em fevereiro de 2013, a NDRC penalizou duas sociedades estatais de licores – Maotai e Wuliangye – por divulgação da manutenção do preço de revenda nos seus acordos de distribuição. Em agosto de 2013, a NDRC publicou a sua decisão de impor uma pena contra seis fabricantes de leite em pó, incluindo Wyeth, Mead Johnson e Meiji, num total de 670 milhões de RMB (aproximadamente 109 milhões de dólares americanos), por manutenção de preços de revenda irrisórios com fornecedores e por represálias contra aqueles que, nestas condições, se recusavam a cooperar. Em agosto de 2014, a NDRC impôs a multa mais pesada na história, de 1,24 bilhão de RMB (aproximadamente 202 milhões de dólares americanos), sobre alguns fabricantes de peças de automóveis japoneses, incluindo a Sumitomo e a Yazaki, por comportamentos de fixação de preços<sup>38</sup>. Nesse caso, a pena foi grandemente aumentada, para o equivalente a até 8% da receita das empresas no ano anterior, em contraste com as práticas anteriores, que apresentavam uma proporção de pena muito mais baixa. Em setembro de 2014, a NDRC anunciou que a *joint venture* entre o grupo FAW Auto da China e a Volkswagen (VW) da Alemanha podia ser multada em 250 milhões de RMB (aproximadamente 41 milhões de dólares americanos) pela prática de imposição, aos concessionários, de preços de veículos e de serviços de reparação. Além disso, a Chrysler Automobiles Sales (China) foi obrigada a pagar uma multa, vinculada à defesa da concorrência, de 31,7 milhões de RMB (aproximadamente cinco milhões de dólares americanos), por ter exigido que os revendedores mantivessem os preços recomendados pelo fabricante<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Detalhes disponíveis em: <[http://finance.ifeng.com/a/20140824/12985701\\_0.shtml](http://finance.ifeng.com/a/20140824/12985701_0.shtml)>. Acesso em: 17 out. 2014.

<sup>39</sup> Detalhes disponíveis em: <<http://finance.sina.com.cn/stock/usstock/c/20140912/094320275686.shtml>>. Acesso em: 17 out. 2014.

As práticas da SAIC e da NDRC fornecem algumas percepções sobre a fase inicial de execução nos termos da LAM. A princípio, no exercício de seus poderes de execução contra os acordos de monopólio, a SAIC e a NDRC não estavam restritas a aplicar apenas a LAM, baseando-se também na Lei contra Concorrência Desleal e na Lei dos Preços, respectivamente. Muitas vezes, as violações da LAM obrigam à análise econômica complexa pelas autoridades de execução, mas as violações da Lei dos Preços ou da Lei contra Concorrência Desleal não requerem essa investigação complexa. Contudo, nenhuma explicação clara tem sido dada sobre o critério de escolha da lei a ser aplicada quando há sobreposições de âmbitos de aplicação entre as diferentes leis. Além disso, a SAIC e a NDRC têm delegado seus poderes de investigação e de imposição de sanções pecuniárias aos seus escritórios regionais, trabalhando juntamente com estas agências de nível inferior. Em todos os casos publicados pela SAIC, as penas foram impostas por seus escritórios regionais. A NDRC parecia conferir maior autoridade de execução direta para o seu nível local<sup>40</sup> e apenas intervinha em poucos casos significantes; a maioria dos casos era tratada por suas sucursais locais. Quando se trata da imposição de multas administrativas, a NDRC assume uma posição mais agressiva do que a SAIC. No entanto, comparado com outras jurisdições maduras, o valor das penas impostas pelas agências de execução chinesas parece ser muito baixo. Adicionalmente, a própria LAM não prevê a responsabilidade criminal para as infrações. Foi reportado que no caso das massas de arroz os executivos do cartel organizador foram presos por ofensa criminal de coagir à participação no cartel, em conformidade com o artigo 226 da Lei Criminal. Isto sugere que a responsabilidade criminal por comportamento de cartel poderá estar disponível na China. Destaque-se, ainda, que, ao realizar as investigações, as autoridades de execução poderão ter de selecionar uma abordagem adequada. Normalmente, a abordagem *per se* proíbe as formas listadas pela Lei e a *abordagem da razoabilidade (rule of reason)* dá às autoridades maior discricção administrativa para realizarem uma análise casuística dos efeitos pró-concorrenciais, bem como dos efeitos anticoncorrenciais. Parece que a SAIC e a NDRC têm escolhido a abordagem *per se*; os comportamentos descritos nos artigos 13 e 14 da LAM são considerados anticoncorrenciais e ilegais e cabe às sociedades envolvidas provarem que os comportamentos questionados podem ser isentos nos termos do artigo 15 da LAM<sup>41</sup>. Por fim, o programa de clemência é aplicável na China. O artigo 46 da LAM permite a possibilidade de punição reduzida ou isenção completa de punição para os operadores econômicos que voluntariamente comunicarem e fornecerem provas importantes de violações.

---

<sup>40</sup> Cf. Hou; Yi (2011, p. 98).

<sup>41</sup> Cf. Liao; Eichlin; Zhou (2014).

Com base nas decisões publicadas, pode-se notar que, na China, as regras de clemência são mais amplas e mais suaves do que os regimes aplicados em jurisdições maduras. Por exemplo, o programa de clemência é aplicável não só nos acordos horizontais, mas também nos acordos verticais, e múltiplas sociedades podem obter total exoneração<sup>42</sup>. Tem se observado que o caso das peças de carros japonesas é o primeiríssimo caso horizontal em que o programa de clemência é aplicado. A Hitachi e a Nachi-Fujikoshi foram isentas de penas porque elas reportaram de imediato o conluio e dele forneceram provas importantes. Mais tarde, a Denso e a NSK fizeram comunicado no mesmo sentido, e assim receberam redução das penas. O caso demonstra uma convergência gradual com as jurisdições maduras em direção a um método de aplicação mais transparente e rigoroso<sup>43</sup>. Na prática, o programa de clemência não é automaticamente empregado; as agências de execução mantêm discricção significativa ao aplicar as regras de clemência e não podem assegurar penas mitigadas para os requerentes de clemência. É esperado que a SAIC e a NDRC forneçam orientações detalhadas que permitam que as sociedades violadoras conheçam melhor as possibilidades de qualificação para o recebimento de sanções reduzidas e, assim, tomem mais iniciativas de cooperação.

### 3.3 ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE

Talvez a principal dessemelhança entre as disposições de regimes de defesa da concorrência no mundo resida na definição de *dominância*. As agências jovens estão aprendendo a construir as suas capacidades, por meio da análise econômica, e a obter provas suficientes. Na China, embora o número de casos deste tipo ainda seja muito limitado, a tendência é de um aumento constante. Tal como as experiências de outras economias emergentes, a próxima onda de execução de defesa da concorrência na China refere-se ao abuso da posição dominante, e as agências de execução irão adotar uma abordagem mais ativa para lidar com casos complexos de abuso de dominância.

Desde a entrada em vigor da LAM, as agências de execução têm recebido queixas sobre comportamentos de monopólio de preço devido ao abuso de posições dominantes. Poucas sociedades nacionais e estrangeiras gigantes foram investigadas. Apenas para mencionar poucos casos notáveis recentes: em 2010, a NDRC anunciou os resultados de uma investigação contra a Hubei Salt Industry Group Co., Ltd. por abuso de posição dominante ao condicionar a compra de sal. Em 2011, a NDRC divulgou publicamente que estava a

<sup>42</sup> Foi reportado que, no caso do leite em pó, foi concedida total imunidade a mais de uma empresa. Cf. Hao (2014).

<sup>43</sup> Cf. Gu (2014).

investigar duas sociedades estatais de telecomunicações, a China Telecom e a China Unicom. Em 2013, a SAIC lançou uma investigação contra a Tetra Pak pela prática de venda casada. Em 2014, a NDRC começou a investigar a InterDigital (IDC) e a Qualcomm, nesta ordem. Alguns dos casos ainda estão pendentes, e outros foram suspensos porque os operadores econômicos envolvidos submeteram compromissos satisfatoriamente e alcançaram acordos de resolução com as sociedades chinesas relevantes. No início de 2014, a SAIC publicou o seu primeiro caso de abuso de dominância por meio de vendas vinculadas, e impôs uma multa de 3,2 milhões de RMB (aproximadamente 521.000 dólares americanos) contra uma sociedade estatal de águas em Guangdong.

Até o momento, os esforços de execução da NDRC contra o monopólio de preço relacionado com o abuso de posição dominante têm estado focados em seis áreas: aviação, produtos químicos de uso diário, automóveis, telecomunicações, medicamentos e eletrodomésticos. Muito recentemente, indústrias de alta tecnologia, envolvendo direitos de propriedade intelectual, também estão recebendo maior atenção (como as investigações contra IDC, Qualcomm e Microsoft). O monopólio de alguns setores de serviços públicos, dirigidos por empresas estatais, é um monopólio administrativo por natureza e, às vezes, o abuso de posições dominantes é constatado por meio de medidas administrativas. O artigo 51 da LAM apenas dá às agências de execução poderes para fazer sugestões e submeter pareceres profissionais para autoridades superiores sobre monopólio administrativo, e, na prática, a NDRC e a SAIC nunca tornaram públicas as suas decisões contra qualquer monopólio administrativo. Talvez o monopólio administrativo reflita muitos interesses de diferentes setores e departamentos administrativos, e a transparência acrescida irá definitivamente contribuir para fomentar uma cultura de concorrência. Apesar de algumas falhas, a NDRC (em particular), sendo uma autoridade de nível ministerial, tem demonstrado a sua louvável vontade e determinação no fortalecimento da sua execução, quebrando o poder do mercado e impondo penas financeiras sobre operadores econômicos (quer nacionais ou estrangeiros, privados ou estatais), com base no artigo 17 da LAM. Neste sentido, as jovens agências chinesas estão a *mostrar os seus dentes*. Durante a transição econômica na China, a concorrência relacionada com os preços continua a ser uma forma-chave de concorrência de mercado; portanto, espera-se que a NDRC irá desempenhar um papel mais ativo num futuro próximo.

### 3.4 MONOPÓLIO ADMINISTRATIVO

Em setembro de 2014, as autoridades chinesas de execução anunciaram, pela primeira vez, investigações contra um órgão administrativo<sup>44</sup>. A Embaixada da Coreia do Sul em Beijing reportou à NDRC os comportamentos monopolistas das autoridades da Província de Hebei. O governo da província emitiu uma regra discriminatória favorecendo veículos locais, com a cobrança de metade da taxa de pedágio para as empresas locais de transporte de passageiros. A NDRC enviou para o governo de Hebei a sua carta de recomendação, para que corrigisse imediatamente essas práticas. Embora não esteja claro se o caso foi resolvido tão rapidamente apenas porque foi trazido à atenção pela Embaixada da Coreia do Sul, o episódio marca um progresso profundo na execução da nova LAM.

### 3.5 AÇÃO PRIVADA

A execução privada complementa de forma eficaz a execução pública da LAM. O artigo 50 da LAM prevê que os operadores econômicos que implementarem uma conduta monopolista e causarem danos a outros devem suportar a responsabilidade civil. Na China, os tribunais competentes de primeira instância são os Tribunais Intermédios. De 1 de agosto até o fim de 2011, os tribunais chineses de nível nacional aceitaram 61 casos e concluíram 53<sup>45</sup>. Depois da adoção da interpretação judicial pelo Supremo Tribunal Popular (STP), intitulada “Disposições sobre várias questões relativas à aplicação da lei no julgamento de casos de conflito civil emergentes da conduta monopolista”, em maio de 2012, a litigação privada de defesa da concorrência é susceptível de desenvolvimento constante.

De acordo com as disposições do STP, as pessoas singulares, pessoas coletivas e outras organizações para conflitos sobre perdas causadas, entre outros motivos, por conduta monopolista, violações da LAM por disposições contratuais e estatutos de associações industriais, têm legitimidade para propor ações civis, sem depender da afirmação positiva de condutas anticoncorrenciais feita por autoridades de execução pública<sup>46</sup>. Em outras palavras, os executores privados qualificados são capazes para aplicarem diretamente a LAM, sem qualquer necessidade de uma decisão proferida por autoridades de execução pública. O ônus de prova foi claramente definido, de modo a facilitar o acesso à justiça pelos demandantes.

---

<sup>44</sup> Mais informações disponíveis em: <[http://news.xinhua.com/fortune/2014-09/13/c\\_126981988.htm](http://news.xinhua.com/fortune/2014-09/13/c_126981988.htm)>. Acesso em: 17 out. 2014.

<sup>45</sup> Cf. Zou; Li (2014, p. 34).

<sup>46</sup> Artigos 1º e 2º das Disposições do Supremo Tribunal Popular sobre várias questões relativas à aplicação da Lei no julgamento de casos de conflitos civis emergentes da conduta monopolista, de 3 de maio de 2012.

Nomeadamente, para qualquer acordo horizontal nuclear, o ônus de prova é transferido para o demandado, isto é, o demandado deve assumir o ônus de provar que o acordo não tem o efeito de excluir ou restringir a concorrência. No caso de abuso de posição dominante, o ônus da prova é partilhado entre o demandante e o demandado. Assim, quando os operadores econômicos com uma posição dominante no mercado vendem produtos a preços injustamente elevados, ou quando compram produtos a preços injustamente baixos, o demandante deve assumir o ônus de provar que o demandado tem uma posição dominante relevante no mercado e que abusou dessa posição, e o demandado deve assumir o ônus de provar a justificação da sua conduta. Além disso, o ônus de prova dos demandantes será aliviado nos casos de abuso de uma posição dominante no mercado por uma utilidade pública ou qualquer outro operador econômico que tenha uma posição dominante nos termos da Lei<sup>47</sup>.

Em 1 de agosto de 2013, com exatamente cinco anos de execução da LAM, pela primeira vez o demandante, numa litigação de defesa da concorrência, ganhou o caso. Um dos distribuidores da Johnson & Johnson, Ruibang Yonghe Technology and Trade Co., Ltd. (Rainbow) alegou que aquela empresa tinha revogado a distribuição da Rainbow com fundamento, principalmente, no fato de a Rainbow ter reduzido o preço de revenda unilateralmente, iniciando assim uma ação contra a Johnson & Johnson. O caso foi finalmente julgado pelo Tribunal Superior de Shanghai, e a demandada foi ordenada a compensar a perda econômica da Rainbow, no montante de 530 mil RMB (aproximadamente 86 mil dólares americanos). Curiosamente, neste caso histórico, o tribunal recursal máximo adotou uma abordagem diferente das autoridades de execução, decidindo que o acordo vertical via manutenção do preço de revenda não representava de *per se* uma violação da LAM, devendo ser julgado de acordo com a *regra da razão*. Assim, cabia ao demandante o ônus de provar os efeitos de defesa da concorrência nos acordos verticais.

Em outubro de 2013, o Tribunal Superior de Guangdong confirmou veredito anterior e exigiu que a demandada InterDigital Communication Inc. (IDC) pagasse à demandante Huawei Technologies Co., Ltd. uma compensação de 20 milhões de RMB (aproximadamente 3,2 milhões de dólares americanos), por abuso de dominância ao requerer taxas de direitos autorais discriminatórias e vincular o licenciamento de patentes essenciais normais.

Em fevereiro de 2014, pela primeira vez, uma litigação privada relativa à indústria da internet foi decidida pelo Supremo Tribunal. A Qihoo 360 Technology Co., Ltd., uma sociedade de proteção de programas de computador, propôs uma ação antimonopólio contra a

---

<sup>47</sup> Idem, artigos 7º a 10.

Tencent Technology (Shenzhen) Co., Ltd., uma grande empresa de programa de mensagens instantâneas, pela vinculação da venda do programa QQ à compra de um programa antivírus, e por ter restringido os consumidores do QQ quanto ao uso dos serviços da Qihoo. O veredito final invocado na Lei contra a Concorrência Desleal forneceu algumas referências úteis para casos futuros, em termos de definição de posição dominante e de força probatória das provas<sup>48</sup>.

O número de litigações privadas na China, comparado com as experiências das jurisdições maduras, é muito limitado. Até o momento, não há qualquer indicação de que as partes privadas na parte baixa da China tenham tentado abusar intencionalmente dos seus direitos à justiça. Nesta fase inicial da implementação da LAM, a litigação privada irá, sem dúvida, cortar os custos de execução, aumentar o bem-estar geral, fomentar uma cultura de concorrência e atingir uma fiscalização efetiva sobre a execução pública. Embora a recém-publicada (2012) interpretação judicial do Supremo Tribunal tenha feito progressos consideráveis, mais melhoramentos, como maiores incentivos e melhor informação para executores privados, assim como a inversão do ônus da prova, ainda são necessários. Muitos executores privados estão do lado baixo das relações contratuais – consumidores, ou usuários finais de produtos ou serviços – e, muitas vezes, a execução privada tem algumas vantagens na detenção de violações, podendo desempenhar um papel mais proeminente nos acordos verticais. Considerando-se a dificuldade em colher provas, a SAIC e a NDRC deveriam desempenhar um papel de liderança, nos casos que envolvam os acordos horizontais e o abuso de dominância.

#### 4 OBSERVAÇÕES FINAIS

A China é um bom exemplo, quanto à execução de defesa da concorrência, do crescimento e maturidade das economias emergentes. Como a segunda maior economia e um dos mercados emergentes de crescimento mais rápido do mundo, a China saiu da posição de simples seguidor para a de uma importante estrela em ascensão no domínio do direito de defesa da concorrência. Em um período de apenas seis anos, a implementação da LAM se tornou cada vez mais sofisticada, já tendo ultrapassado a fase de infância. O *dente de leite* da LAM caiu e agora se põe à mostra o *dente de adulto*.

---

<sup>48</sup> O tribunal de primeira instância e o tribunal de recurso final consideraram que o demandante não definiu um mercado relevante e não forneceu provas suficientes para demonstrar o abuso de posição dominante pelo demandado. Mais detalhes disponíveis em: <<http://www.pkulaw.cn>>. Acesso em: 17 out. 2014.

Desde o princípio, o desenho institucional para o regime de defesa da concorrência na China aponta para um equilíbrio delicado, entre o que devia ser e o que pode ser. Antes de a LAM entrar em vigor, havia uma série de leis e regulamentos sobre cartéis, abuso da dominância e concentrações anticoncorrenciais a ser aplicada pelo MOFCOM, pela NDRC e pela SAIC. Sem qualquer condição madura, quando do nascimento da LAM, para criar uma agência separada, independente e quase autônoma, com poderes judiciais e administrativos, a realidade na China é a manutenção das agências de execução existentes, mas com melhor coordenação e coerência. Da perspectiva do desenho institucional, não há qualquer modelo ideal que irá adaptar-se universalmente em todas as jurisdições até o momento. As práticas ao longo do tempo irão eventualmente tornar possível uma escolha final. No futuro próximo, por um lado, há uma necessidade de lidar com a conexão entre a LAM e outras peças de legislação existentes; por outro lado, é necessário autorizar constantemente as agências de execução, de modo que elas sejam capazes de se tornar suficientemente independentes e autoritárias para lutar contra condutas anticoncorrenciais e, em particular, contra o monopólio administrativo, durante a transição econômica na China.

Tal como os caminhos do desenvolvimento de outras jurisdições maduras e emergentes, as experiências do regime de defesa da concorrência na China passam por pelo menos três fases: no início, o controle de concentrações era a área-chave da execução. Após, os acordos de monopólio foram gradualmente alargados, e agora, um novo território (sendo esta a questão mais controversa), o abuso da dominância, também tem sido ocupado. Os esforços recentes demonstram que as agências chinesas de execução não estão apenas direcionadas para as sociedades estrangeiras, mas também para sociedades nacionais e grandes sociedades estatais<sup>49</sup>, e as autoridades chinesas sentem-se mais confiantes para lidar com questões internacionais de defesa da concorrência. A advocacia da concorrência será um objetivo constante no futuro, e os desafios que permanecem são relativos a uma incorporação mais expressiva de análise econômica e jurídica, bem como de evidências quantitativas nas investigações, além de melhor ponderação para evitar a subexecução.

Devido à abordagem de desenvolvimento (em vez de uma pura abordagem de eficiência), a China não copia diretamente as experiências de jurisdições maduras. Às vezes, as agências locais de execução têm de assumir compromissos entre muitos objetivos, muitos

---

<sup>49</sup> De acordo com a fonte oficial do primeiro-ministro chinês Li Keqiang, no Fórum de Verão de Davos, Tianjin, China, realizado entre 10 e 12 de setembro de 2014, as sociedades estrangeiras somaram apenas 10% daquelas investigadas, e as firmas envolvidas foram multadas em três bilhões de RMB. No total, 335 firmas em vários domínios estiveram envolvidas até setembro de 2014. Disponível em: <[http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-09/09/c\\_126967781.htm](http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-09/09/c_126967781.htm)>. Acesso em: 17 out. 2014.

deles diferentes e mesmo contraditórios. Isto é um sinal do período de transição. A longo prazo, a execução do direito de defesa da concorrência deverá ser autônoma em relação à política industrial e outras preocupações não concorrenciais e prevalecer sobre elas.

Por fim, num mundo globalizado, com um mercado relevante em novos setores, como economia digital e novas energias, parece não haver fronteiras nacionais, e as economias domésticas são frequentemente afetadas por condutas anticoncorrenciais estrangeiras e internacionais, tornando a cooperação internacional entre diferentes agências de execução do direito de defesa da concorrência mais necessária do que nunca. As grandes economias, com muito peso e impacto, como a da China, podem sempre contribuir com efeitos positivos para outras jurisdições, e apresentar uma eficiente dissuasão sobre comportamentos anticoncorrenciais internacionais. Espera-se que a China desempenhe um papel mais ativo ao integrar fóruns internacionais e ao criar padrões globais de defesa da concorrência.

## REFERÊNCIAS

BHATTACHARJEA, Aditya. India's New Antitrust Regime: The First Two Years of Enforcement. *The Antitrust Bulletin*, vol. 57, nº 3/Fall, 449, 2012.

CALVANI, Terry; ALDERMAN, Karen. BRIC in the International Merger Review Edifice. *Cornell International Law Journal*, vol. 43, 73, 2010.

CHEN, Shaoping. Merger Control under China's Anti-Monopoly Law. *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, vol. 17, 177, 2013.

COOL, Karel; HARLE, Nicolas; OMBREGT, Philippe. Merger Control and Practice in the BRIC Countries vs. the EU and the US: The Facts. *Faculty & Research Working Paper*, INSEAD Working Paper nº 2012/99/ST, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2163437>>. Acesso em: 17 out. 2014.

FOX, Eleanor M. Antitrust and Institutions: Design and Change. *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41, 473, 2009.

GAL, Michal S.; PADILLA, A. Jorge. The Follower Phenomenon: Implications for the Design of Monopolization Rules in a Global Economy. *Antitrust Law Journal*, vol. 76(3), 899, 2010.

GALLOWAY, Jonathan. The Pursuit of National Champions: The Intersection of Competition Law and Industrial Policy. *European Competition Law Review*, vol. 28 (3), 2007.

GLOBAL COMPETITION REVIEW – GCR. *The Handbook of Competition Enforcement Agencies 2014*. A Global Competition Review special report. 2014. Disponível em: <<http://www.globalcompetitionreview.com>>. Acesso em: 17 out. 2014.

GU, Michael. *Note of Caution: Record Fines on 12 Japanese Auto Parts and Bearing Manufactures – Analysis of the NDRC's Penalty Decision and Countermeasures of Companies*. 2014. Disponível em: <<http://www.chinalawvision.com/2014/08/articles/competitionantitrust-law-of-th/note-of-caution-record-fines-on-12-japanese-auto-parts-and-bearing-manufactures-analysis-of-the-ndrcs-penalty-decision-and-countermeasures-of-companies/>>. Acesso em: 17 out. 2014.

HAO, Zhan. *2014 China Anti-Monopoly Semi-Annual Report*. Disponível em: <[http://hk.lexiscnweb.com/clr/view\\_article.php?clr\\_id=89&clr\\_article\\_id=1084](http://hk.lexiscnweb.com/clr/view_article.php?clr_id=89&clr_article_id=1084)>. Acesso em: 17 out. 2014.

HOU, Jiangxiao Athena; YI, Jane. A Progress Report on the Implementation of China's Anti-Monopoly Law. *Competition – the Journal of the Antitrust and Unfair Competition Law Section of the State Bar of California*, Spring 2011, 2011.

LIAO, Xi; EICHLIN, John W.; ZHOU, Fay. *The Asia Pacific Antitrust Review – 2014*. Disponível em: <<http://globalcompetitionreview.com/reviews/60/sections/206/chapters/2336/china-cartels/>>. Acesso em: 17 out. 2014.

MARTINEZ, Ana Paula. Abuse of Dominance: the Third Wave of Brazil's Antitrust Enforcement? *Competition Law International*, vol. 9, nº 2, 169, 2013.

OLIVEIRA, Gesner; FUJIWARA, Thomas. Competition Policy in Developing Economies: the Case of Brazil. *Northwestern Journal of International Law and Business*, nº 26, 619, 2006.

TREBILCOCK, Michael J.; IACOBUCCI, Edward M. Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate. *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41, 459, 2010.

WEI, Dan. Antitrust in China: An Overview of Recent Implementation of Antimonopoly Law. *European Business Organization Law Review*, vol. 14 (1), 119, 2013.

\_\_\_\_\_. China's Anti-Monopoly Law and Its Merger Enforcement: Convergence and Flexibility. *Journal of International Economic Law*, vol. 14 (4), 1, 2011.

WU, Changqi; LIU, Zhicheng. A Tiger Without Teeth? Regulation of Administrative Monopoly Under China's Anti-Monopoly Law. *Review of Industrial Organization*, vol. 41, 133, 2012.

ZHANG, Angela Huyue. The Enforcement of the Anti-Monopoly Law in China: An Institutional Design Perspective. *The Antitrust Bulletin*, vol. 56(3), Fall, 631, 2011.

ZHANG, Xingxiang; LI, Frank. Joint Ventures and Merger Control in China: A Continuing Work in Progress. *Competition Law International*, vol. 10 (1), 2014.

ZOU, Yasha; LI, Ya. *Atribuição do Ônus de Prova nas Acções Civas Antimonopólio* (em chinês: Fanlongduan Minshi Susong zhong de Juzheng Zeren Fenpei). *Application of Law* (em chinês: *Falv Shiyong*), nº 2, 34, 2014.

## COMPETITION ENFORCEMENT IN EMERGING MARKETS: A LOOK AT CHINA

**ABSTRACT:** Competition policy may have dissimilar features and can play diverse roles in accordance with different stages of development of a particular country. Recently, several emerging markets have modernized and reformed their national competition laws. It is a trend that emerging markets will turn out to be relevant players in the international antitrust landscape, being able to consolidate their positions among the main antitrust jurisdictions in the world. In reality, it is much easier to adopt a law than to enforce it faithfully. China is a good example of growth and maturity of emerging economies in antitrust enforcement. Due to a *development* approach, instead of a pure *efficiency* one, China does not copy directly the experiences of mature jurisdictions. Sometimes, local enforcement agencies have to make compromises among many different and even contradictory objectives. It is a sign of transition. In the long run, enforcement of antitrust law should be autonomous from and prevail over the industry policy and other non-competition concerns.

**KEYWORDS:** Administrative Monopoly. China. Competition. Merger control. Private Action.

*Recebido: 17 de outubro de 2014*

*Aprovado: 20 de novembro de 2014*