

BREVE ABORDAGEM DAS DIFERENÇAS DOCTRINÁRIAS ENTRE A REGULAÇÃO DE CONCENTRAÇÕES EMPRESARIAIS NA UNIÃO EUROPÉIA E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA A PARTIR DA ANÁLISE DO CASO GE/HONEYWELL

Carolina Maria Lembo

Ao perquirir o estudo dos diferentes posicionamentos doutrinários da União Européia e dos Estados Unidos da América na análise de concentrações empresariais a partir da análise do caso GE/Honeywell, tratou-se de um tema interdisciplinar por excelência, o direito da concorrência, espécie do gênero direito econômico e, dessa forma, buscou-se salientar a importante interface do direito com a economia.

Na análise do caso em questão, indispensável mostrou-se o estudo do conceito econômico de fusão e suas espécies. E, mesmo na análise jurídica das legislações concorrenciais em matéria de concentração, a interface direito e economia encontrou-se predominante no momento em que, para entender o próprio enunciado da lei fez-se necessário compreender conceitos como o de posição dominante e poder econômico.

A principal preocupação deste trabalho talvez seja entender as diferentes decisões das autoridades concorrenciais européia e norte-americana, ao compreender que tais decisões estão embasadas em grandes doutrinas econômicas como a *range effects theory*, que, por sua vez, encontra-se justificada na legislação européia.

O presente trabalho não possui, assim, como objetivo exaurir as divergências doutrinárias existentes no tocante à concentração entre a União Européia e os Estados Unidos, mas tão-somente servir de fonte de reflexão sobre tais divergências.

Finalmente, procurou-se enfocar no estudo da importante missão que o direito da concorrência tem perante a sociedade, pois esse ordenamento jurídico-econômico deseja ser reflexo dos anseios de seus consumidores e empresas locais por uma livre concorrência com preços justos, acesso a inovações tecnológicas e variação de produtos.

1. Aspectos econômicos das fusões

Ao analisar o caso GE/Honeyweell, entendeu-se necessária a análise dos aspectos econômicos das fusões e suas espécies para uma melhor compreensão da análise jurídica realizada pela Comissão Européia¹ e pelo Departamento de Justiça norte-americano.²

Nas fusões,³ “a independência das firmas é totalmente abolida, e as antigas firmas desaparecem para dar surgimento a uma nova entidade comercial”.⁴ A fusão, como se pode observar, centraliza, unifica o capital das antigas firmas em uma só entidade e, dessa forma, ocorre uma maior oligopolização⁵ do mercado.

Em relação às fusões de empresas, estas podem ser divididas em: fusões horizontais, verticais e conglomeradas.

¹ Doravante simplesmente denominada Comissão.

² Doravante simplesmente denominado DOJ.

³ A empresa adquirente tem como razões, para a compra de outra empresa, motivos ou objetivos como:

– possibilidade de obter ou de ampliar as economias de escala quando se encontram em um tamanho abaixo do ótimo com relação aos custos. Nesse caso, as vantagens se mostram na diminuição da concorrência, nas economias de *marketing* e nos canais de distribuição;

– complementaridades que podem ocorrer entre as empresas, e no caso inicia-se um processo de integração vertical, que resulta na realização de várias fases do processo de produção e distribuição de um produto por diferentes unidades empresariais integradas;

– possibilidade de dominação do mercado, eliminando rivais e partindo para a monopolização da produção;

– quando fatores financeiros ou promocionais favorecem o preço das ações no mercado acionário, ao se reunirem capitais em uma única empresa (GEORGE, K. D.; JOLL, C. *Organização industrial*. Rio de Janeiro: Zahar, 1975, cap. 6, apud KON, A. *Economia industrial*. São Paulo: Nobel, 1999, p. 56).

⁴ KON, A. op. cit., p. 56.

⁵ O oligopólio caracteriza-se por um mercado com poucas empresas, no qual a dificuldade de entrada de outras é elevada. Nesse mercado pode haver ou não produtos homogêneos, caracterizando-se o oligopólio pela maneira como as empresas interagem entre si, podendo ser altamente competitivo ou, ainda, chegar a casos extremos como a cartelização do mercado. Nesse sentido, ver: PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L. *Microeconomia*. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

1.1. *Fusões horizontais*

A análise econômica realizada no que concerne aos atos de concentração de natureza horizontal pode ser realizada pela observação dos seguintes elementos: “(i) estimativas das participações das empresas no mercado relevante; (ii) avaliação do nível das barreiras à entrada; e (iii) exame das eficiências econômicas geradas pela operação”.⁶

As estimativas das participações das empresas no mercado relevante podem ser mensuradas por intermédio do grau de concentração;⁷ assim, se este no mercado relevante em questão for elevado, em um contexto no qual a intensidade concorrencial é baixa, pode-se presumir, na maioria dos casos, que esta operação gera acréscimo de poder de mercado e efeitos anticompetitivos.⁸

No entanto, primeiramente deve-se definir qual é o mercado relevante em questão, ou seja, delimitar o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material.⁹

Por mercado relevante material pode-se entender “todos os produtos e serviços considerados pelos consumidores substituíveis entre si em razão das suas características, preços e utilização”,¹⁰ e mercado relevante geográfico como a “área na qual os agentes econômicos ofertam e procuram produtos

⁶ FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS, M. *Defesa da concorrência e regulação*. Agência Nacional de Saúde Suplementar, p. 5. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/regulacaodomercado/CC3.pdf#search=%22FAGUNDES%2C%20Jorge%2C%20PONDÉ%2C%20João%20L.%20e%20POSSAS%20Mário.%20Defesa%20da%20Concorrência%20e%20Regulação%22>. Acesso em: 10 abr. 2006.

⁷ O grau de concentração ou concorrência de um mercado pode ser medido por intermédio de índices de concentração, que permitem que se conheça o poder de mercado aparente de uma empresa em um determinado setor. Nesse sentido, ver: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (Org.). *Economia industrial – fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

⁸ Conforme o depreendido do texto: FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS M., op. cit.

⁹ Além dos critérios, materiais e geográficos, ainda há autores que na análise de um determinado mercado relevante definem também sua temporalidade, ou seja, “o período no qual as possibilidades de substituição devem ser consideradas” (BAGNOLI, V., op. cit., p. 141-142).

¹⁰ Ibid., p. 137.

ou serviços em condições concorrenciais equivalentes de preços, preferências dos consumidores e características dos produtos ou serviços”.¹¹

O nível de barreiras à entrada é de importante valoração, pois é por intermédio deste que se pode valorar se determinada fusão irá inibir a concorrência potencial, ou seja, a entrada de novas empresas no mercado em questão. A análise pode ser realizada por intermédio de quatro fontes de barreiras à instalação de novos concorrentes, englobando “a diferenciação de produtos, as vantagens absolutas de custo, as economias de escala e os requerimentos de investimentos iniciais elevados”.¹²

O exame das eficiências geradas pela operação, tais como a criação de economias de escala e de escopo, considera-se de vital importância, pois essas eficiências podem contrabalancear os efeitos anticompetitivos ocasionados pelo elevado poder de mercado e, dependendo do caso em concreto, permitir a aprovação de uma fusão que não teria sido aceita se o único critério analisado fosse a participação das empresas no mercado relevante.

1.2. Fusões verticais

Em relação à integração vertical, ou seja, aquelas fusões e aquisições que ocorrem entre empresas de uma mesma cadeia produtiva, são analisados pelas autoridades concorrenciais, em linhas gerais, dois fatores econômicos na valoração sobre se a fusão em questão é concorrencial ou anticoncorrencial: (i) o aumento das barreiras à entrada; e (ii) o surgimento de situações nas quais uma empresa impede que outra tenha acesso ao mercado.¹³

Além disso, deve-se levar em consideração que, para uma concentração se caracterizar como anticompetitiva, faz-se necessário que pelo menos uma das empresas, seja no mercado a jusante seja a montante, possua poder de mercado.

O primeiro fator apontado – aumento das barreiras à entrada – pode ser caracterizado pela possibilidade de que:

¹¹ Ibid., p. 140.

¹² FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS M., op. cit., p. 7.

¹³ “Existem outros argumentos ligados aos efeitos anticompetitivos das integrações verticais, tais como o seu uso como mecanismo de viabilização da prática de discriminação de preços e do aumento da facilidade para controlar cartéis” (FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS M., op. cit., p. 8).

“ao limitar a capacidade de seus compradores/vendedores de adquirir outros produtos ou serviços que não os seus, um fabricante ou prestador de serviços crie sérios obstáculos para a entrada de seus concorrentes no mercado, “bloqueando” os canais de distribuição disponíveis. Se esta possibilidade se concretizasse, o novo entrante seria obrigado a ser verticalmente integrado, produzindo e revendendo seus próprios produtos e serviços, fato que poderia gerar um aumento significativo de seus custos”.¹⁴

Quanto ao surgimento de situações nas quais uma empresa impede que outra tenha acesso ao mercado, a restrição vertical provoca o fechamento de um mercado para um conjunto de empresas, diferindo assim do primeiro argumento pelo fato de que, neste caso, se excluirão empresas que já estão presentes no mercado.

1.3. *Fusões conglomeradas*

As fusões conglomeradas, ou seja, que ocorrem em mercados relevantes distintos, podem ser consideradas anticompetitivas pelas duas vertentes da teoria da concorrência potencial: entrante potencial percebido e entrante potencial efetivo.¹⁵

Na primeira delas, os possíveis efeitos anticompetitivos de uma operação de aquisição, fusão ou associação entre uma empresa já instalada no mercado e uma entrante potencial resultam de uma redução de ameaça de entrada que estaria impedindo uma elevação de preços e margens. Já na segunda, supõe-se que um processo de entrada já estaria em vias de ser desencadeado pelo competidor potencial participante da operação, de modo que esta evita que uma estrutura de mercado mais desconcentrada – e supostamente mais competitiva – se configure no futuro próximo.¹⁶

Assim, após a exposição do conceito econômico das fusões, passa-se ao estudo da legislação concorrencial comunitária e norte-americana, imprescindíveis para o entendimento das decisões proferidas acerca da concentração GE/Honeywell.

¹⁴ FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS M., op. cit., p. 9.

¹⁵ No item 4 serão abordadas outras teorias de conglomerados, como, por exemplo, a *entrenchment theory* e a *range effects theory*.

¹⁶ FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS M., op. cit., p. 11.

2. Aspectos jurídicos a serem analisados para a compreensão do caso

2.1. A legislação comunitária concorrencial

O histórico da legislação concorrencial comunitária¹⁷ se perfaz no Tratado de Paris (1951), que constituiu a Comunidade do Carvão e do Aço.¹⁸ Em seus primeiros artigos, o Tratado constitutivo da CECA defendia que parte essencial da obrigação da Comunidade seria a de assegurar o estabelecimento, proteção e observância das condições normais de competitividade.

Em consonância com esse princípio, o Tratado de Paris legislou a matéria concorrencial em seus artigos 65 e seguintes, devendo-se ressaltar, em face do caso estudado neste trabalho, o artigo 66, que dispôs sobre atos de concentração. Da análise do referido artigo realizada por Maria Cecília Andrade, pode-se chegar às seguintes conclusões:

- (i) abrangia qualquer operação de concentrações de empresas; (ii) não interessava o instrumento jurídico utilizado para a concentração, mas apenas que o resultado fosse uma concentração de empresas; (iii) era indispensável que houvesse a aquisição do controle da empresa.¹⁹

No entanto, somente com o advento do Tratado de Roma,²⁰ datado de 25 de março de 1957, pôde-se entender a política concorrencial tal como configurada na atualidade, já inserida no contexto comunitário. Dessa forma, cabe ressaltar o importante papel da Comissão que exerceu suas responsabilidades concorrenciais²¹ sobre três tópicos principais: dois conferidos pelo tratado,

¹⁷ Na elaboração do histórico da legislação concorrencial comunitária foram consultadas as seguintes obras: ARANCELI, M. M.; NOGUERAS, D. J. L. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2004; GOYDER, D. G. *EC competition law*. 4. ed. Oxford: Oxford Press, 2003.

¹⁸ A Comunidade do Carvão e do Aço, doravante simplesmente denominada CECA, teve seu término após 55 anos, em 23 de julho de 2002.

¹⁹ ANDRADE, Maria C. *Controle de concentrações de empresas*. São Paulo: Singular, 2002, p. 76.

²⁰ O Tratado de Roma (1957) foi o tratado que constituiu a Comunidade Européia; no entanto, este passou por mudanças significativas com a criação da Comunidade Econômica, e os Tratados de Maastricht (1992) e Nice (2002). Cabe ainda ressaltar que, apesar destas mudanças significativas, a parte que concerne à matéria de concorrência, artigos 81 a 89, não sofreu mudanças significativas.

²¹ As responsabilidades da Comissão na área da concorrência são exercidas pela Sra. Neelie Kroes, a Comissária Responsável pela política da concorrência, e pelo Sr.

(i) controle do contexto dos acordos de natureza vertical e horizontal; (ii) controle de abuso de posição dominante; e um terceiro tópico estabelecido por legislação extravagante, tal seja (iii) o controle de concentrações.

Dessa forma, pode-se dizer que a matéria concorrencial vem sendo regulada pelo Tratado constitutivo da Comunidade Européia, diversas vezes emendado, com principal destaque aos artigos 81 e 82, considerando-se como princípio norteador o disposto no artigo 3.º, que, ao enumerar os assuntos primordiais à Comunidade, consagra “a necessidade de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”.²²

No entanto, a legislação específica relativa a concentrações encontra-se regulada em legislação esparsa, como era o caso do Regulamento 4.064/89 e do atual Regulamento 139/2004.

Considerando-se que o caso estudado refere-se à possível concentração requerida pela GE em 2001, passa-se ao estudo específico da legislação concorrencial concernente às concentrações vigente àquela época.

O Regulamento 4.064/89,²³ que entrou em vigor em 21 de setembro em 1990, previa em seu escopo jurisdicional as concentrações com um grande volume de negócios e que envolvessem mais de um Estado-membro. Sendo assim, não era normal no âmbito deste RCUE que empresas com pequena dimensão comunitária fossem investigadas pela Comissão, ainda que, se grandes empresas multinacionais, mesmo que suas atividades principais se encontrassem em outro país, possuíssem negócios em mais de um Estado-membro, suas aquisições ou *joint ventures*²⁴ poderiam ser da competência do RCUE.

Philip Lowe, que preside o Diretório da Concorrência, também conhecido como DGIV, responsável por estabelecer e implementar uma política concorrencial coerente na União Européia.

²² UNIÃO EUROPÉIA. (CE) 325. Versão Compilada do Tratado que institui a Comunidade Européia. *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, 24 dez. 2002. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325PT.003301.html#anArt82>. Acesso em: 22 ago. 2006.

²³ Doravante simplesmente denominado RCUE. Cabe ressaltar que algumas mudanças substanciais foram realizadas pelo Regulamento 1310/97, e que entraram em vigor em março de 1998, sendo as referências ao RCUE realizadas ao texto já emendado, ao menos que o contexto evidencie de outra forma.

²⁴ As aquisições e *joint ventures* são espécie de combinações, também conhecidas como atos combinados, que, na opinião de Paul Sweezy, “estão deliberadamente

As alterações realizadas em 1997 ao RCUE aumentaram ainda mais a área de atuação da Comissão em matéria de concentrações. Dessa forma, uma concentração para ser considerada como sendo de dimensão comunitária necessitaria, segundo o artigo 1.º do RCUE, que:

- o volume total de negócios realizados em escala mundial pelo conjunto das empresas em causa fosse superior a 5 mil milhões de euros; e/ou o volume total de negócios realizados individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa fosse superior a 250 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realizasse mais de dois terços do seu volume total de negócios realizados na Comunidade em um único Estado-membro.

Ainda, uma concentração que não preenchesse os requisitos supramencionados seria considerada de dimensão comunitária quando:

- o volume total de negócios realizados em escala mundial pelo conjunto das empresas em causa representasse um montante superior a 2 500 milhões de euros; e/ou o volume total de negócios realizados pela totalidade das empresas em causa em cada um de pelo menos três Estados-membros fosse superior a 100 milhões de euros;
- em cada um de pelo menos três Estados-membros considerados para efeitos do disposto anteriormente, o volume total de negócios realizados individualmente por pelo menos duas das empresas em causa fosse superior a 25 milhões de euros; e/ou o volume total de negócios realizados individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa fosse superior a 100 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize em um único Estado-membro mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade.²⁵

destinadas a aumentar os ganhos por intermédio do controle monopolista do mercado. A realização deste propósito implica a limitação ou anulação da liberdade de ação das empresas afetadas e sua coordenação sob uma política unificada precisa” (tradução livre) (SWEEZY, P. M. *Teoría del desarrollo capitalista*. 13. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 289).

²⁵ Ainda em relação ao âmbito de aplicação RCUE, deve ser considerado, subsidiariamente, o disposto em seu artigo 22 (UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento (CEE) N. 4064/89. Texto consolidado do Regulamento relativo ao controle das operações de concentração de empresa. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 9 jul.

Uma correta análise de um caso concreto só pode ser elaborada após o prévio estabelecimento de conceitos como controle e concentração. Em linhas gerais, definia-se concentração, no âmbito comunitário, de acordo com o artigo 3(1) do RCUE quando: duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundiam; ou quando uma ou mais pessoas, que já detinham o controle de pelo menos uma empresa, ou uma ou mais empresas adquiriam direta ou indiretamente, por compra de partes de capital ou de elementos do ativo, por via contratual ou por qualquer outro meio, o controle do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.

Já o conceito de controle podia ser encontrado, neste mesmo artigo, como sendo decorrente dos direitos, contratos ou outros meios que conferissem, isoladamente ou em conjunto, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa. O controle podia, assim, ser exercido por intermédio de direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa; e/ou direitos ou contratos que conferissem uma influência determinante na composição das deliberações ou das decisões dos órgãos de uma empresa.

Também em relação ao conceito de controle, cabe ressaltar que, para haver uma influência decisiva, não era necessário que o controlador exercesse o pleno controle legal da outra empresa.

O RCUE era administrado por uma divisão do Diretório Geral para a Concorrência da Comissão Européia denominada Força Tarefa de Fusões.²⁶ A MFT era responsável tanto pelas notificações prévias, como por todo o restante do processo e assuntos concernentes a uma determinada concentração.

A notificação prévia,²⁷ prevista no artigo 4 do RCUE, estabelecia que as operações de concentração de dimensão comunitária, conforme explicitado anteriormente, deveriam ser notificadas à Comissão no prazo de uma semana após a conclusão do acordo ou o anúncio da oferta pública de aquisição ou de troca ou a aquisição de uma participação de controle. Além disso, abrangia este artigo que a Comissão deveria tornar pública a concentração imediatamente após a sua notificação, indicando os nomes dos interessados, a natureza da

1997. Disponível em: < <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/regulation/consolidated/pt.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2006.

²⁶ Doravante simplesmente denominada MTF.

²⁷ A notificação prévia está cada vez mais presente nas legislações concorrenciais, e teve sua origem no Japão.

operação de concentração, bem como os setores econômicos envolvidos, ressaltando-se os interesses legítimos das empresas em manterem em sigilo os seus segredos comerciais.

A definição comunitária de mercado relevante material e mercado relevante geográfico pode ser encontrada no Comunicado da Comissão sobre este assunto, publicado em 1997, que trazia a abordagem geral da Comissão sobre o tema:

“um mercado relevante material compreende todos os produtos ou serviços que são considerados possíveis de troca ou substituíveis pelo consumidor, pelas características dos produtos, seus preços e sua intenção de uso”²⁸ (tradução livre).

Ainda em relação à substituíbilidade, pode-se afirmar que é um conceito de vital importância na análise do exercício da dominância em um determinado mercado. Deve-se atentar para o real tamanho de um mercado de produtos, sob pena de prejudicar os consumidores finais pela oligopolização daquele setor ao classificar um mercado maior que seu real tamanho; ou pela perda de ganhos em competitividade ao classificar um mercado menor do que seu tamanho real.

A Comissão entendia o conceito de mercado geográfico relevante como

“a área na qual as empresas em consideração estão envolvidas no fornecimento e demanda de produtos ou serviços, na qual as condições de competitividade são suficientemente homogêneas e podem ser distinguidas das regiões vizinhas pela razão de que as condições de competitividade nestas áreas são apreciavelmente diferentes”²⁹ (tradução livre).

Uma vez proferido o julgamento em relação ao mercado material relevante e o mercado geográfico relevante, deve-se passar ao estudo daquele

²⁸ EUROPEAN UNION. Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. *Official Journal*, 9 dec. 1997. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/relevma_en.html>. Acesso em: 12 maio 2006.

²⁹ Ibid.

mercado preestabelecido a fim de verificar o grau de dominância que a concentração analisada trará àquele mercado.³⁰

Um dos principais fatores analisados em um caso de concentração para determinar a posição dominante em um determinado mercado é o valor de participação de mercado agregado que as empresas terão, desde que essa participação de mercado seja de natureza durável e não meramente temporária. Segundo a jurisprudência criada sobre RCUE, chegou-se à conclusão de que uma participação de mercado inferior a 25% não pode ser considerada capaz de exercer um poder econômico sobre um determinado mercado, mas passados os 40% a presunção aumenta gradativamente até que quando alcança em torno de 70% deve-se considerar difícil refutar o poder econômico sobre o mercado.

A posição dominante e o poder econômico são conceitos que merecem destaque, pois, como será analisado *a posteriori*, a Comissão manifestou-se contrária à concentração GE/Honeywell devido à alegação de que a futura “nova empresa” aumentaria a posição dominante no mercado e exerceria poder econômico pela sua capacidade de praticar o *bundling*.³¹ Aqui, o *bundling* ocorreria pelo desconto promovido pela GE na venda de seu produto – no caso motores à reação –, que estaria agora, por sua vez, condicionado à venda de aviônicos e não-aviônicos da Honeywell. Foi levado em consideração que o financiamento de aviões da GECAS³² poderia colocar uma política de “somente GE” para consumidores que desejassem buscar novos financiamentos.³³

³⁰ Em síntese, distingue-se posição dominante de poder econômico, pois pelo primeiro “entende-se a participação que determinada empresa tem num certo mercado [e o segundo] diz respeito à condição econômica da empresa e a possibilidade dessa empresa intervir no mercado” (BAGNOLI, V. *Introdução ao direito da concorrência: Brasil, Globalização, União Européia, MERCOSUL, ALCA*. São Paulo: Singular, 2005, p. 148-149).

³¹ *Bundling*, habitualmente traduzido como empacotamento, é uma forma de vender produtos em “pacote”, mas sem obrigação para o consumidor, por meio de descontos ou de outras formas de benefícios.

³² GE Capital Aviation Services, empresa do grupo GE responsável por locação de aeronaves.

³³ O novo Regulamento 139/2004, que ainda não se encontrava vigente à época do caso GE/Honeywell, apresentou avanços significativos em relação à notificação prévia. Muitas vezes, as partes viam-se obrigadas a notificar diversos Estados Membros quando a concentração não apresentasse dimensão comunitária. No entanto, com o

2.2. O direito antitruste norte-americano

A necessidade de atos que regulassem contrariamente aos trustes surgiu na segunda metade do século 19, quando os pequenos comerciantes e agricultores norte-americanos viram seus ideais jeffersonianos³⁴ ameaçados pelas grandes empresas ferroviárias e petrolíferas que, entre outras atitudes, ameaçavam a sociedade americana com a fixação de preço e monopolização do mercado.

Dessa forma, para combater tais injustiças, foi concebido o Sherman Act, de 1890, que prevê duas seções principais: a primeira seção condena os contratos, combinações ou conspirações que restringem o comércio. Como um simples contrato de compra e venda pode ser analisado como uma restrição ao comércio, um dos grandes desafios dos tribunais norte-americanos é valorar o que deve ser considerado uma restrição comercial, pois, apesar de algumas atitudes serem classicamente anticoncorrencias, como um cartel que fixa preços, algumas práticas, como cooperação entre rivais que gera eficiência, são normalmente avaliadas caso a caso.

novo regulamento, as empresas podem por meio de um memorando fundamentado, quando tiverem que notificar a três ou mais estados, solicitar que a análise seja remetida à Comissão. E, completado o período de 15 dias úteis da solicitação pelas requerentes, se nenhum dos Estados Membros envolvidos se opuser, a concentração será diretamente remetida para a análise da Comissão. Nesse sentido ver: UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento (CEE) N. 139/2004. Regulamento relativo ao controle das operações de concentração de empresa. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 21 jan. 2004. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/2004/l_024/l_02420040129pt00010022.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2006.

Também deve-se mencionar, apesar da sua não aplicação ao caso concreto, a Rede Europeia de Concorrência. Criada pelo Regulamento 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, possui como objetivo tornar compulsória a aplicação dos artigos 81 (acordos ou práticas concertadas que afetem o comércio dos Estados Membros), e 82 (quando aplicável lei nacional da concorrência para qualquer dos abusos dispostos neste artigo). Ainda, em seu escopo, estão inseridos mecanismos de cooperação entre autoridades concorrenciais dos Estados Membros e da União Europeia.

³⁴ O ideal jeffersoniano de que “todos os homens foram criados iguais” provém dos ensinamentos do Presidente norte-americano Thomas Jefferson, expostos na Declaração de Independência de 1776; portanto, tinha-se a equidade como princípio norteador, não devendo sequer o Estado ou uma grande empresa ditar regras opressoras em detrimento do poder difuso dos agricultores e pequenos comerciantes.

A segunda seção proíbe a monopolização ou a tentativa de monopolizar um determinado mercado. Por monopolização ou tentativa de monopolizar entende-se não a mera condenação do monopólio, mas sim a condenação do comportamento abusivo e anticompetitivo ligados à monopolização e a sua tentativa.

No entanto, devido à possibilidade de se interpretar o Sherman Act de forma extensiva, os tribunais americanos foram os grandes responsáveis por criar um direito antitruste. Um dos casos mais famosos do direito antitruste norte-americano é o Standard Oil, que marcou a decisão da Suprema Corte contrária ao cartel petrolífero criado por Rockefeller. O cartel, segundo a interpretação da Corte, havia transgredido as § 1³⁵ e § 2 do Sherman Act ao cometer uma série de práticas monopolísticas, como a do preço predatório.

Nesse contexto, houve a necessidade de criar uma base regulatória em matéria de fusões para evitar que empresas concorrentes se fundissem, com o intuito de escapar à legislação do Sherman Act que proibia, tão-somente, a fixação de preços. Em 1914, foi então aprovado pelo Congresso o Clayton Act, que emendou o Sherman Act, aumentando o escopo do direito antitruste, que passou a proibir também as fusões que reduzissem a concorrência em um determinado mercado.

À mesma data, foi criada a Federal Trade Commission,³⁶ uma agência independente, responsável por regular a prática do comércio desleal, que conjuntamente com o DOJ, tornou-se responsável por assegurar o cumprimento do direito antitruste norte-americano.

A FTC foi constituída pelo Federal Trade Commission Act e prevê “que todo método de concorrência desleal que afete o comércio e atos ou práticas desleais ou enganosas que afetem o comércio são, por meio deste, declarados ilegais”³⁷ (tradução livre).

O Primeiro ato federal que tratou em seu escopo a questão das concentrações foi o Clayton Act de 1914, mais especificamente em sua § 7, que proíbe “qualquer concentração (aquisição de ações ou a posse de uma outra

³⁵ No trabalho em questão, o símbolo § corresponde ao vocábulo Seção.

³⁶ Doravante simplesmente denominada FTC.

³⁷ Atualmente, o *Federal Trade Commission Act* encontra-se emendado no U.S. Code (UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Code*. Federal Trade Commission, Title 15, Chapter 2, Subchapter 1. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sup_01_15_10_2_20_I.html>. Acesso em: 20 jul. 2006).

empresa) que, em qualquer mercado em qualquer lugar do país, possa substancialmente diminuir a concorrência ou tentar criar um monopólio”.³⁸ Logo, para que uma concentração fosse considerada nociva não haveria necessidade de provar que, no futuro, esta infringiria o direito antitruste; somente o fato de que esta diminuísse a concorrência, em um determinado setor, seria suficiente para não ser concretizada tal concentração. À mesma época também o Federal Trade Commission Act, em sua § 5, previa a obstrução de concentrações nocivas à sociedade norte-americana.

Com o advento da § 7A do Clayton Act, emendado pelo Hart-Scott-Rodino Act de 1976, a legislação antitruste norte-americana começou a exigir, para concentrações substanciais, a notificação e análise prévia pelo FTC e pela Divisão Antitruste do DOJ.

O Clayton Act até hoje continua sendo a principal legislação na aplicação do direito antitruste. No entanto, para que o processo de análise de uma concentração não fosse discricionário, em 1968 o DOJ publicou o primeiro Guidelines em matéria de concentração. O objetivo era guiar advogados e seus clientes sobre como seriam desenvolvidas as análises das concentrações por parte da Divisão Antitruste do DOJ.

Atualmente as linhas gerais em matéria de concentração não horizontais, presentes no Guidelines de 1984, e horizontais, por sua vez presentes no Guidelines de 1992,³⁹ constituem parâmetro a ser seguido e, apesar das insistências do DOJ e da FTC de assegurarem que estes Guidelines são apenas um roteiro, portanto não vinculativo, a maioria das decisões dos tribunais aponta para o outro sentido. Dessa forma, ao estudar o mecanismo aplicado atualmente às concentrações americanas, deve-se imprescindivelmente estudar os Guidelines de 1984 e 1997.

A aplicação do direito antitruste norte-americano pode se dar por intermédio de três fontes: (i) agências federais, o DOJ ou a FTC; (ii) advogados gerais estatais; ou ainda, (iii) setor privado, normalmente empresas concorrentes.

No âmbito estadual, são os advogados gerais que possuem a competência para defender o direito antitruste. Estes podem questionar concentrações com base na legislação estadual e federal. No entanto, como as empresas não necessitam enviar-lhes informações relativas à concentração, contam com

³⁸ GRIMES, W. G., SULLIVAN, L. A., op. cit., p. 513.

³⁹ O *Guidelines* de 1992 foi revisado em 1997.

a cooperação das agências federais, formalizada com o Protocolo Federal/Estatal de 1998, que prevê: (i) procedimentos para proteção das informações compartilhadas entre agência federal e estado; (ii) procedimentos nos quais a FTC e o DOJ provêm aos estados informações estratégicas; (iii) linhas gerais para investigações conjuntas e (iv) colaboração na propositura de ações.

Apesar de poderem aplicar o direito antitruste independentemente do envolvimento com uma agência federal, atualmente estados e agências federais estão reunindo esforços e até trabalhando juntos para mais eficazmente prevenirem concentrações com efeitos competitivos adversos.

Uma outra possibilidade no direito antitruste norte-americano para se impetrar contra uma determinada concentração são: as ações privadas. Uma empresa, com base na § 16 do Clayton Act, pode demandar contrariamente a uma concentração. As ações apresentadas por empresas possuem muitas vezes a facilidade de conhecerem bem o mercado, já que grande parte dos casos privados decorre de empresas concorrentes que disputam espaço no mesmo mercado. No entanto, a ação privada apresenta algumas dificuldades, pois, além de não terem essas empresas acesso aos documentos apresentados às agências federais e compartilhados com os advogados gerais estaduais, muitas vezes tomam conhecimento de uma concentração quando esta já ocorreu, sendo difícil persuadir o juiz de que uma concentração é anticoncorrencial quando as agências federais e o Estado decidiram não impedi-la.

As agências federais aplicam o direito antitruste por intermédio de Guidelines que ajudam as partes de uma determinada concentração a entenderem qual será o principal critério analisado pelas agências federais: “se a concentração pode criar ou aumentar o poder de mercado ou facilitar o exercício deste”.⁴⁰ Ao responder a tal indagação, as agências estarão observando a § 7 do Clayton Act, a § 1 do Sherman Act e a § 5 do Federal Trade Commission Act.

A notificação prévia permitiu às agências analisarem as concentrações antes que elas fossem concretizadas e, ao conservar a estrutura pré-concentração das empresas, evitaram-se problemas que eram normalmente ocasionados quando as agências federais decidiam *a posteriori* contra uma concentração.

⁴⁰ UNITED STATES OF AMERICA. *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines Federal Trade Commission*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. Mar. 2006, p. 2. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/215247.pdf>>. Último acesso em: 31 jul. 2007.

Dessa forma, em todas as transações que excedam um tamanho específico deverão as empresas envolvidas reportar ao DOJ e à FTC. Uma vez entregues todas as informações devidas, as empresas deverão aguardar um prazo de 30 dias ou 15 dias, quando a oferta de aquisição é em dinheiro, antes de terminarem o processo de aquisição.

Segundo informações da FTC e do DOJ, 95% das transações que devem ser notificadas previamente são arquivadas nos 30 ou 15 dias subseqüentes. No entanto, nos outros casos, nos quais a concentração teria elevada participação nas vendas ou em que o mercado é altamente concentrado, normalmente as agências federais, durante o período de 30 ou 15 dias, requerem informação adicional para que em um período de tempo maior possam analisar mais calmamente a concentração em questão, bem como obter informações adicionais que sirvam de elementos a uma decisão.

O estudo das concentrações horizontais pode ser subdividido, seguindo o conteúdo do Guidelines de 1992, em: (i) definição de mercado e concentração; (ii) efeitos competitivos potenciais adversos; (iii) análise de entrada no mercado; e (iv) eficiências.

O propósito principal da análise da concentração horizontal, no contexto do Guidelines de 1992, é observar e identificar quando uma concentração irá aumentar ou criar poder de mercado, em qualquer mercado. Dessa forma, ao definir o mercado que será abrangido pela concentração em questão, a agência realiza um processo de busca do mercado que será afetado, também conhecido como teste do hipotético monopolista. Esse teste encontra-se definido no § 1.0 do Guidelines, que define o mercado com sendo:

“um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual é produzido ou vendido do mesmo modo que uma empresa, não sujeita à regulação de preço, que era o único atual ou futuro produtor ou vendedor daqueles produtos naquela área que provavelmente iria impor ao menos um ‘pequeno mas significativo e não transitório’ aumento no preço, assumindo-se que todos os termos de compra e venda de todos os produtos permanecessem constantes”⁴¹ (tradução livre).

Normalmente, para determinar esse aumento de preço “pequeno mas significativo e não transitório” as agência federais utilizam-se de

⁴¹ UNITED STATES OF AMERICA. *Horizontal Merger Guidelines*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. 2 apr. 1992. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>>. Acesso em: 31 jul. 2007.

uma alta no preço de 5%. O mercado de produto relevante é encontrado quando se encontra o menor grupo de produtos que satisfaçam o teste do monopolista hipotético.

A definição de mercado geográfico relevante também é encontrada quando se identifica o menor mercado possível e, depois, alarga-se-o adicionando os melhores e mais próximos substitutos.

O efeito potencial adverso à competitividade que as concentrações podem ocasionar são analisados sob os aspectos de efeitos unilaterais e de interação coordenada. Os efeitos unilaterais podem diminuir substancialmente a concorrência no mercado quando “criam uma predisposição de que a empresa concentrada, mesmo sem nenhuma coordenação com suas rivais, aumentaria seu preço ou de qualquer forma exerceria poder de mercado a um grau mais elevado que o anterior à concentração”.⁴²

A interação coordenada, segundo o entendimento do DOJ e da FTC, pode substancialmente diminuir a competitividade de uma concentração horizontal quando “cria uma predisposição de que, depois de efetivada a concentração, concorrentes coordenariam seu preços ou outras ações concorrenciais, ou se coordenariam de forma mais completa ou bem-sucedida do que antes da concentração”.⁴³

As agências também questionam se a nova concentração trará ao mercado a entrada de novas empresas comprometidas com suas entradas, uma “nova concorrência que requer gastos significativos com despesas irreversíveis”,⁴⁴ ou empresas não comprometidas com suas entradas, fornecimentos que não incorrem em gastos significativos com despesas irreversíveis.

Na quarta seção do Guidelines, as agências analisam as eficiências geradas pela concentração, que podem propiciar ganhos aos consumidores e aumentar a eficiência dos próprios concorrentes daquele mercado. Exemplos das eficiências que uma concentração pode ocasionar são: (i) aumento na

⁴² UNITED STATES OF AMERICA. *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines Federal Trade Commission*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. Mar. 2006, p. 17. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/215247.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2007.

⁴³ Ibid., p. 17.

⁴⁴ Ibid., p. 17.

qualidade do produto; (ii) aumento nas inovações; e (iii) diminuição no preço do produto como resultado de uma economia de escala.

O Guidelines de 1984 da FTC e do DOJ delimita concentração vertical como sendo “toda a concentração que envolve empresas que não operam no mesmo mercado”.⁴⁵ Alguns dos efeitos anticompetitivos potenciais de uma integração vertical são: (i) facilitação da discriminação de preço; (ii) facilitação da colusão ou interação cooperada; e (iii) elevadas barreiras à entrada nos mercados.⁴⁶

Um dos principais resultados que uma concentração vertical pode gerar quando envolve uma empresa com poder de mercado a montante é uma maior habilidade de estimular a discriminação prejudicial de preços aos rivais do mercado à jusante. Nesse sentido, a FTC, ao consentir a aquisição da Turner Broadcasting pela Time Warner,⁴⁷ proibiu expressamente que a Time Warner incorresse em qualquer tipo de discriminação de preço ao vender programas de TV a cabo a outras empresas distribuidoras de TV a cabo rivais.

Uma concentração vertical também pode facilitar uma colusão de preços em detrimento dos outros concorrentes. Esta se perfaz quando a empresa a montante utiliza-se de seu poder de mercado para monitorar os preços das empresas concorrentes do mercado a jusante. Segundo os Guidelines de 1984, as agências federais podem considerar, caso a caso, a obstrução da concentração quando o índice HH da concentração no mercado a montante é superior a 1800 e se uma grande porcentagem do produto a jusante for vendida por intermédio de revendedores verticalmente integrados após a concentração.

Em relação às elevadas barreiras à entrada no mercado a jusante, o Guidelines de 1984 considera que três condições são necessárias, mas não suficientes, para que esse problema ocorra: (i) o grau de integração vertical entre os dois mercados é tão extenso que se faz necessário entrar simultaneamente no mercado a jusante e no mercado a montante; (ii) o requisito necessário para se entrar no mercado a jusante torne significativamente mais difícil a entrada no mercado a montante; e (iii) a estrutura e outras caracte-

⁴⁵ UNITED STATES OF AMERICA. *Non-Horizontal Merger Guidelines*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. 14 jun. 1984. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006.

⁴⁶ Conforme o disposto na Seção 1.3.2.2.

⁴⁷ UNITED STATES OF AMERICA. Federal Trade Commission. Time Warner, Inc., File No. 961-0004, □ Docket No. C-370961. 12 sep. 1996. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/caselist/c3709.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006.

rísticas do mercado a montante devem propiciar a não competitividade, de tal forma que o aumento na dificuldade de entrada possa afetar a própria atuação no mercado.

Em relação às fusões conglomeradas, as teorias do entrante potencial percebido e do entrante potencial efetivo encontram-se definidas no Guidelines de 1984 ao objetivar que a teoria da concorrência potencial pode levantar preocupações por quatro fatores:

(i) o grau de concentração no mercado da empresa adquirida (o departamento é mais propenso a desafiar uma concentração com HH superior a 1800; (ii) a facilidade de se entrar no mercado (a facilidade normalmente irá negar a necessidade de desafiar); (iii) a vantagem de entrada da firma adquirente (se três ou mais empresas possuem uma vantagem de entrada equivalente será improvável que a concentração seja desafiada); (iv) a participação de mercado da empresa adquirida (é improvável que o Departamento desafie uma concentração se a empresa adquirida tem uma participação de mercado de 5% ou menos, mas que desafie a concentração onde outras condições são preenchidas e a firma adquirida possui uma participação de mercado de 20% ou mais)⁴⁸ (tradução livre).

2.3. Direito concorrencial comparado: similitudes e diferenças entre os sistemas norte-americano e comunitário

É importante salientar os princípios ideológicos que norteiam o direito antitruste norte-americano e o direito concorrencial comunitário, para que melhor fiquem sedimentadas suas diferenças e similitudes.

A principal preocupação do direito americano é “a de evitar o abuso do poder de mercado que distorça as eficiências alocativas, produtivas e dinâmicas e transfira os recursos dos consumidores a empresas com elevado grau de poder”⁴⁹ (tradução livre). Desse modo, de forma generalizada pode-se afirmar que o direito antitruste norte-americano protege a concorrência do mercado e não os concorrentes.

A Comunidade Européia partilha a mesma “preocupação norte-americana de prevenir o abuso do poder de mercado que acarrete a queda na eficiência ou na inovação, ou, ainda, transfira a riqueza a empresas detentoras de grande

⁴⁸ GRIMES, W. G., SULLIVAN, L. A., op. cit., p. 627.

⁴⁹ Ibid., p. 995.

poder”⁵⁰ (tradução livre). Todavia, o direito antitruste norte-americano não teria como compartilhar de uma das grandes preocupações concorrenciais comunitárias: a integração dos mercados dos Estados Membros. A política concorrencial comunitária está a serviço do principal objetivo político da comunidade, tal seja substituir o conflito comercial existente entre os Estados Membros por meio de um mercado altamente integrado.

Outra diferença que se aponta é o fato do direito antitruste norte-americano prever a atuação do setor privado como demandante em ações contrárias a uma concentração, o que não ocorre nas concentrações no âmbito da União Européia em que somente a Comissão e as autoridades concorrenciais nacionais de cada Estado membro, nos casos específicos, possuem a prerrogativa dessas questões.

Quanto à área de atuação do direito concorrencial nos dois sistemas, a Comunidade considera outra série de fatores, como política industrial e política comercial internacional, ao avaliar questões concorrenciais, diferentemente do sistema norte-americano, que pode ser considerado mais “puro”. Nesse sentido, não se deve erroneamente concluir que o direito comunitário é mais protecionista, conseqüentemente defendendo mais os interesses internos que o direito norte-americano. Ambos os sistemas utilizam-se do direito concorrencial como instrumento de proteção de seus mercados internos, uma prática que deve ser evitada.⁵¹

3. As diferenças de posicionamento dos Estados Unidos da América e da União Européia em relação ao caso

Em relação a restrições de concentrações verticais há uma posição doutrinária contrária dos Estados Unidos a respeito de algumas decisões que a União Européia tomou, entendendo-se oportuno analisar sinteticamente alguns casos que apresentaram posições conflitantes entre a Comissão e o DOJ/FTC.

Na concentração Coca-Cola/Carlsberg, de 1997, encontram-se presentes na decisão da Comissão preocupações em relação à venda casada e ao aumento de eficiências. A Comissão argumentou que a “inclusão de uma renomada cerveja e de marcas de águas, como as da Carlsberg, assegura no

⁵⁰ Ibid., p. 995.

⁵¹ Nesse sentido, aborda: GRIMES, W. G., SULLIVAN, L. A., op. cit., p. 996-997.

mercado de bebidas a cada uma das marcas um maior poder de mercado do que se elas fossem vendidas sozinhas”.⁵²

A Comissão acrescentou sua preocupação de que tal concentração acarretaria em uma economia de escala no mercado de bebidas carbonatadas não alcoólicas e, conseqüentemente, ocasionaria, como o normal neste mercado, na diminuição do custo para o consumidor individual. Assim, a empresa com o maior portfolio de bebidas logrará o menor custo no seu sistema de produção e alcançará um maior número de consumidores, em detrimento da concorrência naquele mercado.

Outra decisão polêmica proferida pela Comissão em 1997 foi em relação à concentração Boeing/McDonnell Douglas, duas empresas americanas fabricantes de aviões em um mercado em que a única outra grande concorrente era a empresa européia Airbus.

Mesmo que essa concentração também tenha logrado pareceres favoráveis da FTC e da Comissão,⁵³ claramente se viram as diferenças doutrinárias existentes. Enquanto a FTC concluiu, após extensiva análise, que a McDonnell Douglas não mais representava um competidor viável e, portanto, a concentração não representava uma ameaça anticompetitiva ao mercado, a Comissão concordando com esta última variável, entendeu problemática a preexistente posição dominante da Boeing.

Ao adquirir a McDonnell Douglas, a Boeing teria acesso a 85 linhas aéreas em que ainda não operava e poderia utilizar-se, segundo a Comissão, do *know-how* técnico no ramo militar daquela empresa no setor civil.⁵⁴

A Comissão ainda observou que

⁵² Coca-Cola/Carlsberg, 1998 O.J (I 145) 41-62 (Case No. IV/M, 833, September 11, 1997) apud Antitrust Division Department of Justice In: Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 12 oct. 2001, p. 13. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁵³ UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Trade Commission*. Boeing/McDonnell Douglas v. Commission – Case IV/M.877. O.J. (L336), 1997. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/caselist/9710051.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 65-67.

“a combinação de uma gama maior de produtos, recursos financeiros e maior capacidade – e assim a habilidade de responder as necessidades de entregas das linhas aéreas em um tempo muito rápido – aumentaria significativamente a habilidade da Boeing de induzir as linhas aéreas a negócios exclusivos”⁵⁵ (tradução livre).

Assim, a Comissão só não vetou a concentração Boeing/McDonnell Douglas, ainda que a Boeing tenha concordado com um número significativo de condições, entre elas a manutenção da McDonnell Douglas como uma empresa independente por um período de dez anos, bem como em não entrar em nenhum acordo exclusivo adicional até 2007 e não exercer seus direitos exclusivos em acordos com linhas aéreas americanas.

Apesar de muitos acreditarem que a Comissão fosse bloquear a concentração Boeing/McDonnell Douglas tendo em vista a preocupação com a sobrevivência da única grande concorrente que restaria no mercado, a Comissão afastou-se do impacto político que essa decisão acarretaria naquele momento.⁵⁶

Em abril de 2000 a Comissão recebeu a notificação de uma proposta de concentração, na qual a AOL, servidor de Internet, se fundiria com a Time Warner Inc.,⁵⁷ gigante da mídia entre cujos produtos podem ser mencionados a CNN, a Warner Bros, a Warner Records e a Warner Channel. A AOL além de ser um provedor de serviços de Internet, também oferecia *softwares*, como o navegador Netscape, e possuía intensa relação com a gigante da mídia alemã Bertelsmann,⁵⁸ que proporcionava àquela um grande número de músicas e filmes.

⁵⁵ SCHMITZ, S. How dare they? European Merger Control and the European Commission's blocking of the General Electric/Honeywell merger. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 23, n. 2, Summer 2002, p. 359.

⁵⁶ A pressão européia que a Comissão sofreu para não aprovar a concentração Boeing/McDonnell Douglas pode ser ilustrada pelo seguinte relato: “Em 4 de julho de 1997, os quinze membros do painel consultivo, dos presidentes das agências de defesa da concorrência dos países membros, por unanimidade recomendavam que a comissão impedisse a concentração” (Ibid., p. 359).

⁵⁷ Doravante simplesmente denominada Time Warner.

⁵⁸ Bertelsmann controlava 50% da AOL Europe, S.A. e havia um acordo de vontades com a AOL.

A preocupação da Comissão em relação à concentração⁵⁹ residia na integração vertical das duas companhias. A relação da AOL com a empresa alemã Bertelsmann proporcionaria à Time Warner/AOL a dominância nos mercados de músicas *online* e *softwares* de música.

Uma das soluções que as partes acordaram com a Comissão foi deixar as músicas da Bertelsmann disponíveis *online* para outros “tocadores de música”, evitando, assim, o uso exclusivo do Winamp na compra de músicas *online*.

Desse modo pode-se depreender deste breve estudo de casos a preocupação da Comissão com posição dominante, venda casada, *bundling* e aumento de eficiências; similar às razões que levaram ao impedimento da concentração GE/Honeywell.

3.1. A decisão GE/Honeywell

Como se verá a seguir, o conflito de decisões nos casos abordados anteriormente, como no polêmico caso GE/Honeywell, é fruto das diferenças doutrinárias existentes no que concerne à aplicação da *range effects theory*, também conhecida como *portfolio power* ou *conglomerate effect* por parte da União Européia.

A síntese da decisão européia em relação ao caso GE/Honeywell⁶⁰ diz respeito a três pontos principais expostos pela Comissão ao proferir sua posição contrária à concentração:

“Primeiramente, a Comissão alegou a posição dominante da GE no mercado de motores à reação para grandes aeronaves comerciais e a posição de liderança da Honeywell em aviônicos e não aviônicos. Segundo, alegou que a concentração proposta iria permitir à nova empresa o *bundling* de seus produtos complementares. A estratégia do *bundling* iria acarretar desconto nos preços que proporcionaria à empresa pós-concentração uma vantagem imbatível sobre seus competidores

⁵⁹ UNIÃO EUROPÉIA. Comissão. AOL/Time Warner – Processo n. Comp/M.1845. 11. out. 2000. *Jornal Oficial da União Européia*, 24 out. 2000. Disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1845_20001011_600_pt.pdf. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁶⁰ Nesse sentido ver: UNIÃO EUROPÉIA. Comissão. General Eletric/Honeywell – Processo n. Comp/M.2220. 3. jul. 2001. *Jornal Oficial da União Européia*, 18 fev. 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2220_20010703_610_pt.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2006.

rivais. E, por último, que esta vantagem iria levar à saída dos competidores rivais e, conseqüentemente, aumentar a dominância da GE pós-concentração”⁶¹ (tradução livre).

A motivação da decisão europeia nas palavras de Mario Monti, Comissário Europeu responsável pela concorrência à época, sustentou:

“que a concentração entre a GE e a Honeywell, tal como notificada, reduziria de forma significativa a concorrência na indústria aeroespacial e provocaria, em última instância, preços mais elevados para os clientes, em especial companhias aéreas. No entanto, existiam formas de eliminar estas preocupações, o que teria permitido autorizar a concentração (...). Lamento que as empresas não tivessem chegado a acordo sobre uma solução que permitisse dissipar as dúvidas da Comissão em matéria de concorrência”.⁶²

A posição americana em relação à decisão da Comissão pode ser encontrada no trabalho submetido em 12 de outubro de 2001 pela Divisão Antitruste do DOJ na mesa-redonda da OCDE acerca do tema *portfolio effects*. Nessa ocasião, os Estados Unidos posicionaram-se contrários à aplicação da *range effects theory*, mostrando que ao longo de sua evolução doutrinária utilizaram-se de teoria similar, denominada *entrenchment theory*. Em 1982, com o advento de um novo Guidelines, concluíram que ao utilizar a *entrenchment theory* estariam defendendo os interesses dos competidores em detrimento dos consumidores.

Entre o período de 1965 a 1975 as empresas americanas entraram em um processo de centralização de capitais, que gerou um grande número de fusões e aquisições. Assim, as agências federais, preocupadas com a diminuição do número de competidores no mercado, acabaram por confrontar um número grande de fusões sob os auspícios de diversas teorias, entre elas a teoria que se assemelha à *range effects theory*: a *entrenchment theory*. Esta, por sua vez, encontrava-se embasada em três preocupações principais:

⁶¹ KWOKA JR., J. E.; WHITE, Lawrence J. *The antitrust revolution*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004, p. 390.

⁶² A Comissão proíbe a aquisição da Honeywell pela GE. *EUROPA Rapid*, IP/01/939, 03 jul. 2001. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/939&format=HTML&aged=1&language=PT&guiLanguage=en>>. Acesso em: 28 ago. 2006.

“(i) que a concentração iria criar uma companhia financeiramente mais forte ou *deep pocket* que iria desencorajar a entrada de outras empresas, (ii) que a empresa pós-concentração financeiramente mais forte iria praticar conduta predatória, e (iii) (quicá o mais preocupante) que a concentração possibilitaria à empresa alcançar eficiência não disponível nas outras empresas”⁶³ (tradução livre).

Nesse sentido, a Suprema Corte, no caso *FTC v. Procter & Gamble Co.*,⁶⁴ levou em consideração a *entrenchment theory*, decidindo que:

“a P&G possuía um orçamento maior que a Clorox e poderia utilizá-lo para eliminar a ameaça de entrada, a curto prazo, de uma nova empresa. Assim como também poderia utilizar seu volume de desconto em favor da Clorox. A Corte estava preocupada com o fato de que a aquisição poderia diminuir a concorrência porque novas entradas no mercado – seja de novas empresas seja de pequena empresas que desejassem expandir-se geograficamente – seriam muito mais relutantes em face da gigante P&G do que da pequena Clorox”⁶⁵ (tradução livre).

O DOJ, acompanhando a decisão da Suprema Corte no caso P&G, em 1968, elaborou o seu primeiro Guidelines, no qual se encontravam contidos os preceitos da *entrenchment theory*. Afirmou, nesse sentido, que “onde uma aquisição de uma empresa líder em um mercado relativamente concentrado

⁶³ MAJORAS, Deborah Platt. Merger enforcement at the Antitrust Division In: KPMG/*Chicago Graduate School Of Business Mergers and Acquisitions Forum*, 27 sep. 2002, p. 14. Department of Justice. Disponível em: < <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200285.pdf#search=%22MAJORAS%2C%20Deborah%20Platt.%20Merger%20enforcement%20at%20the%20antitrust%20division%20In%3A%20KPMG%2FCHICAGO%20GRADUATE%20SCHOOL%20OF%20BUSINESS%20MERGERS%20AND%20ACQUISITIONS%20FORUM%22> >. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁶⁴ Doravante simplesmente denominado P&G.

⁶⁵ ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. Range effects: the United States perspective In: OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers, 12 oct. 2001, p. 5. *Department of Justice*. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Último acesso em: 20 ago. 2006.

ou rapidamente concentrável pode servir para *entrenchment* ou aumentar o poder de mercado daquela empresa ou elevar as barreiras à entrada neste mercado”,⁶⁶ o DOJ deveria propor uma ação contrária a tal concentração com base na § 7 do Clayton Act.

A *entrenchment theory* e sua aplicação por parte do governo norte-americano fora duramente criticadas pela doutrina da Escola de Chicago, na qual Robert Bork se destaca como nome proeminente, com o célebre livro *Antitrust Paradox*.⁶⁷

Ao analisar a forma como o direito antitruste norte-americano era aplicado, ou seja, levando-se em consideração eficiências futuras da empresa pós-concentração e as limitações que aquelas poderiam ocasionar às outras empresas que competiam em determinado mercado, Bork combatia com duras críticas a *entrenchment theory* ao afirmar que esta era contrária à eficiência no mercado.

No caso P&G, o autor afirmou que a decisão por parte da Corte:

“só faria sentido se o direito antitruste fosse visto como pró-pequeno negócios (...) e, que os efeitos que a Corte e a FTC atribuíram à concentração eram manifestações de eficiência, e fortes razões para aceitar a concentração e não condená-la”⁶⁸ (tradução livre).

Nesse sentido a teoria se encontraria

“fundamentada na errônea idéia de que é preferível para o consumidor ter menos eficiência do que mais, quando a diminuição da eficiência proporcionar empresas menores e não empresas maiores. Esta é uma preferência pela fragmentação da indústria em detrimento dos consumidores. Qualquer outra coisa que possa ser não é uma teoria antitruste válida”.⁶⁹

Após sofrer inúmeras críticas doutrinárias e perceber mudanças nas decisões da Suprema Corte, o DOJ concluiu que suas decisões baseadas na

⁶⁶ UNITED STATES OF AMERICA. Merger Guidelines. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. 1968. apud In: ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE, *ibid.*, p. 8.

⁶⁷ BORK, R. H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. (Robert H. Bork, with a new introduction and epilogue). New York: Freedom Press, 1993.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 255.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 262.

entrenchment theory poderiam levar a equívocos. Como resultado, ao divulgar o novo Guidelines em 1982, o departamento não mais entendeu a *entrenchment theory* como uma fonte para se contestar uma concentração.

Com base na doutrina atual seria pouco provável que o DOJ ou a FTC contestassem a concentração de uma empresa pela *range effects theory*, de todo assemelhada à teoria de dano concorrencial *entrenchment*, abolida pela lei norte-americana.

Na evolução a Suprema Corte, esta passou a interpretar que a § 7 do Clayton Act proíbe somente aquelas concentrações que “apresentam a probabilidade de prejudicar os consumidores”, [concluindo-se] que uma concentração que prejudicasse seus rivais mas que beneficiasse os consumidores não violaria a § 7⁷⁰ (tradução livre), pois não predominava mais a teoria de que necessariamente “grande é ruim”, nem, conseqüentemente, a teoria do “pequeno é bonito”.

Ao analisar a *range effects theory*, a Divisão Antitruste concluiu que desta se poderiam presumir três teorias relacionadas de dano concorrencial:

“(i) que a concentração criaria economias de escala e escopo que outras firmas não conseguiriam alcançar;

(ii) que a empresa após a concentração ganharia uma vantagem decisiva em relação a seus competidores em virtude de seu tamanho maior e recursos financeiros; e

(iii) que a concentração facilitaria a venda casada ou o *bundling* de produtos complementares⁷¹ (tradução livre).

A posição doutrinária da União Européia contrasta com a atual posição americana de análise de concentrações não horizontais, por prever na *range*

⁷⁰ ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 12 oct. 2001, p. 11. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁷¹ Ibid., p. 3.

effects theory teorias de dano concorrencial como, por exemplo, “grande é ruim”.

Em relação à venda casada e ao *bundling*, os Estados Unidos vêm como equivocada a forma como a Comissão lida com tal situação em alguns casos, pois como explicita:

“O problema desta teoria, contudo, está no fato de que ela tem sido usada em alguns casos para bloquear fusões, não porque elas podem facilitar o tipo de venda casada que é ilegal de acordo com as leis de controle da concorrência – a saber, combinações forçadas de produtos, impostas por empresas com poder de mercado, com o intuito de excluir rivais do mercado, sem promover qualquer propósito comercial legítimo –, mas porque podem facilitar combinações eficientes de produtos – ou seja, combinações voluntárias por meio de descontos ou de outra forma que beneficie os clientes, oferecendo-lhes, conforme seu desejo, produtos melhores, preços mais baixos e custos menores de transação”⁷² (tradução livre).

Assim, a Divisão Antitruste do DOJ só entende plausível o impedimento de uma concentração sob a alegação de facilitar o *bundling* se atender a sete condições:

1. a empresa pós-concentração deve alcançar tais significantes eficiências e/ou efeitos de preços internos complementares (ou análogos) de uma concentração que considera lucrativo abaixar os preços menos que nos níveis pré-concentração em pelo menos um mercado;
2. nem rivais nem novos entrantes podem alcançar os novos custos (ou preços) da empresa pós-concentração;
3. rivais irão sair;
4. compradores não podem utilizar poder de compensação para segurar os preços a níveis pré-concentração ou níveis inferiores;
5. empresas não entrarão ou não re-entrarão no mercado em resposta ao aumento do preço superior aos níveis pré-concentração;

⁷² Ibid., p. 3.

6. a empresa pós-concentração considera lucrativo aumentar os preços acima dos níveis pré-concentração; e

7. o que os compradores inicialmente ganham por intermédio de preços impostos a níveis pré-concentração é menos que eles depois perderam pagando mais do que preços pré concentração”⁷³ (tradução livre).

Logo, uma vez que é improvável preencher tais requisitos em uma análise prévia, a Divisão Antitruste entende improvável que qualquer autoridade de defesa da concorrência consiga valorar com precisão suficiente todas essas condições, ainda que em um momento pré-concentração.

Nesse cenário, não deveria ser diferente o fato de que a Divisão Antitruste criticasse a decisão europeia em relação ao caso GE/Honeywell, uma vez que a comunidade utilizou-se das três teorias de dano concorrencial para impedir a concentração.

A análise realizada pela Divisão Antitruste acerca da decisão proferida pela União Europeia está dividida em quatro partes, tais sejam: (i) a alegação de dominância por parte da GE em grandes aeronaves comerciais, (ii) a *leverage theory*,⁷⁴ (iii) a alegação de efeitos anticompetitivos da GECAS e (iv) a probabilidade da saída das empresas rivais.

A alegação de dominância por parte da GE, embasada nas teorias de dano concorrencial, no setor de motores a reação para grandes aeronaves comerciais foi criticada pelo DOJ, uma vez que, sob a perspectiva norte-americana, para que uma empresa exerça poder econômico, ela necessita ter o “poder de controlar os preços ou excluir a concorrência”.⁷⁵

⁷³ Issues Paper by the Secretariat of the OECD Committee on Competition Law and Policy. *Discussion at roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 2 oct. 2001 apud Antitrust Division Department of Justice. In: *Ibid.*, p. 4.

⁷⁴ No direito antitruste *leverage* pode ser definida como “a possibilidade de se transferir um bem sob venda casada no mercado a montante, para um bem sob venda casada a jusante. (HOVENKAMP, H. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 2. ed. Minnesota: West Group, 1999 apud PERU. Resolution n. 054-2003-INDECOPI/CLC. 10 dec. 2003, p. 36. Disponível em: <<http://www.indecopi.gob.pe/upload/clc/jurisprudence/009-R-054-2003-CLC.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2006.

⁷⁵ ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate*

O DOJ acredita que apesar de a GE, à época, deter grande parcela do mercado no segmento de motores a reação para grandes aeronaves comerciais, não havia garantia de sucesso futuro. Assim, o mercado deveria ser considerado um *bid market*⁷⁶ com três grandes competidores: GE, Rolls Royce e Pratt & Whitney. Este dado também poderia se apoiar no fato de que os contratos recentes, à época, foram quase igualmente divididos pelas três empresas, com a GE representado 42%, a PW 32% e a Rolls Royce 27% (incluindo-se a CFMI na porcentagem da GE).⁷⁷

Dessa forma, o DOJ concluiu que não havia fundamentação na suposição de que a GE

“seria capaz de impor restrições a seus clientes de motores a reação (como, por exemplo, pelo *bundling* dos aviônicos da Honeywell com suas vendas de motores a reação) sem devastar-se a si própria em sua batalha contra a Pratt & Whitney e a Rolls Royce para ter seus motores a reação escolhidos em futuras plataformas. E, no caso dos motores a reação da CFMI, a habilidade da GE de impor tais restrições seria compelida pela sua parceira *joint venture*, SNECMA, que não iria ganhar nada dessas restrições”⁷⁸ (tradução livre).

O DOJ também não concorda com o fato de que a GE seria capaz de *leverage* sua forte posição no mercado de motores à reação para ganhar vantagem no mercado de aviônicos e não-aviônicos *por intermédio do mix bundling ou venda casada técnica*. A *mix bundling theory* utiliza o equilíbrio de Cournot⁷⁹ para prever que “a empresa pós-concentração iria

mergers, 12 oct. 2001, p. 20. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁷⁶ Um mercado no qual haja livre concorrência.

⁷⁷ Os dados foram baseados nos pedidos de informação para a primeira metade de 2001 contidos nos seguintes sítios: active.boeing.com/commercial/orders/customuery.cfm e www1.airbus.com. (Ibid., p. 20).

⁷⁸ Ibid., p. 21.

⁷⁹ O equilíbrio de Cournot é aquele no qual “cada empresa estima corretamente a quantidade que sua concorrente produzirá e determina adequadamente seu próprio nível de produção” (PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L. op. cit., p. 431).

diminuir o preços dos bens complementares porque iria internalizar os efeitos externos de seu preço nas vendas dos bens complementares agora sob seu controle”.⁸⁰

As evidências analisadas pelo DOJ fizeram que este chegasse à conclusão de que, no mercado em questão, mesmo que táticas de *mix bundling* fossem utilizadas pela GE/Honeywell, não acarretariam vantagens concorrenciais significativas e tampouco ocasionariam ganhos significativos de parcela do mercado. Quanto à venda casada técnica, a Divisão Antitruste acreditava ser impossível valorar em um momento pré-concentração quais seriam os efeitos decorrentes da integração de motores à reação com aviônicos e não aviônicos e, ainda que pudesse ocasionar a exclusão do mercado, se esta seria em detrimento somente dos concorrentes, ou, eventualmente, se representaria perdas aos consumidores.

O DOJ acrescentou que mesmo na hipótese de o *bundling* ocasionar vantagens concorrenciais significativas,

“eles não conseguiram encontrar qualquer evidência sugerindo que outras firmas seriam incapazes de alcançar as ofertas da empresa pós-concentração por intermédio de convênios entre empresas, do tipo que é comum nesta indústria”.⁸¹

Concluindo tal argumentação, citou um caso⁸² que havia sido julgado pela União Européia no ano anterior, no qual esta havia concluído a possibilidade dos competidores de aumentar a gama de seus produtos por intermédio do convênio com os seus competidores.

⁸⁰ ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 12 oct. 2001, p. 21. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁸¹ Ibid., p. 21.

⁸² UNIÃO EUROPÉIA. Comissão. Allied Signal/Honeywell – Processo n. COMP/M.1601. *Jornal Oficial da União Européia*, 7 jun. 2001. Disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1601_pt.pdf. Acesso em: 12 fev. 2006.

Além disso, a União Européia alegou que a GECAS criaria efeitos anticompetitivos, uma vez que se utilizaria da sua financeira para condicionar o financiamento de aviões àqueles que possuíssem motores à reação, aviônicos e não-aviônicos GE/Honeywell, caracterizando-se esta situação como exclusão de mercado vertical. Segundo o DOJ, a posição européia pode ser enquadrada na *range effects theory*, pois somente representa o receio de que a GE/Honeywell iria, eventualmente, se utilizar do *bundling*.

Assim, diferentemente da decisão comunitária, a Divisão Antitruste conclui que “a parcela do mercado da GECAS na compras de aviões – menos de 10% das vendas mundiais – era muito pequena para acarretar um efeito de exclusão de mercado significativo”.⁸³

Segundo o DOJ, todas as teorias de dano ao consumidor aplicadas ao caso pela União Européia estavam fundamentadas na probabilidade da saída dos competidores rivais do mercado. Contrariamente, a Divisão Antitruste alegou

“não ter encontrado evidência para sustentar a noção que competidores não seriam capazes de permanecer ou seriam forçados a sair como um resultado da concentração. As rivais da GE e da Honeywell são quase em sua totalidade empresas grandes e financeiramente saudáveis com grandes parcelas de mercado em muitos dos mercados relevantes”⁸⁴ (tradução livre).

No todo, o DOJ não encontrou evidências históricas no mercado de aeronaves que comprovassem as alegações por parte da União Européia, decidindo não contestar a concentração GE/Honeywell.

3.2. A respeito da não obtenção de consenso

A União Européia, por meio de sua Comissão de Concorrência, claramente divergiu neste caso em concreto da posição americana e, apesar dos

⁸³ ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 12 oct. 2001, p. 22. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁸⁴ Ibid., p. 23.

boatos de que tal decisão haveria ocorrido para atender interesses políticos do mercado comum europeu como os da Rolls Royce, defendeu que a não obtenção de consenso não estaria de forma alguma relacionada com questões políticas, e sim fundamentada em posições analíticas divergentes.

Mario Monti falou acerca do caso, insistindo, mais uma vez, que sempre entre as duas autoridades se buscava a cooperação:

“a Comissão e o DOJ trabalharam em estreita cooperação durante a investigação. É de lamentar que, no final, tivéssemos chegado a conclusões diferentes, mas cada autoridade tem que proceder a sua própria avaliação e o risco de posições diferentes, apesar de se lamentar, nunca pode ser completamente excluído. Isto não significa que uma autoridade esteja a efetuar uma análise técnica e que a outra persiga um objetivo político, tal como alguns pretendem, mas simplesmente que podemos interpretar os fatos de forma diferente e prever os efeitos de uma operação também de formas diferentes. A GE/Honeywell constitui um dos raros casos de desacordo entre as autoridades de concorrência transatlânticas. Estou determinado a reforçar a nossa cooperação bilateral no futuro”.⁸⁵

Os Estados Unidos da América, por sua vez, criticaram duramente a análise econômica realizada pela União Europeia, afirmando que esta não se baseava em fatos, mas em meras suposições de danos concorrenciais. O DOJ enfaticamente concluiu acerca da decisão europeia que:

“nós não encontramos sustentação fática para nenhum dos elementos principais da teoria do *range effects* de dano concorrencial em relação à concentração GE/Honeywell. Ao contrário, concluímos que a aplicação daquelas teorias foi baseada no argumento de que a empresa pós-concentração teria a habilidade e incentivos para oferecer a seus consumidores preços mais baixos e melhores produtos, significando que a empresa pós-concentração iria beneficiar seus consumidores diretamente – por intermédio de preços baixos e melhores produtos oferecidos pela empresa pós-concentração – e indiretamente – ao in-

⁸⁵ A Comissão proíbe a aquisição da Honeywell pela GE. EUROPA Rapid, IP/01/939, 03 jul. 2001. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/939&format=HTML&aged=1&language=PT&guiLanguage=en>>. Acesso em: 28 ago. 2006.

duzir os competidores rivais à diminuição de seus próprios preços e melhorias em seus produtos”⁸⁶ (tradução livre).

O sistema europeu, ao realizar a análise econômica do caso, utilizou o critério determinante que embasa seu ordenamento jurídico na apreciação de concentrações:

“(...) a possibilidade de criarem ou reforçarem uma posição dominante. O controle europeu das concentrações não se destina a proteger as concorrentes mas a assegurar que os mercados permaneçam suficientemente competitivos a longo prazo para que os consumidores possam dispor de suficientes hipóteses de escolha, inovação e preços competitivos”.⁸⁷

Já o sistema norte-americano sustenta como seu alicerce o célebre julgado no qual se afirma que o direito antitruste norte-americano “protege a concorrência não os concorrentes”⁸⁸ (tradução livre).

Segundo os doutrinadores norte-americanos, a União Européia estaria claramente mais preocupada com a sustentabilidade do mercado em si,

⁸⁶ ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. Range effects: the United States perspective In: *OECD Roundtable On Portfolio Effects In Conglomerate Mergers*, 12 oct. 2001, p. 23. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

⁸⁷ A Comissão proíbe a aquisição da Honeywell pela GE. EUROPA Rapid, IP/01/939, 03 jul. 2001. Disponível em: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/939&format=HTML&aged=1&language=PT&guiLanguage=en>>. Acesso em: 28 ago. 2006.

⁸⁸ UNITED STATES. Brown Shoe Co. v. United States, 1962 apud Antitrust Division Department of Justice In: Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 12 oct. 2001, p. 10. Department of Justice Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

ainda que em detrimento de ganhos aos seus consumidores, ao passo que a Comunidade defende que somente em um ambiente concorrencial saudável é possível ter preços justos e avanços tecnológicos: um mercado saudável para os consumidores.

Considerações finais

Pôde-se observar que o processo de fusão, por intermédio do movimento de concentração, acarreta em um maior grau de concentração, o que acaba por resultar na necessidade da regulação econômica pelo Estado. Essa regulação, por sua vez, utiliza-se do instrumental jurídico do direito da concorrência, sendo as divergências doutrinárias existentes frutos diretos da forma como cada Estado interpreta a sua atuação direta na economia.

Com o presente trabalho, pode-se concluir não somente a importância da fundamentação econômica das decisões em matéria de concentração por parte das agências concorrenciais, mas também, muitas vezes, o viés político de tais decisões.

O presente trabalho, ao estudar os preceitos econômicos e jurídicos utilizados na análise do caso GE/Honeywell, verificou que as teorias econômicas e o ordenamento jurídico são ferramentas que acarretam impacto direto na sociedade moderna em um de seus campos mais importantes: o ambiente saudável de fornecimento de bens e serviços.

Assim, devido a esse impacto direto, as preocupações na criação de uma legislação econômico-jurídica devem também se pautar em questões político-sociais, sob pena de ferir o próprio objetivo do direito da concorrência.

No caso analisado, percebeu-se que não cabe acusar tão-somente a decisão européia de possuir um viés político, pois a americana, em grande medida, não foi somente fruto de um processo puramente analítico. Também esteve em questão o que representaria tal concentração para a sociedade americana, o que comporta efeitos políticos perceptíveis.

Difícil prever se a decisão americana não teria sido outra se as duas empresas envolvidas fossem européias e a dominância futura ocasionasse danos a uma empresa americana.

O grande ganho à experiência internacional é a lição de que se faz imprescindível a cautela de não tornar as decisões concorrenciais meramente discricionárias, sob pena de todo o sistema regulatório-concorrencial perder seu crédito e valor perante a sociedade.

Talvez este seja, então, o maior desafio das autoridades concorrenciais ao valorar um caso concreto de concentração: conseguir proferir decisões analíticas não discricionárias, mas que também atentem para a função político-social do direito da concorrência.

Bibliografia

ANDRADE, M. C. *Controle de concentrações de empresas*. São Paulo: Singular, 2002.

ANTITRUST DIVISION DEPARTMENT OF JUSTICE. *Overview antitrust division*. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/overview.html>>. Acesso em: 31 jul. 2006.

_____. Range effects: the United States perspective In: *OECD roundtable on portfolio effects in conglomerate mergers*, 12 oct. 2001. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/international/9550.pdf#search=%22Department%20of%20Justice%2C%20Range%20effects%3A%20the%20United%20States%20perspective%2C%20Antitrust%20Division%20submission%20for%20OECD%20roundtable%20on%20portfolio%20effects%20in%20conglomerate%20mergers%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.

ARANCELI, M. M.; NOGUERAS, D. J. L. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

BAGNOLI, V. *Direito econômico*. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Introdução ao direito da concorrência: Brasil, globalização, União Européia, MERCOSUL, ALCA*. São Paulo: Singular, 2005.

BORK, R. H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. (Robert H. Bork, with a new introduction and epilogue). New York: Freedom Press, 1993.

CHOI, J. P. A theory of mixed bundling applied to the GE/Honeywell merger. *Antitrust*, 16, Fall 2001.

EUROPEAN UNION. Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. *Official Journal*, 9 dec. 1997. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/relevma_en.html>. Acesso em: 12 maio 2006.

_____. 15435/02. *Joint Statement of the Council and the Commission on the functioning of the Network of Competition Authorities*. DGC II.

- Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/ecn/joint_statement_en.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2006.
- FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; POSSAS, M. *Defesa da concorrência e regulação*. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/forum_saude/forum_bibliografias/regulacaodomercado/CC3.pdf#search=%22FAGUNDES%2C%20Jorge%2C%20PONDÉ%2C%20João%20L.%20e%20POSSAS%20Mário.%20Defesa%20da%20Concorrência%20e%20Regulação%22>. Acesso em: 10 abr. 2006.
- FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GALDUF, J. M. J. (Coord.). *Economía de la Unión Europea*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2002.
- GIOTAKOS, D.; PETIT, L.; GARNIER, G.; DE LUYCK, P. General Electric/Honeywell – an insight into the Commission’s investigation and decision. *Competition Policy Newsletter*, 3, oct. 2001.
- GOYDER, D. G. *EC competition law*. 4. ed. Oxford: Oxford Press, 2003.
- GRIMES, W. G.; SULLIVAN, L. A. *The law of antitrust: an integrated handbook*. St. Paul: West Group, 2000.
- KON, A. *Economia industrial*. São Paulo: Nobel, 1999.
- KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (Org.). *Economia industrial – fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- KWOKA JR., J. E.; WHITE, L. J. *The antitrust revolution*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2004.
- MAJORAS, Deborah Platt. Merger enforcement at the antitrust division. In: *KPMG/Chicago Graduate School of Business Mergers and Acquisitions Forum*, 27 sept. 2002. Department of Justice. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200285.pdf#search=%22MAJORAS%2C%20Deborah%20Platt.%20Merger%20enforcement%20at%20the%20antitrust%20division%20In%3A%20KPMG%2FCHICAGO%20GRADUATE%20SCHOOL%20OF%20BUSINESS%20MERGERS%20AND%20ACQUISITIONS%20FORUM%22>>. Acesso em: 20 ago. 2006.
- MAYNARD, T. H. *Mergers and acquisitions: cases, materials, and problems*. New York: Aspen Publishers, 2005.

- MOTTA, M.; POLO M. *Antitrust – economia e política della concorrenza*. Bologna: Il Mulino, 2005.
- NUEVO REGLAMENTO SOBRE CONCENTRACIONES – Preguntas más frecuentes. *EUROPA Rapid*, Memo 04/9, ene. 2004. Disponível em: <<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/04/9&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>>. Acesso em: 30 set. 2006.
- OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PATTERSON, D.; SHAPIRO, C. Transatlantic divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons. *Antitrust*, 16, Fall 2001.
- PERU. *Resolution N. 054-2003-INDECOPI/CLC*. 10 dec. 2003. Disponível em: <<http://www.indecopi.gob.pe/upload/clc/jurisprudence/009-R-054-2003-CLC.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2006.
- PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D. L. *Microeconomia*. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SCHMITZ, S. How dare they? European Merger Control and the European Commission’s blocking of the General Electric/Honeywell merger. *Journal of International Economic Law*, University of Pennsylvania, v. 23, n. 2, Summer 2002.
- SIMÓN, J. L. M. *Principios de economía*. Madrid: Pearson Educación, 2003.
- SWEEZY, P. M. *Teoría del desarrollo capitalista*. 13. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- SZTAJN, R.; ZYLBERSZTAJN, D. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Allied Signal/Honeywell – Processo n. COMP/M.1601. *Jornal Oficial da União Europeia*, 7 jun. 2001. Disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1601_pt.pdf.
- _____. Comissão. AOL/Time Warner – Processo n. Comp/M.1845. 11. out. 2000. *Jornal Oficial da União Europeia*, 24 out. 2000. Disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m1845_20001011_600_pt.pdf. Acesso em: 20 ago. 2006.

- _____. Comissão. General Eletric/Honeywell – Processo n. Comp/M.2220. 3. jul. 2001. *Jornal Oficial da União Européia*, 18 fev. 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2220_20010703_610_pt.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2006.
- _____. (CE) n. 325. Versão compilada do tratado que institui a Comunidade Européia. *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, 24 dez. 2002. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325PT.003301.html#anArt82>. Acesso em: 22 ago. 2006.
- _____. Regulamento (CEE) N. 4064/89. Texto consolidado do regulamento relativo ao controle das operações de concentração de empresa. *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, 9 jul. 1997. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/regulation/consolidated/pt.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2006.
- _____. Regulamento (CEE) n. 139/2004. Regulamento relativo ao controle das operações de concentração de empresa. *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, 21 jan. 2004. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/pt/oj/dat/2004/l_024/l_02420040129pt00010022.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2006.
- UNITED STATES OF AMERICA. *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines Federal Trade Commission*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, mar. 2006, p. 17. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/215247.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2007.
- _____. *Horizontal Merger Guidelines*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, 2 apr. 1992. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>>. Acesso em: 31. jul. 2007.
- _____. Federal Trade Commission. Boeing/McDonnell Douglas v. Commission – Case IV/M.877. O.J. (L336), 1997. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/caselist/9710051.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006.
- _____. Federal Trade Commission. Time Warner, Inc., File N. 961-0004, □ Docket n. C-370961, 12 sept. 1996. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/caselist/c3709.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006.
- _____. *Non-Horizontal Merger Guidelines*. U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, 14 jun. 1984. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.htm>>. Acesso em: 10 set. 2006.

_____. *U.S. Code*. Federal Trade Commission, Title 15, Chapter 2. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sup_01_15_10_2_20_1.html> Acesso em: 20 jul. 2006.