



## BREVE ABORDAGEM COMPARADA TEÓRICO-PRÁTICA ACERCA DOS ASPECTOS CONCORRENCIAIS DAS CONCENTRAÇÕES VERTICAIS E A CONTRIBUIÇÃO DE STEVEN SALOP”

*Vicente Bagnoli\**

### I. Introdução: Concentrações empresariais

No mundo existem aproximadamente 80 países que dispõem de legislação antitruste e aproximadamente 45 países com alguma forma de análise de concentrações de empresas. A maioria dessas leis foram promulgadas a partir da década de 90, muitas em países sem tradição histórica na defesa da concorrência e com sistemas econômicos distintos<sup>1</sup>.

Acompanhando a realidade econômica, constata-se a tendência das empresas crescerem em seus próprios mercados habituais, como também em diversificar suas atuações, procurando mercados até então tidos como incompatíveis com as suas atividades, ou, sobretudo, mercados complementares às suas atividades tradicionais<sup>2</sup>.

As concentrações de empresas, da mesma forma que podem gerar eficiências<sup>3</sup> ao mercado e benefícios ao consumidor, podem também limitar a con-

\* Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Prof. Dr. Ari Marcelo Solon; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; [bagnoli@bgadv.com.br](mailto:bagnoli@bgadv.com.br)

<sup>1</sup> LEARY, Thomas B. *A Comment on Merger Enforcement in the United States and in the European Union*, 2001.

<sup>2</sup> Escreve Waldirio Bulgarelli que “o fenômeno concentracionista, que tomou extraordinário impulso atualmente entre nós, não é novo. Proveniente das transformações verificadas na economia dos países inicialmente, europeus, como a Inglaterra e a França, e, posteriormente a Bélgica, Itália, Áustria, Países Baixos e Alemanha, alcançando os Estados Unidos e, em seguida, o Japão, busca, na época da revolução industrial, aglutinar forças para aumentar a produção e a produtividade, sobretudo através das novas técnicas que exigem grande capital”, in *Concentração de Empresas e Direito Antitruste*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 19.

<sup>3</sup> A Lei nº 8.884/94 dispõe em seu art. 54, §1º, que o CADE poderá aprovar os atos referidos no *caput* do art. 54, desde que objetivem aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico



corrência, razão pela qual devem ser analisadas e avaliadas antes de serem aprovadas, à luz das legislações que procedem na análise estrutural do mercado<sup>4</sup>.

O termo concentração na maioria das vezes significa a perda da autonomia decisória de uma das partes envolvidas na operação (ou até mesmo as partes), ou a implantação de um controle decisório compartilhado, ou ainda quando uma parte adquire ativos ou fração do patrimônio da outra parte.

As legislações que atendem aos anseios do Direito da Concorrência têm a previsão da análise estrutural, seja nos casos de concentrações empresariais horizontais, verticais, ou ainda conglomeradas, que podem alterar a estrutura do mercado e apresentar efeitos positivos ou negativos à concorrência e, conseqüentemente, ao bem-estar econômico do consumidor.

Escreve Vicente Bagnoli<sup>5</sup> que:

“Entende-se por *concentrações horizontais* aquelas que ocorrem entre concorrentes, ou seja, entre agentes que atuam num mesmo mercado relevante. As *concentrações verticais* se dão entre agentes que atuam nos diferentes estágios de uma cadeia produtiva, freqüentemente existindo uma relação comercial de fornecimento de produtos / serviços entre os agentes. Já as *concentrações conglomeradas* significam o crescimento de um agente mediante a concentração com um outro agente, que não seja seu concorrente (caso contrário ter-se-ia uma concentração horizontal), nem tampouco fornecedor ou cliente (senão ocorreria uma concentração vertical)”.

ou econômico, que os benefícios sejam distribuídos entre os requerentes e os consumidores, não impliquem a eliminação da concorrência. Poderão também ser aprovados quando por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

<sup>4</sup>Neste sentido, oportuna a declaração do Conselheiro do CADE, Roberto Pfeiffer, acerca da atuação do órgão na análise de fusões: “Já no caso das fusões, o Cade está procurando intervir ‘o mínimo necessário para que se restabeçam as condições suficientes para haver concorrência’, definiu Pfeiffer. Assim, se houver um domínio de mercado elevado de uma empresa, com prejuízos a concorrentes, o Cade procura mandar vender os ativos mínimos necessários para restabelecer a competição. Essa nova tendência encerrou a era de decisões que implicavam alterar o comportamento das empresas no mercado. As chamadas ‘decisões comportamentais’ eram comuns nos anos 90. Nelas, o Cade mandava companhias ajudarem concorrentes, ou as obrigava a não discriminar preços. Agora, prevalece a época das ‘decisões estruturais’, com a obrigação de vender ativos. ‘O Cade não quer atrapalhar o desenvolvimento econômico das empresas’, justifica Pfeiffer”. in Valor Econômico, 21-10-2005, meio eletrônico.

<sup>5</sup> BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil-Globalização-União Européia-Mercosul-ALCA*. São Paulo: Singular, 2005, 167.

A análise dos atos de concentração visa fomentar o crescimento eficiente das empresas no mercado, oferecendo uma melhor concorrência, como também coibir eventuais abusos de poder econômico, ou seja, "...diz respeito à condição econômica da empresa (compreendida em conjunto ao grupo econômico ao qual faz parte) e a possibilidade dessa empresa intervir no mercado, mesmo que detentora de pequena participação (*market share*), de maneira a impor aos outros *players* condição tal que não consigam resistir à disputa"<sup>6</sup>.

Pelo exposto até o momento, evidentemente faz-se necessária a análise das concentrações empresariais pelas autoridades de defesa da concorrência em prol do mercado concorrencial e do bem-estar econômico do consumidor. Entretanto, das formas de concentração já apontadas (horizontal, vertical e conglomerada), entende-se que as concentrações horizontais e conglomeradas, não menos importantes, já são bastante discutidas, bem analisadas e de compreensão de seus efeitos um pouco mais simplificadas.

Contudo, as concentrações verticais são merecedoras de destaque por exigirem do estudioso ou operador do antitruste uma análise mais perspicaz, conforme se verificará nesta "breve abordagem comparada teórico-prática acerca dos aspectos concorrenciais das concentrações verticais e a contribuição de Steven Salop".

## II. Concentrações verticais

A defesa da concorrência hesitou por anos na análise pormenorizada das concentrações verticais, em grande parte porque das formas verticais surgem complicados problemas de análise em como resolver o conflito geralmente conhecido pela eficiência originada da relação vertical e o potencial prejuízo competitivo.

Até o final dos anos 70, o governo norte-americano contestou inúmeras concentrações verticais, até mesmo aquelas com poucos graus de restrições. Em casos como *Brown Shoe Co. x EUA*<sup>7-8</sup> e *Ford Motor Co. x EUA*<sup>9</sup>, as cortes

<sup>6</sup> in BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil-Globalização-União Européia-Mercosul-ALCA*. São Paulo: Singular, 2005, 149.

<sup>7</sup> Conforme escreve Paula A. Forgioni, a Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso *Brown Shoe* considerou mercados relevantes materiais distintos aqueles de sapatos para homens, mulheres e crianças e não apenas o mercado relevante de calçados em geral. Este exemplo foi utilizado para demonstrar que "como salienta a doutrina estrangeira, a caracterização do mercado relevante é crucial para a autorização ou impedimento de uma operação de concentração entre agentes econômicos, pois que os efeitos decorrentes serão sopesados dentro desse mesmo mercado. Restringindo-se o mercado relevante, os efeitos da prática de concentração serão sentidos de forma mais aguda. De outra parte, o

analisaram criticamente até pequenas quantidades de restrições e geralmente tratavam com desdém as eficiências que poderiam resultar das consolidações verticais.

Do mesmo modo que ocorreu com a repressão às concentrações não verticais, a análise das cortes norte-americanas acerca das concentrações verticais começou a mudar no final da década de 70. Algumas cortes primárias estavam quase indulgentes com as contestações às concentrações verticais, até quando as participações de mercado (*market shares*) eram relativamente significantes. Em 1982 o Departamento de Justiça (DOJ) revisou seu Guia de Concentrações (*Merger Guidelines*), o qual liberalizou de maneira significativa o tratamento das concentrações verticais. Não foi surpresa que durante a década de 1980 praticamente não ocorreu nenhuma contestação às concentrações verticais.

Mais recentemente as autoridades de defesa da concorrência começaram a analisar criteriosamente as concentrações verticais e têm contestado

---

aumento da dimensão do mercado acaba por diluir o impacto anticoncorrencial da prática, de modo a, algumas vezes, permitir sua autorização” in *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998, p. 217.

<sup>8</sup> Porém, é na doutrina de Hebert Hovenkamp que se encontram os comentários que explicitam o caso *Brown Shoe* na presente análise de concentração vertical. “*The Court went much further in the first vertical merger decision under amended §7. In Brown Shoe Co. v. United States it condemned a shoe manufacturer’s acquisition of shoe retailer when the manufacturer’s market share was about 5% and the retailer’s market share in the same market was about 1%. In justifying condemnation on such small market shares the Court cited a ‘definite trend among shoe manufacturers to acquire retail outlets,’ followed by a ‘definite trend for the parent-manufacturers to supply an ever increasing percentage of the retail outlets’ needs, thereby foreclosing other manufacturers from effectively competing for retail accounts’. The ‘necessary corollary’ of these trends, concluded the Court, was ‘the foreclosure of independent manufacturers from markets otherwise open to them’. The result was that other shoe manufacturers and retailers were forced to integrate vertically as well’.* (...) “*They were forced to integrate not because outlets or sources of supply were unavailable, but because only vertical integration would enable them to compete with integrated firms*”, in *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. St.Paul, Minn: West Publishing Co., 1994, p. 343.

<sup>9</sup> Com relação ao caso *Ford Motor Co.* escreve Hebert Hovenkamp que: “*a related argument against vertical mergers is that they enhance the merging firm’s market power by making entry into the industry more costly or more difficult. If incumbents are vertically integrated a prospective entrant may have to enter at two levels instead one. The Supreme Court relied on this ‘barrier to entry’ argument in Ford Motor Co. v. United States, when it condemned Ford’s acquisition of Autolite, a spark plug manufacturer*”, in *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. St.Paul, Minn.: West Publishing Co., 1994, p. 343.

diversas operações. Em parte, deve-se às cuidadosas análises econômicas dos efeitos das concentrações verticais, e das restrições verticais em geral. Nesses casos, as autoridades não têm reavivado as análises simplistas de gerações anteriores que encontravam violações apenas se houvesse significantes restrições ou exclusões ao mercado. Preferivelmente, tem-se centrado no real impacto dessas restrições ou exclusões na concorrência.

Nos Estados Unidos da América (EUA), por exemplo, tanto as cortes judiciais, quanto as autoridades antitruste, têm se deparado com dois questionamentos relacionados à concentrações verticais:

- i) Como as concentrações verticais causam danos à concorrência?
- ii) Como as autoridades competentes devem analisar as substanciais eficiências geradas pelas concentrações verticais?

As concentrações verticais ocorrem entre firmas que atuam em diferentes patamares da cadeia de produção ou distribuição, mas em complementaridade. Exemplos comuns incluem a concentração entre fabricante e distribuidor, como de um laboratório de remédios e uma rede de farmácias, ou uma concentração entre dois fabricantes, sendo que um fabrica o produto final e o outro produz um componente necessário para a fabricação desse produto final.

Normalmente, as concentrações verticais podem oferecer ganhos de eficiência, são concentrações entre empresas que não concorrem entre si e o produto de uma é um componente necessário ou complemento do produto da outra. Tais concentrações podem alcançar benefícios pró-competitivos, reduzindo custos de transação, propiciando ganhos de sinergia em *design*, produção e distribuição do produto final e assim acirrar a competição. Contudo, elas também podem revelar efeitos anticoncorrenciais.

Como refletido no *1984 Merger Guidelines*<sup>10</sup>, algumas concentrações verticais podem ser anticompetitivas por criarem ou aumentarem barreiras à entrada que conduzam a preços mais elevados ou a qualidade ou inovações reduzidas para os consumidores. Por exemplo, nas indústrias com extensas cadeias, muitas empresas já detêm poder de mercado por meio de suas propriedades de cadeias estabelecidas ou bases instaladas envolvendo vultoso fundo perdido (*sunk costs*). As concentrações verticais podem, em certos casos, aumentar ainda mais barreiras de entrada, elevando custos e reduzindo inovação e qualidade para o consumidor.

<sup>10</sup> Guia de análise de atos de concentração da *Federal Trade Commission*.

Uma indústria pode se tornar tão altamente integrada verticalmente que dois níveis de entrada passam a serem necessários, ou seja, um entrante tanto no mercado jusante (*downstream*) quanto no mercado montante (*upstream*) depara-se com a necessidade de ingressar em ambos. Caso a entrada nos dois níveis é mais arriscada, difícil ou consome mais tempo do que a entrada em apenas um dos mercados, uma concentração que aumenta integração vertical poderia aumentar barreiras à entrada e assim ser anticompetitiva.

Integrações verticais poderiam excluir um concorrente no mercado jusante de adquirir suprimentos necessários, isto é, a empresa integrada poderia utilizar sua posição de fornecedora para prejudicar concorrentes que não estejam integrados e desse modo causar danos à concorrência, como restringindo suprimentos ou elevando os preços.

Com essa forma de concentração pode-se também facilitar a colusão tanto no mercado jusante quanto no montante. Integração entre um fornecedor e um adquirente pode criar oportunidades para impropriamente monitorar os fornecedores concorrentes montantes. Pode também envolver a compra de um adquirente jusante, eliminando um comprador que concorria com a empresa montante, tal concentração pode facilitar colusão no mercado montante.

Concentrações verticais, por exemplo, podem permitir que produtores aumentem os custos de seus rivais. No caso norte-americano do laboratório farmacêutico Eli Lilly, o laboratório poderia tornar mais difícil ou caro para seus concorrentes distribuírem seus respectivos produtos farmacêuticos nas farmácias PCS de propriedade da Lilly. Concentrações verticais também podem facilitar interações coordenadas, por exemplo, quando o nível de empresa integrada jusante (*downstream*) recebe sensíveis informações concorrenciais de competidores do nível de empresa montante (*upstream*); tal informação poderia ser utilizada para coordenar o comportamento do mercado.

Em relação à concentração Lilly / PCS, a Federal Trade Commission (FTC) entendeu que o laboratório Lilly após a operação estaria numa posição de obter da PCS informações de preços e ofertas submetidas por outros laboratórios farmacêuticos. Essas informações poderiam permitir que a Lilly fizesse ofertas com preços abaixo de seus concorrentes de forma anticoncorrencial.

Evidentemente a experiência norte-americana talvez seja a mais farta para prover de exemplos concretos, e não restringir a presente análise apenas a casos hipotéticos.

### III. Análise teórico-prática das concentrações verticais nos Estados Unidos da América

Analisando o mercado de telecomunicações nos anos recentes, verifica-se uma grande quantidade de aquisições e alianças que se multiplicam, como os casos WorldCom / MCI, Ameritech / SBC, AT&T / TCI, Bell Atlantic / GTE, e AT&T / Media One. O interessante no mercado de telecomunicações é que freqüentemente essas operações implicam em concentrações horizontais e verticais.

No tocante às implicações verticais, já que esse é o propósito da presente análise, elas essencialmente procuram uma resposta para o seguinte questionamento: a operação cria ou aumenta substanciais oportunidades e incentivos para a empresa concentrada negar acesso necessário ao competidor? A operação AT&T / Media One permite fazer esse questionamento.

A AT&T já possuía a TCI, a maior operadora de cabo dos Estados Unidos da América (EUA). Será que com a aquisição da Media One estaria aumentado o poder da AT&T para favorecer impropriamente suas afiliadas e negar programação e outros acessos necessários para o mercado de telecomunicações a cabo? Colocado de outra forma, será que a AT&T obteria o monopólio local de serviço de provedora que a permitiria comprometer o comportamento do mercado?

Percebe-se a importância que se tem em estudar e, sobretudo, atentar às concentrações verticais que podem resultar em sérios efeitos ao mercado concorrencial.

Os casos de integração vertical podem apresentar ameaças competitivas iguais ou maiores do que aquelas típicas de integração horizontal, e são freqüentemente interessantes para serem estudados.

No grau mais simplista de análise, a teoria da defesa da concorrência em casos de concentração vertical focaliza integrações em diferentes estágios da cadeia de fornecimento, daqueles que reúnem e fornecem matéria-prima, para aqueles que manufaturam o produto, e ainda àqueles que distribuem e vendem os produtos para os consumidores. Muitas vezes essas integrações são pró-competitivas.

As integrações verticais podem, por exemplo, permitir que uma maior quantidade de produtos ingresse mais rápido e com menor custo no mercado. Por outro lado, tais integrações podem restringir a concorrência. Elas podem criar *bottlenecks* (estrangulamentos), congelar a competição, limitar a escolha de produtos, resultar em preços mais elevados, além de outros efeitos anticoncorreciais.

Algo comum em todos esses casos é o conceito denominado pela doutrina norte-americana de *foreclosure* (restrição). O *foreclosure* ocorre quando uma integração vertical fecha alguma parte ou todo o mercado para concorrentes permitindo desse modo o exercício de poder de mercado. *Foreclosure* pode

ocorrer a montante (*upstream*), tal como cortando o acesso de rivais a suprimentos necessários ou consumos, ou a jusante (*downstream*), por exemplo, restringindo o acesso de distribuidores e clientes. Alguma das formas que *foreclosures* podem prejudicar a concorrência incluem: (i) excluir rivais do mercado; (ii) aumentar barreiras à entrada; e (iii) aumentar os custos dos concorrentes; todos podem resultar em preços mais elevados para os consumidores.

O mercado de eletricidade é outro exemplo bastante oportuno para a análise concorrencial das concentrações verticais.

No caso Dominion Resources, a *Federal Trade Commission* (FTC) deparou-se com uma concentração vertical que ameaçava a concorrência. Essa operação, entretanto, prometia diversas sinergias que seriam benéficas aos consumidores. Contudo, uma parte do negócio era problemática.

O combustível utilizado para operar as turbinas que geravam energia elétrica no sudeste do Estado da Virgínia (EUA) era o gás natural. Uma das companhias de gás subsidiárias, a Virginia Natural Gas, era a distribuidora primária de gás natural dessa região. Ou seja, a fornecedora primária de eletricidade estava adquirindo a fornecedora primária de gás natural.

Em trabalho conjunto com o Estado da Virgínia, a FTC obteve um acordo consensual das partes envolvidas na operação pelo qual a companhia de gás subsidiária seria vendida, como consequência da concentração. Essa alternativa tornou possível a novas empresas geradoras de energia negociarem com uma fornecedora independente, ao invés de negociarem com empresa de propriedade e operada pela maior concorrente.

Em outro caso, agora no mercado de livros, Barnes & Noble, Inc., maior varejista de livros dos EUA propôs se concentrar com o Ingram Book Group, maior atacadista norte-americano. Depois de uma grande análise da FTC e a imprensa noticiar que estavam sendo avaliadas imposições, as partes abandonaram a operação.

A principal teoria vertical no caso era de que a concentração ameaçava elevar os custos dos concorrentes. Essa teoria prognosticou que após a operação, Barnes & Noble poderia elevar os custos suportados por rivais como livrarias independentes e varejistas da *internet*. Com a operação a Barnes iria obter a condição para excluir seus concorrentes varejistas do acesso de uma importante fornecedor montante (*upstream*).

A teoria de elevar os custos dos concorrentes foi desenvolvida na literatura econômica e centrava no real impacto da restrição (*foreclosure*) à concorrência. Por essa teoria, uma concentração vertical tem o potencial para causar resultados anticoncorrenciais somente quando as alternativas remanescentes (*upstream* ou *dowstream*) são: quer inferiores, inadequadas, ou mais custosas,



assim impondo custos mais altos aos rivais da empresa integrante e permitindo que ela aumente seus próprios preços. É importante notar que uma exclusão absoluta não é exigida. Sem dúvida, relações concorrenciais também nascem se os concorrentes são forçados a utilizar alternativas mais caras e menos eficientes.

Outro caso bastante interessante, também no setor de telecomunicações, envolveu três gigantes da mídia: Time Warner, Turner e TCI. Os mercados em análise eram o de programadoras de tv à cabo e operadoras de tv à cabo<sup>11</sup>.

A Time Warner indiretamente era a proprietária do HBO e do Cinemax, canais “a cabo” de filmes tidos de “primeira linha”, e também era a segunda maior distribuidora de tv a cabo, atendendo aproximadamente 11,5 milhões de assinantes ou algo em torno de 17% do mercado norte-americano de tv a cabo. A Turner era a programadora líder de tv a cabo, e detinha vários canais de destaque como CNN, TNT e TBS Super Station. Competia primordialmente no mesmo nível do HBO e do Cinemax. A TCI era a maior distribuidora dos EUA, atendendo aproximadamente 27% de todo o país com serviço à cabo. A TCI também era a fornecedora líder de programação à cabo.

Pelo acordo da Time Warner com a Turner, a Time Warner adquiriria 80% das ações em aberto da Turner. A TCI e suas afiliadas tinham aproximadamente 24% de participação na Turner. Negociando suas participações na Turner por uma participação na Time Warner, a TCI adquiriria aproximadamente 7,5% de participação na Time Warner, com o potencial, nos termos do acordo, de aumentar sua participação em mais de 17%.

Três aspectos dessa operação merecem destaque para a presente análise: (i) a potencial restrição aos programadores concorrentes em ter acesso à distribuição da Warner e restrição aos concorrentes de sistemas a cabo controladores de programação pelas partes concentrantes; (ii) a potencial restrição ou exclusão a um canal alternativo de notícias que pudesse concorrer com o CNN; e (iii) os interesses da TCI em sua participação na Time Warner.

No que se refere às restrições à programação, é muito importante a elevação do grau de concentração vertical que ocorreria com a operação no mercado de tv a cabo. A Time Warner sozinha iria controlar mais do que 40% da programação relevante. Time Warner e TCI, os dois maiores sistemas de tv a

<sup>11</sup> Em artigo intitulado *A Defesa da Concorrência e o Significado dos Canais de Esporte nas TV's por Assinatura*, Vicente Bagnoli explica que as operadoras de tv's por assinatura são distribuidoras de programação multicanal por meio de tecnologias de tv a cabo, MMDS e DTH, enquanto as programadoras são empresas que produzem e disponibilizam programação pelos canais abertos e de televisão por assinatura. in *Revista do IBRAC*, vol. 10 nº 1, 2003, p. 68.



cabo dos EUA, iriam controlar o acesso de aproximadamente 44% de todos os assinantes. À luz da jurisprudência norte-americana esses níveis de concentração poderiam ser problemáticos para a concorrência no mercado.

No tocante aos tipos de programação, após a concentração a Time Warner teria posição de liderança no segmento dos canais de notícias, no qual existiam poucos substitutos e a CNN era disparado o mais significativo concorrente. Novos entrantes não deveriam ter sucesso porque a aquisição do canal CNN pela Time Warner daria à ela tanto a habilidade quanto o incentivo para negar acesso ao seu vasto sistema de distribuição.

Quanto à participação da TCI, apesar da participação inicial adquirida ser de aproximados 7% na Time Warner, a TCI teria a possibilidade de aumentar sua participação em 17% sem outras análises de defesa da concorrência, o que poderia causar outros problemas concorrenciais.

No primeiro aspecto apontado foram impostas três provisões para consignar o impacto da operação em barreiras à entrada. Primeiro, a Time Warner ficou proibida de fazer “pacotes” (*bundling*) de canais relevantes com aqueles menos procurados. Segundo, a FTC tomaria conhecimento de eventuais discriminações da Time Warner em carregar solicitações de programadoras concorrentes. Terceiro, as barreiras à entrada foram reduzidas pela eliminação de acordos de serviço de programação (PSAs, sigla em inglês).

Já no segundo aspecto, para remediar o potencial efeito anticoncorrencial a Time Warner precisou prover acesso a um canal de notícias em seus sistemas a cabo.

Por fim, no terceiro aspecto, considerando que a participação acionária poderia influenciar a decisão da Time Warner em carregar programação que concorresse com a TCI, a FTC eliminou esse incentivo em agir de forma anticompetitiva tornando a participação da TCI verdadeiramente passiva.

#### **IV. Análise teórico-prática das concentrações verticais na União Européia**

A história do controle de concentrações empresariais na União Européia (UE) é muito mais recente do que a experiência norte-americana, tanto que até 1989 não existia nenhum instrumento que permitia a Comissão Européia de Concorrência (DG-4) controlar sistematicamente esse tipo de operação, data em que o Conselho adotou a Regulação de Concentração.

Sob a análise dessa Regulação, uma concentração é autorizada se ela não criar ou tornar mais forte uma posição dominante, com a qual a efetiva competição fosse significativamente impedida.

Mesmo a experiência da Comissão Européia sendo mais recente é possível analisar a evolução da política da UE em relação às concentrações verticais. O aperfeiçoamento da Comissão nesta área permite compará-la com a experiência norte-americana.

Os aspectos verticais estão entre os principais interesses da Regulação de Concentrações. O art. 2º dispõe que restrição (*foreclose*) é o ponto central na análise da UE aos aspectos verticais das concentrações. Isso indica que quando a Comissão faz sua apreciação da operação, deve-se levar em conta a posição no mercado das empresas relacionadas e suas forças econômicas e financeiras, as alternativas disponíveis para fornecedores e usuários, o acesso à suprlmentos ou mercados, ou barreiras à entrada.

No 21º Relatório Anual de Concorrência datado de 1991, a Comissão fez suas primeiras diretrizes relacionadas à integração vertical. Considerou que a principal área de atenção é a de condições de acesso para consumidores e distribuidores e o risco de que a entidade concentrada possa afetar essas condições por meio de integração vertical. Restringindo o acesso à consumidores e distribuidores, a entidade concentrada pode tornar-se dominante ou reforçar sua dominação.

Por essa razão, a atenção da Comissão está centrada na análise tradicional dos efeitos excludentes resultantes de uma concentração vertical, mas somente se esses efeitos possam criar ou reforçar uma posição dominante<sup>12</sup>.

A criação ou o fortalecimento de uma posição dominante é o teste mais relevante para avaliar uma concentração na UE. A prevalência desse teste na UE tem conseqüências diretas na análise da Comissão em relação à doutrina da eficiência.

A jurisprudência européia também é bastante rica e oferece valorosas experiências.

No caso British Interactive Broadcasting a decisão tomada oferece um bom exemplo da ação da Comissão para assegurar que o poder de mercado não seria estendido de uma “arena” para outra sem impor excessivas condições para que se preservasse a efetiva concorrência. Este caso envolvia uma *joint venture* entre a BT, líder no Reino Unido em carregar transmissões, e a BSkyB, uma transmissora de programação de tv paga e promotora de tv paga interativa digital.

<sup>12</sup>Escreve Vicente Bagnoli que: “...a posição dominante estaria relacionada diretamente com a participação de mercado (*market share*), e seria alvo da atuação das autoridades antitrustes no caso do agente detentor dessa condição abusar dela em desfavor do mercado”. in *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil-Globalização-União Européia-Mercosul-ALCA*. São Paulo: Singular, 2005, 149.



Como condição de aprovação, a BSkyB concordou em distribuir canais de filmes e esportes em bases não discriminatórias e na forma individual da escolha do consumidor de maneira a prevenir possíveis vendas por atacado de “pacotes” de canais que ocorreria em detrimento dos concorrentes da *joint venture* e dos próprios concorrentes da BSkyB.

No caso MSG Media Service, a Comissão vetou a formação de uma *joint venture* para o desenvolvimento de serviços administrativos e técnicos de uma tv paga digital para outras transmissoras entre a Bertelsmann, maior companhia de mídia da Alemanha, a Kirsh, transmissora e fornecedora líder de filmes de entretenimento, e a Deutsche Telekom, proprietária e operadora de quase todas as redes de transmissão em banda larga da Alemanha.

A Comissão concluiu que uma posição dominante duradoura seria criada em razão da proposta de desenvolvimento da infraestrutura da *joint venture* e da integração vertical. A operação foi julgada tanto por ameaçar a potencial concorrência entre as partes (*co-ventures*), quanto por excluir potenciais entrantes que não iriam empreender os investimentos exigidos para desenvolver uma rede competitiva.

Desta forma, ficou decidido que apesar da operação poder criar demanda para novos serviços, ela era igualmente anticoncorrencial, ao ponto de impedir progressos técnicos e econômicos à longa duração.

Outro caso merecedor de citação foi a operação MCI / WorldCom, no qual as partes propuseram uma concentração que as daria o controle de aproximadamente 50% em determinados sistemas de transmissão via *internet*. A Comissão expressou sua preocupação de que as partes concentrantes poderiam cobrar taxas de monopólio para interconectar milhares de pequenos provedores de serviço.

Uma das mais notáveis facetas do caso é a aparente adoção da Comissão da teoria das externalidades da rede (*theory of network externalities*), segundo a qual um produto se torna mais atrativo aos consumidores conforme o tamanho de sua base de consumidores cresce. Quando um participante controla um *bottleneck* (estrangulamento) em modelos próprios de infraestrutura, as externalidades da rede podem criar um efeito em cadeia como um grande número de usuários serem sugados pelas redes dominantes.

A Comissão decidiu impor como condição para desobstruir a operação, a exclusão das atividades de negócios de *internet* da MCI.

## V. A contribuição de Steven Salop

Entende-se que a análise desenvolvida até o momento já seria suficiente para demonstrar toda a cautela que merece ser dada no exame dos diversos casos de concentrações verticais. Contudo, o estudo ficaria incompleto se

não observasse as relevantes contribuições acerca dos aspectos das concentrações verticais apontados por Steven C. Salop<sup>13</sup>.

Em seu trabalho *Vertical Mergers and Monopoly Leverage*<sup>14-15</sup>, escreve Salop que no caso Griffith, a Corte Suprema dos Estados Unidos da América sugeriu que o poder de monopólio pode ser utilizado para restringir a concorrência, para obter vantagens competitivas ou para eliminar um concorrente. Em linguagem econômica, os recentes oponentes das concentrações verticais manifestaram-se que as integrações verticais por um monopolista montante permitem ao monopolista exercer seu monopólio para alcançar um segundo monopólio no mercado jusante.

Examinadores da Escola de Chicago como Bork<sup>16</sup> e Bowman<sup>17</sup> argumentaram que efeitos anticoncorrenciais jamais ocorreriam. Um monopolista montante (*input market*) não teria motivos para integrar-se com o propósito de discriminar concorrentes jusantes (*output market*). Isto ocorreria porque um monopolista montante que se integrasse verticalmente num mercado jusante não acharia lucrativo recusar-se a negociar ou discriminar preços dos seus concorrentes jusantes.

A resposta não estaria baseada na ética, mas sim porque não haveria nenhum incentivo econômico, já que integrações verticais não seriam necessariamente realizadas para obter lucros de monopólio. Ao invés, um monopolista montante sem integrar-se poderia alcançar todos os lucros decorrentes do monopólio simplesmente por cobrar (conforme um monopolista) pelos suprimentos vendidos para as empresas jusantes.

Resumidamente, os críticos da Escola de Chicago estabelecem que existiria uma única vantagem do monopólio e que poderia ser auferida pelo monopolista apenas uma vez. Não seria vantajoso utilizar seu poder em integrações verticais para criar um segundo monopólio. Integrações verticais e restrições contratuais verticais devem ser motivadas por eficiências, porque não pode haver motivos lógicos anticompetitivos.

Salop faz sua análise crítica aos entendimentos expostos pela Escola de Chicago e seus seguidores. Inicialmente, manifesta-se acerca do exemplo numérico do lucro singular de um monopólio.

<sup>13</sup> Professor de Economia e Direito, Faculdade de Direito da Universidade Georgetown, EUA.

<sup>14</sup> Georgetown University Law Center: Washington D.C., 2001.

<sup>15</sup> Concentrações Verticais e Efeitos de Monopólio (tradução livre).

<sup>16</sup> BORK, R. *The Antitrust Paradox*. New York: Basic Books, 1978.

<sup>17</sup> BOWMAN, W. *Tying Arrangements and the Leverage Problem*. Yale Law Journal 67: 19-36, 1957.

Conforme escreve Salop, suponha que um monopolista montante esteja vendendo um produto para uma série de compradores homogêneos que concorrem num mercado jusante perfeitamente competitivo. Suponha que o produto do monopolista é utilizado em determinadas proporções com outros produtos; isto é, suponha que todo produto final produzido pelos vendedores jusantes necessite de uma constante quantidade de certo produto, incluindo o produto vendido pelo monopolista montante (por exemplo, todo automóvel necessita de uma bateria e quatro pneus). Suponha que as empresas jusantes tenham constantes custos marginais iguais a \$10, mais o custo do produto que elas compraram do monopolista montante. Suponha ainda que os próprios custos marginais do monopolista montante do produto seja \$40 e, se integrado ao mercado jusante, os custos jusantes marginais seriam \$10, o mesmo das empresas jusantes individuais.

Considere agora a lucratividade da integração vertical. Caso o monopolista montante estivesse integrado verticalmente com a empresa do produto jusante e recusasse negociar com qualquer uma das outras empresas, ele deteria todo o mercado do produto jusante. Por qual preço seria vendido o produto jusante? Obviamente, seria vendido pelo preço de monopólio. Suponha que o preço de monopólio do produto jusante seja \$100. Sendo assim, o monopolista integrado verticalmente receberia lucros de \$50 por unidade (exemplo,  $\$100 - \$40 - \$10$ ). Este é o grau de lucratividade do monopólio integrado verticalmente.

Agora é simples visualizar a crítica ao efeito do lucro singular monopolista. Suponha que as leis de defesa da concorrência ou particulares regulações existissem para prevenir o monopolista montante de integrar-se verticalmente. Suponha que ao invés disso a integração é limitada justamente para o monopólio montante. Isso reduziria sua lucratividade? Os consumidores seriam beneficiados?

A resposta depende do preço que é cobrado pelo produto montante. Suponha que o monopolista ponha o preço do produto montante no seu custo montante marginal de \$40. Nesse caso, os custos marginais das empresas jusantes seriam \$50 (ou seja,  $\$40 + \$10$ ). Por serem empresas jusantes perfeitamente competitivas, o preço competitivo jusante igualaria seus custos agregados marginais. (Como exemplifica Salop, a qualquer preço mais elevado as empresas iriam concorrer até os preços caírem; a qualquer preço mais baixo as empresas perderiam dinheiro e sairiam do mercado). Neste sentido, caso o monopolista cobre \$40 pelo produto montante, o preço de equilíbrio jusante será \$50.

Naturalmente, o monopolista montante seria tolo se estabelecesse um preço pelo produto igual ao seu custo marginal de \$40. Procedendo dessa forma eliminaria todos os seus próprios lucros. Suponha ainda que o monopolista montante cobrasse pelo produto o equivalente a \$90. Sendo assim, os custos marginais das empresas jusantes subiria para \$100 ( $\$90 + \$10$ ). Como resultado, eles

seriam conduzidos a cobrar pelos produtos jusantes o equivalente a \$100. Este preço é, certamente, o preço de monopólio. Embora as empresas jusantes sejam concorrentes, elas cobrariam o preço de monopólio jusante em razão do produto do monopolista montante elevar seus custos.

Este valor, \$90, é a maximização de lucros do preço para o monopolista montante. Além do mais, o monopolista montante alcançaria lucros de \$50 por unidade ( $\$90 - \$40$ ), exatamente o mesmo valor de lucro monopolista se o monopolista montante estivesse integrado verticalmente.

Resumidamente, o monopolista montante não ganha pela integração vertical. Ele pode atingir o mesmo patamar de lucratividade e o mesmo preço de monopólio jusante simplesmente por maximizar seus lucros como uma monopolista montante individualmente. A integração vertical não permite que o monopolista detenha um segundo monopólio: existe apenas um único lucro monopolista e a integração vertical seria desnecessária para obtê-lo. Além disso, conclui Salop, os consumidores nada ganhariam com proibições às integrações verticais, o consumidor pagaria \$100 de qualquer forma.

Passa-se, então, a verificar a análise crítica de Salop quanto às implicações do lucro singular do monopólio.

De acordo com a análise apresentada, a teoria do efeito aparenta ter uma séria imperfeição. Um monopolista nunca teria o incentivo de atingir os efeitos de seu monopólio em um segundo mercado. Mas, surge uma questão: se o efeito não é razão fundamental para a integração vertical, então o que é? Os examinadores da Escola de Chicago respondem que o motivo para a integração vertical deve ser baseada em eficiência – para reduzir custos, produzir melhores produtos ou eliminar concorrentes *free riding*<sup>18</sup>.

Como esses benefícios da eficiência afetariam o exemplo numérico? Suponha que os custos marginais do monopolista no mercado jusante são inferiores do que aqueles das empresas individuais, diga-se \$5 ao invés de \$10. Neste caso, se o monopolista se integrar verticalmente e cobrar o preço de \$100, seu lucro será \$55 ( $\$100 - \$40 - \$5$ ). Está acima dos lucros que ele teria apenas como monopolista montante. Assim, a economia de custos propicia uma base de eficiência para incentivar a integração. Além do mais, neste grau de custo baixo, é provável que a empresa tenha o incentivo de reduzir seu preço jusante abaixo de \$100, por exemplo \$98. Neste caso, os consumidores também se beneficiariam com a integração vertical.

<sup>18</sup> Concorrente *free riding* é aquele que se beneficia dos esforços de outro concorrente.

Para Salop está claro em sua análise dos benefícios da eficiência de que a integração vertical pode sem dúvida aumentar eficiência e produção. Esses benefícios podem constituir a motivação para uma empresa adotar uma estratégia de integração vertical. Eles podem também conduzir a preços mais baixos se as empresas de fato se integrarem. Em adição, eles explicam como concentrações verticais e integrações contratuais verticais podem aumentar eficiência e o bem-estar econômico do consumidor. Na verdade, existe uma série de tipos de eficiência de integrações verticais e controles verticais que tendem a reduzir os preços dos consumidores, como coordenações mais desenvolvidas entre as empresas e a eliminação de uma dupla marginalização.

Afrouxando os entendimentos da teoria do lucro singular do monopólio, Salop em sua análise aponta três presunções: (i) o produto montante é usado em determinadas proporções pelas empresas montantes; (ii) o vendedor jusante é um monopolista; (iii) os preços jusantes e montantes são irregulares. A integração vertical sob esses aspectos pode aumentar ganhos ou perdas no bem-estar do consumidor.

Analisando a racionalização das práticas jusantes, aponta Salop que o resultado do lucro singular monopolista assume os produtos jusantes como sendo utilizados em determinadas proporções. Onde os produtos jusantes são utilizados em variáveis proporções, existe o potencial para a substituição jusante. Neste caso, a integração vertical pode conduzir tanto a ganhos de eficiência como a preços mais altos.

Salop chama atenção a outros dois aspectos ligados a integração vertical. Primeiramente a facilitação em discriminar preços, segundo evadir da regulação.

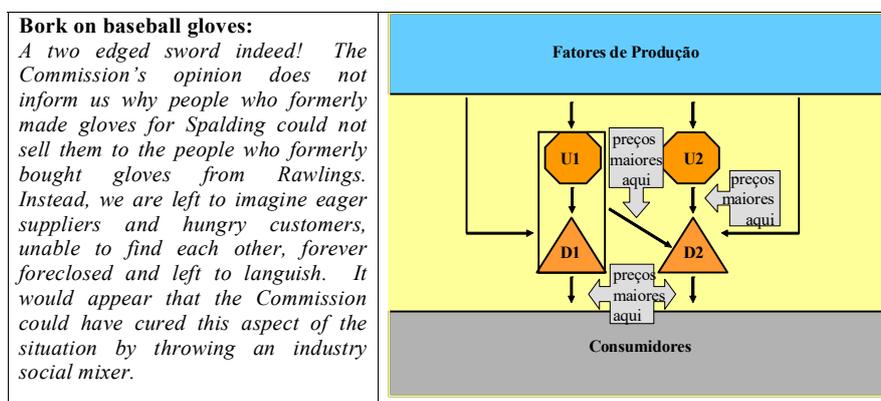
No primeiro aspecto ela pode aumentar as condições da empresa em discriminar preços. A discriminação de preço pode aumentar a quantidade de produção e ser vista como economicamente benéfica. Contudo, em outras circunstâncias, a discriminação de preços pode reduzir a quantidade de produção e o bem-estar econômico.

Já no segundo aspecto ela pode permitir a um monopolista regulado evadir da regulação de preço. A integração vertical pode ajudar uma empresa regulada a evadir da regulação do custo baseado de preço limitado a um dos mercados mudando seus lucros para o mercado não regulado. Pode também ajudar uma empresa evadir de regulações que proíbam discriminação de preço. Mais uma vez é a racionalidade econômica do que está regulado que dirá se esses dois efeitos são eficiências ou anticoncorrenciais.

Quanto às restrições verticais, escreve Salop que a teoria do lucro singular monopolista é baseada na presunção de que a empresa é uma monopolista montante. Quando essa presunção é derrubada, a integração vertical pode en-

volver efeitos anticoncorrenciais e restrições verticais. As restrições verticais se referem à idéia de que a integração vertical pode restringir a oportunidade de vendedores concorrentes a negociarem com a divisão jusante da empresa integrada e deve restringir a oportunidade das empresas jusantes a adquirirem produtos da divisão montante da empresa integrada.

Essas teorias foram inicialmente criticadas como violadoras da teoria do lucro singular monopolista. Adicionalmente, teorias de restrições (e casos de antitruste como Brown Shoe, anteriormente citado) têm sido criticadas pelos comentaristas da Escola de Chicago como Bork<sup>19</sup>, no sentido de que restrições verticais não reduzem a rede de suprimento de produtos (ou compradores) aos rivais; ao invés elas apenas re-alinham a ordem de compras entre as empresas concorrentes. O exemplo a seguir auxilia este entendimento<sup>20</sup>:



Mais recentemente, as teorias econômicas formularam rigorosos modelos de restrições anticoncorrenciais e destacaram tanto a análise crítica do monopólio singular quanto a análise crítica do realinhamento. Como ressaltam Steven Salop, Janusz Ordover e Garth Saloner<sup>21</sup>, o vendedor montante não é um

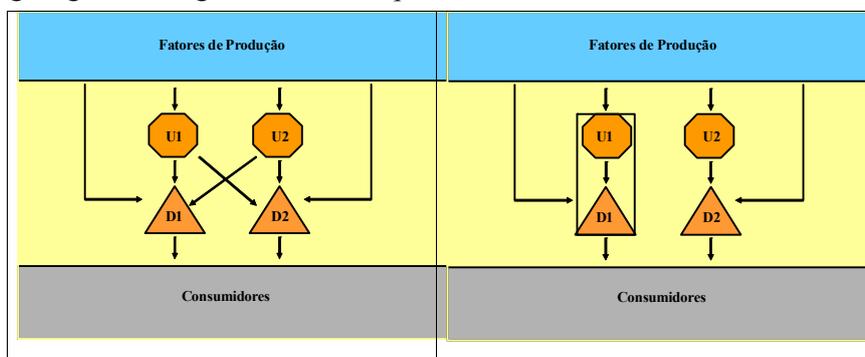
<sup>19</sup> BORK, R. *The Antitrust Paradox*. New York: Basic Books, 1978.

<sup>20</sup> in *Competitive Effects of Vertical Mergers*: Michael H. Riordan and Steven C. Salop: "Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach". *Antitrust Law Journal*, 1995. (tradução livre)

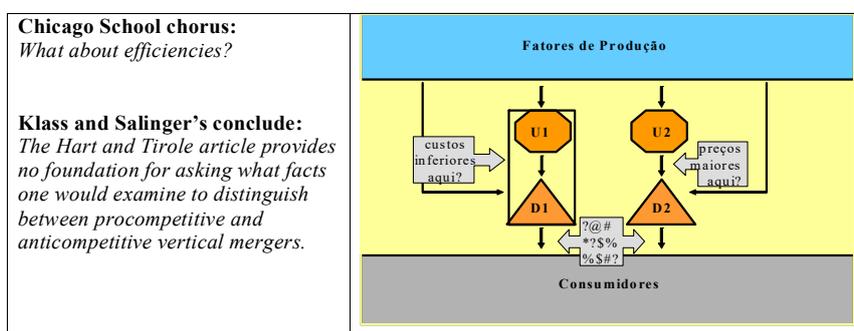
[www.columbia.edu/~mhr21/Competitive-Effects.ppt](http://www.columbia.edu/~mhr21/Competitive-Effects.ppt)

<sup>21</sup> ORDOVER, J.; SALONER, G.; e SALOP, S. *Equilibrium Vertical Foreclose*. *American Economic Review* 80: 127-142, 1990.

monopolista e demonstram como de fato as restrições ocorrem, conforme o organograma a seguir intitulado *Equilibrium Vertical Foreclosure*<sup>22</sup>:



O. Hart e J. Tirole<sup>23</sup> afirmam que a força monopolista do vendedor é compelida por limitações obrigacionais. Entretanto, conforme observam Michael Klass e Michael Salinger<sup>24</sup>, o entendimento de Hart e Tirole é o que Fisher se refere como uma “teoria exemplificativa”. Ela provê um exemplo que demonstra um efeito que pode ocorrer teoricamente. Contudo, o exemplo criado desconsidera qualquer efeito pró-competitivo e considera apenas efeitos anticoncorrenciais<sup>25</sup>.



<sup>22</sup> in *Competitive Effects of Vertical Mergers*; Michael H. Riordan and Steven C. Salop: “Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach”. Antitrust Law Journal, 1995. (tradução livre) [www.columbia.edu/~mhr21/Competitive-Effects.ppt](http://www.columbia.edu/~mhr21/Competitive-Effects.ppt)

<sup>23</sup> HART, O; e TIROLE, J. *Vertical Mergers and Market Foreclose*. Brookings Papers on Economic Activity (Special Issue) 205-276, 1990.

<sup>24</sup> Michael Klass and Michael Salinger. *Do New Theories of Vertical Foreclosure Provide Sound Guidance for Consent Agreements in Vertical Merger Cases?*. Antitrust Bulletin, 1995

<sup>25</sup> in *Competitive Effects of Vertical Mergers*; Michael H. Riordan and Steven C. Salop: “Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach”. Antitrust Law Journal, 1995. (tradução livre) [www.columbia.edu/~mhr21/Competitive-Effects.ppt](http://www.columbia.edu/~mhr21/Competitive-Effects.ppt)

Duas modalidades de teorias de restrição também foram distinguidas nas aplicações das teorias de restrições na defesa da concorrência por Michael H. Riordan e Steven C. Salop<sup>26</sup>. Os ganhos em eliminar a dupla marginalização podem ser significativos, e Riordan e Salop reconhecem que as autoridades antitrustes provavelmente tenham que equilibrar os ganhos de eficiência contra prováveis efeitos anticompetitivos.

Já as restrições montantes se referem a condutas exclusivas da divisão montante da empresa integrada com o propósito de excluir rivais do acesso a importantes produtos montantes ou aumentar seus custos para tais produtos. A razão para isso é simples. Elevando os custos ou por outro lado excluindo os concorrentes jusantes, uma empresa integrada pode colocar os competidores jusantes num custo de desvantagem no mercado montante. Outros fornecedores montantes podem não atender a demanda, porque suas condições de expansão são limitadas, seus poderes de mercado aumentaram, ou as restrições montantes facilitam coordenações de preço entre os fornecedores montantes.

Quanto ao impacto da integração em incentivos concorrenciais, os incentivos induzidos pela concentração para aumentar os preços montantes devem-se ao fato de que a demanda montante e a jusante estão interrelacionadas. Antes da concentração, as divisões montantes e jusantes fazem maximização de lucros no preço e as decisões jusantes não consideram os efeitos dessas decisões nos lucros dos demais que circulam dessas interdependências da demanda. Depois da concentração, essas externalidades da demanda podem ser vistas em aumentos de incentivos da divisão montante em elevar seus preços em razão do benefício à divisão jusante.

Contudo, apesar da internalização dessas externalidades da demanda, a integração vertical inevitavelmente não conduz a preços mais elevados, até mesmo se não há benefícios de eficiência.

Em estudo das análises de mercado das restrições montantes, escreve Salop que ignorando por ora o impacto nas economias de custo, a lucratividade pós-concentração em aumentar os preços dos produtos montantes pode ser determinada pela análise em dois momentos da estrutura e comportamento nos mercados montantes e jusantes. Esta análise também pode ser utilizada para avaliar o provável impacto nos lucros da divisão montante. O primeiro momento avalia o impacto nos preços montantes e nos custos dos rivais. O segundo momento avalia o impacto nos preços jusantes conduzidos por qualquer aumento de custo.

<sup>26</sup> RIORDAN, M.; e SALOP, S. *Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach*. *Antitrust Law Journal* 63: 943-950.



Escreve ainda Salop que a força de mercado de exclusão é a força em aumentar ou manter o preço acima do nível competitivo, conduzindo esses aumentos os custos ou de outra forma colocando em desvantagem concorrentes no mercado jusante.

Caso a concentração vertical envolva particularmente um comprador isolado montante que compete no mercado jusante, isso deve facilitar o aumento de preços pelos vendedores no mercado montante que conduzem a restrições montantes de sucesso. Similarmente, caso o sócio jusante na concentração vertical seja um *maverick*, ou seja, como define Salop um competidor particularmente vigoroso e isolado no mercado jusante, isso deve facilitar aumentos de preço no mercado jusantes após a concentração.

As restrições de consumidores referem-se às condutas de exclusão que excluem fornecedores rivais montantes do acesso à base de consumidor suficiente.

Salop conclui sua análise com o balanço dos prejuízos anticoncorrenciais e dos benefícios, eficiências. A integração vertical pode conduzir a benefícios, eficiências, ao mesmo tempo que conduz a pressões anticoncorrenciais de preço. Talvez a mais controvertida forma de política de integração vertical envolve a adequada aproximação dos conflitos de custos e benefícios.

Alguns comentaristas como Reiffen e Vita<sup>27</sup> recomendam que integrações verticais deveriam ser encaradas como legalmente *per se*, pelas seguintes razões: primeiro porque as integrações verticais normalmente conduzem a benefícios de eficiências; segundo porque significantes benefícios de eficiências (notavelmente a eliminação da dupla marginalização) freqüentemente ocorrem precisamente nas estruturas de mercado onde os prejuízos anticoncorrenciais são provavelmente mais alegados; e terceiro porque é muito difícil, senão impossível, balancear os benefícios concorrentiais com os prejuízos concorrentiais.

Por outro lado, outros comentaristas como Riordan e o próprio Salop<sup>28</sup> entendem que os efeitos dos benefícios de eficiências em preços são normalmente menores do que os efeitos anticoncorrenciais nos preços (ou até mesmo inexistentes). Isto porque a intensa concorrência pode conduzir a preços competitivos (e eliminar o benefício da dupla marginalização da integração vertical) ainda que o mercado não aparente estruturalmente competitivo. Em complementação, benefícios (eficiências) podem ser freqüentemente alcançados por acordos contratuais de pouca integração. Em seu balanço, Riordan e

<sup>27</sup> REIFFEN, D.; e VITA, M. *Is There New Thinking on Vertical Mergers: A Comment*. *Antitrust Law Journal* 63: 917-942, 1995.

<sup>28</sup> RIORDAN, M.; e SALOP, S. *Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach*. *Antitrust Law Journal* 63: 943-950.

Salop concluem que uma corte competente ou uma autoridade reguladora pode com sucesso fazer o balanço dos benefícios e dos prejuízos, justamente como é feito em outros casos em que se utiliza a regra da razão<sup>29</sup>.

## VI. Conclusão

Conforme verificado, além das formas de concentração horizontal e conglomerada, talvez mais fáceis de se constatar possíveis benefícios ou perdas ao mercado e ao consumidor, a autoridade de defesa da concorrência deve estar apta a se defrontar com casos de concentrações verticais, saber distingui-los e utilizar análise técnicas jurídico-econômicas para ponderar os ganhos e as perdas decorrentes dessa operação, para assim concluir pela aprovação ou não da operação.

A experiência norte-americana e a européia, conforme demonstrado, além de oferecerem rica jurisprudência, revelam o aperfeiçoamento no estudo das concentrações verticais e, como decorrência, na análise em cada um dos casos das eficiências e dos prejuízos à concorrência que as operações podem resultar.

A contribuição de Salop em sua análise crítica aos comentadores da Escola de Chicago contribui ainda mais para a convicção de que concentração vertical é modalidade sempre atual e que deve, até pelos potenciais efeitos ao mercado, sejam pró-eficiências, sejam anticoncorrenciais, ser detalhadamente estudada caso a caso.

Com isso, é necessário utilizar alternativas com relação as concentrações verticais para garantir a concorrência, por exemplo: (i) a proibição da empresa integrada negar aos seus concorrentes acesso aos produtos necessários ou recusar a distribuição desses produtos; e (ii) estabelecer impedimentos concretos para prevenir que companhias tenham vantagens com o acesso a informações restritas de concorrentes.

Evidentemente, essas são alternativas comuns, mas é a análise de cada caso que poderá mostrar se determinada operação oferece prejuízo à concorrência e, a operação sendo aprovada, quais as alternativas específicas daquele caso para se evitar potenciais danos ao mercado.

Cada caso de concentração vertical apresenta uma análise criteriosa. Contudo, um estudo completo de todos os aspectos do mercado, incluindo a utilização da regra da razão, permitirá um julgamento dos particulares impactos concorrenciais da operação. Deve-se, sobretudo, examinar as proporções dos

<sup>29</sup> Escreve Paula A. Forgioni que “pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência *de forma não razoável*”. Deve-se, entretanto, estar atento que “a aplicação da regra da razão pode dar ensejo a uma análise caso a caso, mas com ela não se confunde”, in *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998, p. 184 e 186.

efeitos das restrições no mercado e observar o que estaria, ou está acontecendo, no todo do mercado. Pode-se também observar outros mercados para obter um juízo se os preços que os provedores integrados estão ofertando parecem relativamente competitivos. É claro que se a concentração vertical realmente tem o escopo de excluir a concorrência ou aumentar os preços dos produtos, sua análise deve resultar no veto da operação. Por último, é fundamental avaliar se as eficiências apresentadas são de fato reais e se existem outras alternativas menos restritivas pelas quais a integração vertical poderia alcançar tais eficiências.

## VII. Referências bibliográficas

ANTHONY, Sheila F. *13<sup>th</sup> Annual Advanced ALI-ABA Course of Study Vertical Issues in Federal Antitrust Law*, 1998. ([www.ftc.org](http://www.ftc.org))

ANTHONY, Sheila F. *Vertical Issues: The Federal View*, 2000. ([www.ftc.org](http://www.ftc.org))

BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil-Globalização-União Européia-Mercosul-ALCA*. São Paulo: Singular, 2005.

BOAST, Molly S. *Report from the Bureau of Competition*, 2001.

BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de Empresas e Direito Antitruste*. 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 1996.

*Competitive Effects of Vertical Mergers*: Michael H. Riordan and Steven C. Salop: "Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach". *Antitrust Law Journal*, 1995. [www.columbia.edu/~mhr21/Competitive-Effects.ppt](http://www.columbia.edu/~mhr21/Competitive-Effects.ppt)

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

GELFAND, David I; e NELSON Mark W. *Developments in US Merger Control*, The Antitrust Review of the Americas: A Global Competition Review Special Report, 2000.

HOVENKAMP, Hebert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, West Publishing Co. St.Paul, Minn., 1994.

LEARY, Thomas B. *A Comment on Merger Enforcement in the United States and in the European Union*, 2001. ([www.ftc.org](http://www.ftc.org))

LEARY, Thomas B. *The Essential Stability of Merger Policy in the United States*, 2002. ([www.ftc.org](http://www.ftc.org))

MILLER, W. Todd. *Antitrust in Telecommunications*, The Antitrust Review of the Americas: A Global Competition Review Special Report, 2000.

*Non-Horizontal Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice Merger Guidelines. ([www.usdoj.gov](http://www.usdoj.gov))

Nouel, Gide L. *Competition Assessment of Vertical Mergers and Vertical Agreements in the New Economy: final report*, 2001. ([www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int))

PITOFSKY, Robert. *Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers: a U.S. perspective*, Fordham Corporate Law Institute, 24<sup>th</sup> Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, 1997. ([www.ftc.org](http://www.ftc.org))

PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Revista do IBRAC, vol. 10 n° 1, 2003

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SALOP, Steven C. *Vertical Mergers and Monopoly Leverage*. Gerogetown University Law Center, Washington, D.C., 2001.

VARNEY, Christine A. *Efficiency Justifications in Hospital Mergers and Vertical Integration Concerns*, 1995. ([www.ftc.org](http://www.ftc.org))

VARNEY, Christine A. *Vertical Merger Enforcement Challenges at the FTC*, 36<sup>th</sup> Annual Antitrust Institute, 1995. ([www.ftc.org](http://www.ftc.org))

[www.valor.com.br](http://www.valor.com.br)

\* algumas das referências bibliográficas que têm como fonte o *site* da Federal Trade Commission ([www.ftc.org](http://www.ftc.org)) podem também ser encontradas no *site* da American Bar Association ([www.abanet.org](http://www.abanet.org)).

