
El análisis económico en los procedimientos de arbitraje y de defensa de la competencia

Esteban Greco

7 de julio de 2020

Seminario del capítulo América Latina de ASCOLA
“Arbitraje y derecho de la competencia”

Antecedentes

- US: Caso Mitsubishi 1985
 - La Corte Suprema de USA rechaza la objeción de que los temas antitrust requieren análisis legal y económico sofisticado y no se adaptan a procesos arbitrales que se caracterizan por ser expeditos, con requisitos mínimos de justificación escrita, la simplicidad, el recurso a conceptos básicos de sentido común y simple equidad

“The anticipated subject matter of the dispute may be taken into account when the arbitrators are appointed, and arbitral rules typically provide for the participation of experts either employed by the parties or appointed by the tribunal. Moreover, it is often a judgment that streamlined proceedings and expeditious results will best serve their needs that causes parties to agree to arbitrate their disputes; it is typically a desire to keep the effort and expense required to resolve a dispute within manageable bounds that prompts them mutually to forgo access to judicial remedies.”
- EU: Eco Swiss China Time v Benetton Int'l 1999, Regulation 1/2003, EU Damages Directive, Commission Notice on Remedies
- Best Practice Roundtables OECD 2010: Arbitration and Competition
- Arbitration & Antitrust, CPI *Antitrust Chronicle*, July 2019

Tipos de Arbitraje en Competencia

1. Mecanismo de aplicación privada de la ley de competencia
 - Aplicable a asignación de daños ex-post, no a aplicación ex-ante de la ley de competencia (vgr. M&A)
 - *Enforcement* de compromisos de acceso como remedios a casos antitrust (art.9 Reg.1/2003 en EU)
2. Herramienta para las agencias de competencia en su aplicación de la ley
 - Remedios de M&A:
 - compromisos de acceso de terceros (infraestructura física, derechos de propiedad intelectual)
 - mecanismos de solución de controversias respecto de los compromisos
 - Recientemente definición de mercado relevante
 - DOJ en el caso de M&A Novelis-Aleris

Análisis económico en el derecho de la competencia

- La aplicación del derecho de la competencia requiere un enfoque interdisciplinario del cual el análisis económico es parte sustancial:
 - Consistencia del análisis jurídico y económico
 - Análisis integrado, no son compartimentos estancos
 - Criterio metodológico: análisis contrafáctico
- Áreas de importancia del análisis económico
 - Teorías de daño:
 - M&A: para determinar potenciales efectos y medidas o elementos para evaluar su probabilidad
 - Conductas: para encuadrarlas en la ley y determinar el test legal aplicable
 - Definición de mercados relevantes y medición de concentración: mercados multilaterales, productos diferenciados
 - Evaluación de barreras de entrada

Análisis económico en el derecho de la competencia (cont.)

- Áreas de importancia del análisis económico (cont.)
 - Análisis de efectos incluyendo eficiencias: evidencia económica, análisis empírico (medición, datos), ponderación errores tipo I y tipo II,
 - M&A: análisis prospectivo, evaluación de los efectos eminentemente económica
 - Conductas:
 - Coordinadas: rol complementario; evidencia circunstancial, *plus factors*, factores que facilitan la colusión, inconsistencia con la hipótesis de comportamiento unilateral
 - Unilaterales: análisis económico relevante para determinar efectos de la conducta (eg. *Margin squeeze, bundling*, precios predátorios, restricciones verticales: RPM, exclusividad, descuentos condicionales), replicabilidad: test del competidor igualmente eficiente
 - Valuación de daños: nexo causal y medición/estimación

Análisis económico en arbitrajes

Valuación de daños

- Existe mucha experiencia en el uso del análisis económico para la valuación de daños en resolución de controversias mediante arbitraje
- Consistencia análisis económico y jurídico
 - Forma de presentar el análisis-evidencia económica es relevante para que sea considerada por los árbitros
- Criterio metodológico también es contrafáctico
- Cuestiones de impacto significativo
 - Enfoques y métodos de valuación de daños
 - Basados en ingresos: Flujo de caja descontado (DCF)
 - Basados en el mercado: valor de acciones, transacciones comparables
 - Basados en los activos: valor de libros, valor de reposición
 - Fecha de valuación
 - Tasa de descuento y riesgo país

Comentarios finales

- El arbitraje es un mecanismo propicio para el uso del análisis económico como el usado en defensa de la competencia.
- Diferencia: en la aplicación del derecho de la competencia el bien protegido es el interés general y por lo tanto hay efectos sobre terceros.
- Alcance del análisis económico (y jurídico) en derecho de la competencia:
 - Aplicación privada
 - Mayor si se requiere establecer responsabilidad (*liability*)
 - Menor en *follow on actions* para determinar daños: nexo causal y medición del daño
 - Alcance específico para la solución de controversias en remedios (M&A y conductas).
 - Nuevo campo: M&A en US
 - el régimen legal es relevante porque es la justicia la que debe determinar si se bloquea una operación,
 - pero muestra un procedimiento expedito para resolver cuestiones específicas con alta incidencia del análisis económico.

Comentarios finales (cont.)

- América Latina:
 - Convergencia en el uso del análisis económico en derecho de la competencia
 - Todavía hay camino por recorrer para la aplicación privada y el reclamo de daños
 - Potencial de aplicación del arbitraje para solución de controversias en remedios de comportamiento, especialmente en M&A, en particular los referidos a cuestiones de acceso de terceros.

DOJ - M&A - Novelis-Aleris (2020)

DOJ - M&A - Novelis-Aleris (2020)

- 4-9-2019 DOJ demanda bloquear adquisición de Aleris por parte de Novelis (Northern District of Ohio).
 - Novelis (subsidiaria de Hindalco Industries –India-) ofrece productos de aluminio laminados planos en tres segmentos: automotriz, latas de bebidas y productos especiales (ingresos US\$ 12.3 mil millones/año).
 - Aleris (Ohio) ofrece productos de aluminio laminados planos para las industrias automotriz, aeroespacial y de construcción, entre otros (ingresos US\$ 3.4 mil millones/año)
- Efectos alegados en mercado ABS de aluminio
 - +50% producción y ventas, 60% capacidad doméstica y la mayoría de la capacidad no comprometida
 - Barreras de entrada
 - Aumentos de precios
- Previamente DOJ y las partes acordaron remitir el asunto a un arbitraje vinculante si las partes no podían resolver las preocupaciones competitivas del DOJ dentro de un cierto período de tiempo.

DOJ - M&A - Novelis-Aleris (2020) – cont.

- Arbitraje vinculante para resolver un solo problema: si la lámina de aluminio para carrocería de automóviles constituye un Mercado Relevante.
 - Si ganaba DOJ: presenta propuesta de desinversión de las operaciones de laminados de aluminio para carrocerías de automóviles de Aleris en Norteamérica.
 - Si ganaban las partes: DOJ retira voluntariamente la demanda.
 - Novelis mantuvo por separado los activos de desinversión acordados y las partes pudieron cerrar la transacción.
- Características del arbitraje
 - Árbitro: Kevin Arquit, abogado con experiencia en antitrust, ex Director del Bureau of Competition de la FTC.
 - La audiencia se llevó a cabo durante 10 días en el DOJ.
 - 11 testigos y 3 testigos expertos
 - Las partes acordaron prescindir de ciertos requisitos probatorios para permitir una audiencia más flexible y eficiente.
 - Las partes también prescindieron de la necesidad de una sesión informativa posterior al juicio y acordaron que el árbitro tomará una breve decisión de no más de cinco páginas antes 7 días. Lo hizo en 3 (9/3/20)

DOJ - M&A - Novelis-Aleris (2020) – cont.

- Laudo: MR ABS de aluminio (DOJ) vs. ABS de aluminio y de acero (Novelis)
 - Competencia acero aluminio en fase de diseño pero no en fases posteriores cuando se determinan los precios vinculantes.
 - Árbitro: MR amplio si fuera fusión entre empresa de acero y aluminio y estrecho en este caso (precedente Continental Can)
 - Mucha evidencia documental sobre importancia de competencia entre proveedores de aluminio para determinar precios
 - Expertos económicos. SSNIP test. Se descartaron testimonios por falta de confiabilidad de los datos empleados. 