

REVISTA DO

IBRAC

10 anos

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 10 número 5
2003

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

JURISPRUDÊNCIA

LEGISLAÇÃO

São Paulo

Volume 10 número 5 - 2003

ISSN 1517-1957

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL - IBRAC**

**Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748**

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria, Paula Forgioni, Gesner Oliveira, Arthur Barrionuevo, Marcelo Calliari, Renault Freitas de Castro, Maria Cecília Andrade, Jorge Fagundes.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos. Periodicidade: 6 números em 2002

Catologação

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU

339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

DOCTRINA

SUMÁRIO

Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste: O modelo do Price-Standard	11
<i>Jorge Fagundes</i>	
A regulamentação e fiscalização da atividade econômica na internet : Problemas inerentes à defesa da concorrência	41
<i>Victor Hugo Pereira Gonçalves, Marco Aurélio Serau Junior</i>	
Concorrência e regulação no setor de transporte rodoviário	61
<i>Eduardo Augusto Guimarães</i>	
Discriminação de preços e o Robinson-Patman Act	85
<i>João Paulo G. Leal</i>	
A análise do mercado relevante e o princípio da isonomia na matéria antitruste	137
<i>José Carlos da Silva Nogueira</i>	
Yield management and the airlines industry: a new standard for predatory behavior	163
<i>Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo</i>	
European merger control	179
<i>Michael J. Reynolds</i>	

ÍNDICE

Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste: O modelo do Price-Standard	11
<i>Jorge Fagundes</i>	
I - Introdução	11
II – O modelo de Williamson e sua insuficiência no tratamento da questão da redistribuição de renda	12
III – Incorporando um critério distributivo: o modelo do “Price- Standard”	29
IV – Conclusões	38
A Regulamentação e fiscalização da atividade econômica na internet : Problemas inerentes à defesa da concorrência	41
<i>Victor Hugo Pereira Gonçalves, Marco Aurélio Serau Junior</i>	
1. Prestação de serviços de telecomunicações: O novo paradigma constitucional e a função constitucional da Anatel	42
2. Da competência da Anatel na fiscalização e regulamentação do acesso à Internet	46
3. Ausência de concorrência no provimento de acesso à Internet Problemas estruturais	51
4. Conclusão	58
Concorrência e regulação no setor de transporte rodoviário	61
<i>Eduardo Augusto Guimarães</i>	
Concorrência nos serviços de transporte interurbano	62
A natureza da regulação no setor de transporte rodoviário	71
Resumo e conclusões	82
Discriminação de preços e o Robinson-Patman Act	85
<i>João Paulo G. Leal</i>	
Introdução	85
I. A discriminação de preços e seus efeitos (diretos) sobre os consumidores	86
II. A discriminação de preços e a concorrência	92
III. Uma síntese	128
Referências bibliográficas e de jurisprudência	131
Anexo 1 - Clayton Act como emendado pelo Robinson-Patman Act (15 U.S.C. 13)	133

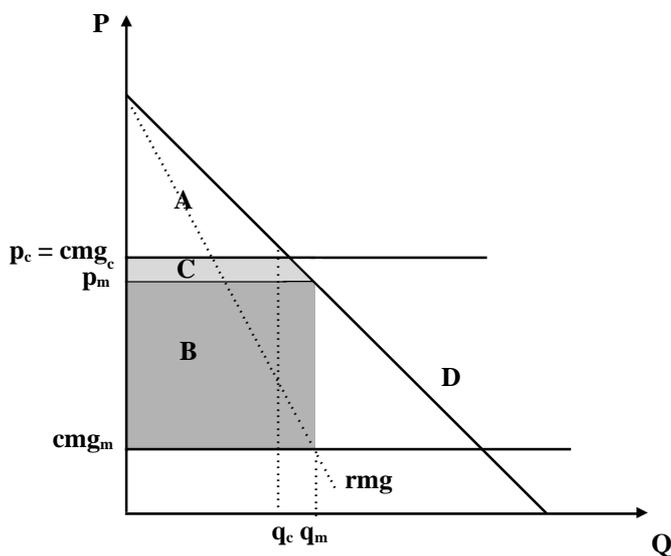
A análise do mercado relevante e o princípio da isonomia na matéria antitruste	137
<i>José Carlos da Silva Nogueira</i>	
Os objetivos da análise antitruste	138
Do mercado relevante e do poder de mercado	145
A análise antitruste e a indústria farmacêutica	148
Das baixas barreiras à entrada no mercado de distribuição de produtos medicamentosos	153
Dos princípios constitucionais da igualdade e da razoabilidade na matéria antitruste	155
Conclusão	160
Yield management and the airlines industry: A new standard for predatory behavior	163
<i>Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo</i>	
I. - Introduction	163
II. - Yield management	166
III. - Predatory pricing	170
IV. - American Airlines case	172
V. - Conclusion	176
European merger control	179
<i>Michael J. Reynolds</i>	
Part 1. Introduction	179
Part 2. The green paper on the review of the merger regulation	181
Part 3. An outline of the decisions in Schneider / Legrand and Tetra Laval / Sidel Schneider / Legrand	214
Part 4. Recent reform proposals further reforms introduced by Monti	218
Part 5. Conclusion	228

ERRATA

Republicamos abaixo a versão correta do gráfico da página 135 do volume 10 nº 3 do artigo: “Os Objetivos das Políticas de Defesa da Concorrência - A Escola de Harvard e a Escola de Chicago” de Jorge Fagundes.

“Na situação original, supõe-se que a indústria é competitiva, de modo que $p = cmg$ e o excedente agregado do consumidor, idêntico ao excedente agregado de Marshall, já que o excedente do produtor é igual à zero, é igual à área do triângulo A da Figura abaixo. Após uma suposta monopolização, em função da presença de fortes economias de escala, por exemplo, o custo marginal decresce para cmg_m , de forma que o novo preço de equilíbrio é p_m , menor do que p_c . Tal operação implicou o aumento da eficiência de Pareto, uma vez que houve aumento tanto do excedente agregado do consumidor (medido pela área trapezoidal C, em cinza claro) como do produtor (área B, em cinza médio)”.

Figura 1 - Poder de Mercado e Excedente de Marshall



Fonte: Elaboração Própria

Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste: O modelo do Price-Standard

*Jorge Fagundes**

I - Introdução

Atos de concentração, de qualquer natureza, bem como condutas que resultem na eliminação da concorrência, podem gerar diversos tipos de eficiências econômicas, em particular eficiências estáticas no âmbito da produção e distribuição de produtos e de custos de transação, ou em termos de diferenciação de produtos ou ainda dinâmicas, no campo das inovações de produtos e processos. Por outro lado, tais estratégias - incluindo aquelas voltadas para a redução da concorrência através de fusões, aquisições e joint-ventures - também implicam o surgimento de ineficiências, tais como ineficiência na alocação de recursos (ineficiência na produção agregada), ineficiência X, excesso ou escassez de diferenciação e mesmo aquelas de natureza dinâmica, uma vez que a redução das pressões competitivas geram, *ceteris paribus*, a diminuição do incentivo à inovação.

Assim, a principal missão de qualquer órgão antitruste é, ainda que não exclusivamente, a de proceder a um balanço entre os diversos tipos de eficiências e ineficiências, decorrentes de estratégias das firmas, não baseadas em sua maior eficiência relativa frente aos rivais em termos de preços/qualidade e/ou custos de produção ou ainda de inovações, que reduzam o grau de concorrência nos mercados onde elas atuam. Não bastasse este balanço, o órgão antitruste ainda deve utilizar algum critério distributivo para efeito de tomada de decisão, tendo em vista realizar uma intervenção eficaz no que tange ao seu objetivo último: a promoção do bem-estar social.

Este artigo está dividido em quatro seções, além desta introdução. Na seção II, o modelo de Williamson é exposto, demonstrando-se a inadequação do mesmo para efeito de análises antitruste, seja do ponto de vista econômico, seja do ponto de vista jurídico. Na seção III, um modelo alternativo, que corrige as deficiências do modelo de Williamson ao empregar um critério distributivo

* Doutor em economia e consultor das áreas de defesa da concorrência, regulação e antidumping. E-mail: jfag@unisys.com.br

em seu escopo. Tal modelo, além de incorporar as eficiências econômicas às análises antitruste de atos de concentração, também usa um critério distributivo, sendo inteiramente compatível com a norma legal antitruste no Brasil. Segue-se uma breve conclusão. Basicamente, será demonstrado que:

- (i) o modelo de Williamson é inadequado para análises de atos de concentração voltadas para o aumento - ou, pelo mesmo, a não redução – do bem-estar social; e
- (ii) um modelo mais apropriado é baseado na abordagem do price standard, que incorpora simultaneamente critérios de eficiência e de distribuição de renda, sendo consistente, portanto, com o objetivo maior da intervenção antitruste, a saber: o aumento – ou, pelo menos, a não redução - do bem-estar social.

II – O modelo de Williamson e sua insuficiência no tratamento da questão da redistribuição de renda

II.1 - O modelo “ingênuo” de Williamson

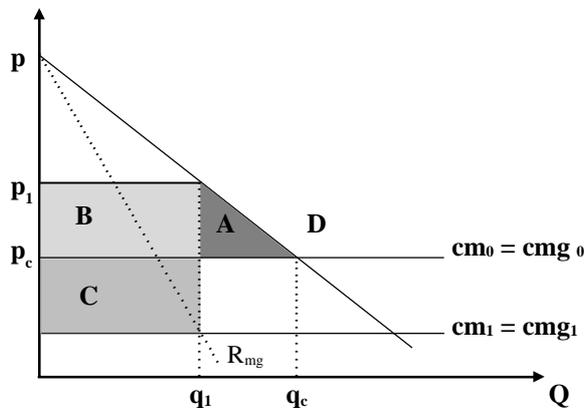
O aparato analítico de Williamson (1987)¹, que nada mais é do que um modelo de equilíbrio parcial, pode ser utilizado para ilustrar a incorporação de argumentos de eficiência, qualquer que seja a sua natureza. Embora originalmente usado pelo referido autor para justificar a incorporação das eficiências produtivas derivadas de atos de concentração horizontais na análise antitruste, tal aparato também pode ser ampliado - em termos conceituais - para incorporar outras formas de eficiências econômicas, além de poder ser usado no exame de condutas que simultaneamente impliquem efeitos anticompetitivos e geração de eficiências de qualquer natureza e mesmo, com as devidas adaptações, para a resolução do trade-off entre eficiência potencial de Pareto² e o critério distributivo, típico de situações antitruste.

¹ O artigo original foi publicado em 1968, na *American Economic Review*, sendo posteriormente republicado inúmeras vezes com pequenas mudanças. Ver Williamson (1968, 1968A, 1969, 1977 e 1987). É notável como o autor sintetiza praticamente todos os trade-offs potencialmente derivados de atos de concentração horizontais, sem deixar de perceber suas implicações sobre atos de concentração verticais e conglomerados, ainda que não sobre o exame de condutas anticompetitivas.

A questão básica apresentada pelo autor era: “nos casos ocasionais onde efeitos anticompetitivos e eficiências existam, podem as economias (derivadas das eficiências) ser desconsideradas com base no argumento de que o poder de mercado invariavelmente predomina? Se esse não for o caso, então um tratamento racional da questão das fusões requer que um esforço seja feito para estabelecer as implicações alocativas derivadas dos efeitos de economias de escala e poder de mercado associados a uma fusão” (Williamson, 1987, p. 4).

Para responder a essa questão, Williamson apresenta seu conhecido modelo, por ele denominado de “ingênuo”, baseado no método do equilíbrio parcial e abaixo reproduzido na Figura II. O autor assume inicialmente um mercado competitivo, com preço do bem - homogêneo - sob análise no nível de seus custos médios, supostos constantes para efeito de simplificação e, portanto, iguais aos custos marginais³, $p_c = cm_0$, de modo que a quantidade de equilíbrio é q_c .

Figura I - O Trade-off entre Eficiência na Produção Agregada e Eficiência Produtiva e seu Impacto sobre a Eficiência Potencial de Pareto



Fonte: Williamson (op. cit.).

² Uma nova alocação econômica é eficiente potencial de Pareto quando o aumento da eficiência de Pareto frente à alocação anterior seria possível somente se os indivíduos que experimentaram ganhos de utilidade compensassem os indivíduos perdedores de bem estar (utilidades).

³ Ainda que Williamson não explicita essa igualdade.

Supõe-se que o mercado experimente um processo de concentração - por exemplo, através de uma fusão - que resulta numa “extensão” de poder de mercado⁴, com preço $p_1 > p_c$ - e quantidade q_1 - que maximiza lucros no curto prazo⁵, mas que também produz uma redução dos custos médios - e marginais - de produção de cm_0 para cm_1 ⁶. A comparação entre as duas situações por intermédio da correspondente variação no excedente agregado demonstra a possibilidade de que tenha ocorrido um incremento da eficiência potencial de Pareto⁷. Com efeito, de um lado, observa-se uma redução do excedente agregado dos consumidores, correspondente às áreas A e B, a primeira representando o “peso-morto”, na Figura I⁸. Note-se que esta área guarda relação com o quadrado da distorção relativa dos preços de equilíbrio e com a elasticidade da demanda:

$$(I) (1/2)p_c q_c \eta d^2$$

onde p_c é o preço de equilíbrio competitivo, q_c é a quantidade do equilíbrio competitivo, η é a elasticidade preço da demanda no arco e $d = (p_1 - p_c)/p_c$ (sendo p_1 o preço de equilíbrio pós-concentração) a distorção relativa dos preços com a extensão de poder de mercado ocorrida⁹. Por outro lado, verifica-se um aumento no excedente agregado do produtor, equivalente às áreas B e C, sendo tais áreas dadas, respectivamente, por:

⁴ Ou, alternativamente, numa combinação entre concorrentes que fixam um preço superior ao competitivo, mas não de monopólio. Inicialmente, Williamson supõe que o poder de mercado das firmas (k), expresso como a razão entre o preço de equilíbrio e o custo médio da firma ($k = p_c/cm_0$) é insignificante ou igual a um.

⁵ Isto é, de maneira que a receita marginal iguale o custo marginal ($Rmg = cmg_1$).

⁶ Observe-se que o modelo de Williamson, portanto, pressupõe que as reduções de custos ocorram para a indústria como um todo, e não somente para a firma fusionada.

⁷ Note-se que o autor não usa o conceito de eficiência potencial de Pareto, relegando o problema distributivo a uma das “qualificações” do modelo.

⁸ É importante notar que, no modelo de Williamson e, em geral, nos de equilíbrio parcial, o excedente do consumidor varia em função dos preços de equilíbrio. Entretanto, tal excedente - ou seja, a satisfação do consumidor -, também é sensível às alterações de outras variáveis, tais como qualidade ou variedade de produtos.

⁹ Trata-se do método de Harberger (1954), empregado para calcular a perda de “peso morto”, supondo-se uma curva de demanda linear. Como nota Possas (2002, p. 220, nota 6, grifo do autor): “é importante frisar que o método de Harberger, por ele usado para avaliar perdas de eficiência decorrentes de poder de mercado na economia dos E.U.A.,

(II) Δcmq_1 **(II') $\Delta p q_1$**

Em termos líquidos, é claro que se $C - A > 0$, então a operação implicou aumento da eficiência potencial de Pareto, dado o incremento do excedente de Marshall, no mercado relevante em questão, sendo que a área B representa uma transferência de excedente agregado dos consumidores para o excedente agregado do produtor, ou seja, uma transferência de renda real entre distintos agentes econômicos¹⁰. Formalmente, a condição necessária ao incremento da eficiência potencial de Pareto - e não de bem-estar, como afirma equivocadamente Williamson - é dada por:

$$\text{(III) } \Delta cm/cm_0 - 0.5(q_c/q_1)(\Delta p/p_c)^2 \eta > 0,$$

onde η é a elasticidade-preço da demanda. Note-se, portanto, que o resultado da fusão sobre a eficiência potencial de Pareto é uma função da redução esperada de custos, do aumento também esperado dos preços e da elasticidade preço da demanda do mercado¹¹. Williamson, então, a partir da inequação III, apresenta as reduções de custos médios - em termos percentuais - necessárias para anular os efeitos (negativos) sobre a eficiência de Pareto derivados do aumento de preços, para diversos valores da elasticidade-preço da demanda¹².

não assume necessariamente que tal mercado seja monopolista. Por sua própria construção geométrica simples, o cálculo serve para determinar aproximadamente qualquer perda de eficiência devida a preços acima do nível competitivo". Ver Ferguson e Ferguson (1994), Apêndice 3 e Scherer e Ross (1990, p. 664). Para um resumo das críticas ao trabalho de Harberger, ver Scherer e Ross (op. cit., pp. 664-666).

¹⁰ Se todos os consumidores fossem também proprietários das firmas, o problema da redistribuição da renda real não existiria ou seria menor. Entretanto, como a quase totalidade dos consumidores não possui participação no capital da empresa fusionada e das suas rivais em um certo mercado relevante, um ato de concentração que gere simultaneamente incremento de preços e eficiência produtiva implica forte redistribuição de renda entre consumidores-puros e consumidores-produtores.

¹¹ A área **A** é dada por $A \cong \frac{1}{2} (\Delta p/p_c)^2 p_c q_1 \eta$; e a área **C** é dada por $C \cong q_1 (\Delta c)$, obtendo-se $C - A \cong q_1 (\Delta c) - \frac{1}{2} (\Delta p/p_c)^2 p_c q_1 \eta$. Dividindo-se essa expressão por q_1 e por $cm_0 = p_c$, o critério $C - A \geq 0$ implica finalmente (III).

¹² Para elasticidades-preço da demanda variando entre 2 e 0,5, as reduções de custos

Os resultados obtidos por Williamson nesse exercício permitiriam a conclusão de que: “uma redução relativamente modesta de custos é normalmente suficiente para anular um aumento de preços relativamente alto, mesmo se a elasticidade da demanda for tão alta quanto 2, que é provavelmente um limite superior razoável... . O modelo ingênuo, então, suporta a seguinte preposição: uma fusão que gera economias reais não triviais deve produzir substancial poder de mercado e resultar em aumentos de preços relativamente altos para que os efeitos líquidos sobre a eficiência alocativa (sic) sejam negativos.” (Williamson, 1987, p. 8).

A redução percentual de custos necessária a anular as perdas de “peso-morto” (ou na ineficiência no mix de produção) dependerá, obviamente, da mudança na intensidade da competição com o incremento da concentração (ou seja, do poder de mercado antes e depois da operação) e, portanto, do aumento de preços esperado, que, por sua vez, é função das especificações do modelo utilizado para simular a dinâmica competitiva de um certo mercado relevante (Roller, Stennek e Verboven, 2000, p. 29).

Deprano e Nugent (1969) mostram que as reduções percentuais dos custos médios necessárias para gerar ganhos de eficiência potencial de Pareto no caso extremo da monopolização do mercado, nos termos do modelo de Williamson, são significativamente maiores do que aquelas encontradas por esse autor. Usando a fórmula empregada por Deprano e Nugent para o caso do monopólio - $\Delta p/p_c = (1 - \eta(\Delta c/cm_0))/(\eta - 1)$ - e as elasticidades de elasticidades-preço de 3,33, 5 e 10, correspondentes a aumentos de preços maximizadores de lucros, respectivamente, de 15%, 10% e 5% , tais reduções variam entre um máximo de 19,5% ($\eta = 3,33$) e um mínimo de 5,5% ($\eta = 10$). Observe-se que quanto menor a elasticidade-preço da demanda no mercado relevante, maiores as reduções de custos médios necessárias para gerar um aumento da eficiência potencial de Pareto, dado o incremento de preços esperado (5%, 10% ou 15%).

Embora não se refira a esses problemas, o autor sugere uma série de qualificações, além daquelas ligadas aos problemas de second best inerentes ao uso de modelos de equilíbrio parcial, por ele explicitadas, das quais destaco as seguintes (Williamson, 1968, pp. 9-23 e 1969):

necessárias para compensar aumentos de preços entre 5% e 30% flutuam entre um mínimo de 0,06% e um máximo de 10,35%. Ver Williamson (1987, p. 6).

(i) se as firmas fusionadas já possuem, previamente à operação, algum poder de monopólio, ou seja, $k > 1$, então a inequação (III) subestima os impactos negativos da fusão sobre a eficiência potencial de Pareto. Nesse caso, os impactos líquidos sobre a eficiência potencial de Pareto seriam positivos se:

$$(IV) \Delta cm/cm_0 - [0.5k\Delta p/p_c + (k-1)]\eta(\Delta p/p_c)(q_c/q_1) > 0;$$

(ii) a aceitação por parte dos órgãos de defesa da concorrência de argumentos de defesa de uma fusão baseados em eficiências reais implica um maior dispêndio de recursos sociais, de modo que os ganhos de eficiência deveriam superar um patamar mínimo que compensasse o incremento do comprometimento de recursos reais da sociedade, associado à maior complexidade da análise antitruste;

(iii) pelo menos uma parte expressiva das economias obtidas com a fusão poderia ser alcançada por meio do crescimento interno das firmas, sobretudo num cenário de expansão da demanda. Nesse caso, as perdas de eficiência potencial Pareto associadas ao “peso-morto” poderiam ser evitadas, sem que, no entanto, houvesse qualquer sacrifício em termos de eficiência produtiva. De acordo com Williamson (1969, p. 108): “ceteris paribus, quanto maior a taxa de crescimento da demanda do mercado, maior a facilidade em obter a expansão necessária (à consecução de economias de escala) por meios internos e menos convincente o caso para a combinação (fusão)”. Formalmente, seja $S(t)$ as reduções de custos esperadas a cada período t futuro e $L(t)$ as perdas de “peso morto” esperadas ao longo do tempo, ambas derivadas, por exemplo, de uma fusão entre concorrentes. A condição para que a operação gere um impacto positivo sobre a eficiência potencial de Pareto, ou seja, para que o ganho alocativo, derivado das reduções de custos “antecipadas” no tempo pela operação, supere as perdas ao longo do tempo, associadas ao aumento permanente dos preços (e, portanto, à criação do “peso-morto”), é dada por (Williamson, op. cit., p. 12):

$$(V) V = \int_0^t [S(t) - L(t)]e^{-rt} dt > 0,$$

onde V é o valor presente, r é a taxa de desconto intertemporal e supõe-se que $S(t)/L(t)$ torna-se menor do que a unidade ao longo do tempo, compensando, em termos de valor presente, o fato de que $S(t)/L(t) > 1$ no curto prazo. Logo, a operacionalização desse conceito implicaria uma definição da taxa de desconto apropriada, bem como a definição do horizonte de tempo para fins de análise antitruste;

(iv) afirmando que a política antitruste é uma atividade melhor aparelhada para a promoção da eficiência alocativa (de Pareto), Williamson argumenta que as transferências de renda dos consumidores para os produtores podem ser “(...) rotineiramente suprimidas. Caso contrário, o trade-off entre ganhos de eficiência e perdas distributivas deve ser explicitamente expressado. Assim, apesar de as economias ainda permanecerem como uma defesa, qualquer efeito de distribuição de renda indesejável associado com o poder de mercado deveria ser contado contra a fusão e não ser visto de forma neutra como no modelo ingênuo (...). Como a redistribuição de renda é normalmente grande em relação ao tamanho da perda do ‘peso-morto’, a atribuição de um pequeno peso ao efeito distribuição de renda pode, de vez em quando, influenciar a avaliação geral de modo significativo (...)” (1987, p. 16, grifo meu)¹³. Posteriormente, Williamson reconhece que (1969, p. 108): “(...) necessariamente, para qualquer julgamento sobre eficiência alocativa com conseqüências redistributivas, existe um peso distribucional, se não explícito, implícito. Tipicamente, os benefícios e custos são ponderados igualmente (...) Isso seria apropriado somente se fosse assumido que o processo político já tivesse ‘resolvido’ o problema distributivo,

¹³ O uso do termo grifado pelo autor só pode ser interpretado como uma tentativa retórica de afastar as conseqüências inevitáveis do reconhecimento dos problemas redistributivos gerados pelos atos de concentração horizontais, bem como por praticamente qualquer estratégia empresarial alvo de um escrutínio antitruste. Williamson ainda menciona um outro fator que impactaria negativamente as fusões horizontais para as quais houvesse as transferências de renda dos consumidores para os produtores: o descontentamento social (“social discontent”).

de forma que, sujeito à condição de que as mudanças propostas fossem pequenas, a neutralidade fosse obtida na margem (...)". Mas recua afirmando que: "uma hipótese de neutralidade 'imaginária' poderia ser suportada pelo argumento de que o antitruste está pobremente equipado (sic) para avançar sobre objetivos redistributivos"¹⁴. E conclui: "exceto, portanto, no caso em que se demonstre que o critério de eficiência alocativa tem conseqüências não triviais sobre a exploração de um sub-conjunto da sociedade, o antitruste deveria ser mais bem implementado com a supressão de considerações distribucionais";

(v) os efeitos negativos derivados de uma fusão podem ser maiores do que a perda de "peso-morto" quando o exercício de poder de mercado das empresas fusionadas implicar a elevação dos preços de outras firmas. Nesse caso, Williamson sugere um fator de correção que reduza os ganhos de eficiência produtiva da fusão, de modo que a inequação (III) acima passaria a ser:

$$(VI) (q_1/q_T)\Delta cm/cm_0 - 0.5(q_1/q_T)(\Delta p/p_1)^2 \eta > 0,$$

onde q_1 é a produção da firma fusionada e q_T é a produção total das indústrias para as quais a operação gerou aumentos de preços;

(vi) o progresso técnico também deveria, sob o prisma teórico, ser incorporado à análise dos efeitos de uma fusão sobre a eficiência econômica. Entretanto, Williamson adverte para o fato de que o caráter conjectural dessa dimensão, no que toca às suas relações com as estruturas de mercado, recomendaria extrema cautela no seu uso no âmbito das políticas de defesa da concorrência. A inequação (VII) abaixo fornece, segundo o autor,

¹⁴ Para o autor, adotando a visão da escola de Chicago, a política macroeconômica estaria mais habilitada a lidar com essas questões. Tal posição, na verdade, está alinhada com aquela do mainstream da teoria econômica, apoiado no Segundo Teorema do Bem Estar Social. Entretanto, Williamson parece ceder um pouco de terreno quanto à incorporação das questões redistributivas no campo das políticas de defesa da concorrência, ao propor um critério para evitar que "(...) conseqüências distribucionais potencialmente desfavoráveis não sejam sacrificadas por ganhos somente modestos de eficiência (...)" (Williamson, 1969, p. 109).

a condição necessária para que uma fusão geradora de eficiências produtivas no curto prazo, mas de ineficiências dinâmicas no longo prazo - supondo a ausência de ineficiência X ou rent-seeking, de poder de mercado prévio e a incapacidade de as firmas obterem ganhos de escala através de crescimento interno -, possa ser aprovada com base no argumento de que não causa reduções na eficiência potencial de Pareto:

$$(VII) \int_0^{\infty} [\theta cm_0 Q(t) e^{g_2 t}] e^{-rt} dt - [0.5(q_2/q_1)(\Delta/p_1)^2 \eta] - \int_0^{\infty} [cm_0 Q(t) e^{g_1 t}] e^{-rt} dt \geq 0,$$

onde $\theta = cm_1/cm_0$; g_1 e g_2 são, respectivamente, a taxa de crescimento da produtividade na ausência e com a fusão, com $g_1 \geq g_2$, $Q(t)$ a produção por período de tempo t e r a taxa de desconto social. Logo, a operacionalização desse conceito implicaria uma definição da taxa de desconto apropriada, bem como a definição do horizonte de tempo dentro do qual as reduções de custos deveriam ocorrer para fins de análise antitruste¹⁵. Obviamente, supõe-se, nesses casos, que as inovações ou qualquer outra fonte geradora de benefícios futuros possa ser devidamente quantificada em termos de reduções nos custos de produção e/ou distribuição;

(vii) quanto à ineficiência X (“managerial discretion”, na linguagem do autor), a exemplo da eficiência dinâmica, embora reconheça a ausência de problemas quanto à direção da causalidade (maior concentração, menor eficiência X), Williamson critica a inexistência de evidências sobre a dimensão quantitativa de tal ineficiência, sem fornecer um aparato analítico para sua incorporação ao modelo; e

(viii) finalmente, a exemplo das eficiências dinâmicas e X, as eficiências - ou ineficiências - decorrentes de atos de concentração sobre a variedade dos produtos, ainda que sujeita às incertezas operacionais associadas aos seus resultados do ponto de vista da eficiência - potencial - de Pareto, deveriam ser

¹⁵ Entretanto, as dificuldades associadas à introdução do tempo na análise antitruste não devem ser subestimadas, sobretudo no que tange às reduções de custos ao longo do tempo como resultado da introdução de inovações, dadas as incertezas intrínsecas ao ambiente capitalista e a própria natureza das mesmas.

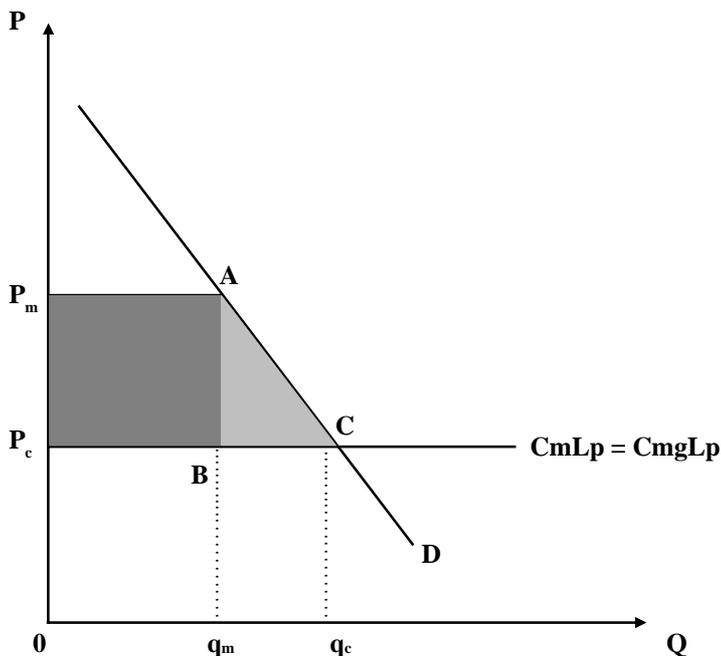
incorporados à análise antitruste. Em particular, Williamson sugere que o exame dos impactos de uma fusão no que tange à diferenciação de produtos seja realizado por meio da relação entre as eventuais novas características dos bens, geradas pela operação, e o deslocamento da fronteira de eficiência¹⁶.

Quanto à questão da ineficiência X (item (vii) acima), embora Williamson não tenha fornecido qualquer sugestão, sua incorporação ao modelo não oferece maiores dificuldades conceituais, bastando notar que a mesma reduziria ou mesmo anularia os ganhos de eficiência com economias de escala ou de qualquer outra natureza - aliás, é de se esperar que as magnitudes da ineficiência X ou similares sejam significativamente maiores do que aquelas associadas ao “peso-morto” -, notando-se que o autor também não comenta a possibilidade de surgimento de custos sociais mediante atividades de rent-seeking, de natureza estratégica ou administrativa, derivados do maior grau de concentração do mercado (ou, de modo mais geral, de estratégias empresariais voltadas para a redução da concorrência e o incremento de poder de mercado).

De fato, se estruturas de mercado mais concentradas - ou situações nas quais as firmas não estejam submetidas a pressões competitivas adequadas - implicam custos de produção mais elevados, então, de acordo com Scherer (1980, p. 667), as perdas de eficiência estão diretamente relacionadas com a magnitude da produção total da firma monopólica - ou com poder de monopólio - (q_m) e não somente a mudança dos níveis de produção associados à redução das quantidades ($q_c - q_m$), provocada pela monopolização (ou extensão de poder de mercado), no exemplo de Williamson. Dessa forma, as perdas potenciais de bem estar podem ser representadas pela área do retângulo $ABp_m p_c$ da Figura II - que, nesse caso, equivaleriam aos lucros do monopolista, extraídos a partir da transferência de renda dos consumidores¹⁷ -, além daquelas mostradas pela área ABC, equivalente às perdas de “peso-morto”.

¹⁶ Esse argumento, somente sugerido pelo autor em seu artigo de 1968 (op. cit., p. 23, nota 21), foi, ainda que superficialmente, mais bem desenvolvido no artigo de 1969.

¹⁷ Note-se que, independentemente do argumento da presença de ineficiência X ou de rent-seeking, tal área poderá representar uma redução de bem-estar para a sociedade, caso não haja transferências compensatórias de renda para os consumidores. Assim, os lucros do monopolista não são uma “simples” e “inofensiva” transferência de renda sem impactos

Figura II - Perda de “Peso Morto” e Rent-Seeking

Fonte: Scherer e Ross (op. cit.).

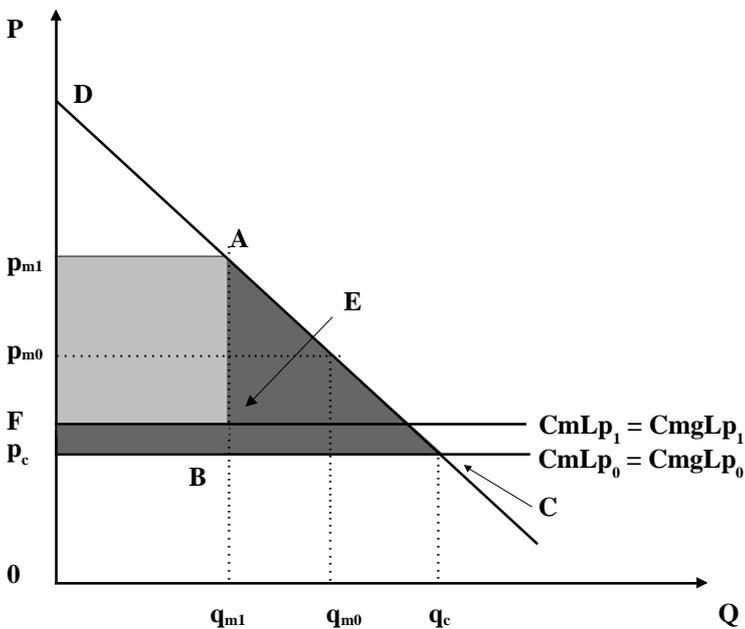
No entanto, o esquema analítico de Scherer não é o mais adequado para o tratamento do problema da ineficiência X, embora o seja para ilustrar o problema do rent-seeking. Com efeito, no caso de atividades de rent-seeking, seja de natureza administrativa ou de origem estratégica, o aumento dos custos unitários provavelmente é resultado do incremento de custos fixos, tais como despesas com propaganda ou para a manutenção de um staff de advogados necessário ao exercício de pressões lobistas. Nesse caso, os custos marginais do exercício acima apresentado não se alterariam, sendo os lucros do monopolista - a área em vermelho - absorvidos pelo incremento dos custos fixos unitários, socialmente indesejáveis.

sobre o bem-estar, supondo-se somente que as utilidades marginais de consumidores e acionistas sejam iguais, como sugerem Scherer e Ross (op. cit., p. 662), salvo se a função bem estar social for do tipo utilitarista. Mas nesse caso, tal hipótese deveria ser claramente explicitada.

Entretanto, no caso da ineficiência X, é razoável supor que maiores graus de concentração afetem a produtividade marginal dos insumos (em particular, o trabalho) e, portanto, os custos marginais - e médios - de longo prazo da firma. Isso implicaria que, quando da monopolização em tela, as curvas de custo médio e marginal de longo prazo também se deslocariam para cima ($CmLp_1 = CmgLp_1$, na Figura III abaixo), gerando um preço ainda superior ao preço p_m da Figura II acima.

A Figura III abaixo ilustra o argumento, supondo a ausência de qualquer outra eficiência associada à criação de poder de mercado: a perda líquida de eficiência potencial de Pareto seria igual à soma da área do novo triângulo ABC com a área do retângulo p_cFEB menos a área equivalente a $p_{m1}AEF$.

Figura III - Perda de Eficiência Potencial de Pareto com Ineficiência X



Fonte: Elaboração Própria

Nesse caso, face ao anterior, há um incremento do “peso morto” - ou seja, da redução do excedente agregado do consumidor - não somente porque o efeito-preço é maior, mas também em função dos impactos da ineficiência

X sobre a estrutura de custos (marginais e médios) de produção do monopolista, ou, de modo mais geral, das firmas com poder de mercado. Por outro lado, surge uma fonte de ganhos de eficiência potencial de Pareto por meio do aparecimento de lucros de monopólio (excedente do produtor), extraídos, como no caso anterior, a partir da transferência de renda dos consumidores para o monopolista.

Em resumo, as qualificações de Williamson permitem a incorporação das várias dimensões constituintes da eficiência econômica total dos mercados ao modelo “ingênuo” de equilíbrio parcial proposto pelo autor para a análise de atos de concentração horizontais. Entretanto, o artigo de Williamson apresenta um claro viés a favor de um maior relaxamento dos critérios para a aprovação de atos de concentração horizontais, superestimando os efeitos pró-eficiência decorrentes desses atos¹⁸.

Em particular, não há motivos teóricos para se supor que os possíveis ganhos de eficiência produtiva, em atos de concentração horizontais ou quaisquer condutas anticompetitivas, sejam superiores às perdas associadas ao “peso-morto” e às ineficiências X, de variedade e/ou mesmo dinâmicas, sem contar a possibilidade de que pudessem ser alcançadas por meio do crescimento interno das próprias firmas, em mercados cujas taxas de expansão fossem expressivas. Em sua versão original e normalmente utilizada em análises antitruste, o modelo “ingênuo” de Williamson, além de não incorporar a questão da redistribuição de renda dos consumidores (puros) para os produtores (consumidores-produtores), representada pela área B da Figura I da seção II.1 acima, também não leva em consideração outras ineficiências decorrentes de atos de concentração horizontais, tais como a ineficiência X, de variedade e dinâmicas.

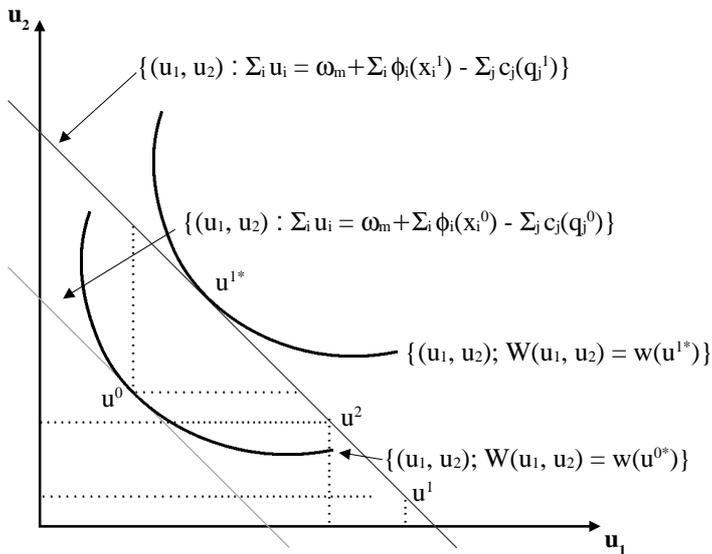
A seguir, será apresentado um modelo que supera o problema dos impactos negativos sobre o bem estar social derivados da redistribuição da renda real dos consumidores para os produtores, quando da elevação dos preços de equilíbrio em um certo mercado relevante após a realização de um ato de concentração horizontal com impactos anticompetitivos.

¹⁸ Tal viés pode ser compreendido quando se leva em conta o rigor da política antitruste norte-americana nos anos 50 e 60 no âmbito do controle sobre fusões e aquisições entre concorrentes. Dessa forma, Williamson tinha por objetivo argumentar pela inclusão dos efeitos positivos - e não somente os negativos - derivados de tais atos na análise antitruste.

II.2 - Eficiência econômica, distribuição de renda e análise antitruste

A Figura IV abaixo permite que se reafirme o importante papel da redistribuição de renda como condição eventualmente necessária para o incremento do bem-estar social, dado um certo aumento na eficiência potencial de Pareto, isto é, caso a nova alocação implique ganhos de utilidade para algum grupo às custas de perdas de utilidade para outros grupos (ou seja, quando a nova alocação econômica não é, portanto, diretamente Pareto-comparável em relação à anterior), como é o caso de praticamente todas as situações ligadas às políticas de defesa da concorrência¹⁹. Isso porque um novo equilíbrio de mercado que implique o aumento da eficiência de potencial Pareto pode, na ausência de redistribuição de renda por parte do governo, gerar redução do nível de bem-estar social²⁰.

Figura IV - Maximização do Bem-Estar Social com Redistribuição de Renda



Fonte: Mas-Collel et alii (1995, p. 329).

¹⁹ Na figura IV, para efeito de simplificação, o número de consumidores é igual a 2 e curvas de indiferença sociais de uma função de bem-estar social de Bergson-Samuelson foram traçadas para efeitos de exposição.

Em outras palavras, no modelo de equilíbrio parcial, a maximização da eficiência potencial de Pareto é uma condição necessária, mas não suficiente, para maximizar o bem estar social; por outro lado, o incremento da eficiência potencial de Pareto não é condição suficiente, nem mesmo necessária, para o aumento do bem-estar social²¹.

Note-se que, inicialmente, supõe-se que exista uma determinada configuração de equilíbrio no mercado bem qualquer, tal que o vetor de utilidades para os consumidores seja u^0 (sobre a curva de possibilidades de utilidades - CPU - em cinza claro), associado aos níveis de consumo (x_1^0, x_2^0) e produção (q_1^0, \dots, q_j^0) , para $j = 1, \dots, J$, e $\sum_j q_j^0 = \sum_i x_i^0$, $i = 1, 2$. Suponha, por exemplo, que uma fusão entre duas firmas concorrentes quaisquer implique o incremento do excedente agregado²², associado aos novos níveis de consumo (x_1^1, x_2^1) e produção $(q_1^1, \dots, q_{j-1}^1)$, para $j = 1, \dots, J - 1$, e $\sum_j q_j^1 = \sum_i x_i^1$, $i = 1, 2$. Na ausência de redistribuição de renda - numerário - entre os consumidores, um possível novo vetor de utilidades seria u^1 (sobre a CPU em cinza escuro), que, embora se encontre numa fronteira - no caso, a fronteira de Pareto - mais alta, gera menor bem estar social, dado o juízo de valor expresso na função de bem estar social acima apresentada²³.

Nesse caso, a não redução do bem estar social exige que o governo ou redistribua o numerário entre os dois consumidores do exemplo, de modo que o vetor final de utilidades seja, por exemplo, u^{1*} , ou algum outro próximo a ele (entre as linhas tracejadas), após a mudança - efetivando a compensação dos perdedores por parte dos ganhadores de utilidades e, portanto, transformando

²⁰ Para o caso especial de uma função bem estar social objetiva, do tipo utilitarista, onde $W = \sum_i u_i$, a maximização do bem estar social não depende da transferência de numerário entre os consumidores.

²¹ Conforme já mencionado, o uso do termo eficiência potencial de Pareto é necessário, já que o emprego do conceito de eficiência de Pareto é inadequado para descrever situações - mudanças na alocação econômica - nas quais existam grupos que ganham e grupos que perdem utilidade. Normalmente, em situações antitruste a existência de trade-offs entre os diversos tipos de eficiências implica variações na eficiência potencial de Pareto.

²² Como resultado, por exemplo, de reduções nos custos de fabricação através da racionalização da produção entre plantas (eficiência produtiva) que compensem, em termos de excedente agregado de Marshall, um suposto aumento de preço (ineficiência no mix de produção) e admitindo-se a ausência de qualquer outro tipo de (in)eficiência.

²³ Talvez porque o consumidor 1, por exemplo, seja o único proprietário das firmas produtoras do bem em tela.

a eficiência potencial de Pareto em eficiência de Pareto -, ou prova a nova alocação econômica, com base num critério distributivo, por exemplo, pelo qual a nova alocação é, sob o ponto de vista distributivo, pior do que a primeira. Essa última observação explicita a natureza do trade-off possível, mas não necessário²⁴, entre ganhos de eficiência potencial de Pareto e perdas de bem estar social devido a fenômenos redistributivos no âmbito de análises antitruste.

Note-se, no entanto, que somente não haveria perda de bem estar social no caso de atos de concentração geradores de efeitos anticompetitivos - isto é, em que a supressão da rivalidade implica probabilidade não nula de incremento de preços no(s) mercado(s) relevante(s) – caso a transferência de renda dos consumidores para os produtores fosse julgada socialmente desejável!

No entanto, na ausência de conhecimento sobre a função bem-estar social (as curvas de indiferença sociais em azul na figura IV acima), supondo que ela exista, sem o emprego de um critério distributivo que reflita um julgamento de valor da autoridade responsável pela decisão de política de defesa da concorrência sobre a redistribuição de renda entre os indivíduos 1 e 2 nada pode ser dito a respeito do impacto da fusão acima suposta sobre o nível de bem-estar da sociedade, salvo que: (i) ela gera incremento da eficiência potencial de Pareto; e (ii) implica redução do bem estar para um indivíduo (2) e aumento para um outro (indivíduo 1). Não é por outro motivo que é absolutamente indispensável para as autoridades responsáveis pelas políticas de defesa da concorrência a utilização de um critério distributivo explícito que norteie sua decisão quanto ao resultado de um ato de concentração e/ou conduta anticompetitiva sobre o bem-estar social.

A negação desse argumento implicaria que as autoridades antitruste aceitam o postulado tradicional de que a questão de distribuição de renda deveria ser separada daquela da eficiência do sistema econômico, supondo, portanto, que a distribuição de bem-estar entre os indivíduos está sendo tratada por uma outra área do governo, por intermédio de uma política de distribuição - ótima - de renda, de acordo com o Segundo Teorema do Bem-Estar Social, de forma que a escolha entre duas alocações se reduz à questão da eficiência

²⁴ Isso porque a nova distribuição de bem estar pós-mudança poderia ser dada por u^2 na Figura IV acima, de modo que, dado o juízo de valor expresso na função de bem estar social empregada, que veria a transferência de renda do consumidor 1 para o consumidor 2 de forma positiva, o bem estar social teria aumentado sem que houve necessidade de redistribuição de numerário (renda) por parte do governo. Obviamente, a maximização do bem estar social (ponto u^1 na Figura IV) exigiria tal redistribuição.

potencial de Pareto. Tal suposição seria irrealista, dado o fato óbvio de que não existe uma política de distribuição ótima de renda.

Por outro lado, é preciso observar que as autoridades de defesa da concorrência, bem como as políticas por elas implementadas, não dispõem de meios para efetivar a compensação dos perdedores (consumidores “puros”, isto é, que não participam do capital da empresa fusionada) por parte dos ganhadores (consumidores-produtores, ou seja, os proprietários da empresa fusionada) de utilidades (bem estar), diante da constatação de que um ato de concentração implicou em um incremento do excedente agregado de Marshall e, simultaneamente, uma redistribuição de renda entre distintos grupos de agentes econômicos (como na Figura I do modelo de Williamson, na seção II.1 acima).

Na verdade, dada a diversidade dos agentes econômicos cujo bem estar foi reduzido - basicamente, mas não exclusivamente, os consumidores-puros (isto é, praticamente a totalidade da população consumidora dos bens que integram um certo mercado relevante) - é impossível se desenhar um instrumento para a operacionalização de uma política de compensação, mesmo que: (i) ela de fato fosse desejada; (ii) os grupos pudessem ser corretamente identificados; e (iii) as perdas e ganhos pudessem ser quantificados²⁵.

Em resumo, o uso das hipóteses subjacentes ao modelo de equilíbrio parcial permite o emprego do conceito de eficiência potencial de Pareto como norma para a aferição de mudanças no bem-estar social, por meio do emprego da variação do excedente agregado de Marshall (as áreas A e C da Figura I da seção anterior), supondo-se, no entanto, que: (i) a compensação dos perdedores seja realmente paga pelos ganhadores ou haja uma política de distribuição de renda ótima, hipóteses, no entanto, irrealistas; ou (ii) tal conceito seja condição necessária, mas não suficiente, para a recomendação de uma mudança alocativa qualquer, pois seria necessário avaliar, empregando algum outro critério de juízo de valor, os impactos redistributivos sobre o bem estar social associados a essa mudança .

²⁵ Não se trata de reafirmar a impossibilidade de transferências de poder de compra lump-sum, mas sim de observar que a distribuição de indivíduos afetados com atos de concentração e/ou condutas que geram efeitos anticompetitivos - isto é, aumentos de preços - é suficientemente heterogênea a ponto de impedir a criação de qualquer mecanismo viável de compensação, com transferências de rendas dos produtores beneficiados para os milhões de consumidores atingidos pela mudança na alocação econômica. A complexidade de tal mecanismo, supondo que ele pudesse ser criado, provavelmente implicaria custos que anulariam os ganhos de eficiência (potencial) obtido com a nova alocação.

III – Incorporando um critério distributivo: o modelo do “Price-Standard”

III.1 - A abordagem do “Price-Standard”.

As deficiências no modelo de Williamson quanto ao tratamento do problema da redistribuição de renda podem ser normativa e analiticamente superadas pela proposta por Fisher, Johnson e Lande (1989), conhecida na literatura como “price-standard”²⁶. Por esse padrão, uma fusão - ou qualquer outra forma de estratégia empresarial alvo das políticas de defesa da concorrência - somente deveria ser aprovada (sancionada) caso produza uma redução de custos marginais tal que o novo preço a ser fixado pela empresa fusionada pelo menos coincida com o preço prevalecente antes da operação, de modo que a fusão não implique transferência de renda dos consumidores para os produtores. Note-se que, nesse caso, pode-se afirmar que a fusão gerou um incremento da eficiência de Pareto, dispensando-se o critério de eficiência potencial de Pareto.

Deve-se observar que, nesse caso, tanto o critério de eficiência, como o de manutenção da distribuição de renda real entre os grupos afetados - critério distributivo - pelo ato de concentração, são satisfeitos. Na verdade, a proposta de Fisher et alii nada mais é do que a aceitação da manutenção da distribuição de renda original entre os grupos de consumidores e de produtores no mercado relevante como guia normativo para as políticas de defesa da concorrência, sendo a base para a elaboração de um julgamento de valor a respeito da distribuição de bem-estar entre os principais grupos afetados por atos de concentração²⁷.

²⁶ Surpreendentemente, a proposta de Fisher et alii já havia sido antecipada por Williamson em seu artigo de 1969, onde o autor propõe que os casos de atos de concentração com fortes efeitos redistributivos fossem analisados segundo o seguinte critério (1969, p. 109): “(...) a menos que o ganho esperado de eficiência alocativa (expresso, por exemplo, como a razão entre as economias reais de custos e a perda de ‘peso-morto’) exceda um certo valor especificado, a defesa com base em economias não seria aceita (...)”.

²⁷ Note-se que essa proposta de Lande et alii não deve ser confundida com outras de cunho populista na área de distribuição de renda, posto que contempla somente a relação de poder e a distribuição de bem estar social entre consumidores e produtores. Assim, nessa proposta, não estão incluídas outras redistribuições de renda (ou bem estar, de modo mais genérico) que possam ocorrer como resultado de atos de concentração e/ou condutas anticompetitivas, tais como aquelas entre distribuidores e produtores, trabalhadores e proprietários de firmas ou ainda entre pequenas e grandes firmas. De fato, a inclusão de tais efeitos redistributivos não somente esbarra em dificuldades téc

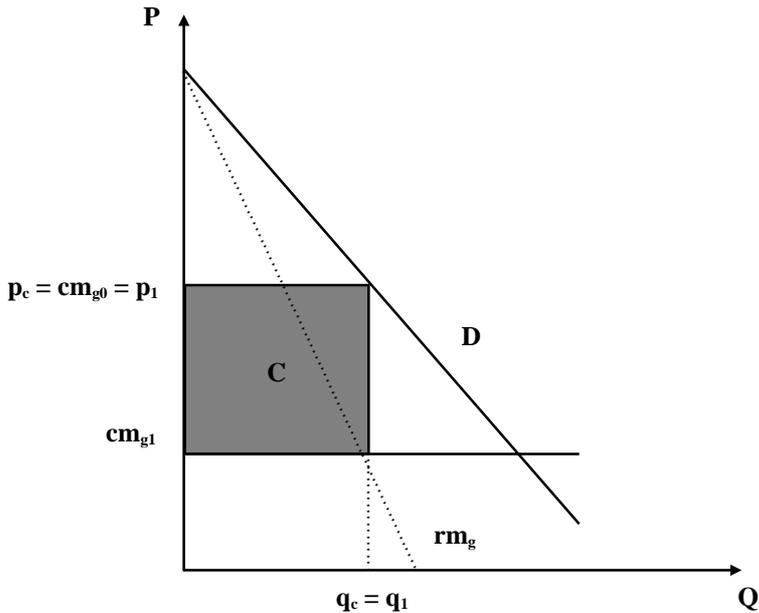
Em outras palavras, supõe-se que o critério distributivo seja o de não prejudicar grupo formado por consumidores “puros”, que, então, não pode ter o seu bem estar reduzido como resultado de um ato de concentração, posto que tal redução implicaria, segundo o julgamento de valor utilizado, em uma diminuição do bem estar social, a despeito de ganhos potenciais de eficiência de Pareto.

A Figura V abaixo ilustra o critério de “price-standard”. Partindo das suposições empregadas no modelo “ingênuo” de Williamson (Figura I da seção II.1 acima) - a saber, ausência de ineficiências X, rent-seeking, dinâmicas de custos de transação, etc., antes da operação - o equilíbrio de mercado ocorre com $p_c = c_{mg0}$.

Entretanto, o critério “price-standard” para que o ato de concentração (ou uma conduta anticompetitiva qualquer) seja aprovado - ou seja, para que não implique, a despeito de gerar aumento da eficiência potencial de Pareto, transferência de renda redutora do bem estar social dos consumidores para os produtores - é dado por:

$$(I) p_c \geq p_1 \text{ ou } p_1 \leq cmg_1\eta/(1-\eta)$$

o seu resultado ainda mais indeterminado. Ademais, deve-se notar que, nesses casos, a compensação é possível - ainda que de forma imperfeita - por meio de outras políticas convencionais, focadas nos subsídios às pequenas e médias empresas e no mercado de trabalho, por exemplo, ao contrário do caso dos consumidores.

Figura V - Price Standard

Fonte: Elaboração própria

Nesse caso, não há perda de peso morto ($A = 0$, no gráfico de Williamson - Figura I na seção II.1 acima), pois os preços pós-operação são pelo menos iguais aos preços pré-operação²⁸ e, por hipótese, há sempre redução de custos marginais, de modo que haja um aumento do excedente agregado do produtor (área retangular $C > 0$)²⁹. Note-se, portanto, que o critério de (aumento da) eficiência de Pareto é satisfeito necessariamente, já que, após a operação, os produtores terão experimentado ganhos de bem-estar e os consumidores ou estarão na mesma situação anterior ou terão obtido ganhos de utilidades (bem estar).

²⁸ Pelo contrário, podem ocorrer incrementos no excedente agregado do consumidor, se $p_1 < p_c$. Note-se que a figura acima descreve o equilíbrio da indústria, ou seja, trata-se do preço e dos custos marginais de todos os participantes do mercado relevante, o que implica supor que as eficiências geradas pelo ato de concentração são alcançadas por todas as firmas.

²⁹ Deve-se notar que as reduções de custos que interessam para a aplicação do critério do “price-standard” são aquelas referentes aos custos marginais da firma. Para efeito de aplicação do modelo, tais custos podem ser substituídos pelos custos variáveis médios.

Da mesma forma, o critério distributivo - nesse caso, baseado num juízo de valor que estabelece que estratégias empresariais redutoras da concorrência não podem implicar transferência de renda dos consumidores para os produtores - também foi satisfeito, dado que o preço de equilíbrio não é maior do que aquele prevalecente antes do ato de concentração (ou da implementação da conduta anticompetitiva).

Logo, deve-se notar que o critério de “price-standard” estabelece como objetivo das políticas de defesa da concorrência a maximização do excedente agregado do consumidor e não do excedente total de Marshall, como propõe Williamson e os defensores da Escola de Chicago, evitando-se, com isso, o problema distributivo e as prováveis perdas de bem-estar social dele derivadas, de modo que, segundo Fischer et alii, tal critério (op. cit., p. 790): “(...) proibiria qualquer fusão que provavelmente levasse, de forma substancial, a novas transferências de renda dos consumidores para as firmas (...)”.

Poder-se-ia argumentar que esse critério implica um suposto “desperdício” de potenciais eficiências econômicas à disposição da sociedade, na medida em que atos de concentração - ou outras condutas empresariais de cunho anticompetitivo - produtores de eficiência potenciais de Pareto não seriam aprovados³⁰.

Entretanto, tal suposto “desperdício”, que em teoria poderia ser evitado por meio do uso de um critério “puro” de eficiência (potencial) como sugere Williamson, teria como resultado a redução do bem-estar social, já que a compensação dos perdedores (consumidores, ou seja, a população em geral) por parte dos ganhadores (produtores) não é de fato realizada: nesse caso, não somente os ganhos de eficiência (e bem-estar) teriam sido apropriados somente pelos proprietários da firma fusionada, mas também tal grupo teria obtido um aumento de seu bem-estar social às custas (de perdas de bem-estar) dos consumidores, isto é, da população em geral³¹.

³⁰ Como acima observado, se o ato fosse aprovado pelo critério de Fisher et alii, então ele seria gerador de um aumento na eficiência de Pareto, dispensando-se o uso do conceito de eficiência potencial de Pareto.

³¹ Sobretudo em países onde o mercado de capitais é pouco desenvolvido, como no caso do Brasil. Nesse sentido, ainda se poderia argumentar que o aumento dos lucros dos produtores serviria como uma fonte de financiamento às atividades das firmas, beneficiando aos consumidores no longo prazo. Ainda que tal possibilidade possa ser verdadeira, é inadequado financiar as firmas à revelia e às custas dos consumidores. Se essa é a intenção do governo, então que ele a torne explícita, criando mecanismos diretos de taxaço para a criação de fundos emprestáveis para as firmas.

Em outras palavras, a aceitação de argumentos de eficiência (potencial) como condição suficiente para a aprovação de um ato de concentração ou uma conduta anticompetitiva - como sugere Williamson - implica a redução do bem estar social, através da redistribuição - concentradora - da renda!

As hipóteses que sustentam essa afirmação são bastante aceitáveis, a saber: (i) não existe uma área do governo implementando uma política de distribuição de renda ótima via transferências lump-sum, a partir do conhecimento de uma função de bem estar social bem definida; (ii) a compensação dos perdedores por parte dos ganhadores de utilidades não é de fato efetivada, em função das características do grupo cujo bem-estar é reduzido com a mudança alocativa em tela (os consumidores-puros); e (iii) a legislação do País no que tange à defesa da concorrência sancione o juízo de valor social a ser empregado pelo órgão de defesa da concorrência na formulação de seu critério distributivo, em especial elegendo a relação consumidor-produtor como alvo central da questão distributiva no âmbito antitruste.

É importante notar que o critério proposto por Fisher et alii também implica mudanças nas fontes de eficiências produtivas estáticas ou dinâmicas a serem aceitas por parte dos órgãos de defesa da concorrência. Isso porque o critério de “price-standard” implica em que somente as economias reais provocadas por uma fusão ou conduta anticompetitiva que tenham impacto sobre os custos marginais - ou, de modo aproximado, sobre os custos variáveis - devem ser incorporadas às análises antitruste, tendo em vista que somente essas geram a possibilidade de, a despeito da (suposta) elevação de poder de mercado gerado por um ato de concentração horizontal ou conduta anticompetitiva, que o preço de equilíbrio da firma fusionada e no mercado relevante (ou, de forma mais geral, condutora da estratégia anticompetitiva) se mantivesse constante pós-mudança³².

³² Assim, deve-se notar que Williamson, em seu modelo “ingênuo”, não especifica se as curvas de custo médio - constante e, portanto, iguais as de custo marginal - são de curto ou longo prazo. Entretanto, tais distinções são cruciais para a incorporação de eficiências produtivas na análise antitruste, de acordo com o critério de Fisher et alii ou qualquer outro que leve em consideração os efeitos redistributivos de atos de concentração e/ou condutas anticompetitivas, posto que influenciam a magnitude dos impactos sobre o preço e, portanto, sobre excedente agregado do consumidor. Assim, uma fusão ou uma conduta anticompetitiva que gerasse uma diminuição dos custos fixos poderia, ainda que não necessariamente, afetar os preços e as quantidades ofertadas somente no longo prazo, mas jamais os custos marginais de curto prazo e, portanto, o preço no mesmo período (esse mudaria como função exclusiva do surgimento ou extensão do poder de mercado).

Assim por exemplo, a condição necessária para que a racionalização da produção - as economias de custos potencialmente realizáveis a partir da transferência da produção de uma planta para outra, sem que haja mudanças na possibilidade de produção conjunta das firmas - implicasse a redução dos custos marginais seria a de que esses fossem distintos entre as firmas participantes da operação³³.

Finalmente, é preciso notar que tanto o modelo do price standard, como o de Williamson, subestimam as reduções de custos necessárias para se evitar reduções de bem estar social. Isto porque ambos não incorporam, operacionalmente, outras ineficiências resultantes da redução da competição em um mercado relevante, como o aumento da ineficiência X e a redução dos incentivos à inovação no médio e longo prazo.

III.2- O uso do modelo e a legislação brasileira antitruste

O uso do modelo do price standard depende de um pressuposto básico de caráter legal ou formal, a saber, o de que a legislação sobre a defesa da concorrência do País em que as políticas antitruste são implementadas sancione o julgamento de valor sobre distribuição de bem estar social entre consumidores e produtores, ou seja, que tal legislação valide um julgamento de valor que privilegie a utilidade ou bem-estar dos consumidores-puros frente àquela dos consumidores-produtores, quando exista um trade-off entre

³³ Note-se, por exemplo, que os impactos da obtenção de economias de escala sobre os custos da firma pós-operação dependem da natureza das mesmas, bem como da ausência de possibilidade de que essas pudessem ser realizadas pelo crescimento interno. Assim, somente as economias de escala de longo prazo - ou seja aquelas que se referem a alterações na tecnologia empregada, podendo se manifestar no nível dos produtos, plantas ou mesmo da firma - é que deveriam ser admitidas: nesse caso, a concentração da produção - antes dividida entre duas empresas - numa única firma implica a possibilidade de investimentos em tecnologias que gerem custos marginais mais baixos em relação àquela empregada inicialmente. A realização desse tipo de economias de escala de longo prazo exige, portanto, que os ativos das firmas sejam completamente combinados e integrados. No curto prazo, no entanto, tais economias não serão realizadas, em função da presença de sunk costs e, portanto, de custos de ajustamento. Somente no longo prazo é que tais economias surgirão, por meio das decisões de investimento da firma, seja quanto à renovação de plantas e equipamentos, seja como resultado do crescimento do mercado. Ver Röller, Stennek e Verboven (2000, pp. 12-22) e De La Mano (2002) para uma apresentação dos diversos tipos objetivos de eficiências econômicas.

ambos provocado por estratégias empresariais (intencional ou não), não baseadas na maior eficiência relativa da firma frente aos seus rivais nos seus mercados de atuação, redutoras da concorrência.

De fato, a relação de poder entre consumidores e produtores dificilmente pode ser mediada por outras políticas a não ser as de defesa da concorrência, em função da impossibilidade teórica e empírica de o Estado promover compensações adequadas às perdas de renda real experimentadas pelos indivíduos enquanto consumidores diante de estratégias empresariais - atos de concentração e mesmo condutas anticompetitivas - que, ao afetarem a concorrência, embora gerando eficiências econômicas potenciais líquidas, impliquem em ganhos de bem-estar para os proprietários das firmas (consumidores-produtores), derivados não somente da apropriação privada - e legítima - dessas eficiências (a área C da Figura I na seção II.1), mas também, ainda que eventualmente como efeito colateral, de uma parcela da renda real dos consumidores (a área B da Figura I na seção II.1)³⁴.

Daí o caráter social das políticas de defesa da concorrência ou, obviamente, de qualquer outra forma de intervenção do Estado na economia, necessariamente baseada em algum tipo de julgamento de valor socialmente construído - explícito ou não - que arbitre os ganhos e as perdas de renda real inerentes às mudanças nas alocações econômicas.

No Brasil, a Lei 8.884 de 1994 é a principal norma antitruste que fornece, a partir dos ditames constitucionais³⁵, o arcabouço legal para a

³⁴ Conforme já comentado, a categoria social “consumidores-puros” é suficientemente heterogênea a ponto de impedir o desenho e a implementação de políticas compensatórias eficientes, que pudessem transferir renda real dos produtores para os consumidores nos casos em que uma estratégia empresarial redutora da concorrência gerasse eficiências líquidas e aumento de preços, ou seja, que transformassem um ganho de eficiência potencial de Pareto em uma melhoria de Pareto. Caso isso fosse possível, então as políticas de defesa da concorrência poderiam ter como objetivo único a maximização da eficiência econômica (ou do bem estar dos consumidores, incluindo os consumidores-produtores nessa categoria, medido por meio do excedente agregado de Marshall).

³⁵ As políticas de defesa da concorrência encontram seu fundamento não apenas no art. 173, § 4º da Constituição, mas se articulam também com outros princípios constitucionais da Ordem Econômica. Como nota Schuartz (1998), a lei antitruste regula - preventiva e repressivamente - a conduta dos agentes econômicos em função de uma idealização do funcionamento das relações de mercado, idealização esta conformada: pelo respeito à livre iniciativa (CF, art. 170, caput); pelo princípio da livre concorrência (CF, art. 170, IV); pelo princípio da função social da propriedade (CF, art. 170, III); pelo princípio da

formulação e implementação das políticas de defesa da concorrência nacionais. O artigo 54 dessa Lei é a principal base normativa para o controle sobre atos de concentração, determinando, em seu caput, que: “(...) atos sob qualquer forma manifestados, que possam prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE (...)” (art. 54, Lei 8.884/94)³⁶.

No entanto, a Lei estabelece, no primeiro parágrafo do artigo 54, que a autoridade responsável pelas decisões finais quanto às políticas de defesa da concorrência no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) poderá autorizar tais atos, desde que atendam às seguintes condições: “I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II - os benefícios decorrentes (do ato) sejam distribuídos equitativamente entre seus participantes, de um lado, e os consumidores e usuários finais, de outro; III - não implique eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; e IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados” (art. 54, Lei 8.884/94)³⁷.

Em outras palavras, segundo a legislação nacional sobre defesa da concorrência, uma operação que produza potenciais efeitos anticompetitivos poderá ser aprovada, a partir do atendimento das condições do parágrafo primeiro do artigo 54 da Lei 8.884/94, ou seja, da satisfação simultânea de seus incisos I, II, III e IV. Observe-se, portanto, que a lei nacional antitruste admite que atos geradores de prejuízos (desde que não substanciais) à livre concorrência ou de dominação (não substancial) de mercado relevante de

defesa do consumidor (CF, art. 170,V); pelo uso não abusivo do poder econômico: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros” (CF, art. 173, § 4º).

³⁶ De forma mais objetiva, o parágrafo terceiro do artigo 54 estabelece que qualquer ato de concentração cujo resultado se manifeste num market share conjunto das empresas ou grupo de empresas acima de 20% do mercado relevante ou no qual pelo menos uma das empresas envolvidas apresente um faturamento bruto igual ou superior a R\$ 400 milhões deve ser obrigatoriamente notificado ao CADE.

³⁷ A única exceção encontra-se prevista no segundo parágrafo do artigo 54, que estabelece que a operação poderá ser aprovada com o atendimento de pelo menos três dos incisos do parágrafo primeiro, caso ela seja de “interesse da economia nacional e do bem comum”, porém “desde que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final”.

bens ou serviços podem ser aprovados por meio de defesas baseadas, mas não exclusivamente, nas eficiências econômicas deles derivadas³⁸.

De fato, o inciso I caracteriza as eficiências econômicas segundo a lei brasileira, incorporando-as explicitamente à análise e aos critérios de decisão no campo das políticas de defesa da concorrência, conforme, inclusive, ampla jurisprudência já criada pelo CADE³⁹. Além do mais, esse inciso explicita que o progresso técnico, ou seja, as eficiências dinâmicas, devem ser avaliadas no processo de análise dos efeitos líquidos dos atos previsto no caput do artigo 54 da Lei 8.884/94 sobre a eficiência potencial de Pareto.

Entretanto, cumpre destacar que os demais incisos são também condições necessárias à aprovação do ato, juntamente com o inciso I, não se referindo a nenhuma forma de eficiência, mas sim apresentando outros critérios a serem observados pelas autoridades responsáveis pela defesa da concorrência quando do exame e da decisão sobre a aprovação ou não dos atos previstos no caput do artigo 54. Em particular, o inciso II estabelece, como condição à aprovação de um ato com potenciais (porém não substanciais) efeitos anticompetitivos, que os consumidores sejam por ele beneficiados, por meio do usufruto -, ainda que não integral, mas sim compartilhado com as firmas envolvidas no ato -, das eficiências (benefícios) dele decorrentes.

Portanto, tal inciso fornece a base normativa-jurídica para a incorporação de um critério distributivo às políticas de defesa da concorrência no Brasil, validando, do ponto de vista legal, o emprego de uma abordagem analítica como a do modelo de “price-standard” descrito na seção anterior que, conforme demonstrado, exige que as eficiências decorrentes de um ato de concentração, e apropriadas pelos produtores, sejam tais que, pelo menos, não reduzam o bem-estar dos consumidores, aferido pelo seu excedente⁴⁰.

³⁸ Obviamente, a utilização das condições previstas no primeiro parágrafo do artigo 54 depende de as autoridades antitruste terem encontrado, previamente, indícios de que o ato a elas submetido possa produzir efeitos negativos em termos de eficiências econômicas, os seja, os chamados efeitos anticompetitivos, na forma de perdas de eficiências no mix de produção, eficiência X, eficiência de variedade e/ou eficiências dinâmicas e que se manifestam na alta probabilidade de aumentos de preços - ou redução da qualidade ou ainda do esforço inovativo - caso o ato seja aprovado.

³⁹ Para uma análise da jurisprudência nacional, ver Franceshini (2000).

⁴⁰ Note-se que, a rigor, o inciso II do artigo 54 da Lei 8.884 exige que os benefícios sejam igualmente distribuídos entre produtores e consumidores. Tal exigência implicaria ainda maiores restrições à aprovação dos atos previsto no caput do referido artigo, demandando

Além do mais, é essencial destacar, à luz do parágrafo primeiro do artigo 54 como um todo, e não apenas de seu inciso I, que não é suficiente que as “eficiências” por ele previstas sejam julgadas compensatórias, de modo que o ato produza uma eficiência potencial de Pareto (ou seja, um aumento do excedente agregado), sendo absolutamente indispensável, sob o prisma legal e econômico, demonstrar que um eventual prejuízo à concorrência será inexistente ou mínimo, conforme os incisos III e IV⁴¹. Assim, como afirma Possas: “o enfoque centrado apenas na eficiência alocativa (de Pareto), em detrimento da equidade - como no trade off de Williamson e na posição da escola de Chicago - claramente não é referência absoluta no Brasil” (Possas, 1999, p. 43, grifo do autor).

IV – Conclusões

As políticas de defesa da concorrência do Brasil, a despeito das implicações derivadas da teoria econômica no que tange aos impactos de estratégias empresariais redutoras da concorrência sobre bem estar social e das determinações legais estabelecidas pelo inciso II do parágrafo primeiro do artigo 54, aplicáveis tanto aos atos de concentração como as condutas anticompetitivas, têm utilizado exclusivamente o critério de eficiência-pura, proposto pela Escola de Chicago e instrumentalizado pelo modelo de trade-off de Williamson, comprometendo a eficácia de seus resultados em termos de bem estar social.

Nesse sentido, tendo em vista as recomendações técnicas oriundas da teoria econômica apresentadas neste artigo, as determinações legais derivadas da Lei 8.884/94 e as características da economia brasileira no que tange à distribuição - perversa - da renda e à estrutura de propriedade - concentrada - das firmas atuantes no Brasil, a adoção de um critério distributivo como aquele inerente à abordagem do “price-standard”, privilegiando o bem estar dos consumidores “puros” a exemplo do que ocorre

que o preço pós-operação fosse ainda menor do que aquele prevalecente antes da mesma (tomando-se o preço como variável síntese dos efeitos líquidos derivados de um ato de concentração ou conduta anticompetitiva).

⁴¹ Assim, por exemplo, é fundamental avaliar se os ganhos de economias de escala proporcionados por uma fusão não poderiam ser obtidos simplesmente por meio do crescimento natural da demanda pelos bens e serviços no mercado relevante da operação, sem gerar, portanto, custos sociais.

em diversas outras jurisdições, seria importante para que as autoridades responsáveis pela defesa da concorrência no País promovessem o objetivo último de qualquer política pública: o bem estar social.

Bibliografia

DE LA MANO, M. (2002). “For customer’s Sake: The Competitive Effects of Efficiencies in European Merger Control”. Enterprise Papers n ° 11, European Commission

DEPRANO, M. e NUGENT, J (1969): “Economies as an Antitrust Defense: Comment”. American Economic Review, pp. 947-53.

EUROPEAN COMMISSION (2001) The Efficiency Defense and The European System of Merger Control. Directorate-General for Economic and Financial Affairs. N° 5.

FAGUNDES, J. (2003) Fundamentos Econômicos da Política de Defesa da Concorrência. Ed. Singular (no prelo).

FRANCESCHINI, J. I. G (2000). Direito da concorrência: case law. São Paulo: Singular.

FERGUSON, P., FERGUSON, G. (1994). Industrial Economics. Issues and Perspectives. New York: New York University Press, 2ª Ed.

FISHER, A., JONHSON, F. e LANDE, R. (1989). “Price Effects of Horizontal Mergers”. California Law Review, v. 77, n° 4, julho, pp. 777-827.

HARBERGER, A. (1954). “Monopoly and Resource Allocation”. American Economic Review, vol. 44, pp. 77-79.

MAS-COLLEL, A., WHISTON, M. E GREEN, J. (1995). Microeconomic Theory. New York: Oxford University Press.

POSSAS, M. (1999). “Análise de Eficiências: Aspectos Econômicos e Legais”. Curso de Defesa da Concorrência para o CADE, Brasília, apostila.

POSSAS, M. L. (2002). “Economia Normativa e Eficiência: Limitações e perspectivas na aplicação antitruste”. IN: POSSAS (ORG.):Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. Ed. Singular.

RÖLLER, L-H., STENNEK, J. E VERBOVEN, F. (2000) “Efficiency gains from mergers”. The Research Institute of Industrial Economics. Center for Economic Policy Research, Working paper n. 543

- SCHERER, F.M. (1988). “Merger Policy in the 1970s and 1980s”. IN: LARNER, R. J. (Ed.) (1988) *Economics and Antitrust Policy*. Westport: Quorum Books.
- SCHERER, F.M. (1991). “Antitrust and a Dynamic Economy”. In FIRST, H., FOX, E.M. & PITOFISKY, R. (eds.), *Revitalizing Antitrust in Its Second Century: essays on legal, economic and political policy*. EUA: Quorum Books.
- SCHERER, F.M. & ROSS, D. (1990). *Industrial Market Structure and Economic Performance*. USA: Houghton Mifflin Company.
- SCHUARTZ, L.F. (1998). Dogmática Jurídica e Lei 8.884/94, in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, ano 6, n.23, abril/junho
- STENNEK, J e VERBOVEN, F. (2001), “Merger Control and Enterprise Competitiveness: Empirical Analysis and Policy Recommendations”, *European Economy, Reports and Studies*, 5, pp. 129-194.
- TIROLE, J. (1988). *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge (Mass.): MIT Press.
- VARIAN, H. (1984) *Microeconomic Analysis*. W.W. Norton & Company.
- VISCUSI, W., VERNON, J. E HARRINGTON, J. (1992) *Economics of Regulation and Antitrust*. D.C. Heath and Company.
- WILLIAMSON, O. E. (1987). *Antitrust Economics: Mergers, Contracting, and Strategic Behavior*. Oxford: Basil Blackwell
- WILLIAMSON, O. E. (1992). “Antitrust Lenses and the Uses of Transaction Cost Economics Reasoning”, In: JORDE, T. M. e TEECE, D. J. (Eds.) (1992), *op. cit*, Cap. 7.
- WILLIAMSON, O. (1988). “Economies as an Antitrust Defense Revised”. In: CALVANI, T. E SIEGFRIED, J. (Org.) (1988). *Economic Analysis and Antitrust Law*. Little, Brown and Company, pp. 36-49.
- WILLIAMSON, O. (1968) *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-offs*. *American Economic Review*, março, vol. 58, pp. 18-36.
- WILLIAMSON, O. (1968A) *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-offs*. *American Economic Review*, dezembro, vol. 58, pp. 1372-1376.
- WILLIAMSON, O. (1969) *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Trade-offs*. *American Economic Review*, dezembro, vol. 59, pp. 954-959.

A Regulamentação e Fiscalização da Atividade Econômica na Internet : Problemas inerentes à Defesa da Concorrência

Victor Hugo Pereira Gonçalves, Marco Aurélio Serau Junior⁴²

Atualmente, verifica-se intenso debate na sociedade brasileira acerca dos rumos da Internet e sua influência no desenvolvimento sócio-econômico nacional. Considerando as novas perspectivas econômico-concorrenciais proporcionadas pela Internet e sua relevante importância social, a ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações, vêm realizando consultas públicas para receber sugestões sobre os problemas resultantes da cobrança das tarifas de chamadas do STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado) na Internet e da falta de Provedores de Acesso à Internet na maior parte do território nacional, sendo que a maioria deles se concentra no Sul e Sudeste.

Tais consultas públicas objetivam apresentar estudos para a implementação da universalização dos serviços de Telecomunicações e a inclusão digital da sociedade brasileira na Era da Informação⁴³. Contudo, a ANATEL focaliza-se em apenas uma aresta desse complexo fenômeno. O problema da carência de Provedores de Acesso nos confins do Brasil não se relaciona somente com o valor da tarifa telefônica, mas, sobretudo, com a ausência de políticas governamentais concorrenciais direcionadas a este setor.

A edição desse regramento regulatório, bem como sua implementação e fiscalização efetivas, restam a cargo justamente da aludida Agência Reguladora – ANATEL. A apontada carência de regulação resulta ainda mais sensível tendo-se em conta o modelo político-econômico adotado pela Constituição Federal posteriormente às Reformas Constitucionais iniciadas

⁴² Victor Hugo Pereira Gonçalves, advogado em São Paulo, sócio de Rodrigues Gonçalves Advogados Associados; Marco Aurélio Serau Junior, Professor Universitário, Pós-Graduado em Direito Constitucional, Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Tributário da Escola Superior de Direito Constitucional.

⁴³ A inclusão digital, grosso modo, é a ação conjunta de entes governamentais, ONGs e particulares que visam promover, como objetivos primordiais, o acesso de toda a população aos meios tecnológicos existentes (computadores e softwares), para que possam se conectar à Internet, e, assim, participarem da sociedade mundial da informação, ampliando as suas perspectivas pessoais e profissionais; ademais, busca-se educar e ensinar o povo sobre a utilização e os benefícios de tais ferramentas tecnológicas. Trata-se, pelo que foi visto, de um verdadeiro novo direito fundamental.

em 1995, as quais transformaram sobremaneira a feição outrora estatizada do âmbito econômico de nossa Carta Magna.

1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES: O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL E A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA ANATEL.

O novo paradigma econômico-constitucional adotado pelo Estado Brasileiro sob influência do Consenso de Washington, determina que este deixe de prestar diretamente alguns serviços públicos, sob o objetivo político de garantir a melhoria na qualidade e oportunidade de sua fruição⁴⁴, destituindo os monopólios das empresas estatais antes existentes, as quais foram paulatinamente privatizadas⁴⁵.

Contudo, a contrapartida dessa tomada ideológica de posição quanto aos determinantes constitucionais econômicos implica que, deixando de prestá-los diretamente, o Estado se compromete a regulá-los e fiscalizá-los⁴⁶, principalmente para assegurar a liberdade concorrencial nos novos setores econômicos instalados⁴⁷.

⁴⁴ Não é outra a opinião de Alexandre D. Faraco: “A ampla reforma do setor de telecomunicações no Brasil, assim como de outros setores de infra-estrutura básica, tem como elemento basilar a introdução da concorrência em um ambiente econômico antes monopolizado. (...) Através dela procura-se garantir, por exemplo, a razoabilidade dos preços cobrados, a melhora na qualidade dos serviços e o estímulo à busca de inovações tecnológicas” (2003, p. 67).

⁴⁵ Bem determinando o novel panorama da prestação de serviços de telecomunicações no Brasil e o papel do Estado diz Carlos Ari Sunfeld que: “Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de ‘serviço público’, se algo ainda diz, diz pouco; admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorização, não mais apenas pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do ‘direito da concorrência’ (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la” (1999, p. 161).

⁴⁶ Segundo Antônio Carlos Cintra do Amaral, “O Poder Público, que prestava diretamente o serviço, passou a regular sua prestação pela concessionário, já que a esta transferiu a obrigação de prestá-lo, mas conservou sua responsabilidade pelo cumprimento da obrigação transferida” (2003, p. 50).

⁴⁷ Fernando Herren Aguillar afirma que: “O fenômeno da liberalização econômica, que precede logicamente a globalização, impôs ao Estado ainda um novo figurino. O Estado deixa de atuar como agente econômico para ocupar o posto de agente normatizados das

O instrumento jurídico “criado” para essa função de regulação e fiscalização destes setores econômicos, oriundo do direito norte-americano, consiste na idéia de agência. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, as agências podem ser de dois tipos. O primeiro consistiria naquelas que exercem, com base em lei, poder de polícia. O segundo, o que nos interessa, seria o das “que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes, etc.)”.

Ainda segundo a autora, “as segundas é que constituem novidade maior no direito brasileiro, pelo papel que vêm desempenhando, ao assumirem os poderes que, na concessão, permissão e na autorização, eram antes desempenhados pela própria Administração Pública Direta, na qualidade de poder concedente. E esse papel vem sendo assumido quando o objeto da concessão é um serviço público, como nas hipóteses elencadas no art. 21, XI e XII, da Constituição, e quando o objeto da concessão é a exploração de atividade econômica monopolizada, como nas hipóteses do art. 177” (2002, p. 403).

Dentro desse contexto, destaca ainda Zanella di Pietro, que “em matéria de telecomunicações e de petróleo, as Emendas Constitucionais nº 8-95 e 9-95 alteraram, respectivamente, a redação dos artigos 21, XI, e 177, S 2º, III, para prever a promulgação de lei que disponha sobre a exploração dessa atividades e a instituição de seu órgão regulador. Com base nesses dispositivos, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel” (2002, p. 89).

Contudo, embora a concepção econômico-constitucional tenha sido alterada, os princípios determinados pelo constituinte não se alteraram de forma alguma. Ao revés, ganharam posição ainda mais destacada, uma vez erigidos à circunstância de garantias constitucionais praticamente únicas em relação ao tema ora analisado (liberdade concorrencial e proteção do consumidor)⁴⁸.

atividades econômicas. De prestador de serviços públicos passa a ser preferencialmente seu regulador”. Ademais, prossegue o autor, já mais especificamente quanto ao tema da liberdade concorrencial, “o princípio da livre concorrência é um direito do agente econômico em face de outro agente econômico, demandando não mais a omissão, mas a efetiva interferência estatal na economia” (1999, p. 274-275).

⁴⁸ Eros Roberto Grau, ademais, afirma que “a ‘reforma constitucional’ operada a partir de 1994, inicialmente como ‘revisão’, não comprometeu as linhas básicas da ordem econômica na Constituição de 1988” (2001, p. 211).

Nunca é demais ressaltar que o artigo 170 da Carta Magna impõe que a ordem econômica deve observar, dentre outros, os seguintes princípios: livre concorrência; defesa do consumidor; busca do pleno emprego e, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País (incisos, respectivamente, IV, V, VIII e IX). Ademais, o parágrafo único ressalva que é “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica”⁴⁹.

Na busca de concreção desses princípios constitucionais devem agir todos os elementos integrantes da sociedade, principalmente a ANATEL, órgão público destinado constitucionalmente a tal função. É que, como afirma o constitucionalista germânico Peter Häberle, “no processo constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (1991, p. 13).

Nessa mesma trilha, também é oportuno atentar para os ensinamentos de Konrad Hesse, que afirma que “embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar, a vontade de concretizar essa ordem.

⁴⁹ A despeito de serem princípios, os preceitos citados não se descaracterizam como normas constitucionais, essencialmente. Considerando-os como normas constitucionais, cabíveis as colocações do insuperável J. J. Gomes Canotilho a esse respeito. De modo que, à liberdade concorrencial e defesa do consumidor, deve-se empregar as teses contidas no princípio da máxima efetividade, o qual “pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Também de se utilizar o princípio da força normativa da Constituição, segundo o qual “na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘atualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”. Finalmente, merece ser citado o princípio da concordância prática, pelo qual não se permite o sacrifício de um bem jurídico em prol de outros, sendo que todos devem ser coordenados em harmonia (2001, p. 1187-1189). Os ideais constitucionais de liberdade da concorrência e proteção do consumidor devem ser implementados e maximizados conforme as proposições ora expostas. Quanto à harmonização, a liberdade de empresa não deve afastar a liberdade concorrencial e a defesa do consumidor.

Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)”.

E prossegue: “um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também da sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição” (1991, p. 19-21).

De certa forma, sintetizando esse raciocínio, Eduardo García de Enterría reza que: “La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central em la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación – por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos – en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate (1986, p. 33)”.

Ora, nos termos do artigo 174, da Lex Legum, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento”. Já se mencionou, e adiante será visto mais amiúde, os fundamentos pelos quais se credita à ANATEL a atividade de vigilância no setor econômico examinado.

A atividade de fiscalização da Economia, conforme Eros Roberto Grau, “no contexto deste art. 174, significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica. Essas normas e medidas (...) hão de necessariamente estar a dar concreção aos princípios que conformam a ordem econômica” (2001, p. 317).

No campo específico das telecomunicações, Alexandre D. Faraco leciona que “certas características econômicas das atividades, assim como a posição dos antigos monopólios, tornariam inócua a mera revogação de proibições legais à entrada no mercado. Assim, a desregulação e a introdução da concorrência só se viabilizam, paradoxalmente, com o desenvolvimento de uma regulação voltada de modo específico à geração de condições concorrenciais onde elas não se verificam”. Prosseguindo, o autor afirma que “a opção política pela introdução de concorrência nas telecomunicações envolve a criação e a aplicação de todo um novo conjunto normativo. Isso significa que o movimento de modificação institucional verificado neste setor não pode se limitar à eliminação de normas jurídicas. Esse processo vem

acompanhado da edição de outras normas, sem as quais a reestruturação setorial seria imprescindível”.

E conclui: “não se trata apenas da implementação de uma regulação assimétrica às atividades do antigo monopolista, visando a conter o exercício por este do poder econômico que detêm na passagem de uma estrutura monopolizada para outra baseada na concorrência. Em um setor cuja organização se baseia na existência de uma rede unificada, a criação de um ambiente concorrencial depende diretamente do desenvolvimento de uma disciplina específica para o uso desta, sem o que é absolutamente impossível se cogitar da prestação dos respectivos serviços em bases concorrenciais” (2003, p. 68).

Diante desta perspectiva normativa e doutrinária, não se concebe motivos pelos quais pode a ANATEL continuar a se ausentar de sua missão constitucional de regulação e fiscalização da área econômica ora tratada, pois, segundo Lucia Valle Figueiredo, “a intervenção do Estado na ordem econômica justifica-se se e na medida da consagração dos valores assinalados no texto constitucional e pertinentes, sobretudo, à ordem econômica” (1998, p. 77)⁵⁰.

2. DA COMPETÊNCIA DA ANATEL NA FISCALIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DO ACESSO À INTERNET

A ANATEL adverte que a Internet não faz parte dos serviços de Telecomunicações, sendo considerado um Serviço de Valor Adicionado aos serviços de Telecomunicações, pois traz “novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”, nos moldes do art. 61, caput, da Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações. Ora, tal argumentação, de maneira alguma pode eximir a ANATEL de sua competência legal-constitucional de regulamentação e fiscalização das atividades econômicas relativas à Internet no Brasil, como ocorre atualmente.

Primeiramente, faz-se necessário analisar os aspectos técnico-jurídicos inerentes ao funcionamento das redes de telecomunicações. O art. 60 da Lei de Telecomunicações define no seu § 1º, in verbis:

⁵⁰ A competência constitucional da ANATEL para a fiscalização do sistema de serviços de telecomunicações resulta do artigo 21, XI, da Carta Magna, que assim dispõe: “Art. 21. Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

“Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.”

Nestes termos, a Internet em nada se diferencia, em sua infraestrutura, de um serviço de Telecomunicação, embora tenha-o por suporte, pois, em sua essência, é um serviço de transmissão de informações, sons e imagens, por meio de linha telefônica, cabo ou por sinais de rádio, de um emissor a um receptor, que podem ser tanto computadores como outros aparelhos eletrônicos (televisão, celulares etc.). Subsume-se, portanto, os serviços relativos à Internet ao conceito geral de serviço de telecomunicação previsto no artigo 60 do diploma citado, não na exceção constante do artigo 61 da mesma norma, ambos já descritos.

A corroborar essa afirmação sempre oportuno lembrar-se das palavras do Prof. Newton de Lucca, que diz:

“A linha telefônica é o meio do qual normalmente se serve o usuário para conectar-se ao provedor de acesso e deste para a Internet. Há outras formas, no entanto, menos conhecidas, como, por exemplo, o acesso à Internet pela TV a cabo ou através de um recurso denominado Speeds, adaptado à linha convencional pela companhia telefônica, que torna o acesso à Internet muito mais rápido, além de proporcionar melhor qualidade de som e de imagem. Para conectar-se à rede, como se sabe, o usuário necessitará, também de um modem - aparelho que efetua a conversão dos sinais sonoros transmitidos pelo telefone em sinais passíveis de ser reconhecidos pelo computador - e de um browser, vale dizer, um programa de computador que permite ao usuário escolher e utilizar as funções oferecidas pela Internet, fluindo pela páginas www. Os browsers que estão à disposição do usuário e mais conhecidos no mercado são: o Internet Explorer, da Microsoft; o Spry e o Netscape Navigator, da Netscape (agora da AOL), entre outros (2001, p. 84).”

A competência da ANATEL para regular e fiscalizar os serviços de telecomunicações, ademais do respaldo constitucional, é fixada pelo art. 19 da LGT, que determina:

“Art 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

XI - expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções;

(...)

XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários;

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.”

Os incisos transcritos ilustram, com clareza, os principais pontos que a ANATEL deverá fiscalizar e regulamentar, com especial atenção. Dentre eles, e são os que mais interessam neste caso, destacam-se os que determinam, impreterivelmente, a atuação da agência no controle, fiscalização e repressão na prestação de serviços de telecomunicações e na implementação da concorrência entre os prestadores.

Dessa forma, não existe razão técnico-jurídica a fundamentar a omissão da ANATEL quanto à sua obrigação de fiscalizar e regulamentar as relações econômico-concorrenciais oriundas da Internet, tal como prescrito no art. 19 da Lei n. 9.472/97, posto que relacionadas diretamente com a sua competência administrativa.

Assim sendo, não se pleiteia que a ANATEL regulamente as relações jurídicas que surjam em razão da relação do Provedor com o usuário ou das relações advindas da utilização deste no e pelo browser de navegação à Internet (crimes na Internet, spam, cookies, vírus, etc.), mas tão somente as relações jurídicas relativas ao uso da infra-estrutura de Telecomunicações da Internet, ao controle do tráfego de dados e informações, à atuação dos Provedores como prestadores de serviços de Telecomunicações, às questões relacionadas com a Concorrência entre Provedores e estes com as prestadoras de serviços de

Telecomunicações. Em suma, requer-se a regulação das relações concorrenciais vinculadas às atividades econômicas nascedouras da Internet.

Da maneira como entendido e, sobretudo, praticado por aquela Agência Reguladora, é como se a Internet existisse apenas mediante o que se apresenta na tela do computador. Na verdade, o fenômeno da Internet abrange muito mais do que isso; engloba toda uma infra-estrutura de serviços de telecomunicações, tais como roteadores, firewalls, linhas de transmissão, Protocolos de Internet (IP), Provedores de Acesso, etc.

Neste sentido já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgado, a seguir transcrito, tido pelos especialistas como o *leading case* nessa seara:

“TRIBUTÁRIO. PROVEDOR DE INTERNET. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, ESPÉCIE DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. RELAÇÃO DE NATUREZA NEGOCIAL COM O USUÁRIO. FATO GERADOR DE ICMS DETERMINADO. INCIDÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR N. 87/1996. LEI N. 9.742/1997.

Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que entendeu que “o provedor de acesso à internet não presta serviço de comunicação ou de telecomunicação, não incidindo sobre a atividade por ele desempenhada o ICMS”.

O Provedor de Internet é um agente interveniente prestador de serviços de comunicação, definindo-o como sendo ‘aquele que presta, ao usuário, um serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço na INTERNET, seja armazenando e disponibilizando o site para a rede, seja prestando e coletando informações etc. É designado, tecnicamente, de Provedor de Serviços de Conexão à INTERNET (PSC), sendo a entidade que presta o serviço de conexão à INTERNET (SCI)’. (Newton de Lucca, em artigo ‘Títulos e Contratos Eletrônicos’, na obra coletiva *Direito e INTERNET*, pág. 60)

O provedor vinculado à INTERNET tem por finalidade essencial efetuar um serviço que envolve processo de comunicação exigido pelo cliente, por deter meios e técnicas que permitem o alcance dessa situação fática.

O serviço prestado pelos provedores está enquadrado como sendo de comunicação, espécie dos serviços de telecomunicações.

A Lei Complementar n. 87, de 13.09.1996, estabelece, em seu art. 2º, que incide o ICMS sobre ‘prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza’, círculo que abrange os serviços prestados por provedores ligados à INTERNET, quando os comercializam.

Qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento de ICMS.

A relação entre o prestador de serviço (provedor) e o usuário é de natureza negocial visando a possibilitar a comunicação desejada. É suficiente para constituir fato gerador do ICMS.

O serviço prestado pelo provedor pela via de INTERNET não é serviço de valor adicionado, conforme o define o art. 61, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997.

Recurso provido⁵¹

Por outro lado, e apenas ad argumentandum tantum, mesmo que se admitisse equivocado o raciocínio exposto acima, não poderia a ANATEL se eximir da sua competência funcional de fiscalizar e regulamentar o fornecimento de acesso à Internet. É que tal competência também poderia ser encontrada no que dispõe o art. 61, § 2º, da Lei de Telecomunicações, que preconiza:

“É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.”

Sob um prisma, ou por outro, resta evidenciado que a ANATEL, nos termos do art. 19, incs. X, XI, XVIII e XIX, c.c. os arts. 60 e 61, § 2º, da Lei n. 9.472/97, possui a função constitucional-legal de controlar e regulamentar a atividade econômica de provimento de acesso à Internet, a qual não exerce neste momento⁵², com as consequências a seguir examinadas.

⁵¹ Recurso Especial nº 323358/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU 03.09.2001, Seção I, p. 58.

⁵² A doutrina administrativista já se pronunciou acerca da questão das competências e poderes administrativos como poderes-deveres. Sobre isso, exemplificativa a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) a Administração exerce função: a função administrativa.

3. AUSÊNCIA DE CONCORRÊNCIA NO PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET - PROBLEMAS ESTRUTURAIS

Em consequência do modelo de privatização brasileiro, que seguiu o modelo econômico-estatal imposto pelo Banco Mundial, criou-se posições dominantes e poder de mercado⁵³ para os vencedores da licitação do Sistema Telebrás. Prova disto é o fato de que a infra-estrutura de Telecomunicações,

Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio”. E prossegue, afirmando que “nem mesmo satisfaz configurá-los como ‘poderes-deveres’, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano. Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na idéia de dever, não na de ‘poder’. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exhibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade. Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social- que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*.” (1997, p. 31 e 56-57). Não é diverso o posicionamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro, para quem “embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis” (2002, p. 86). Adotando-se como premissa a idéia defendida pelos ilustres Professores, verifica-se que a ANATEL desdenha de sua competência funcional, a qual não é meramente poder, mas fundamentalmente dever-poder. Não cumpre, dessa forma, sua missão constitucional de realizar a regulação e fiscalização de um determinado segmento de mercado, com vistas ao interesse público e à proteção dos escopos constitucionais mais imediatos: liberdade de concorrência e defesa do consumidor.

⁵³ Como bem explica Renault de Freitas Castro, “Diz-se que uma firma tem poder de mercado ou posição dominante num certo mercado quando ela tem capacidade de agir com independência em relação a concorrentes e até a consumidores ou clientes, principalmente com relação à fixação dos preços do bem ou serviço produzido e à imposição de outras condições de negociação. A análise da existência de posição dominante requer, portanto, a prévia definição do mercado onde atua a empresa estudada, o chamado mercado relevante, conceito que, simplificada, abrange o grupo de produtos ou serviços razoavelmente semelhantes ao que se estuda (mercado relevante em termos de produto/serviço) e a área onde atuam, em bases razoavelmente semelhantes, os produtores/fornecedores de um determinado bem ou serviço (mercado relevante em termos geográfico)” – grifos nossos (2002, p. 3-14).

antes estatal, passou para o controle de empresas privadas como Brasil Telecom, Telemar, Telefônica, que exercem o domínio sobre essas redes físicas. Entretanto, conforme determina a Lei de Telecomunicações - arts. 154 e 155-, estas empresas que compraram o Sistema Telebrás são obrigadas a permitir o uso de sua rede física às empresas-espelhos concorrentes (Intelig, Vésper, etc.), nos casos e condições a serem fixadas pela ANATEL⁵⁴.

Contudo, não haveria complicações no sistema adotado, que concede monopólio sobre toda a estrutura de telecomunicações, se houvesse fiscalização e regulamentação sobre a atuação estrutural destes prestadores de serviços, independentemente da configuração de comportamentos abusivos, desleais ou limitadores da concorrência e dos direitos do consumidor. A ANATEL, ao fiscalizar e regulamentar este mercado de telecomunicações, deveria ter em mente o art. 6º da LGT, que se fundamenta no postulado constitucional contido no artigo 170 da Carta Magna, já citado:

“Art 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.”

Não é porque a lei infraconstitucional permite e cria posição dominante e poder de mercado, que não se deve buscar promover a entrada de novos concorrentes ao mercado de telecomunicações, limitando, se for necessário, a atuação das concessionárias monopolistas do setor, a fim de impor os ditames constitucionais e legais sobre a liberdade de concorrência, inclusive nesse específico setor⁵⁵.

⁵⁴ Leciona Jacintho de Arruda Câmara que “o referido diploma legal institui expressa e claramente o regime de competição como princípio a ser seguido na regulamentação do setor”, sendo necessário, para tanto, a “implementação de instrumentos que propiciem a existência de um mercado competitivo, com a garantia da universalização na prestação do serviço” (1999, p. 184).

⁵⁵ Pedro Dutra tem outra opinião: “Que o poder de mercado em mercados regulados revela-se diverso, essencialmente, em relação aos mercados não regulados, a doutrina demonstra claramente. E, note-se, ainda, que a posição dominante ostentada pelas Concessionárias no mercado de STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado) tem extração legal: foi-lhes outorgada pelo poder concedente, nos termos das normas disciplinadoras do processo de privatização e da LGT.” Ora, não há como se admitir tal argumentação

Neste sentido, é sempre conveniente lembrarmos as lições de Calixto Salomão Filho:

“No setor de telecomunicações a situação parece mais clara. A opção do legislador pelo sistema concorrencial é bem mais evidente. Como na regulamentação da energia elétrica procurase de início eliminar as características estruturais do setor a aproximá-lo dos monopólios naturais (2002, p. 226).”⁵⁶

Constata-se, claramente, que no Setor das Telecomunicações existe forte barreira à entrada de concorrentes⁵⁷, pois a instalação de nova infraestrutura de cabos e fibras óticas é muito cara, tornando-se inviável economicamente aos futuros ingressantes no mercado. Diante desta

hobbesiana. O limite do poder concedente deve estar subsumido aos desígnios da norma constitucional e infraconstitucional, que determinam o combate ao abuso de poder econômico, a livre iniciativa, a livre concorrência e da defesa do consumidor. Portanto, o poder concedente não pode autorizar aquilo para o que não possui respaldo constitucional. A defesa da concorrência, do consumidor e da livre iniciativa são princípios constitucionais inatacáveis, que deverão ser respeitados por todos os entes, principalmente os governamentais. Adotar-se exegese diversa seria dar as costas ao fato de que o poder concedente atuou arbitrariamente, fora dos parâmetros constitucionais atinentes à matéria. Diante disto, propõe-se à ANATEL e ao CADE o uso de sua competência, a fim de imprimir a correção dos excessos do poder concedente, com base nos mecanismos legais a eles concedidos pelos arts. 20 e 54 da Lei n. 8.884/94.

⁵⁶ Jacintho de Arruda Câmara lembra que “sem uma forte intervenção estatal nesta área, a competição torna-se praticamente impossível. Primeiramente, em virtude dos altos custos que envolvem a construção e instalação de uma rede de telecomunicações; tal fato demanda a necessidade do máximo aproveitamento dos recursos existentes, inclusive por terceiros, que não os proprietários das redes” (1999, p. 187).

⁵⁷ Arriscamos dizer que talvez a verdadeira intenção da Reforma Constitucional, ao romper o monopólio estatal na área de telecomunicações não tenha sido a efetiva melhora nos padrões de qualidade na prestação dessas utilidades. Nisto não estamos sozinhos, podendo se nos amparar no porto seguro do Prof. Eros Roberto Grau: “A nova redação conferida ao preceito, que menciona singelamente serviços de telecomunicações, refere simplesmente a autorização, concessão ou permissão dos serviços, o que importa que possam vir ser privatizados. Este terá sido, seguramente, o objetivo maior visado pelo Poder Executivo na proposição da reforma constitucional, em coerência com o programa neoliberal e de internacionalização econômica. O interesse das multinacionais sobretudo na telefonia celular é bem marcante, articulando-se com grande eficiência” (2001, p. 315).

perspectiva fática, urge a necessidade e o dever da ANATEL de fixar as condições do acesso e uso dos meios físicos das telecomunicações, através do compartilhamento (“unbundling”), conforme os moldes dos arts. 154 e 155 da LGT⁵⁸. Calha à fiveleta, sobre o problema da interconexão e do compartilhamento, a análise perpetrada pelo Prof. Calixto Salomão Filho:

“A primeira preocupação é garantir o amplo acesso de todas as operadoras à rede pública de telecomunicações⁵⁹, bem de valor inestimável e que não pode nem física nem economicamente ser duplicado. Por essa razão a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997) estabelece a obrigatoriedade da interconexão à rede pública (art. 147, que as denomina de “redes de telecomunicações destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo”) ao mesmo tempo que dispõe que esta deverá ser realizada de forma não discriminatória e em estímulo à competição (art. 152) – (2002, p. 226).”

Por outro lado, mas no mesmo sentido, também é de se levar em consideração a tese defendida por Alexandre D. Faraco:

“(…) a interconexão não compromete o uso econômico que se pode fazer da rede. Continua sendo possível ao seu titular empregá-la na oferta de serviços próprios. Da mesma forma, é devida uma remuneração pelo uso da rede decorrente da interconexão. Apenas limita-se a possibilidade de recusar-se o transporte de informações

⁵⁸ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema do compartilhamento de redes, v. Pedro Dutra (2002, p. 15-47).

⁵⁹ Importante ressaltar que a rede de telecomunicações mantém essa qualidade de ser essencialmente “pública”, pois, como ensina Antônio Carlos Cintra do Amaral: “o serviço continuou a ser público. Privatizado foi o seu exercício” (2003, p. 50). Com isso, não se pretende um regresso ao modelo ultrapassado, eminentemente estatal, mas quer-se destacar que todo o uso econômico da rede física de telecomunicação deve ser pautado por uma perspectiva publicizante, no sentido de que sua utilização não corresponda à sua apropriação por um único ente privado. Ademais, não é de somenos importância rememorar-mos, com Fernández Vázquez, que os bens públicos são “inalienables, insusceptibles de propiedad privada, imprescritibles e inembargables” (1981, p. 73). No mesmo sentir a lição de Bandeira de Mello, para quem bens públicos são aqueles “afetados à prestação de um serviço público” (1997, p. 556).

originadas a partir da rede de terceiros ou o acesso dos usuários de outros prestadores aos serviços oferecidos.

A imposição de um dever nesses termos não representa uma subtração do direito de propriedade. Caracteriza apenas um condicionamento que o adequa ao preenchimento da função social a ser atendida por uma rede de telecomunicações.

Nessa perspectiva, a disciplina das redes de telecomunicações trazida pela LGT reflete uma concretização do princípio da função social da propriedade sobre bens de produção, consagrado no artigo 170, III, da CF. Referência a tal circunstância é feita de forma expressa no artigo 146, III, da LGT, segundo o qual ‘o direito de propriedade às redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social’, o qual aparece vinculado, nos termos do caput, do dispositivo, à organização das ‘redes como vias integradas de livre circulação’.

Ademais, depende diretamente dessa forma de organização, baseada na interconexão das redes existentes, a realização de certos direitos básicos que a LGT atribui aos usuários dos serviços de telecomunicações, especialmente o direito à liberdade de escolha da prestadora do serviço e o de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço (2003, p. 85) (...).”

Nestes termos, verifica-se que embora exista a previsão legal para tal atuação da ANATEL, conforme antes exposto, esta se omite na sua obrigação de agir na regulamentação da estrutura das telecomunicações, com fulcro na promoção da efetiva concorrência no mercado. Como consequência da ausência de regulamentação no setor, a infra-estrutura da informação concentra-se nos detentores das redes físicas regionais, e, por isso, desobrigados a compartilhar suas redes com possíveis ingressantes no mercado, passam a controlar preços e impedir novas empresas de ingressarem no mercado; ademais, monitoram fluxos de dados e usam abusivamente sua posição dominante, dentre outras condutas vedadas pela legislação concorrencial.

Dessa maneira, os concorrentes dos monopolistas, para oferecerem serviços na mesma área de atuação, ficam à mercê de acordos bilaterais, com os detentores das redes físicas, sempre pautados pela desigualdade e pelo desequilíbrio econômico. Os detentores de monopólio, ademais, nem sempre respeitam as cláusulas de tais contratos, pois não há fiscalização efetiva da competente agência reguladora, a fim de limitar o comportamento

anti-concorrenciais (concorrência desleal; venda casada; exercício de forma abusiva posição dominante, etc.).

Para ilustrar como ocorrem tais circunstâncias, é bem significativa a situação do mercado de provimento de acesso à Internet. Por exemplo: uma prestadora de serviços de longa distância ou uma empresa-espelho decide fornecer serviços de instalação de links IP para Provedores de Acesso à Internet. Estas empresas garantem a seus clientes a manutenção da rede ligada 99,99% do tempo, colocam à disposição seus roteadores e técnicos, disponibilizam uma velocidade de fluxo de dados e o preço a ser pago por todos estes serviços.

Realizados todos os serviços para preparar o cliente a ser Provedor de Acesso à Internet, a prestadora de serviços de telecomunicações de longa distância ou a empresa espelho já deveriam permitir o cliente a fornecer acesso à Internet. Contudo, não é assim que têm ocorrido nesse mercado.

Como a rede física das telecomunicações encontra-se controlada por um oligopólio, sem qualquer obrigação de compartilhamento de rede (o que deveria ser objeto de regulamentação por parte da ANATEL - arts. 154 e 155 da LGT), a ligação final do link, bem como as estações de transmissão e roteadores até concorrente, fica à cargo destes detentores.

A fim de que possam valer-se das redes físicas, as concorrentes realizam contratos com os detentores destas, mediante paga, realizem as ligações necessárias. No entanto, o que pode impedir aos detentores das redes de se recusarem a ligar um link ou promover um atraso na conexão para o cliente, Provedor de Acesso, para venderem serviços seus a preços menores?

Efetivamente, não existem barreiras a tais atos anti-concorrenciais, pois não há qualquer fiscalização ou regulamentação por parte da ANATEL para evitar tais comportamentos. E é tal situação que concretamente se verifica nesse setor do mercado. Conseqüentemente, ficam o consumidor e o mercado sujeitos à imposição do detentor da rede física da venda de seu serviço em detrimento dos concorrentes, dos consumidores e da própria liberdade concorrencial. Diante disto, pode-se chegar às raias do absurdo, tendo o Provedor de Acesso à Internet de pagar por dois links, quando apenas necessitaria de um para garantir a seus clientes acesso à Rede.

São padrões concorrenciais como estes os adotados pelas detentoras das redes físicas que dominam e controlam a Internet brasileira, como também assinala o economista Paul Krugman⁶⁰.

⁶⁰ “A Internet está ameaçada – Serviço de banda larga precisa ser regulamentado”, O Estado de S. Paulo, 07.12.2002.

Constata-se, portanto, que o oligopólio das Telecomunicações e da Internet só se concretiza pela ausência e omissão da Agência Reguladora, que permite a atuação desenfreada e perniciosa dos grandes grupos econômicos, que controlam toda a infra-estrutura da Rede, bem como o fluxo global de informações e dados, livres de toda e qualquer fiscalização ou legislação específica.

A ausência de regulamentação do setor de Telecomunicações no Brasil acarreta graves riscos à livre iniciativa e a concorrência na infra-estrutura e no desenvolvimento da Internet no Brasil. Não há qualquer fiscalização ou controle das atividades das prestadoras de serviços de Telecomunicações e dos Provedores de Acesso; tampouco há regulação dos aparelhos e softwares que controlam os dados trafegados pela Rede. Assim, a Internet fica vulnerável, não somente aos ataques de hackers, mas, principalmente, à espionagem industrial, à cartelização de mercados e formação de trusts, monopólios regionais e oligopólios nacionais. Além de molestar a liberdade concorrencial constitucionalmente assegurada, obstruem a universalização das Telecomunicações e, conseqüentemente, a inclusão digital dos brasileiros (na sociedade mundial da informação).

Diante dessa omissão da ANATEL e da Secretaria de Direito Econômico, uma empresa de Telecomunicações, que detém a infra-estrutura de redes e cabos de telecomunicações, pode possuir também um Provedor de Acesso à Internet (como são os casos da Telefônica-Terra e Telemar-IG). Dessa maneira, permite a omissão da ANATEL o desenvolvimento de monopólios regionais, que impedem a fomentação e proliferação do setor de Internet no país: isso tanto quanto aos Provedores de Acesso como à própria difusão desta nova mídia de comunicação em massa.

O prestador de serviços de telecomunicações, ao controlar um provedor de Internet, detém um poder absoluto sobre o tráfego e o fluxo de informações produzidas na Rede. Através de aparelhos e softwares avançados, o prestador de serviços de telecomunicações/provedor pode impor e monitorar comportamentos, impedir a livre circulação de informações e pessoas, destruir e bloquear sites, desligar conexões físicas de provedores, etc.

É estranho verificar que a ferramenta jurídica inibitória desse comportamento e assecuratória da liberdade concorrencial existe, estando consubstanciada nos artigos 5º e 61, caput, da Lei Geral de Telecomunicações (que visam coibir a concentração deste mercado nas mãos das poderosas empresas telefônicas). Entretanto, a mesma não é efetivamente aplicada pelos órgãos constitucional-legalmente responsáveis - ANATEL, Secretaria de

Direito Econômico e o CADE-, os quais dão as costas à necessidade de regulamentar e fiscalizar o Setor⁶¹.

4. CONCLUSÃO

Dentro destas perspectivas, propugna-se, aqui, que a ANATEL inicie discussão ampla com a sociedade brasileira, a fim de regulamentar os aspectos relacionados com a infra-estrutura das Telecomunicações e as atividades econômicas vinculadas à Internet.

De que maneira regular os aparelhos e ferramentas tecnológicas das telefônicas e impedir o monitoramento do fluxo de informações na Internet? Qual a modalidade da responsabilidade civil das telefônicas sobre interceptações e invasões através de seus roteadores (subjéctiva ou objectiva)? Como fomentar a concorrência na Internet de Banda Larga e promover as novas tecnologias de acesso à Internet? Existem muitas outras indagações e colocações sobre o assunto que até hoje não foram feitas e que são de suma importância para a expansão e o incremento da Internet, com vistas a permitir a inclusão digital do povo brasileiro.

Caso a ANATEL, órgão a quem incumbe legal-constitucionalmente a vigilância deste setor, não coibir o liberalismo eletrônico atualmente vigente, a exclusão digital da população aumentará sensivelmente (por falta de opções de acesso à Rede) e o desenvolvimento econômico-tecnológico nacional continuará dependente de incentivos exógenos.

No mais, o fluxo de informações trafegadas na rede nacional de telecomunicações ficará sob o controle de poucos e gigantescos grupos econômicos, nacionais e estrangeiros, que monitorarão o dia-a-dia de toda pessoa e empresa na Internet. Podendo essas empresas utilizar ou disponibilizar tais informações como bem lhe aprouverem, os benefícios, decerto, não serão revertidos à população.

⁶¹ Revelando a mesma preocupação quanto à ineficácia das agências reguladoras, o Prof. Antônio Carlos Cintra do Amaral argumenta que “o desafio não consiste em extingui-las ou substituí-las, mas sim em melhor definir suas atividades e torná-las mais eficientes e eficazes” (2003, p. 52).

BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico e Globalização, in SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). Direito Global, São Paulo: Max Limonad, 1999.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. As Agências Reguladoras de Serviço Público devem ser extintas? in Revista Interesse Público, Ano 5, nº 18, mar-abr. 2003, Porto Alegre: Notadez, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Telecomunicações e Globalização, in SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). Direito Global, São Paulo: Max Limonad, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.

CASTRO, Renault de Freitas. Comentários sobre a Defesa da Concorrência no Setor de Telecomunicações, in Revista do IBRAC, vol. 9, n. 2, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

DUTRA, Pedro. Desagregação e Compartilhamento do Uso de Rede de Telecomunicações, in Revista do IBRAC, vol. 9, n. 2, 2002.

FARACO, Alexandre D.. Disciplina jurídica da concorrência e o acesso às redes de Telecomunicações, in Revista Interesse Público, Ano 5, nº 18, mar-abr. 2003, Porto Alegre: Notadez, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo, 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Hermeneutica e Supremacia Constitucional – el principio da interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento, in Revista de Direito Público 77, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-mar, 1986.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988, 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2001.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos

intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

LUCCA, Newton de. Títulos e Contratos Eletrônicos, in LUCCA, Newton de (org.). Direito e Internet, Aspectos Jurídicos Relevantes, São Paulo: EDIPRO, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial - As Estruturas, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global, in SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). Direito Global, São Paulo: Max Limonad, 1999.

VÁSQUEZ, Emilio Fernández. Diccionario de derecho público, Buenos Aires, Astrea, 1981.

CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SETOR DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO

Eduardo Augusto Guimarães

Uma indústria é caracterizada como um monopólio natural quando o suprimento do mercado através da produção de uma única firma permite minimizar o custo do bem ou serviço produzido.⁶² A constatação de que uma indústria apresenta tais características implica um desafio para a política pública: preservar a maior eficiência propiciada pela existência de um único produtor e, ao mesmo tempo, impedir que esse monopolista exerça efetivamente seu poder monopólico. Esse desafio tem sido, tradicionalmente, enfrentado através da intervenção direta do Estado em tais indústrias, seja pela constituição de empresa estatal que assume o papel de monopolista, seja pela implementação de mecanismos de regulação econômica.⁶³

Os serviços de transporte têm sido tradicionalmente objeto de intervenção do setor público, através da atuação direta de entidades estatais ou da implementação de marco institucional destinado a regular a operação das empresas prestadoras desses serviços. Tais iniciativas tem constituído, em geral, mas nem sempre, respostas a situações caracterizáveis como de monopólio natural.⁶⁴ Por outro lado, a forma e os objetivos da intervenção

⁶² Essa especificidade reflete a magnitude das economias de escala e de escopo observadas na indústria vis-à-vis a dimensão do mercado correspondente. Além disso, o exercício efetivo e continuado do poder de monopólio nesse mercado depende da presença de barreiras à entrada na indústria e do volume e da natureza do investimento a ser realizado por um novo competidor para ingressar nesse segmento produtivo. De fato, se não existem maiores obstáculos à entrada, se o investimento requerido é de menor magnitude e se tal investimento pode ser recuperado caso um novo produtor resolva abandonar o mercado, o aparecimento de lucro extraordinário propiciado pelo exercício do poder de monopólio atrairá novos competidores, fazendo desaparecer, ainda que temporariamente, o monopólio e afetando assim a política de preço e os lucros do monopolista.

⁶³ Isto não significa, evidentemente, que as intervenções direta do Estado em segmentos produtivos tenham se restringido a indústrias caracterizáveis como monopólio natural. Outras motivações têm também inspirado a criação de empresas estatais e a adoção de mecanismos regulatórios.

⁶⁴ Em alguns casos, a motivação foi exatamente oposta a que preside a intervenção no monopólio natural: não se trata de procurar reproduzir os resultados que seriam observados em um ambiente competitivo, mas sim de amortecer o próprio processo de competição.

governamental no setor tem sofrido modificações significativas ao longo do tempo refletindo aliás uma evolução comum a outras indústrias sujeitas a intervenções da mesma natureza.

Este texto tem por objetivo examinar as transformações ocorridas no caso do transporte rodoviário e suas implicações do ponto de vista do marco regulatório. Seu foco está restrito ao transporte interurbano.

CONCORRÊNCIA NOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERURBANO

A prestação do serviço de transporte consiste no deslocamento de uma carga (passageiros ou produtos) entre dois pontos do espaço. A prestação desse serviço pode ser desdobrada em atividades subseqüentes - embarque, deslocamento e desembarque - cada uma delas requerendo uma infra-estrutura própria: os pontos (terminais) de embarque/desembarque e, no caso do deslocamento, a via e os veículos de transporte. Diferentes modalidades de transporte estão associadas a diferentes infra-estruturas, cujas características são determinantes quanto à forma de organização da prestação do serviço e quanto à natureza do mercado correspondente.

A via de transporte constitui o elemento mais importante para essa determinação - inclusive porque assume características dicotômicas entre as diversas modalidades de transporte. De fato, contrapõem-se aqui, de um lado, o transporte marítimo e o aéreo - nos quais o uso da via é livre, não oneroso - e, de outro, os transportes ferroviário, rodoviário e dutoviário - os quais requerem investimentos bastante elevados e caracterizáveis como custos irre recuperáveis (sunk costs). O quadro a seguir resume as características associadas às diversas modalidades de transporte.

Atividade		Embarque/ Desembarque	Deslocamento	
Infra-estrutura requerida		Pontos de embarque/desembarque	Via	Veículos
Marítimo	Propriedade da Infra-estrutura	porto	livre	empresa de navegação
	Investimento/ custo fixo	Elevado e sunk	-	médio e não sunk
Aéreo	Propriedade da Infra-estrutura	aeroporto	livre	empresa aérea
	Investimento/ custo fixo	Elevado e sunk	-	elevado mas não sunk
Ferroviário	Propriedade da Infra-estrutura	ferrovia	ferrovia	Ferrovia
	Investimento/ custo fixo	médio e sunk	muito elevado e sunk	médio e não sunk
Rodoviário	Propriedade da Infra-estrutura	empresa transportadora	Governo/concessionária	empresa transportadora
	Investimento/ custo fixo	pequeno	muito elevado e sunk	pequeno e não sunk

No caso dos transportes marítimo e aéreo, apesar do investimento elevado requerido nos terminais de embarque/desembarque resultar freqüentemente numa situação de monopólio natural nessa etapa, o livre acesso às vias de deslocamento e a natureza recuperável dos investimentos nos veículos de transporte implicam que tais mercados são potencialmente competitivos. Nesse sentido, os mecanismos regulatórios e os acordos entre empresas que prevaleceram nesses setores durante muitas décadas refletem exatamente um movimento no sentido de impedir que o potencial competitivo se concretizasse.

No caso dos transportes ferroviário, o investimento elevado (e basicamente irrecuperável) associado à construção da via férrea, bem como os custos expressivos envolvidos em sua manutenção geram condições típicas de um monopólio natural, que tradicionalmente tem sido exercido pela empresa ferroviária - proprietária da via e do equipamento de transporte e dos terminais de embarque/desembarque, que são operados de forma integrada. A regulação, nesse caso, tem por objetivo limitar o exercício do poder discricionário da ferrovia monopolista.⁶⁵

O transporte rodoviário constitui um caso distinto dos anteriores. A via de transporte não é um bem livre como nos transportes marítimo e aéreo; pelo contrário, sua construção envolve investimentos expressivos (e irrecuperáveis) como no caso da ferrovia. Diferentemente desta, no entanto, devido as características da operação da rodovia, o uso dessa via e a prestação do serviço de transporte propriamente dito não constitui um objetivo da entidade que investe na sua construção.

Essa dissociação permite caracterizar, em relação ao deslocamento de carga através da rodovia, duas atividades econômicas potenciais distintas: a primeira tem como mercadoria o uso da rodovia; a segunda, o deslocamento da carga, ou seja, a prestação do serviço de transporte propriamente dito. É possível identificar, assim, dois mercados potenciais: o mercado do uso da rodovia, do qual participam, do lado da oferta, a entidade que a explora a rodovia e, do lado da demanda, empresas transportadoras e particulares; e o mercado de serviços de transporte propriamente dito, no qual as empresas transportadoras respondem pela oferta e indivíduos e empresas em geral compõem a demanda.

⁶⁵ A constituição do setor em alguns países (os Estados Unidos no final do século passado, por exemplo) gerou, no entanto, um ambiente de forte concorrência, ensejando a introdução de mecanismos regulatórios destinados a refrear o processo competitivo. (W.K. Viscusi, J.M. Vernon and J.E. Harrington Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*. Third Edition. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 2000., p.530-51)

O mercado de serviço de transporte rodoviário mostra-se muito competitivo. A inexistência de barreiras à entrada e a possibilidade de recuperar os investimentos realizados na indústria impedem que o mercado evolua no sentido de um maior grau de concentração e limita a possibilidade de obtenção de lucros extraordinários. Contribui para aumentar o nível de concorrência no mercado o fato de não haver, em geral, maiores obstáculos a que os próprios usuários dos serviços de transporte se tornem “auto-transportadores” - possibilidade que está presente tanto no transporte de passageiros, quanto no de cargas, nesse caso envolvendo sobretudo os grandes usuários. Além disso, freqüentemente as demais modalidades de transporte constituem efetivamente substitutos dos serviços supridos pelos transportadores rodoviários.

No tocante ao mercado do uso da rodovia, assinala-se que sua existência não é necessária. De fato, tradicionalmente, o investimento para a construção das rodovias tem sido realizado pelas diferentes esferas de Governo e seu uso disponibilizado gratuitamente a particulares e empresas transportadoras, não configurando portanto um mercado do uso da rodovia. Em conseqüência, embora os investimentos elevados requeridos pelas rodovias caracterizem uma situação de monopólio natural, as questões usualmente associadas a essa condição de mercado não têm estado presente nesse caso.

A privatização das rodovias

Ao longo das últimas década, no entanto, a construção das rodovias pelo setor público e seu uso gratuito tem dado lugar, pontualmente, à cobrança de pedágio e, complementarmente, a sua privatização, vale dizer, à construção e/ou exploração da rodovia por concessionários.^{66 67}

⁶⁶ Essa transição tem lugar na Europa a partir da década de sessenta (inicialmente, na França, Espanha e Itália), nos Estados Unidos a partir dos anos oitenta (retomando uma tradição do século anterior, que havia sido progressivamente substituída por uma participação crescente do Estado ao longo das décadas precedentes) e nos países emergentes a partir do final dos anos oitenta (México) mas sobretudo nos anos noventa. (A.Estache, M.Romero and J.Strong. “Toll Roads” in A.Estache and G.Rus. editors, *Privatization and Regulation of Transport Infrastructure*. Washington, D.C.: The World Bank, 2000, p.245-46).

⁶⁷ A privatização de atividades previamente conduzidas pelo Estado pode ocorrer em formas distintas, atribuindo-se ao setor privado alternativamente (i) o financiamento, projeto, construção, manutenção e operação da rodovia [build-operate-transfer (BOT)]

Essa evolução está basicamente associada a considerações de natureza fiscal, que refletem duas preocupações distintas. A utilização gratuita das rodovias implica, evidentemente, um subsídio em favor do usuário e um encargo para alguma esfera de Governo. Assim, a primeira preocupação, associada ao reconhecimento do subsídio, envolve uma questão distributiva: os contribuintes como um todo estão sendo penalizados em benefício dos usuários diretos e indiretos do serviço de transporte. Nesse sentido, a cobrança do pedágio visa fazer o custo do serviço incidir sobre seu beneficiário.⁶⁸ O segundo aspecto tem a ver com a preocupação crescente com o equilíbrio das contas públicas por parte das diferentes esferas de governo: trata-se, aqui, de desonerar o Estado do encargo de realizar os investimentos requeridos para a expansão e recuperação da malha rodoviária, bem como dos custos envolvidos em sua manutenção e conservação.

Essa última perspectiva tem implicações importantes no tocante à opção entre a cobrança de pedágio pelo próprio Estado e a exploração das rodovias por concessionários. A opção entre essas alternativas envolve uma escolha intertemporal, uma vez que a privatização da construção e da exploração da rodovia significa não só evitar hoje a realização de investimentos requeridos para sua implantação ou recuperação (embora abrindo mão de uma possível receita de pedágio no futuro), mas também a possibilidade de antecipar o fluxo futuro de recursos propiciado pela cobrança de pedágio. Assim, a opção pela concessão aparece como mais a atrativa do ponto de vista de governos empenhados em avançar na direção do equilíbrio fiscal.

contracts ou greenfield projects]; (ii) seu financiamento, recuperação, manutenção e operação [rehabilitate-operate-transfer (ROT) contracts]; (iii) sua manutenção e operação, inclusive a realização de investimentos necessários ao longo do tempo [franchise contracts]; e (iv) sua manutenção e operação [operations and maintenance (O&M contracts)]. (Estache et al., op.cit., p.251-53). A legislação brasileira distingue entre a (i) concessão de serviço público e (ii) a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública; nessa última, o concessionário assume, por sua conta e risco, a responsabilidade pela construção, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, devendo o investimento a ser realizado ser remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra (Lei 8987/95, art.2). A concessão de serviço público precedida da execução de obra pública corresponde, assim, aos BOT e ROT contracts.

⁶⁸ Esta preocupação está presente na legislação brasileira que inclui, entre os princípios gerais que devem orientar o gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes terrestre, a determinação de “assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência” (Lei 10233/01, art. 11, V).

A viabilidade do recurso à concessão está condicionada, no entanto, à capacidade da rodovia gerar receita e lucro, de modo a atrair investidores privados — o que depende do volume potencial de tráfego e da elasticidade-preço dessa demanda, por sua vez afetada pela renda do usuário potencial e pela existência de serviços substitutos.⁶⁹

A concorrência nos mercados criados pela privatização

A cobrança de pedágio e a concessão dão origem à constituição de um mercado do uso da rodovia, trazendo à tona a questão do monopólio natural e, conseqüentemente, da atuação do Estado no sentido de supervisionar sua operação.

Embora a ação requerida do Estado decorra da existência de monopólio, não há que falar aqui de defesa da concorrência, uma vez que não há como induzi-la.⁷⁰ Na verdade, a atuação regulatória do Estado deve antes evitar o exercício ilimitado do poder de monopólio e, quando muito, tentar reproduzir as condições que vigorariam em um regime de concorrência — o que constitui um objetivo distinto da promoção da concorrência.

Embora não exista a possibilidade de concorrência no mercado associado ao uso da rodovia, é possível introduzi-la na escolha do concessionário que vai explorar esse serviço, recorrendo-se ao processo de licitação. Tal processo tem sido apontado como dando origem à concorrência pelo mercado (ou concorrência *ex ante*). Esta não garante, no entanto, aos consumidores no mercado, os mesmos resultados que seriam derivados da concorrência no mercado, nem torna prescindível a atuação de agências de regulação, como se verá adiante.⁷¹

⁶⁹ O volume de tráfego requerido para viabilizar a exploração rentável da rodovia depende, evidentemente, da magnitude do investimento requerido do concessionário.

⁷⁰ Exceto através da oferta de serviços substitutos por outras rodovias ou por outros meios de transporte; tais serviços são, no entanto, em geral, substitutos imperfeitos e não afetam de forma significativa a atuação do monopolista.

⁷¹ A caracterização do processo de licitação como concorrência pelo mercado está, no entanto, associada, em sua origem, à proposta de que a regulação dos mercados de serviços públicos fosse substituída pela licitação dos direitos de exploração de tais serviços. Ver H.Demsetz. "Why Regulate Utilities?", *Journal of Law and Economics*, vol.11, (Apr 1968), pp.55-65

A concorrência pelo mercado tem sido frequentemente tratada de forma pontual, como se o processo de licitação relativo à exploração de um mercado específico se esgotasse em si mesmo, constituindo fenômeno isolado. Ora, o processo de concorrência tem lugar necessariamente em um mercado (já que, invertendo a proposição, o mercado é, por definição, o espaço no qual tem lugar a concorrência). Cabe afirmar, portanto, que o processo de licitação, ao induzir essa concorrência pelo mercado, suscita a constituição de um mercado no qual se negocia o mercado do uso da rodovia — vale dizer, cria um mercado do mercado do uso da rodovia, o qual será designado aqui, de forma abreviada, como metamercado do uso da rodovia.⁷²

A política de regulação e, notadamente, a de defesa da concorrência para o setor de transporte rodoviário devem ter presente a existência e a dinâmica desse metamercado - em particular, porque a concorrência pelo mercado (ou seja, a concorrência no metamercado) é de natureza completamente distinta da concorrência no mercado e requer, portanto, um enfoque específico por parte daquelas políticas.

Essa especificidade será apontada mais adiante. Importa examinar aqui, no entanto, algumas questões relativas ao metamercado, mais precisamente relativas à natureza da mercadoria em torno da qual se estrutura e a singularidades do seu processo de concorrência.

O usufruto da mercadoria negociada no metamercado — isto é, o acesso, o direito de exploração do mercado do uso da rodovia — se instrumentaliza através do contrato de concessão, que é o objeto imediato do processo de licitação. Por conseguinte, a mercadoria negociada no metamercado não é um mercado pré-existente à licitação, mas sim o mercado do uso da rodovia como definido no contrato de concessão. De fato, esse contrato reconfigura o mercado quando define (i) a estrutura da oferta (ao conferir ao concessionário a situação de monopolista pelo período de vigência do contrato), (ii) a forma de operação do mercado (ao fixar tarifas, ao estabelecer as características técnicas e o padrão de qualidade do serviço e ao indicar critérios para a revisão de cláusulas contratadas) e (iii) encargos que incidirão sobre o empreendedor (por exemplo, investimento a ser realizado na construção/

⁷² Em uma perspectiva mais ampla, é possível caracterizar a existência de um único metamercado de uso das rodovias, que abrange todos os mercados de uso de todas as rodovias oferecidas a licitação, como se destacará adiante. A análise apresentada nesse momento, no entanto, considerará o metamercado como referido a apenas uma rodovia.

recuperação da rodovia ou pagamento a ser feito ao poder concedente).⁷³

No tocante às singularidades da concorrência no metamercao, registre-se, inicialmente, o fato de não ser contínua no tempo, mas de se concentrar em processos de licitação que ocorrem em momentos definidos e eventualmente separados por intervalos de muitos anos.

Além disso, destaque-se, em relação ao processo de licitação, que o poder concedente pode contemplar dois objetivos distintos.

De um lado, pode ter presente os interesses dos usuários da rodovia e, indiretamente, dos demandantes dos serviços de transporte, procurando obter menor preço e melhor qualidade nos serviços disponibilizados pelo futuro concessionário.⁷⁴ Nessa perspectiva, o poder concedente poderá eleger o preço como critério de decisão e definir previamente a qualidade do serviço a ser prestado, o que, se houver concorrência efetiva entre os licitantes com maior nível de eficiência, fará com que o preço resultante do processo licitatório se aproxime do custo médio do concessionário e o lucro efetivo tenda para o lucro normal. Assim, o resultado do processo de concorrência pelo mercado, embora não reproduza nem substitua a concorrência no mercado, orienta-se na mesma direção desta.⁷⁵

⁷³ A legislação brasileira que regulamenta o transporte terrestre considera como cláusulas essenciais do contrato de concessão, dentre outras, (i) o prazo de vigência da concessão e condições para sua prorrogação; (ii) o modo, forma e condições de exploração da infra-estrutura e da prestação dos serviços; (iii) os deveres relativos a exploração da infra-estrutura e prestação dos serviços, incluindo os programas de trabalho, o volume dos investimentos e os cronogramas de execução; (iv) obrigações dos concessionários quanto às participações governamentais e ao valor devido pela outorga, se for o caso; (v) tarifas; (vi) critérios para reajuste e revisão das tarifas; (vii) receitas complementares ou acessórias e receitas provenientes de projetos associados; (viii) critérios para reversibilidade de ativos (Lei 10.233/01, art.35).

⁷⁴ Nessa perspectiva, o poder concedente pode contemplar inclusive o subsídio ao setor.

⁷⁵ Contudo, se a qualidade do serviço não for definida previamente pelo poder concedente, a concorrência pelo mercado reduzirá não apenas o preço mas também a qualidade. Uma alternativa consiste em substituir o preço como parâmetro de decisão da licitação por um critério multidimensional que envolva preço e qualidade. Trata-se, no entanto, de um processo licitatório mais complexo e mais difícil de operar do que o da licitação por preço. Para uma formalização, ver Vascusi et al., op.cit., pp.397-403.

O poder concedente pode, no entanto, privilegiar as preocupações fiscais do Estado - tendo em vista inclusive que tais preocupações estão, em geral, na origem do próprio processo de privatização da construção e/ou exploração da rodovia - e buscar maximizar a receita a ser gerada pelo concessionário em benefício do setor público. Nessa perspectiva, o processo de licitação deveria ser desenhado tendo em vista assegurar ao futuro concessionário condições que permitam maximizar seu lucro no mercado objeto da licitação - procurando, por conseguinte, aproximar o resultado do concessionário, antes do pagamento a ser feito ao poder concedente, daquele que seria obtido pelo monopolista. Evidentemente, quanto maior o lucro esperado no mercado, maior o preço que os agentes econômicos que participam da concorrência pelo mercado estarão dispostos a pagar pelo seu controle e maior a receita do poder concedente. Nesse caso, a função da concorrência pelo mercado é maximizar a parcela do lucro extraído pelo futuro concessionário monopolista nesse mercado que será transferida para o setor público.⁷⁶

Não é de se esperar que as preocupações fiscais do Estado sejam traduzidas na postura radical sugerida no parágrafo anterior. Não obstante, essas preocupações podem estar presentes no desenho do processo de licitação.⁷⁷

De resto, cabe enfatizar que qualquer que seja o objetivo do poder concedente, seu êxito depende da existência e do vigor da concorrência pelo mercado do uso da rodovia, ou seja, da concorrência no metamercaado do uso da rodovia.

⁷⁶ Uma licitação que libere o preço cobrado do usuário do serviço e que seja decidida em função do pagamento que o concessionário se propõe a fazer ao poder concedente acarretará um resultado no qual o preço observado no mercado se aproxima do preço de monopólio, mas o concessionário auferirá apenas lucro normal. A diferença entre o lucro que seria propiciado pelo preço de monopólio e lucro normal será apropriado pelo poder concedente. Esse resultado será obtido qualquer que seja o critério de decisão da licitação - a importância a ser paga inicialmente ao poder concedente ou o percentual da receita da concessão que será lhe destinado. Para uma formalização desse resultado, ver Vascusi et al., op.cit., pp.402-404.

⁷⁷ A legislação brasileira estabelece que os critérios para o julgamento da licitação de contrato de concessão de exploração de rodovia considerarão, isolada ou conjuntamente, a menor tarifa e a melhor oferta pela outorga (Lei 10.233/01, art.34 A, IV).

A NATUREZA DA REGULAÇÃO NO SETOR DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO

Os comentários anteriores caracterizaram a existência de três mercados estruturados em torno do transporte rodoviário entre dois pontos do espaço: (i) o mercado de serviços de transporte rodoviário, (ii) o mercado do uso da rodovia e (iii) o mercado do mercado (o metamercao) do uso da rodovia. O quadro apresentado a seguir define esses mercados.

	Mercadoria transacionada no mercado	Oferta composta por:	Demanda composta por:	Mercadorias substitutas
Mercado de serviço de transporte rodoviário	serviço de transporte rodoviário	empresas de transporte rodoviário	indivíduos e empresas em geral	outras modalidades de transporte
Mercado de uso da rodovia	uso da rodovia	concessionário (monopolista)	empresas de transporte rodoviário e particulares	rodovias alternativas
Mercado dos mercados do uso da rodovia	mercado do uso de rodovia	poder concedente	concessionários potenciais	

As características substancialmente distintas desses mercados implicam diferentes padrões de concorrência e requerem atuação diferenciada dos órgãos reguladores. Examina-se a seguir a natureza do processo de regulação em cada um desses mercados. Esse exame reconhece os diferentes enfoques que podem estar presentes na ação regulatória do poder público e destaca, dentre esses enfoques, a defesa da concorrência, a defesa do consumidor e a supervisão da operação de mercados específicos⁷⁸

⁷⁸ Notadamente, mas não exclusivamente, daqueles mercados caracterizados como monopólio monopólio natural. Não se considera aqui outros enfoques contemplados na ação regulatória do poder público, como a defesa do meio ambiente e a defesa comercial.

esse último, considerado usualmente como objeto da regulação econômica stricto sensu). Tais enfoques são considerados como atribuições do aparato regulatório como um todo, evitando-se enquadrá-los em uma estrutura organizacional particular que os atribua a instituições específicas.

O mercado de serviço de transporte rodoviário

Como já enfatizado, o mercado de serviço de transporte rodoviário mostra-se muito competitivo. Nesse contexto, não cabe, em princípio, uma ação governamental diretamente focalizada nesse mercado, aplicando-se aí apenas as orientações gerais das políticas de defesa da concorrência e de defesa do consumidor. No entanto, o pleito por uma intervenção da autoridade governamental no mercado e pela implementação de um marco regulatório específico tem sido, algumas vezes, formulado por empresas transportadoras que compõem o mercado.⁷⁹ A intervenção esperada não é, contudo, uma ação em defesa da concorrência, mas antes uma defesa contra a concorrência. Tal pleito é apresentado, em geral, como uma resposta à ocorrência de políticas de preço predatórias e de práticas oportunistas — levada a cabo por segmentos da indústria e por concorrentes recém-ingressados no mercado — que caracterizariam uma concorrência destrutiva, acarretando instabilidade na prestação do serviço e deterioração de sua qualidade.⁸⁰

De modo geral, no entanto, o mercado de serviços de transporte de cargas tem operado livremente. Distintamente, o transporte de passageiros tem sido submetido a controles específicos e operado sob um marco regulatório próprio.⁸¹ Esse marco tem contemplado inclusive o controle pelo

⁷⁹ Ou mesmo por empresas ferroviárias. Esse é o caso do transporte rodoviário nos Estados Unidos que, como o ferroviário, esteve submetido a políticas de regulação, durante longos períodos no século passado. (Viscusi et al. op.cit, p.530-51).

⁸⁰ Embora a questão da qualidade do serviço possa ser enfrentada a partir do enfoque da defesa do consumidor, a existência de um marco regulatório específico para o mercado tem sido justificada por sua maior eficácia. Para uma discussão sobre concorrência destrutiva, ver A.E.Kahn. *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*. Cambridge, Mass: The MIT Press, 1993, II, pp.172-250.

⁸¹ A legislação brasileira estabelece que o exercício da atividade de transporte rodoviário de cargas independe de concessão, permissão ou autorização, requerendo-se apenas a inscrição do transportador em registro nacional mantido pela ANTT (Lei 9.074/95, art.2º, §2º e Lei 10233/01, art.14A). Em relação ao transporte rodoviário de passageiros,

poder público da entrada de concorrentes no mercado, através de seleção discricionária por parte de entidades governamentais ou, mais freqüentemente, através do recurso a processo licitatório. Nesse último caso, caracterizar-se-ia a substituição da concorrência no mercado pela concorrência pelo mercado (e a conseqüente constituição de um metamercado de serviços de transporte), induzida aqui não pela impossibilidade de promover a concorrência no mercado, como na situação de monopólio natural, mas exatamente pela razão oposta, pela intenção de coibir essa concorrência.

O mercado do uso da rodovia

Como já se mencionou, o enfoque da defesa da concorrência não cabe no mercado do uso da rodovia, uma vez que não é possível induzi-la. É verdade que a concorrência por esse mercado, introduzida pelo processo de licitação, pode abrir espaço para que a competição determine as tarifas a serem aí observadas.⁸² Contudo, mesmo nesse caso, não há que falar em concorrência nesse mercado já que o preço, fixado competitivamente através da licitação, corresponde apenas a uma das dimensões do processo de competição - que envolve também as características do produto ou do serviço, as quais ou serão especificadas em contrato ou serão deixadas à discricção do concessionário monopolista.

essa legislação exige permissão da ANTT no caso do transporte coletivo regular e simples autorização daquela agência no caso do transporte sob o regime de afretamento. A outorga da permissão pressupõe a realização de licitação e a existência de contrato que regule a atividade do permissionário, envolvendo inclusive a fixação de tarifas e de regras para sua revisão. Já a autorização da ANTT independe de licitação e é “exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição” (Lei 10233/01, arts. 14, 39 e 43). Em todos os caso, cabe, no entanto, à ANTT, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (art. 31).

⁸² Como se viu, no entanto, esta não é uma conseqüência necessária do processo de licitação. O poder concedente, refletindo preocupações de natureza fiscal, pode optar por definir a tarifa a vigorar no mercado e decidir a licitação pelo maior pagamento que os concorrentes se dispõem a fazer ao Estado ou pelo menor prazo de concessão que estão dispostos a aceitar.

Da mesma forma, essa transmigração da concorrência do metamerado para o mercado do uso de rodovia não dispensa a supervisão da agência reguladora, necessária, por exemplo, para fiscalizar a observância das cláusulas contratuais e coibir comportamento oportunista que pode envolver deterioração das condições de prestação do serviço sem descumprimento do contrato.

Assim, incapaz de introduzir a concorrência no mercado, a ação de supervisão que o aparato regulatório exerce em relação ao monopólio natural pode apenas procurar reproduzir as condições que vigorariam em um regime de concorrência. Desse ponto de vista, destaca-se, antes de mais nada, a intenção de evitar o exercício ilimitado do poder de monopólio e, em particular, a preocupação em proteger o usuário do poder discricionário do monopolista, o que aproxima a intervenção governamental nesse mercado do enfoque da defesa do consumidor.

A política de defesa do consumidor, em geral, responde a situações concretas, sem se apoiar em regras pré-estabelecidas que balizem a atuação das empresas. Essa orientação tende a prevalecer também aqui, quando a rodovia é explorada por um ente estatal; nesse caso, a entidade fiscalizada e o fiscalizador se situam ambas no âmbito do setor público e, freqüentemente, se confundem. No caso de concessionários privados, no entanto, a atuação em defesa do consumidor deve envolver a definição prévia (no âmbito do contrato de concessão, por exemplo) de normas e parâmetros a serem observadas pelo concessionário — inclusive como forma de resguardá-lo de uma atuação discricionária do regulador — e a fiscalização da observância desse marco regulatório.

Contudo, além de evitar o exercício ilimitado do poder de monopólio, a atividade reguladora deve também substituir a concorrência na sua função de mecanismo de ajuste das condições de operação das empresas e do mercado, face a eventuais alterações no ambiente econômico — no caso do mercado regulado, esse ajuste tende, aliás, a ser bloqueado pelas próprias normas e restrições estabelecidas pelo marco regulatório. Essa dimensão da política de regulação é uma decorrência da necessidade de preservar a viabilidade do empreendimento e assegurar a continuidade do serviço contratado (essa questão aparece, freqüentemente, referida como “manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”). É também um requisito para a atração de investidores privados e para que a incerteza quanto ao futuro não se reflita nas condições aceitáveis para esses investidores quando da contratação da concessão.

A possibilidade de prever situações futuras e estabelecer regras contratuais para enfrentá-las é, no entanto, evidentemente, limitada. Os contratos de concessão são, assim, inevitavelmente incompletos. Por conseguinte, essa dimensão da política de regulação se desdobra necessariamente em negociações entre a agência reguladora e o concessionário e, eventualmente, no exercício de poder discricionário por parte da agência, chamada a decidir sobre situações não previstas em contrato.

Outra consequência da necessidade de criar uma alternativa ao mercado como mecanismo de ajuste diz respeito ao compartilhamento do risco decorrente de mudanças no ambiente econômico. No mercado competitivo, o risco é, em princípio, compartilhado por todos os participantes, cabendo à dinâmica do próprio mercado determinar, em cada situação particular, quem se beneficiará dos ganhos e quem arcará com as perdas decorrentes de tais mudanças (que podem, inclusive, resultar na exclusão do mercado). No caso do mercado regulado, cabe à autoridade competente — ao fixar normas contratuais de ajuste, ao renegociar contratos ou em decisões ad hoc — definir a forma e a extensão como eventuais perdas e ganhos serão repartidos. Vale notar, em particular, que a preocupação com a continuidade do serviço contratado, ou com a manutenção da taxa de retorno do empreendimento, significa, freqüentemente, fazer recair sobre o usuário o ônus do ajuste.⁸³

Além disso, a preocupação com a continuidade do serviço contratado e a inconveniência de uma substituição não planejada do concessionário conferem, a este, certa capacidade de pressionar o órgão regulador no sentido de obter mudanças a seu favor nos termos do contrato de concessão. Essa possibilidade abre espaço inclusive para uma estratégia oportunista no processo de licitação: oferecer preços suficientemente baixos para derrotar concorrentes e obter o contrato de concessão, contando com alteração posterior nos termos desse contrato que lhe assegure a remuneração desejada.

Por outro lado, cabe reconhecer que o órgão regulador detem também poder de pressão nas negociações relativas a alterações dos termos do contrato de concessão requeridas por mudanças no ambiente econômico. De fato, a

⁸³ A legislação brasileira que regulamenta o transporte terrestre considera, como cláusulas essenciais do contrato de concessão, a definição de critérios para reajuste e revisão das tarifas, estabelecendo que esses critérios deverão considerar (i) os aspectos relativos a redução ou desconto de tarifas e (ii) a transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário (Lei 10.233/01, art.35,§ 1º)

possibilidade de punir o concessionário e, em particular, de decidir pela rescisão do contrato constitui uma ameaça efetiva, capaz de induzir concessões por parte do concessionário, sobretudo naqueles casos em que este incorreu em investimentos elevados e de difícil recuperação. Esse poder de pressão do regulador pode ter, no entanto, uma contrapartida indesejável: as propostas apresentadas pelos participantes do processo de licitação podem levar em consideração o risco associado a esse poder de pressão, resultando em condições menos favoráveis aos usuários do setor ou ao poder concedente.

Tais considerações sugerem que, face às mudanças de ambiente econômico que inevitavelmente ocorrem durante a vigência da concessão e ao caráter incompleto dos contratos, a eficácia do mecanismo de regulação em substituir o mercado, e assegurar a prestação eficiente do serviço de transporte, depende - não apenas do vigor da concorrência pelo mercado e do seu reflexo no processo de licitação - mas também da capacidade técnica e negociadora da agência de regulação e de sua independência e autonomia perante as partes envolvidas, entre as quais as demais instâncias do aparato de governo.

Aqui também, a transmigração da concorrência do metamercaado para o mercado do uso da rodovia pode, em princípio, contribuir para enfrentar essa questão. De fato, se os intervalos entre os processos de licitação forem reduzidos para períodos suficientemente pequenos, é possível evitar a renegociação do contrato, mantendo-o inalterado durante seu prazo de vigência e introduzindo, quando da licitação seguinte, as alterações eventualmente requeridas por mudanças no ambiente econômico. Essa sistemática permitiria, em particular, que a concorrência definisse os reajustes de tarifas quando do processo de licitação; além disso, possibilitaria também que, em determinadas situações, a licitação mantivesse a tarifa vigente e recorresse a outra variável, até mesmo de natureza qualitativa, para escolher o novo concessionário. Além disso, se o desempenho do concessionário for avaliado e puder afetar suas possibilidades de sucesso no processo de renovação do contrato, a preocupação com a sua reputação deverá se refletir na qualidade do serviço prestado durante a vigência do contrato.

Essa sistemática é, no entanto, de difícil implementação.⁸⁴ No caso dos contratos que envolvem financiamento e construção (ou recuperação)

⁸⁴ Exceto nos casos em que os custos não recuperáveis não são significativos e em que os ativos do concessionário não são específicos à concessão e podem ser transferidos para outros empreendimentos.

da rodovia (BOT ou ROT contracts), o prazo de vigência deve ser suficientemente longo para permitir a recuperação do investimento realizado pelo concessionário sem onerar excessivamente o valor da tarifa. É verdade que o ônus representado pelo ativo não depreciado durante a vigência da concessão pode ser transferido para o novo concessionário no término do contrato, repetindo-se esse processo nas sucessivas licitações. Essa transferência pode ser mediada pelo poder concedente, que compraria o ativo não depreciado no final do contrato e o revenderia ao concessionário seguinte, ou resultar de negociação direta entre o antigo e o novo concessionário. A implementação desse mecanismo, no entanto, não é simples.⁸⁵

Além disso, para períodos realmente curtos, que dispensem efetivamente a necessidade de renegociação dos termos do contrato durante a sua vigência, mesmo admitida a eficácia do mecanismo de transferência de ativos acima indicado ou mesmo para contratos de manutenção e operação que não envolvem maiores investimentos, a curta duração do contrato pode acarretar, além de custos de transação elevados, desincentivo para a realização de inovações e de investimentos de mais longo prazo e instabilidade na prestação do serviço.

O mercado dos mercados (ou o metamercao) do uso de rodovias

Até aqui, as referências ao mercado do mercado (ou metamercao) do uso da rodovia associaram-no a uma única rodovia. Em uma perspectiva mais ampla, cabe, no entanto, caracterizar a existência de um único metamercao, que é o mercado de todos os mercados de uso das rodovias, abrangendo assim todas as rodovias oferecidas ao capital privado para exploração. De fato, as mercadorias negociadas nesse metamercao - isto é, os mercados dessas rodovias, ou seja, os direitos de exploração de cada uma dessas rodovias - aparecem como produtos diferenciados (cada um deles oferecidos por um único vendedor), que, no entanto, são, do ponto de vista dos concessionários potenciais que compõem a demanda, substitutos próximos entre si.

Nesse sentido mais amplo, a oferta provem do poder concedente constituído pelo marco legal do País, que pode operar no metamercao seja

⁸⁵ Para uma análise das dificuldades e alternativas associadas às licitações para renovação de contrato, ver M.Klein. "Rebidding for Concessions" in World Bank, Public Policy for the Private Sector, Note nº 161, november 1998

como monopolista, no caso desse poder estar concentrado no governo central, seja individualizado em diferentes entes governamentais, quando esse poder é compartilhado por distintas esferas de governo.⁸⁶ Assim, o metamercao não é necessariamente um monopólio, embora seja composto, em geral, por poucos vendedores.

Do ponto de vista de produtos, a oferta apresenta significativa diferenciação. Como se mencionou, a mercadoria negociada no metamercao é o mercado de uso de rodovia como definido no contrato de concessão. A diferenciação dos produtos decorre, portanto, não apenas da extensão e das características de cada rodovia destinada à exploração privada e da peculiaridade da correspondente demanda por serviços de transporte, mas também dos dispositivos contratuais que regularão a sua exploração — dentre os quais sobressai a natureza da concessão, isto é, se envolve apenas a manutenção e operação da rodovia (O&M contracts) ou se compreende também seu financiamento, projeto e construção ou recuperação (BOT ou ROT contracts).⁸⁷

Essa diferenciação, em particular a associada à natureza da concessão, dá margem a uma nítida segmentação do metamercao do uso de rodovias. Assim, enquanto os mercados de rodovias aos quais se associam contratos de operação e manutenção são acessíveis a demandantes de menor porte, aqueles que envolvem a construção (e, em menor grau, a recuperação) da rodovia estão restritos a candidatos que não apenas sejam dotados de capacitação técnica para levar a cabo o empreendimento, ou pelo menos para contratá-lo com terceiros e supervisionar sua execução, mas sobretudo que tenham suficiente capacidade financeira para fazer face ao investimento requerido e ao deferimento da receita durante o período de execução da obra.

No tocante à demanda do metamercao, cabe caracterizar os agentes econômicos que, como concessionários potenciais, a compõem. Nesse sentido, é importante ter presente que a privatização da exploração das rodovias é, na maioria dos países, um fenômeno recente. É de se esperar, por conseguinte, que os agentes econômicos que venham a participar dos

⁸⁶ A legislação brasileira relativa a concessões considera, como poder concedente, a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão (Lei 8.987/95, art. 2).

⁸⁷ Ou, na terminologia da legislação brasileira, se a concessão é ou não precedida da execução da obra pública.

processos licitatórios induzidos por essa privatização - e que venham assim compor a demanda do metamercao - sejam empresas atuantes em outros setores da economia que se disponham a diversificar suas atividades.

Essa diversificação é mais atrativa para empresas que possam utilizar na exploração de rodovias a experiência acumulada em suas atividades originais. Daí porque as empresas do setor de construção pesada e de projetos, notadamente aquelas especializadas em obras rodoviárias, aparecem, isoladamente ou em associação, como os participantes naturais do novo mercado. De resto, no caso de contrato que envolva a construção (ou recuperação) da rodovia e seu financiamento, no qual o concessionário deve ser capaz de mobilizar os recursos financeiros requeridos pelo empreendimento, é natural que a participação no novo mercado envolva a associação entre empresas do setor de engenharia civil e instituições financeiras.

A trajetória bem sucedida de uma nova empresa que se propõe a atuar na exploração de rodovias compreende sua participação (como demanda) no metamercao de concessões, seguida de sua atuação (como oferta) em um mercado do uso de rodovia específico. A partir daí, sua expansão passa necessariamente por participações subseqüentes no metamercao, que lhe assegure a renovação das concessões obtidas e lhe garanta o acesso a novos mercados de uso da rodovia. Por outro lado, cabe admitir que, uma vez constituída uma empresa e assegurada sua presença em um ou mais mercados de uso da rodovia, existe, evidentemente, a possibilidade de que tenha seu controle transferido para novos acionistas, perdendo eventualmente o vínculo original com o setor de engenharia civil *stricto sensu*.⁸⁸

Caracterizada a oferta e a demanda, é possível examinar a natureza do processo de regulação do metamercao do uso de rodovias e a orientação a ser perseguida pelo aparato regulatório nesse caso.

Como já se mencionou, qualquer que seja a expectativa do poder concedente em relação à outorga de concessões e ao processo de licitação de

⁸⁸ A legislação brasileira sobre transporte terrestre condiciona, à prévia e expressa autorização da ANTT, a transferência da titularidade da outorga de concessão, bem como as transformações societárias decorrentes de cisão, fusão, incorporação e formação de consórcio de empresas concessionárias ou permissionárias (lei 10.233/01, art.30). Ao conceder a autorização, a ANTT deve ter presente sua atribuição de harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica (arts.30 e 20)

rodovias (obter menor preço e melhor qualidade nos serviços disponibilizados pelo futuro concessionário ou maximizar a receita a ser apropriada pelo setor público), seu sucesso depende da existência e do vigor da concorrência pelo mercado do uso da rodovia, ou seja, da concorrência no metamerado do uso da rodovia.

Logo, o aparato regulatório deve atuar, em relação ao metamerado, sob o enfoque da defesa da concorrência. Contudo, contrariamente ao observado nos mercados em geral, no caso do metamerado, a concorrência relevante, do ponto de vista dos objetivos da política de regulação, é aquela que se dá entre os comparadores. É, portanto, sobre a demanda, e não sobre a oferta, que deve recair o foco da política de defesa da concorrência. Tal especificidade implica que essa política venha a enfrentar questões distintas e, eventualmente, tenha que desenvolver instrumentos diferenciados daqueles que constituem o arsenal tradicional das agências de defesa da concorrência.

Como na política de concorrência com foco na oferta, também aqui, uma preocupação central é a possibilidade de formação de cartel ou de conluio pontual (nesse caso entre compradores potenciais) com vistas a influenciar a formação de preço ou dividir o metamerado.

O fato da concorrência no metamerado não ser contínua no tempo, concentrando-se em licitações que ocorrem em momentos definidos, facilita o acordo entre licitantes potenciais; por outro lado, o fato dessas licitações serem pouco frequentes e separadas por longos intervalos dificulta a divisão do mercado no âmbito de um cartel. De resto, a eficácia da cartelização depende de coordenação entre os compradores potenciais — o que incluem tanto concessionários, quanto empresas ainda não ativas como concessionárias mas que, pela sua atuação em outros setores produtivos, não teriam maiores dificuldades de diversificar suas atividades.

Contudo, a segmentação do metamerado do uso de rodovias, apontada acima, pode facilitar a coordenação entre licitantes, notadamente no caso do segmento cujos contratos envolvem a construção ou recuperação da rodovia, no qual a exigência de maior capacitação técnica e capacidade financeira reduz o número de licitantes potenciais.

Como na política de concorrência com foco na oferta, cabe aqui também a hipótese de que o número e as dimensões relativas dos agentes econômicos que compõem a demanda é relevante do ponto de vista da ocorrência de práticas contrárias à concorrência. Nesse sentido, merece consideração das autoridades reguladoras as iniciativas no âmbito da demanda que reduzem o número de licitantes potenciais. Dentre tais atos de

concentração, ressalta a associação entre concessionários e entre empresas atuantes em outros setores (notadamente, nos de engenharia civil) para participar de licitações de contratos de exploração de rodovias. O posicionamento do poder público ante tais consórcios depende - como no caso de fusões ou joint-ventures no âmbito da oferta - de avaliação de cada situação concreta para determinar se sua constituição visa aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços a serem prestados (ou mesmo fortalecer a capacidade de competição de licitantes potenciais de menor porte, favorecendo assim a concorrência no metamercao) ou se corresponde apenas a um movimento no sentido da cartelização.⁸⁹

O exame do grau de concentração no mercado relevante - enfatizado pela política de defesa da concorrência nesse contexto - esbarra em obstáculos, quando o foco dessa política se volta para a demanda. Antes de mais nada, porque não é simples, e nem sempre possível, individualizar os agentes econômicos que compõem efetivamente a demanda em um dado momento. Depois porque, ainda que se enumere os componentes da demanda, não existe uma variável que permita reconhecer o peso de cada um deles no mercado e que possa prover uma medida síntese do grau de concentração - papel cumprido pela capacidade instalada ou pelo volume de produção ou de venda, quando se trata da concentração da oferta.

Por fim, dentre as questões usualmente abordadas pela política de defesa da concorrência, aparece ainda aqui a prática de preço predatório. No metamercao, no entanto, a questão ganha conotação peculiar e está associada a uma estratégia oportunista no processo de licitação: oferecer preços suficientemente baixos para derrotar concorrentes e ganhar o contrato de concessão, contando com a possibilidade de pressionar posteriormente o órgão regulador no sentido de obter alteração nos termos do contrato que assegure a remuneração desejada.

⁸⁹ A legislação brasileira de defesa da concorrência prevê sejam autorizados os atos de concentração que atendam as seguintes condições: (i) tenham por objetivo, aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviço ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; (ii) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; (iii) não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; (iv) sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados (Lei 8884/94, art. 54).

RESUMO E CONCLUSÕES

A privatização da exploração das rodovias dá origem a um conjunto de cadeias de mercados, nas quais se sucedem mercados de serviços de transporte rodoviário, mercados do uso da rodovia e o metamerado (mercado dos mercados) do uso da rodovia, que constitui o ponto focal dessas cadeias. O poder concedente, como oferta, e os usuários dos serviços de transporte, como demanda, se situam nos extremos dessas cadeias; os concessionários (ativos e potenciais) das rodovias e as empresas transportadoras aparecem entre esses extremos, atuando simultaneamente como oferta e como demanda em diferentes elos das cadeias.

A estrutura dos diversos mercados que compõem as referidas cadeias apresentam diferenças significativas. Os mercados de serviços de transporte mostram-se muito competitivos, enquanto os mercados do uso da rodovia caracterizam-se como monopólios naturais; o metamerado é potencialmente competitivo, mas apresenta uma dinâmica singular.

A ação regulatória do poder público se desdobra em diferentes enfoques, dentre os quais importa considerar, no presente contexto, o da defesa da concorrência, o da defesa do consumidor e o da supervisão da operação de mercados específicos. As características substancialmente distintas e os diversos padrões de concorrência associados aos diferentes elos dessas cadeias de mercados requerem atuação diferenciada dos órgãos reguladores.

Assim, prescinde-se, em princípio, de uma ação governamental diretamente focalizada nos mercados de serviços de transporte, aplicando-se aí apenas as orientações gerais das políticas de defesa da concorrência e de defesa do consumidor. Contudo, no caso particular do transporte de passageiros, tais mercados têm sido objeto de marco regulatório específico que reflete preocupação em assegurar a estabilidade na prestação do serviço e em garantir sua qualidade.

Em relação aos mercados do uso da rodovia, a atuação governamental deve se traduzir na supervisão da operação dos mercados, enquadrando-os em um marco regulatório específico. Essa atuação visa coibir e proteger o usuário do exercício ilimitado do poder de monopólio, aproximando-se assim do enfoque da defesa do consumidor. Deve também substituir a concorrência na sua função de mecanismo de ajuste do mercado face a mudanças no ambiente econômico, tendo em vista preservar a viabilidade do empreendimento e assegurar a continuidade do serviço.

No tocante ao metamercaado do uso da rodovia, o aparato regulatório deve atuar sob o enfoque da defesa da concorrência. Contudo, nesse caso, contrariamente ao observado nos mercados em geral, é, sobre a demanda, e não sobre a oferta, que deve recair o foco da ação reguladora. Tal especificidade implica que a política dirigida ao metamercaado ganha conotações próprias que a distingue da política tradicional de defesa da concorrência.

Evitou-se aqui enquadrar as diversos enfoques e atribuições que compõem a ação regulatória do Estado em uma estrutura organizacional particular que os atribua a instituições específicas. De todo modo, as diversas instituições envolvidas devem ter presentes, no exercício de suas atribuições, que a atividade de transporte rodoviário se desdobra em diversas classes de mercado, que essas classes de mercado requerem enfoques e políticas diferenciados por parte do aparato regulatório e que essas políticas específicas interagem e devem ser articuladas.

Discriminação de preços e o Robinson-Patman Act

*João Paulo G. Leal **

“The Robinson-Patman Act can be understood as an attempt to regulate competitive practices in the spirit of Gardiner Means’ compromise: to balance the interests of sellers and buyers by mimicking the price mechanism.” (Peritz)

Introdução

A proibição legal à discriminação de preços, nos termos do Robinson-Patman Act, é ponto bastante controverso em matéria de defesa da concorrência. Peritz, por exemplo, assim como outros autores associam suas contradições à sua origem histórica, quando os Estados Unidos da América atravessavam a Grande Depressão e havia forte pressão deflacionista acirrada pela competição entre pequenos e grandes atacadistas e varejistas.

A discriminação de preços pode ser considerada tão inerente às relações de mercado quanto possivelmente inócua para a concorrência, se vista sob sua forma mais ordinária, por exemplo, simplesmente como o desconto negociado entre vendedor e comprador. Porém, a prática encerra efeitos negativos para os consumidores, pois permite ao vendedor, sob certas condições, comercializar o produto pelo valor máximo que cada consumidor aceita pagar.

A discriminação de preços é uma forma de exercício de poder de mercado. Empresas diversificadas, em termos de produtos e/ou mercados geográficos de atuação, podem realizar vendas de determinado produto para certa localidade a preços mais baixos, como forma de elevar sua participação de mercado ou de qualquer modo prejudicar empresas com atuação restrita ou centralizada naquele produto/região. Todavia, não é trivial discernir entre a prática que visa eliminar a concorrência e a redução do preço motivada pela mais acirrada competição encontrada em determinados mercados.

* Economista da Edgard Pereira & Associados. As opiniões expressas aqui são de responsabilidade do autor.

Enfim, esses pontos são apenas exemplos que não fazem jus à controvérsia que cerca a discriminação de preços. A análise dessa prática, feita nos próximos itens, tampouco se pretende exaustiva. Os itens 1 e 2 abaixo propõem distinguir a prática por seus efeitos: sobre os consumidores (diretos) e sobre a concorrência (indiretamente sobre os consumidores). São diferenças de abordagem, que correspondem aproximadamente às formas de tratamento conferidas pela economia e pelo direito à concorrência de preços.

Como visto no item I abaixo, a discriminação de preços resulta em uma transferência de renda dos consumidores para os produtores, mas esse efeito negativo, sob determinadas circunstâncias e dependendo do referencial que se adote, pode ser parcialmente compensado por um aumento de eficiência na produção pela melhor ocupação dos recursos empregados.

No item II, as atenções são voltadas para a análise mais tipicamente concorrencial da discriminação de preços. Nesse âmbito a prática pode ser distinguida mais uma vez, agora segundo as relações de concorrência que são afetadas pela discriminação. Passa-se na seqüência aos principais pontos do Robinson-Patman Act: o que é discriminar preços, como são identificados os prejuízos à competição causados, sob que condições a prática pode ser considerada lícita, entre outros.

Por fim, no item III busca-se sintetizar algumas das principais considerações detalhadas nos itens anteriores.

I. A discriminação de preços e seus efeitos (diretos) sobre os consumidores

Discriminar preços é cobrar pelo mesmo produto preços diferentes – essa pode ser tida como uma definição provisória, a ser qualificada adiante. Neste item são apresentadas quais condições devem estar presentes para que certa empresa possa discriminar preços; que tipos existem de discriminação e quais seus efeitos sobre os consumidores.

1.1. Condições para a Discriminação de Preços e sua Classificação

A discriminação de preços, tal como definida no parágrafo anterior, representa o afastamento do preço competitivo.

Em concorrência perfeita⁹⁰, a disputa travada entre cada um dos

⁹⁰ As características do modelo de concorrência perfeita e a determinação do preço nesses

inúmeros ofertantes faz com que o preço praticado – igual para todos – caia até o mínimo possível, de forma que o lucro auferido nessas condições seja estritamente o lucro normal ou lucro mínimo (e ao preço competitivo seja contraposto o preço ou lucro supranormal). Assim, o ato de discriminar preços requer a existência de poder de mercado (em maior ou menor grau), como definido por Landes e Posner (1981) no sentido da capacidade para impor preço superior ao competitivo.

E essa não é a única condição necessária para a viabilidade da prática. É necessário também que os consumidores não tenham ciência da discriminação ou não tenham a possibilidade de revender o produto comercializado (arbitragem dos preços maior e menor). À guisa de ilustração, tome-se o caso de uma commodity, isto é, de um produto homogêneo (em geral um produto primário agrícola, como café ou soja, ou um produto mineral, como ouro, alumínio, entre outros), com cotação em bolsa de valores. A discriminação de preços, vale dizer, a comercialização do produto a preço diferente da cotação em bolsa, é pouco provável ou até mesmo impossível. A venda a um preço maior é impossibilitada, pois a cotação é uma informação pública facilmente acessível ao comprador. E a venda da commodity a um preço menor que o da cotação é igualmente improvável, pois haveria sua revenda pelo comprador.

Por fim, há uma terceira condição para a discriminação de preços: quem a pratica deve identificar os consumidores (ou grupos de consumidores) dispostos a pagar preços mais elevados. Reconhecer as características dos consumidores e fixar preços em função delas não é uma questão trivial.

Dependendo da capacidade do ofertante do produto de discriminar seu preço, há diferentes tipos de discriminação: perfeita ou de primeiro grau, de segundo grau e de terceiro grau.

A discriminação perfeita ocorre quando o preço de venda é estabelecido diferentemente para cada transação em particular. Alguns autores explícita ou implicitamente afirmam que esse tipo de discriminação é incomum. Para Scherer e Ross (1990:491), “[e]xamples included the typical pricing practice in Middle Eastern bazaars and the sale at retail of most new and used cars”. Para Carlton e Perloff (1994:442), “[b]ecause perfect price discrimination requires detailed knowledge about individual buyers, it is more likely to occur (or be attempted) when one-on-one bargain occurs. For

mercados são analisadas em detalhe, por exemplo, em Varian (1994). Para uma síntese, sugere-se a leitura do capítulo 1 de Areeda e Kaplow (1997) e Santacruz (2002).

example, a car salesperson may ask potential buyers about their jobs, where they live, and where else they have shopped in an effort to estimate the maximum they are likely to spend”.

Parece, entretanto, que tal prática não é atípica. Ao contrário, é até mesmo inerente a muitas das transações realizadas cotidianamente. Considere-se como exemplo a venda de um bem de consumo qualquer. Os consumidores estão dispostos a pagar preços diferentes para adquirir uma unidade de determinado produto (o chamado preço de reserva), porém, como não se sabe que preços são esses, o produto é vendido a um preço único. Diferentemente do que pode ocorrer em uma pequena loja, em que, embora o preço do produto esteja afixado, o vendedor negocia diretamente um “desconto” com cada cliente individual. Do mesmo modo ocorre nas transações entre empresas: aos compradores interessa, em primeiro lugar, pagar um preço baixo, mas também obter uma “vantagem” em relação ao concorrente que adquirir o produto junto ao mesmo fornecedor.

Não cabe aqui uma “tipologia das transações”. É certo, porém, que há um grande número de produtos “de prateleira”, que são vendidos a um grande número de compradores, cujas transações não podem ser, portanto, particularizadas, como também há um grande número de transações que comportam esse tipo de barganha ou negociação individual, que está por trás da discriminação perfeita de preços.

A discriminação de segundo grau é similar à perfeita: os consumidores não são individualizados, mas, ao atender determinado critério estabelecido pelo vendedor, fazem face a preços diferentes. Nesse caso, o preço unitário é diferente, mas essa diferença não foi estabelecida em barganha individual com o comprador, mas por algum critério objetivo. O exemplo mais trivial é o de preços diferentes de acordo com as quantidades adquiridas.

Por fim, a discriminação de terceiro grau ocorre quando o vendedor é capaz de segmentar o mercado em diferentes grupos de consumidores independentes e para cada grupo é praticado um mesmo e único preço. Exemplos: a segmentação por faixa etária na venda de ingressos para o cinema ou segundo a destinação geográfica da mercadoria⁹¹. Nesses casos é

⁹¹ “U.S. airlines’ requirement that trips span Saturday night to qualify for bargain fares, for instance, is an attempt to separate business travelers from vacationers and person on family business, many of whom would not travel if they had to pay full fares. Similarly, lower prices are charged for children’s haircuts (despite the higher labor input to shear a wiggling object) because of stronger do-it-yourself competition.” (Scherer e Ross, 1990:493).

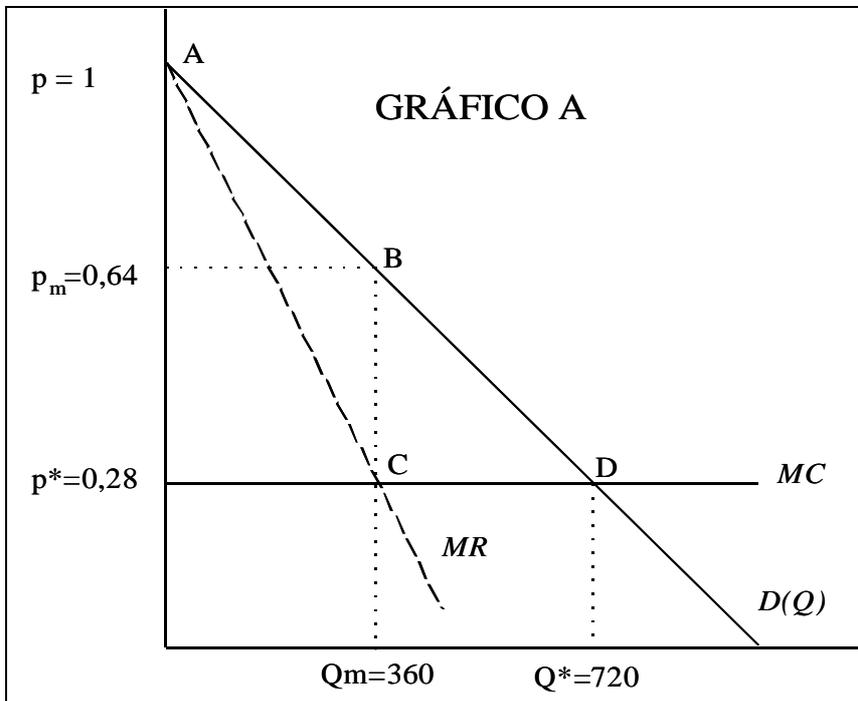
especialmente importante a possibilidade de prevenção da arbitragem de preços pelos consumidores.

De acordo com o tipo de diferenciação de preços conseguida, é maior ou menor seu efeito negativo em termos de bem-estar do consumidor. A situação-limite, detalhada a seguir, é dada pela discriminação perfeita.

1.2. Efeitos Distributivos e Alocativos da Discriminação de Preços

A primeira (e, de certo modo, a única) motivação para a discriminação de preços é o aumento dos lucros.

Considere o gráfico abaixo (uma adaptação da ilustração de Carlton e Perloff, 1994:438-441). O gráfico A representa a situação de uma empresa monopolista praticando preço indiferenciado. A curva de demanda é $D(Q)$, a receita marginal é MR e o custo médio e marginal é MC . Sem discriminação, o preço praticado é \$ 0,64, e a quantidade vendida, $Q_m = 360$ (receita marginal = custo marginal = 0,28). O lucro total auferido é igual à área do retângulo (p_mBCp^*), isto é, \$ 129,60.



Suponha agora que a empresa seja capaz de realizar uma discriminação perfeita. Há interesse em produzir e vender tudo que for possível desde que a um preço que iguale o custo marginal (0,28), igual ao custo médio, por hipótese. Ocorre que, com a discriminação, a empresa é capaz de praticar, para cada unidade comercializada, o preço máximo dado pela curva de demanda: a 1ª unidade foi vendida a \$ 1, a 360ª a \$ 0,64 e assim sucessivamente até a 720ª a \$ 0,28 (ou seja, o segmento AD da curva de demanda).

O crescimento do lucro que há com a discriminação de preços dá-se, em parte, pela redução do excedente dos consumidores. O lucro total auferido antes da discriminação, que era igual a \$ 129,60, passou a \$ 259,20 (igual à área ADp*), sendo comercializadas 720 unidades do produto. O excedente do consumidor, por sua vez, caiu a zero.

O excedente do consumidor nada mais é do que a diferença entre o que cada consumidor individualmente considerado está disposto a pagar pelo produto e o que é efetivamente pago. A um preço uniforme, alguns consumidores adquirirão o produto pagando menos do que se dispunham a gastar. Outros consumidores não comprarão o produto ou restringirão a quantidade a ser adquirida. Com a discriminação perfeita, ocorre é a “personalização” dos preços de venda e, com isso, a diminuição ou eliminação do excedente do consumidor.

Voltando ao gráfico acima, o excedente do consumidor obtido na situação sem discriminação de preços é igual à área ABp (= \$ 64,80): alguns dos consumidores estavam dispostos a pagar mais do que \$ 0,64, mas sem a discriminação de preços pagaram esse valor por cada uma das 360 unidades adquiridas (apropriaram-se desse excedente).

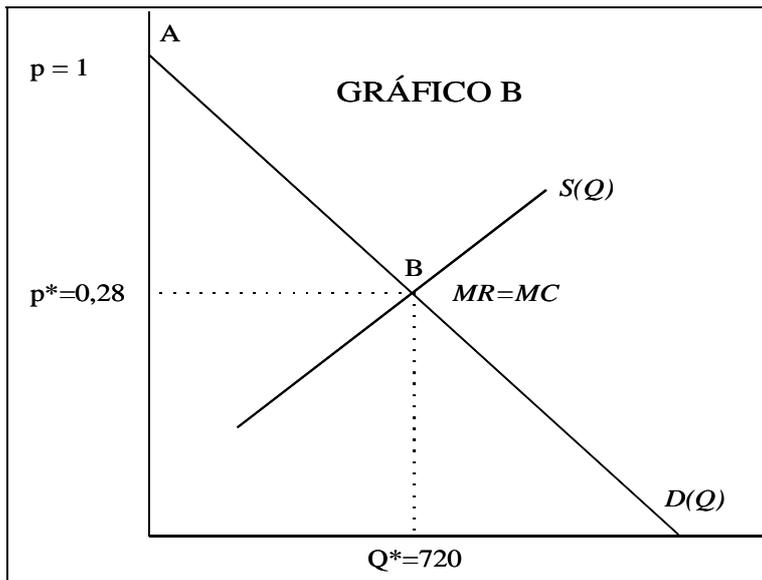
Portanto, uma das principais conseqüências da discriminação de preços é a redução do excedente dos consumidores, isto é, há um efeito distributivo em favor da(s) empresa(s) que a pratica(m) em detrimento dos compradores ou consumidores.

Mas essa situação é necessariamente a pior? A resposta depende da situação inicial da qual se parte. Considere, para efeito de comparação, a situação que prevaleceria em concorrência perfeita. Nesse caso, conforme mostra o gráfico B, a quantidade comercializada seria igual a $Q_m = 720$ [igualando oferta $S(Q)$ e a demanda $D(Q)$, ao preço de equilíbrio $p^* = \$0,28$] e o excedente do consumidor seria igual a \$ 259,20 (área ABp*).

Assim, em relação à situação de concorrência perfeita, a discriminação de preços resulta em perda de renda dos consumidores (a

eliminação total do excedente dos consumidores no caso da discriminação perfeita), mantendo inalterada a quantidade transacionada. Há um efeito negativo de distribuição de renda dos consumidores para os produtores⁹².

Já com relação à situação de monopólio sem discriminação, ao mesmo tempo em que a discriminação perfeita de preços resulta na apropriação de todo o excedente do consumidor e, portanto, no efeito negativo sobre a distribuição de renda, a conduta leva à expansão das quantidades produzidas e vendidas e, conseqüentemente, tem um efeito alocativo positivo: os recursos imobilizados na fabricação do produto são mais plenamente utilizados com a maior ocupação da capacidade produtiva instalada⁹³.



⁹² "There is no ambiguity about the welfare effects of perfect price discrimination. Output is at the efficient, competitive level, but consumers are poorer than they are under competition; therefore, perfect price discrimination does not distort efficiency but does affect the distribution income." (Carlton e Perloff, 1994:448)

⁹³ "First- or second-degree discrimination usually leads to larger outputs than under simple monopoly, and from to lower dead-weight losses and improved allocative efficiency." (Scherer e Ross, 1990:495) Deve-se notar, embora não caiba aqui desenvolver o argumento, que essa ambigüidade, mesmo com relação à concorrência perfeita, pode ser significativamente acentuada se os custos de produção não forem constantes, mas decrescentes.

Discriminação de Preços Perfeita e o Excedente do Consumidor			
	Concorrência Perfeita	Monopólio sem Discriminação	Monopólio com Discriminação
Preço	0,28	0,64	0,28
Quantidade Total	720	360	720
Excedente do Consumidor	259,20	64,80	0

Em suma, a discriminação de preços requer a existência de poder de mercado e sua efetivação resulta no aumento dos lucros e na redução ou completa eliminação do excedente dos consumidores. Há necessariamente um efeito distributivo negativo com decorrência da discriminação de preços. Porém, se a estrutura de oferta, antes da discriminação, é bastante concentrada, a discriminação pode implicar ampliação da produção e, portanto, em aumento de eficiência alocativa, compensando parcialmente o efeito distributivo que traz.

II. A discriminação de preços e a concorrência

A discriminação de preços tem distintas definições econômica e legal: na teoria econômica, a discriminação de preços ocorre quando os preços de venda não guardam relação com o custo do produto comercializado, ao passo que, legalmente, conforme interpretação da Suprema Corte norte-americana, discriminar preços é simplesmente vender o mesmo produto a preços diferentes⁹⁴.

Essas diferentes definições podem ser associadas aos efeitos da discriminação sobre os consumidores e a concorrência, respectivamente. No sentido econômico, para a obtenção de lucro maior, como visto, importa que a

⁹⁴ “The ‘price discrimination’ defined by the statute is not price discrimination in an economic sense, although the concepts overlap. The economist calls ‘discrimination’ any difference over two or more sales in the ration between the cost of the sale and its price. Thus, if it costs \$ 1 to supply a pair of rubbers to A, and \$ 2 to supply identical rubbers to B, it is discriminatory to sell rubbers to both at \$ 2. Under the Robinson-Patman Act, however, it is price discrimination unless he sells to both A and B at \$ 2. A seller avoids any charge of discrimination so long as he sells goods at the same price, no matter how different the costs of producing the goods may be.” (Posner e Easterbrook, 1981:944-945).

discriminação ocorra com relação ao custo. Já no sentido legal, a análise é centrada nos efeitos sobre a concorrência. Aqui a preocupação é com o falseamento da concorrência que pode resultar da cobrança de preços diferentes.

II.1. “Primary-line Injury” e “Secondary-line Injury”

A discriminação de preços pode limitar, falsear ou prejudicar a concorrência. Uma empresa pode desejar ampliar suas vendas em determinado mercado, inibir a entrada de novos concorrentes ou eliminar os já estabelecidos e, para tanto, pode adotar preços discriminados: menores nas vendas que deseja impulsionar em relação ao preço das demais unidades comercializadas. Ou, uma empresa, que consiga obter em suas compras uma vantagem substancial em relação aos seus concorrentes (e.g., pagando um preço menor e, portanto, diferenciado em relação aos outros compradores que com ela competem), pode reforçar sua posição competitiva, passando a dispor de condições para eliminar ou mitigar a concorrência em seu mercado de atuação.

No primeiro caso nota-se que as relações de concorrência falseadas pela prática e que são objeto de análise são as existentes entre a empresa que faz a discriminação e seus concorrentes. Os efeitos anticompetitivos que se busca coibir dizem respeito ao próprio mercado de atuação da empresa que pratica a discriminação. Por essa razão, esse tipo de discriminação é chamada de primária ou *primary-line*.

Há uma clara diferença com relação ao segundo exemplo acima de discriminação de preços. Naquele caso as relações de concorrência que se busca manter são as do mercado a jusante, isto é, o mercado de atuação da empresa para a qual se vende o produto com preço discriminado. Por isso, esse tipo de discriminação é chamada secundária ou *secondary-line*.

A discriminação de preços, portanto, pode ser classificada como de primeiro, segundo e terceiro grau, quando se tem em vista a natureza da diferença estabelecida entre os consumidores; e a discriminação de preços também pode ser distinguida por seus efeitos concorrenciais: discriminação primária e secundária.

A discriminação de preços foi determinada ilegal pelo Clayton Act de 1914 e texto legal estabelecia nítida preocupação com a do tipo primária:

“Clayton Act § 2, as originally enacted, was understood to be concerned mainly or even exclusively with price discrimination’s

effects upon the seller's competitors. Although the Court came to hold buyer-level competition within the statute's protection, the original enactment immunized quantity discounts and thus seemed impotent to control the granting of preferential prices to mass buyers. The mass-buying chain stores and mail order houses grew greatly after World War I and seemed to imperil independent business. The chains often purchased directly from manufacturers, dispensed with ordinary wholesalers, and undersold independent retailers.” (Areeda e Kaplow, 1997:908)

Já o Robinson-Patman Act, de 1936, introduziu alterações muito significativas no Clayton Act original⁹⁵, as quais se destinavam sobretudo a trazer para o alcance da lei a discriminação secundária. Vários autores enfatizam as particularidades do momento histórico em que o RPA foi promulgado. Posner e Easterbrook (1981:943-944), por exemplo, destacam que a preocupação do Congresso e do Executivo norte-americanos com a discriminação de preços secundária intensificou-se e encontrou respaldo político durante os anos 30, em meio à Grande Depressão e à tendência geral ao declínio dos preços:

“For many years small retail distributors, especially grocers, had been complaining to Congress about the growth of chain stores. These larger stores, which often offered greater selections of merchandise at lower prices, supposedly obtained discounts from wholesalers of manufacturers by exercising their greater ‘buying power’ [...] The complaints, although persistent, were unavailing until the Great Depression struck. Congress enacted the National Industrial Recovery Act as part of a program to halt the downward trend of prices [...] The NIRA was held unconstitutional by the Supreme Court, on May 27, 1935 [...] and the Robinson-Patman Act was introduced on June 11 as yet another device to stop the slide prices.”

⁹⁵ Para evitar maior confusão o Clayton Act de 1914 será referido por Clayton Act e o Clayton Act como emendado pelo Robinson-Patman Act de 1936 será referido apenas por RPA.

Em outras palavras, as grandes redes varejistas vinham alcançando uma maior expressão na economia norte-americana e, por isso, dispunham de elevado poder de compra para negociar preços menores junto aos fornecedores e, assim, obter uma vantagem competitiva frente aos concorrentes de menor porte. Estabelecia-se um círculo vicioso (ou seria virtuoso?), a partir do qual as vantagens obtidas pelas grandes redes com os fornecedores eram revertidas em maior participação de mercado, às expensas dos pequenos varejistas, reforçando o poder de barganha que dava continuidade à discriminação de preços.

Todavia, não se tem aqui qualquer pretensão de analisar os meandros econômicos ou políticos da época que levaram ao Clayton Act ou ao RPA⁹⁶.

Assim sendo, passa-se adiante para a análise do que se pode denominar aspectos mais sensíveis ou controversos acerca da proibição da discriminação de preços, conforme estabelecido pelo RPA (seus principais dispositivos são reproduzidos na íntegra no Anexo 1).

II.2. O que é “Discriminar Preço”?

O RPA não define ou exemplifica o que é “discriminar preços”. A referência jurisprudencial mais citada é a do caso *FTC v. Anheuser-Busch, Inc.*, 363 U.S. 536 (1960), no qual o Juiz Warren afirmou:

“We are convinced that, whatever may be said with respect to the rest of 2(a) and 2(b) – and we say nothing here – there are no overtones of business buccaneering in the 2(a) phrase ‘discriminate in price’. Rather, a price discrimination within the meaning of that provision is merely a price difference.” (sublinhou-se)⁹⁷.

Tratava-se de um caso de discriminação de primeiro grau⁹⁸. A *Anheuser-Busch* – fabricante de cerveja com atuação em todo os EUA – foi

⁹⁶ Sugere-se a leitura de Ross (1993:395-399) e, principalmente, de Peritz (1996), que faz um apanhado detalhado das condições políticas subjacentes à promulgação do RPA.

⁹⁷ Esse entendimento vem sendo mantido: “Since we have already decided that a price discrimination within the meaning of 2(a) ‘is merely a price difference’...” (*Texaco Inc. v. Hasbrouck*, 496 U.S. 543, 1990).

⁹⁸ De acordo com Ross (1993:403-404): “*Anheuser-Busch* argued that the Act did not

acusada de praticar preços nas vendas para o mercado de Saint Louis inferiores aos preços praticados em outras localidades⁹⁹. Naquele mercado estavam presentes empresas regionais, concorrentes da Anheuser-Busch.

O caso *Corn Products Refining Co. et. al. v. FTC*, 324 U.S. 726 (1945) fornece um contraponto interessante ao caso anterior. A Corn produzia glucose em duas unidades fabris: em Chicago e em Kansas City. A comercialização do produto era realizada unicamente na modalidade delivered, isto é, com o frete incluso. A discriminação de preços decorria da adoção pela Corn do chamado basing point system: o preço (exclusive custo de transporte) de Chicago era adotado como base para a determinação do preço final, independentemente da mercadoria provir realmente da fábrica de Chicago ou de Kansas City. Digamos, o preço final (delivered) era sempre igual ao preço de referência de Chicago, acrescido do custo de transporte calculado a partir de Chicago¹⁰⁰.

prohibit this price differential because the favored and disfavored buyers (local distributors in St. Louis were ‘favored’ and local distributors elsewhere not) did not compete with each other. The Court rejected the argument. It noted that the St. Louis price war appeared to be part of Anheuser-Busch’s efforts to discipline rival brewers in St. Louis, precisely the type of primary-line injury that was targeted by the original Clayton Act. Clearly, the Robinson-Patman Act was intended to expand, not limit, the prohibition on price discrimination, and the Court therefore refused to adopt the defendant’s reading of the statute, which would have confined its scope to secondary-line injury”.

⁹⁹ Preços praticados pela Anheuser-Busch, segundo informações contidas no Voto do Juiz Warren, da Suprema Corte:

St. Louis, Mo.	2.93	Washington, D.C.	3.65	Chicago, Ill.	3.44
Detroit, Mich.	3.55	Cincinnati, Ohio	3.75	Boston, Mass.	3.69
Houston, Tex.	3.70	Kansas City, Mo.	3.15	Bronx, N. Y.	3.68
St. Paul, Minn.	3.53	Kearney, Nebr.	3.68	Sioux Falls, S. Dak.	3.50
St. Joseph, Mo.	3.17	Buffalo, N. Y.	3.60	San Francisco, Calif.	3.79

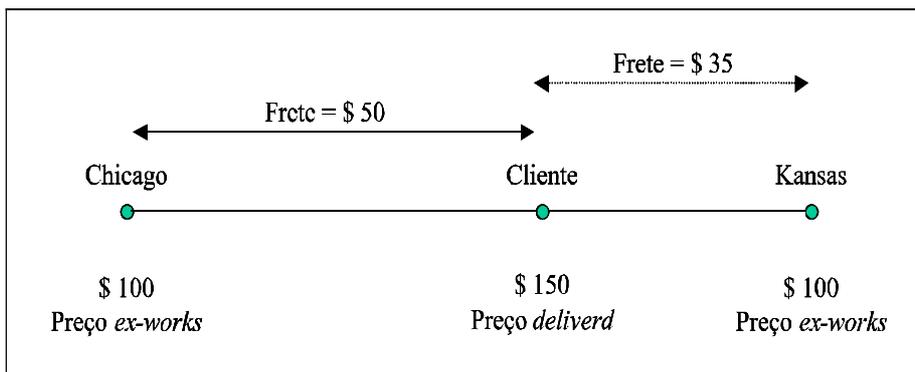
¹⁰⁰ Relata o Juiz Stone da Suprema Corte: “Petitioners, a parent corporation and its sales subsidiary, use a basing point system of pricing in their sales of glucose. They sell only at delivered prices, computed by adding to a base price at Chicago the published freight tariff from Chicago to the several points of delivery, even though deliveries are in fact made from their factory at Kansas City as well as from their Chicago factory. Consequently there is included in the delivered price on shipments from Kansas City an amount of ‘freight’ which usually does not correspond to freight actually paid by petitioners”.

Pode-se interpretar esse sistema da seguinte maneira: todos clientes adquirem o produto a preços finais diferentes, na medida que distam de Chicago: quanto maior a distância de Chicago, maior o preço delivered. Vendas realizadas para clientes com custos de transporte iguais (na mesma distância de Chicago) teriam preços finais iguais. E, além disso, descontado o custo de transporte, o preço praticado pela Corn seria sempre o mesmo, igual à referência de Chicago. Mas não foi essa a interpretação da Suprema Corte. Conforme relata o Juiz Stone:

“Thus purchasers in all places other than Chicago pay a higher price than do Chicago purchasers. And in the case of all shipments from Kansas City to purchasers in cities having a lower freight rate from Kansas City than from Chicago, the delivered price includes unearned or ‘phantom’ freight, to the extent of the difference in freight rates. Conversely, when the freight from Kansas City to the point of delivery is more than that from Chicago, petitioners must ‘absorb’ freight upon shipments from Kansas City, to the extent of the difference in freight.”

De acordo com a ilustração abaixo, o preço efetivamente pago pelo cliente teria sido \$ 150 (\$ 100 + \$ 50 de frete). Ocorre que, se não fosse o basic point system, esse cliente, que efetivamente era suprido a partir da fábrica de Kansas City, poderia adquirir o produto por \$ 135. Logo, a diferença entre \$ 50 e \$ 35 é o que o Juiz Stone denominou phantom freight:

“The Commission [Federal Trade Commission] found that the higher prices paid for glucose purchased from petitioners by candy manufacturers located in cities other than Chicago, result in varying degree in higher costs of producing the candies. The degree in each instance varies with the difference in the delivered price of the glucose, and the proportion of glucose in the particular candy. Manufacturers who pay unearned or phantom freight under petitioners’ basing point system necessarily pay relatively higher costs for their raw material than do those manufacturers whose location with relation to the basing point is such that they are able to purchase at the base price plus only the freight actually paid.”



Note-se: na ilustração, o phantom freight é positivo, mas também poderia ser negativo, contanto que o frete a partir de Chicago fosse menor do que o frete calculado desde Kansas City, e o produto fosse efetivamente despachado dessa última cidade.

Formalmente, poder-se-ia dizer que o preço praticado era não discriminado, considerando o preço de referência de Chicago, já descontado o custo do frete. Entretanto, a discriminação de preços (e o possível prejuízo à concorrência no mercado a jusante) foi identificada pela diferença real no preços, porque o custo de transporte implícito nos preços deliverd continha um valor “fantasma”, não efetivamente incorrido pelo fabricante e repassado para o adquirente da glucose.

Outro ponto importante acerca do que é discriminar preços é: essa prática não se confunde com a prática de preço predatório. A prática de preço predatório consiste na venda de um produto a preço inferior ao custo (qualquer que seja a definição de custo considerada). Já a discriminação de preços significa, como visto, apenas praticar preços diferentes:

“Price discrimination should not be confused with predatory pricing for they are not always one and the same. Predatory pricing occurs when a firm intentionally reduces prices below costs of production in order to drive rivals from the market. It can be used in conjunction with price discrimination if the firm engaging in predation simultaneously charges higher prices to customers in other areas where competition is not as keen. Although price discrimination and predatory pricing often occur together, they are separate practices and should be distinguished.” (Breit e Elzinga, 1996:223, como no original)

Entretanto, é possível traçar um paralelo entre as práticas de preço predatório e discriminação primária de preços. Ambas têm, do ponto de vista de quem as pratica, o mesmo objetivo imediato: impor uma perda de mercado aos concorrentes (eliminando-os ou não – essa questão será retomada brevemente, adiante). Essas condutas, por isso, podem ser aproximadas para fins analíticos.

A situação é diferente com relação à discriminação secundária. Quem comercializa o produto a preço menor encontra-se em princípio em uma situação passiva ou até mesmo defensiva. Trata-se de manter suas vendas para a empresa adquirente do produto, que é a beneficiária direta da prática. As relações concorrenciais que são objeto de análise referem-se ao mercado a jusante. O dano à competição deve ser determinado não com relação aos concorrentes de quem pratica a discriminação, mas relativamente aos concorrentes de quem se beneficia dela.

Feita essa observação, pode-se retomar a análise da discriminação de preços: discriminar preços é praticar preços diferentes, o que obviamente requer que o produto em questão seja o mesmo. Ou, nos termos do RPA (§ 2(a)), de produtos de igual categoria e qualidade (“like grade and quality”)¹⁰¹. Porém, definir se os produtos são ou não diferentes pode ser muito complexo, quando se está diante de produtos diferenciados.

A diferenciação de produto é um meio pelo qual as empresas buscam tornar seus consumidores fiéis ou atrair os consumidores de produtos concorrentes, a despeito do nível de seu próprio preço. Para tanto, deve-se convencer os consumidores de que o produto vendido por ela é melhor, seja num sentido altamente subjetivo (mais bonito, deixa o consumidor mais atraente, tem um gosto melhor etc.), seja num sentido menos subjetivo (mais qualidade, melhor desempenho, rende mais etc.). A publicidade, os atributos físicos acessórios, o desenho, o sabor, enfim, há uma variada gama de elementos que podem ser explorados para estabelecer a diferenciação de produtos e a fidelidade dos consumidores à determinada marca.

As empresas claramente esforçam-se para o estabelecimento de preferências dos consumidores por seus produtos, o que dá margem à existência de um sem-número de marcas com graus distintos de diferenciação, com diferenças das mais tênues às mais significativas. Cada marca, muitas

¹⁰¹ “It is only discriminatory to sell the same thing at different prices. Selling different goods at different prices is therefore beyond the scope of the Act.” (Ross, 1993:406).

vezes, busca atender aos anseios de determinado público-alvo, segmentando o mercado consumidor e, por conseguinte, capacitando as empresas a discriminar preços (mais provavelmente do terceiro grau).

As fronteiras entre produtos diferentes ou de igual categoria e qualidade são, portanto, muito tênues. Isto é mesmo da essência da concorrência intercapitalista.

O caso *FTC v. Borden Co.*, 383 U.S. 637 (1966), é interessante por estabelecer jurisprudência quanto à admissibilidade, nos termos do RPA, de um caso de venda a preços diferentes de marcas distintas de um produto idêntico (embora as marcas não fossem necessariamente idênticas para os consumidores).

A Borden Company produzia e comercializava leite sob marcas distintas: Borden, de sua propriedade, e marcas de terceiros, clientes da Borden. De acordo com o entendimento vitorioso no processo, o leite comercializado, sob qualquer denominação, era física e quimicamente idêntico¹⁰², embora o preço da marca Borden fosse regularmente superior ao preço cobrado pelo leite comercializado com outras marcas.

A FTC – a partir da determinação das diferentes marcas como sendo de like grade or quality – estabeleceu que o diferencial de preços em questão era discriminatório e, observando os outros requisitos legais, determinou a cessação da prática. A Corte de Apelação reverteu a decisão unicamente com base na consideração de que tais marcas não são de igual categoria e qualidade. A decisão da Suprema Corte foi favorável à FTC:

“We doubt that Congress intended to foreclose these inquiries in situations where a single seller markets the identical product under several different brands, whether his own, his customers’ or both¹⁰³. Such transactions are too laden with potential

¹⁰² “With respect to the facts, the dissent claimed that Borden took extensive quality-control precautions to insure that a flawed Borden brand product did not reach consumers, while these precautions were not taken for the private brand milk Borden prepared. If the dissent were correct, the two products were not of like grade and quality.” (Ross, 1993:406).

¹⁰³ De acordo com o Juiz White: “During the 1936 hearings on the proposed amendments to 2 of the Clayton Act, the attention of the Congress was specifically called to the question of the applicability of 2 to the practice of a manufacturer selling his product under his nationally advertised brand at a different price than he charged when the product was sold under a private label [...] it was suggested that the proposed 2(a) be amended so as to apply only to sales of commodities of ‘like grade, quality and brand’ ” (idem).

discrimination and adverse competitive effect to be excluded from the reach of 2(a) by permitting a difference in grade to be established by the label alone or by the label and its consumer appeal.”

A questão colocada pela Suprema Corte é simples: caso se admitisse que a comercialização de produtos idênticos sob marcas distintas e a preços diferentes não é potencialmente alcançada pelo RPA, seria estabelecido o meio pelo qual o dispositivo legal poderia ser sempre ilidido, bastando para tanto a oposição de marcas distintas a produtos idênticos¹⁰⁴.

Não se tem aqui qualquer pretensão à generalização, mas é bastante razoável considerar que as empresas, ao diferenciar produtos, lançar novas marcas e investir recursos vultosos nelas, têm por finalidade concorrer (na acepção precisa do termo) com as empresas rivais e discriminar preços (em sentido amplo). Não há razão para supor que esse objetivo subordina o primeiro, principalmente quando há razões fortes para crer que é justamente o contrário. A diferenciação de produto é elemento vital da competição em inúmeros mercados.

O que se afirma é que a diferenciação de produtos, ao mesmo tempo em que torna muito mais complexa a definição de produtos de igual categoria e qualidade, é parte constitutiva da concorrência entre empresas e do próprio padrão de consumo. Para que não se iniba essa fonte de vigor competitivo, é necessário submeter a definição do que é de igual categoria e qualidade ao crivo do mercado: as marcas que são comercializadas com sucesso a um preço superior ao das demais são marcas ou produtos de diferente categoria e qualidade¹⁰⁵.

¹⁰⁴ “The seller, to escape the Act, would have only to succeed in selling some unspecified amount of each product to some unspecified portion of his customers, however large or small the price differential might be. The seller’s pricing and branding policy, by being successful, would apparently validate itself by creating a difference in ‘grade’ and thus taking itself beyond the purview of the Act.” (idem).

¹⁰⁵ Apenas para prevenir eventual mal-entendido, isto não quer dizer que essas marcas pertençam a mercados relevantes distintos. A marca “A” é comercializada a um preço “X%” maior que o da marca “B”. O que a diferenciação de produtos busca garantir é a vendagem da marca “A” a despeito do diferencial de preços. Não assegura, ao contrário, que ao preço “X+1%” parte significativa dos consumidores deixe de adquirir a marca “A”, comprando alternativamente a marca “B” e, assim, fazendo com que ambas as marcas pertençam ao mesmo mercado relevante, nos termos do teste do monopolista hipotético.

II.3. O que é Prejudicar a Concorrência?

O § 2 (a) do RPA declara que é ilegal discriminar preços de um produto de igual categoria e qualidade, quando a discriminação tem por efeito: (i) reduzir substancialmente a competição; ou (ii) tender a criar um monopólio em qualquer linha de comércio; ou (iii) prejudicar, destruir ou impedir a competição de qualquer pessoa que suposta ou reconhecidamente é beneficiária da discriminação ou de clientes de qualquer um deles¹⁰⁶.

O inciso (iii) trouxe uma sensível mudança no “padrão de dano” requerido para a caracterização do ilícito a partir da redação dada pelo RPA. Prejudicar, destruir ou impedir a competição estabelece um nível de ofensa à concorrência menos forte do que reduzir substancialmente a competição ou tender a criar um monopólio. Tornou-se, desse modo, mais rígida a proibição ou, dito de outra forma, tornou-se menos nítido o critério para caracterização do prejuízo à concorrência causado pela discriminação de preços (de primeiro ou segundo grau).

II.3.1. Prejuízo à Concorrência e a Discriminação Primária de Preços

Considere-se, inicialmente, a discriminação primária de preços, que, como mencionado, preocupa-se com a concorrência no mercado de atuação da empresa que faz a discriminação. Diz respeito fundamentalmente à guerra de preços em mercados geográficos específicos, patrocinada por empresas com atuação dispersa geograficamente. Essas empresas poderiam “financiar” preços baixos nas vendas para determinados mercados, cobrando preços relativamente mais elevados em outras localidades de atuação.

Por outro lado, concorrentes com atuação restrita em termos geográficos não teriam acesso a essa fonte de “financiamento”. Uma empresa com produção centralizada em determinada localidade, mas com comercialização em escala nacional (país de dimensão continental como os

¹⁰⁶ Convém ressaltar mais uma vez a já mencionada ampliação do escopo da proibição à discriminação de preços realizada pelo RPA. O inciso (iii) acima não constava do Clayton Act de 1914 e sua inclusão tornou mais facilmente imputável a discriminação de preços secundária. O Clayton Act (§ 2º) original dispunha como ilegal unicamente discriminar o preço de mercadorias, quando a discriminação tem por efeito: (i) reduzir substancialmente a competição ou (ii) tender a criar um monopólio em qualquer linha de comércio.

Estados Unidos ou o Brasil), deve enfrentar a concorrência de outras empresas nacionais, bem como de outros rivais de atuação regional. Para tanto, suponha-se, atua com preços diferenciados segundo a localidade de destino, tornando-os compatíveis com os preços de mercado vigentes em cada região.

Como “separar” a vigorosa concorrência em mercados específicos da prática de discriminatória, capaz de prejudicar a competição? O caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii*, 386. U.S. 685 (1967) ilustra com precisão o tipo de questionamento proposto.

A *Utah Pie Co.* tinha fábrica em Salt Lake City, Estado de Utah, e comercializava as tortas congeladas lá fabricadas no próprio Estado e nos Estados vizinhos. Sua participação de mercado, que era de 66,5% em 1958, caiu para 34,3% em 1959, voltando a subir para 45,5% - 45,3% nos dois anos subseqüentes. Não obstante a perda de market share, o volume de vendas foi sempre crescente ao longo do período considerado, bem como os resultados financeiros da empresa foram melhorados, conforme relata o Juiz White da Suprema Corte¹⁰⁷.

Do outro lado encontravam-se as Representadas, *Continental Baking Co.*, *Carnation Company* e *Pet Milk Company*, concorrentes da *Utah Pie* no mercado de tortas congeladas e com atuação em várias regiões dos EUA. Nenhuma delas detinha fábrica no Estado de Utah e todas comercializam suas tortas em Salt Lake City e imediações a partir de fábricas situadas no Estado da Califórnia.

O caso, diga-se de passagem, versa sobre diferenciação primária de preços realizada individualmente por cada uma das Representadas, e não sobre formação de cartel para eliminação de empresa rival.

De acordo com o Juiz White:

“In this case, the evidence shows a drastically declining price structure which the jury could rationally attribute to continued

¹⁰⁷ “Petitioner is not, however, a large company. At the time of the trial, petitioner operated with only 18 employees, nine of whom were members of the Rigby family, which controlled the business. Its net worth increased from \$31,651.98 on October 31, 1957, to \$68,802.13 on October 31, 1961. Total sales were \$238,000 in the year ended October 31, 1957, \$353,000 in 1958, \$430,000 in 1959, \$504,000 in 1960 and \$589,000 in 1961. Its net income or loss for these same years was a loss of \$6,461 in 1957, and net income in the remaining years of \$7,090, \$11,897, \$7,636 and \$9, 216”.

or sporadic price discrimination. The jury was entitled to conclude that ‘the effect of such discrimination’, by each of these respondents, ‘may be substantially to lessen competition . . . or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination . . .’. The statutory test is one that necessarily looks forward on the basis of proven conduct in the past.” (sublinhou-se)

“Section 2 (a) does not forbid price competition which will probably injure or lessen competition by eliminating competitors, discouraging entry into the market or enhancing the market shares of the dominant sellers. But Congress has established some ground rules for the game [...] In this context, the Court of Appeals placed heavy emphasis on the fact that Utah Pie constantly increased its sales volume and continued to make a profit. But we disagree with its apparent view that there is no reasonably possible injury to competition as long as the volume of sales in a particular market is expanding and at least some of the competitors in the market continue to operate at a profit. Nor do we think that the Act only comes into play to regulate the conduct of price discriminators when their discriminatory prices consistently undercut other competitors”.

Há, de um lado, a ênfase na “deterioração da estrutura de preços da Utah Pie” e, de outro, “o aumento das vendas e a obtenção de lucros” da petionária. Ou, em outros termos, a divergência ocorre em torno do “prejuízo à competição” versus “o prejuízo dos competidores”, como ressaltado pelo Juiz Stewart, em seu voto de dissenso:

“Phrased more simply, did the respondents’ actions have the anticompetitive effect required by the statute as an element of a cause of action?”

The Court’s own description of the Salt Lake City frozen pie market from 1958 through 1961, shows that the answer to that question must be no. In 1958 Utah Pie had a quasi-monopolistic 66.5% of the market. In 1961 – after the alleged predations of the respondents – Utah Pie still had a commanding 45.3%, Pet had 29.4%, and the remainder of the market was divided almost equally

between Continental, Carnation, and other, small local bakers. Unless we disregard the lessons so laboriously learned in scores of Sherman and Clayton Act cases, the 1961 situation has to be considered more competitive than that of 1958. Thus, if we assume that the price discrimination proven against the respondents had any effect on competition, that effect must have been beneficent.

That the Court has fallen into the error of reading the Robinson-Patman Act as protecting competitors, instead of competition ...” (sublinhou-se)

Há uma série de questões, mais ou menos pontuais, que podem ser feitas com relação ao caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii*, algumas das quais não podem ser respondidas a partir das informações contidas na decisão da Suprema Corte. A perda de participação de mercado por parte da Utah Pie deveu-se à atuação dos concorrentes ou a empresa não conseguiu acompanhar o ritmo tão acelerado de crescimento do mercado? A redução dos preços praticados pela Utah Pie esteve associada ao preço discriminado dos rivais ou (pelo menos em parte) à redução dos custos pelo aumento da escala de produção?

Não seria inevitável que empresa com fábrica instalada a certa distância de Salt Lake City absorvesse parte dos custos de transporte para conseguir comercializar seus produtos nesta localidade (ao mesmo tempo, que pratica preço mais elevado nas vendas para regiões próximas à fábrica)? Essa discriminação de preços não seria até mesmo desejável por ampliar as fronteiras de cada mercado relevante geográfico considerado e, conseqüentemente, o número de ofertantes?¹⁰⁸

E, finalmente, como o RPA proíbi a discriminação de preços que tem por efeito “prejudicar, destruir ou impedir a competição” (“to injure, destroy, or prevent competition”) - o que já representou um “relaxamento” do padrão de dano constante do Clayton Act de 1914 – não seria equivocado interpretar tal disposição como “possibilidade razoável de dano à competição” (“reasonably possible injury to competition”)?

¹⁰⁸ “If geographic price difference producing harm to local competitors creates liability, must the national pie companies either charge uniform national prices or stay out of Salt Lake City? Would prices have been higher or lower in Salt Lake City? How might the permissibility of local price cutting by national firms affect the prospects of entry by small, local firms.” (Areeda e Kaplow, 1997:912).

Passados mais de vinte e cinco anos desde a decisão no caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii*, o entendimento da Suprema Corte parece ter sofrido grande mudança.

O caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*¹⁰⁹ 509 U.S. 209 (1993) traz, muito resumidamente, os seguintes fatos: em 1984, a Liggett (Brooke Group) lançou no mercado “cigarros genéricos” (generic cigarettes) a um preço 30% inferior ao dos cigarros de marca (branded cigarettes) então comercializados. Na seqüência, a Brown & Williamson lançou produto voltado para o mesmo segmento com preço inferior ao da Liggett, que desencadeou uma guerra de preços.

“Liggett filed this suit, alleging, inter alia, that volume rebates by Brown & Williamson to wholesalers amounted to price discrimination that had a reasonable possibility of injuring competition in violation of 2(a) of the Clayton Act, as amended by the Robinson-Patman Act.” (sublinhou-se)¹¹⁰

Interessam menos aqui os fatos analisados na decisão proferida pela Suprema Corte e mais as considerações doutrinárias aqui referidas:

“This type of injury, which harms direct competitors of the discriminating seller, is known as primary-line injury [...] We last addressed primary line injury over 25 years ago, in *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, (1967) [...]”

Utah Pie has often been interpreted to permit liability for primary-line price discrimination on a mere showing that the defendant intended to harm competition or produced a declining price structure. The case has been criticized on the grounds that such low standards of competitive injury are at odds with the antitrust laws’ traditional concern for consumer welfare and price competition. [...] Utah Pie was an early judicial inquiry in this area, and did not purport to set forth explicit, general standards for establishing a violation of the Robinson-Patman Act. As the

¹⁰⁹ Apenas por curiosidade, o Brooke Group foi representado na Suprema Corte por Philip Areeda e a Brown & Williamson, por Robert Bork.

¹¹⁰ O caso em questão traz outros aspectos importantes, considerados adiante.

law has been explored since Utah Pie, it has become evident that primary-line competitive injury under the Robinson-Patman Act is of the same general character as the injury inflicted by predatory pricing schemes actionable under 2 of the Sherman Act.” (sublinhou-se)

A mudança de entendimento é substancial. Os termos do Clayton Act, já “suavizados” pelo RPA, foram mencionados anteriormente. O § 2º do Sherman Act proíbe práticas individuais ou coletivas que tenham por efeito ou que sejam uma tentativa de “monopolizar o mercado”:

“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony ...” (Sherman Act, § 2º)

O padrão de dano requerido para que a discriminação de preços seja considerada ilegal passa a ser “monopolizar” ou “tentar monopolizar” e a semelhança com o tratamento dado à prática de preço predatório não se limita a isso:

“There are, to be sure, differences between the two statutes. For example, we interpret 2 of the Sherman Act to condemn predatory pricing when it poses ‘a dangerous probability of actual monopolization’ [...] whereas the Robinson-Patman Act requires only that there be ‘a reasonable possibility’ of substantial injury to competition [...] But whatever additional flexibility the Robinson-Patman Act standard may imply, the essence of the claim under either statute is the same: a business rival has priced its products in an unfair manner with an object to eliminate or retard competition, and thereby gain and exercise control over prices in the relevant market.

[...]

First, a plaintiff seeking to establish competitive injury resulting from a rival’s low prices must prove that the prices complained of are below an appropriate measure of its rival’s costs.

[...]

The second prerequisite to holding a competitor liable under the antitrust laws for charging low prices is a demonstration that the competitor had a reasonable prospect, or, under 2 of the Sherman Act, a dangerous probability, of recouping its investment in below-cost prices.

[...]

That below-cost pricing may impose painful losses on its target is of no moment to the antitrust laws if competition is not injured: it is axiomatic that the antitrust laws were passed for ‘the protection of competition, not competitors.’ (sublinhou-se)

A mudança de tratamento jurisprudencial não se dá apenas com relação ao caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii*, de 1967. Pode-se citar também o já referido caso *FTC v. Anheuser-Busch, Inc.*, de 1960, no qual a representada alegou, inter alia, que a ilegalidade da prática está condicionada à demonstração de que o preço (diferenciado) era inferior ao custo, visando eliminar a concorrência. No entanto, a interpretação do § 2(a) pela Suprema Corte é claramente contrária à tese da *Anheuser-Busch*:

“As we read that provision, it proscribes price differences, subject to certain defined defenses, where the effect of the differences ‘may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit’ of the price differential, ‘or with customers of either of them’ [...] In other words, the statute itself spells out the conditions which make a price difference illegal or legal, and we would derange this integrated statutory scheme were we to read other conditions into the law by means of the nondirective phrase, ‘discriminate in price’. Not only would such action be contrary to what we conceive to be the meaning of the statute, but, perhaps because of this, it would be thoroughly undesirable.”

Também a doutrina sustenta que há diferenças substanciais nas duas práticas, sendo conveniente distingui-las. Sullivan e Grimes (2000:149), por

exemplo, afirmam que (referindo-se especificamente ao caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*):

“... although the Supreme Court has stressed that ‘the Robinson-Patman Act should be construed consistently with broader policies of the antitrust laws’, that statute’s greater emphasis on equity and protection of small competitors remains indelibly imprinted in its wording, legislative history and court interpretations.”

Posner e Easterbrook (1981:680) seguem a mesma direção:

“It is, of course, possible to sell the same product at different prices in different areas without selling below cost in any area, or to sell below cost in all areas. Also, as we shall see, there is some authority for treating differential pricing as an exclusionary practice even if there are no sales below costs by anyone’s definition of costs.”

Enfim, não se tem a pretensão de tentar interpretar a lei ou de criticar sua interpretação pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Mas, fazendo-se remissão a Ross (1993:396-397), por exemplo, ocorre que o próprio debate legislativo à época da promulgação do RPA contraria a mais recente interpretação jurisprudencial:

“The Senate Committee report explained, however, that the competition-lessening standard in the original version of § 2 was ‘too restrictive, in requiring a showing of general injury to competitive conditions’ and that a focus on competitors as well as competition was a necessary prophylactic. Only through harm to competitors can competition be lessened, the Committee observed, and ‘to catch the weed in the seed will keep it from coming to flower’. The new legislation therefore barred price discrimination not only if it lessened competition but also if its effect was to ‘injure, destroy, or prevent competition’, between the beneficiary and the victim of the differential pricing.”

O mesmo autor, sem prejuízo de sua veemente crítica à decisão de 1967¹¹¹, sustenta que a “revisão” do RPA feita na seqüência teria “ido longe de mais”. O autor, cujo trabalho é anterior à decisão do caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, faz referência ao caso *General Foods Corp.* (103 FTC 204, 1984):

“The majority correctly observed that because the monopolization provision of the Sherman Act and the primary line discrimination provision of the Robinson-Patman Act are ‘directed toward the same goal – the protection of competition – it follows that the inquiries under each should be the same’. What does not follow, however, is the majority’s suggestion that the standard for liability should likewise be the same [...] Reading a requirement of proof that the defendant’s conduct creates a dangerous probability of monopolization as identical to a requirement of proof that the defendant’s conduct may have the effect of substantially lessening competition wreaks havoc on the English language.” (Ross, 1993:421)

Em suma, com base nas referências acima, não há dúvida de que preço predatório e discriminação de preços são condutas distintas¹¹². E, ademais, a equiparação da discriminação de preços (primária, ao menos) à prática de preço predatório tornaria possível, senão provável, que efeitos negativos para o bem-estar dos consumidores decorrentes da discriminação não fossem punidos.

A predação resulta em efeitos concorrenciais mais perceptíveis. Sendo o preço praticado inferior ao custo, pode ocorrer a eliminação dos concorrentes e, sob determinadas condições, o predador pode alcançar posição

¹¹¹ “*Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.* surely ranks among the handful of worst antitrust decisions in American history [...] The Court’s decision can be explained only by the most unthinking, simplistic logic: the Robinson-Patman Act helps small business, the defendants took profits away from a small business, therefore the defendants violated the Act.” (Ross, 1993:417)

¹¹² Afora a aproximação já mencionada, apenas para fins de análise, as práticas de preço predatório e de discriminação primária têm a seguinte semelhança: quem a pratica e quem é prejudicado por ela encontram-se no mesmo nível de comércio, diferentemente do que ocorre grosso modo com a discriminação secundária de preços.

de monopólio, estabelecendo um novo nível de preço superior ao competitivo e, conseqüentemente, na apropriação do excedente do consumidor.

Já a discriminação de preços, sem todos os efeitos rumorosos da predação, pode não levar à supressão da concorrência e, ainda assim, eliminar o excedente do consumidor.

Interpretar a proibição legal à discriminação de preços como se fosse o preço predatório, isto é, exigir o mesmo “padrão de dano” do preço predatório, pode, portanto, significar a permissão para a discriminação (uma vez que não tenha alcançado o “padrão de dano” da predação), sem coibir seus efeitos negativos sobre os consumidores (não necessariamente menores do que os efeitos da predação).

Por outro lado, como também já salientado, a proibição pura e simples de toda e qualquer diferenciação de preços (como “preços diferentes”) pode suprimir a competição mais acirrada neste ou naquele mercado específico.

O RPA padece, então, de um “defeito congênito” (e a referência aqui, por hora, é feita apenas à discriminação primária): o dispositivo legal condiciona a ilegalidade da prática à demonstração de dano à concorrência (competition injury), quando, de fato, pode não haver dano à concorrência, mas prejuízo direto ao mercado.

Se for aceito que mais vale aceitar a discriminação de preços, cujos efeitos negativos sobre a concorrência são incertos, do que proibi-la com base em uma “padrão de dano” pouco rígido e inibir a rivalidade que se expressa em reduções localizadas de preços, então a discriminação primária não traz maiores preocupações (ao menos quando igualada para todos os efeitos à predação).

Caso contrário, entendendo-se que a discriminação tem efeitos distributivos (e, eventualmente, concorrenciais) negativos e que estes não são compensados por outros fatores, a prática deve ser proibida em defesa do bem-estar do consumidor.

Assim procedendo, a discussão do “padrão de dano” (qualquer que seja o padrão) é equivocada. Não há que se falar em “dano” à concorrência, simplesmente porque o que se busca evitar ou coibir é a eliminação excedente do consumidor, sua apropriação por quem pratica a discriminação.

Essa linha de argumentação leva ao seguinte quadro: a discriminação primária deveria ser considerada ilegal, independentemente da verificação de prejuízos à concorrência. Para a imputação da prática caberia unicamente demonstrar seus efeitos negativos para consumidores. Mas, por tudo quanto

já discutido anteriormente, não é isso o que estabelece o RPA.

E caso esse dispositivo legal fosse interpretado como um instrumento de defesa do consumidor (sem a mediação da concorrência), caberia, no mérito, identificar a extensão da prática, isto é, a abrangência dos mercados afetados, o grau de dispersão dos preços, entre outros fatores. Buscar-se-ia apenas evitar a imputação de reduções temporárias de preços, de pequena magnitude e pouco representativas das vendas totais da empresa ou do mercado em questão.

Enfim, de acordo com essa interpretação, o RPA – e as justificativas aceitas para a discriminação de preços, cuja análise será feita no item II.4 – deveria distinguir unicamente a “discriminação pró-competitiva” da discriminação que, por sua extensão e profundidade, não é motivada pelo acirramento da competição em mercados específicos.

II.3.2. Prejuízo à Concorrência e a Discriminação Secundária de Preços

Até o momento foi analisado o “padrão de dano” considerado para determinação da ilegalidade da discriminação primária de preços. Com relação à discriminação secundária, deve-se ter presente, como já salientado, que os supostos efeitos negativos da conduta se refletirão no mercado à frente, isto é, no mercado de quem se beneficia com a aquisição do produto a preço menor.

No caso *Corn Products Refining Co. et. al. v. FTC*, supra-referido, o potencial de dano à concorrência foi estabelecido, uma vez que os adquirentes do produto ofertado pela Corn pagavam pelo transporte do produto, a cargo da fabricante, mais (ou menos, conforme o caso) do que o custo de transporte efetivamente incorrido (o chamado *phantom freight*).

As evidências quanto aos efeitos concorrenciais da prática foram sintetizadas pelo Juiz Stone nos seguintes termos:

“Since petitioners’ basing point system results in a Chicago delivered price which is always lower than any other, including that at Kansas City, a natural effect of the system is the creation of a favored price zone for the purchasers of glucose in Chicago and vicinity, which does not extend to other points of manufacture and shipment of glucose. Since the cost of glucose, a principal ingredient of low-priced candy, is less at Chicago, candy manufacturers there are in a better position to compete

for business, and manufacturers of candy located near other factories producing glucose, distant from the basing point, as Kansas City, are in a less favorable position. The consequence is, as found by the Commission, that several manufacturers of candy, who were formerly located in Kansas City or other cities served from petitioners' Kansas City plant, have moved their factories to Chicago.”

Possivelmente, essa síntese não faz jus às evidências trazidas aos autos em instâncias inferiores, às quais não se teve acesso. Feita essa ressalva, interessa notar que pouco é dito, por exemplo, sobre alternativas de suprimento dos diferentes clientes de glucose. Se restritas unicamente à Corn, parece correto concluir que os adquirentes localizados em Kansas City e imediações encontravam-se prejudicados em comparação com os clientes localizados na região de Chicago. Porém, se nas imediações de Kansas houvesse vários fornecedores de glucose em competição com a Corn, os efeitos da discriminação poderiam ser nulos.

Em uma palavra, da leitura da decisão proferida pela Suprema Corte nota-se a ausência de qualquer discussão sobre mercado relevante no caso, sua definição e, conseqüentemente, sobre o poder de mercado detido pela empresa que pratica a discriminação de preços. Como já mencionado anteriormente, a existência de poder de mercado é uma das condições necessárias para a discriminação e, por extensão, para que esta possa causar prejuízo à concorrência. Caso contrário, a empresa (adquirente de glucose, no caso) pode alternativamente abastecer-se de produtos sucedâneos (dimensão material do mercador relevante) e/ou do mesmo produto ofertado por outras empresas (dimensão geográfica).

No mesmo nível de questionamento, pode-se inquirir se os adquirentes de glucose das regiões de Chicago e Kansas City concorrem entre si no mercado de candies? Se não, isto é, se o mercado relevante geográfico de candies for local, não havendo concorrência entre ofertantes daquelas duas localidades, pode-se questionar¹¹³ a existência de efeitos anticompetitivos em decorrência da conduta examinada.

¹¹³ Nesse sentido, os petionários alegam que o § 2(a) diz respeito à discriminação entre clientes localizados em um mesmo ponto e não à discriminação entre clientes de diferentes localidades. De acordo com o Juiz Stone: “There is nothing in the words of the statute to support such a distinction, since the statute is not couched in terms of locality. And its

Essas questões (mais uma vez ressaltando que só se teve acesso à decisão proferida pela Suprema Corte), de certo modo, são perfunctórias¹¹⁴. Não questionam em si a relação entre discriminação secundária e prejuízo à concorrência, mas limitam-se a indagar acerca de eventuais problemas na análise do caso concreto.

De qualquer modo, a citação abaixo da referida decisão é ilustrativa da “frouxidão” do “padrão de dano” requerido (nos moldes das críticas feitas acima ao caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii*):

“[I]t is to be observed that 2(a) does not require a finding that the discriminations in price have in fact had an adverse effect on competition. The statute is designed to reach such discriminations ‘in their incipiency’, before the harm to competition is effected. It is enough that they ‘may’ have the prescribed effect.” (sublinhou-se)¹¹⁵

purpose to prevent injuries to competition through price discriminations would preclude any such distinction, not required by its language”. A segunda parte do § 2(a) – é ilegal a discriminação que reduz substancialmente a competição etc. – implica uma análise de mérito e, nesse sentido, é pertinente o argumento das petionárias: a discriminação de preços pode não ter efeito sobre clientes que não concorram entre si.

¹¹⁴ Mais substantivamente, além das observações feitas ao final do item anterior e que também são aplicáveis à discriminação do tipo secundária, pode-se notar adicionalmente que, mesmo não havendo margem de dúvida quanto ao dano à concorrência no mercado a jusante provocado pela discriminação secundária de preços, ainda assim se questiona se a determinação da ilegalidade da prática não poderia causar outro tipo de prejuízo, inibindo o desenvolvimento de relações mais eficientes entre fornecedor e determinados grupos de clientes (em geral, de maior porte).

¹¹⁵ Veja-se também o caso *FTC v. Morton Salt Co.*, 334 U.S. 37 (1948), no qual o Juiz Black reafirma entendimento expresso acima: “After a careful consideration of this provision of the Robinson-Patman Act, we have said that ‘the statute does not require that the discriminations must in fact have harmed competition, but only that there is a reasonable possibility that they ‘may’ have such an effect’ (*Corn Products Co. v. FTC*)”. Também no caso *Morton Salt*, o Juiz Jackson (acompanhado pelo Juiz Frankfurter) em seu voto de dissenso apresenta a seguinte ressalva: “I cannot accept its most significant feature, which is a new interpretation of the Robinson-Patman Act that will sanction prohibition of any discounts ‘if there is a reasonable possibility that they ‘may’ have the effect’ [...] I think the law as written by the Congress and as always interpreted by this Court requires that the record show a reasonable probability of that effect. The difference, as every lawyer knows, is not unimportant and in many cases would be decisive”.

II.4. Quando a Discriminação de Preços É Lícita?

Em princípio, são duas as defesas principais¹¹⁶ para a discriminação de preços, isto é, condições pelas quais a discriminação de preços, a despeito de sua determinação positiva, pode ser considerada legal: (a) quando decorrente de descontos devidos a diferenças no custo de manufatura, venda ou entrega resultantes de diferentes métodos ou quantidades; e (b) quando associada à redução do preço para equiparação ao preço igualmente baixo do praticado pelos concorrentes (*meeting competition defense*).

Com relação à primeira justificativa, como já observado, o Clayton Act original¹¹⁷ permitia a discriminação que decorresse de diferenças na quantidade vendida, sem qualquer menção a uma possível associação com diferenças de custos. A redação de 1914, portanto, tornava inimputável a discriminação que decorresse de diferença na quantidade vendida da mercadoria, tornando praticamente impossível coibir descontos comerciais concedidos às grandes redes varejistas. No RPA, ao contrário, são as diferenças de custos (eventualmente associadas às quantidades comercializadas) que podem justificar a discriminação, e não uma política autônoma de descontos baseada nas quantidades vendidas.

Quanto à *meeting competition defense*, o RPA trouxe também uma mudança: essa defesa deixou de ser incluída entre as justificativas listadas no § 2(a) e passou para o § 2(b). Este parágrafo estabelece que, uma vez identificada a discriminação de preços (e, subentende-se, determinado o prejuízo à competição – *competition injury*), a Federal Trade Commission (FTC) está autorizada a impor a eliminação da prática. O ônus de rebater a acusação *prima facie* é do acusado, que deve justificar a discriminação. Ao inverter o ônus da prova, o § 2(b) estabelece, por outro lado, que nada impede o acusado de justificá-la, mostrando que o preço foi estabelecido de boa-fé para “encontrar” um preço igualmente baixo de um competidor.

¹¹⁶ Vide §§ 2(a) e 2(b) do RPA. Além dessas justificativas, o § 2(a) permite, pode-se dizer, diferenças de preços fortuitas, isto é, relacionadas a mudanças nas condições de mercado ou de comercialização do produto, tais como deterioração de bens perecíveis ou sazonais ou vendas de produtos a serem descontinuados.

¹¹⁷ “That nothing herein contained shall prevent discrimination in price between purchasers of commodities on account of differences in grade, quality, or quantity of the commodity sold, or that makes only due allowance for difference in the cost of selling or transportation, or discrimination in price in the same or different communities made in good faith to meet competition.” (Clayton Act, de 1914, apud Areeda e Kaplow, 1997:976)

Não é transparente se a meeting competition defense tem o mesmo status da justificativa com base no custo ou se sua aplicação restringe-se à reversão do ônus da prova de uma acusação *prima facie*. É certo que esse é um ponto controverso e que foge à competência do autor. Porém, na seqüência essas duas justificativas para a discriminação de preços são analisadas com base em casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

II.4.1. Justificativas Baseadas em Custos

Segundo o § 2(a) do RPA:

“... nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered.”

Existem duas questões a destacar envolvendo essa linha de defesa. A jurisprudência é clara ao afirmar que a justificativa só pode ser aceita se a diferença de preços for integralmente justificada com base no diferencial de custos. Tendo em vista, inclusive, essa necessária igualdade quantitativa entre a diferença de preços e a diferença de custos, outra questão importante que emerge diz respeito ao ganho de eficiência (redução de preços) associada ao desconto comercial proporcionado pela maior quantidade comercializada para determinado cliente.

Ou seja, mesmo que não se possa demonstrar que todo o desconto oferecido é decorrência da redução de custos associada à maior quantidade vendida, ainda assim haveria um ganho (desconto) relacionado com o volume de vendas. Ao se privilegiar o efeito concorrencial que esse desconto pode ter no mercado à frente, não se estaria coibindo a obtenção de maiores níveis de eficiência econômica decorrentes da maior escala dos negócios?¹¹⁸ O caso

¹¹⁸ “The policy problem is thus apparent. Requiring too precise a justification for every differential eviscerates the defense and thereby interferes with efficient pricing. But accepting unduly casual proof would save virtually all price differentials, contrary to the statutory purpose. The tendency has been err in the direction of strictness, as it is often said that ‘the cost defense has proved largely illusory in practice’.” (Areeda e Kaplow, 1997:939)

FTC v. Morton Salt Co., 334 U.S. 37 (1948) ilustra ambos os questionamentos.

A Morton Salt produzia e comercializava sal de mesa, cujo preço de venda variava de acordo com a quantidade adquirida e com a assiduidade ou fidelidade do cliente. Em linhas gerais, o desconto básico oferecido era da ordem de US\$ 0,10 / caixa¹¹⁹. De acordo com o relato do Juiz Black, não procede a defesa da Representada baseada¹²⁰ na diferença de custo associada a diferentes quantidades e tipos de meios de transporte utilizados e seus respectivos preços:

“The argument is that there is an obvious saving to a seller who delivers goods in carload lots [...] Such discounts, like all others, can be justified by a seller who proves that the full amount of the discount is based on his actual savings in cost. The trouble with this phase of respondent’s case is that it has thus far failed to make such proof.” (sublinhou-se)

Chama a atenção, primeiramente, a clara afirmação de que o ônus de provar que a diferença de preços responde à diferença de custos não cabe a quem aplica a lei (no caso, a FTC), mas à representada tal prova, como afirma o Juiz Black na decisão em questão:

¹¹⁹ Para quantidades adquiridas less-than-carload o preço era US\$ 1,60 / caixa e para compras maiores, US\$ 1,50 / caixa. Ademais, para compras de 5.000 caixas em 12 meses consecutivos o preço era US\$ 1,40 / caixa e para compras de 50.000 caixas em 12 meses consecutivos, US\$ 1,35 / caixa. Essas condições referiam-se à marca Blue Label. As demais marcas de sal comercializadas estavam sujeitas ao mesmo sistema de descontos.

¹²⁰ A Morton Salt, ademais, afirmou que os descontos oferecidos para quantidades maiores eram acessíveis e, por isso, não implicavam ameaça à concorrência. Na decisão da Suprema Corte, porém, afirma-se que: “Theoretically, these discounts are equally available to all, but functionally they are not. For as the record indicates (if reference to it on this point were necessary) no single independent retail grocery store, and probably no single wholesaler, bought as many as 50,000 cases or as much as \$50,000 worth of table salt in one year. Furthermore, the record shows that, while certain purchasers were enjoying one or more of respondent’s standard quantity discounts, some of their competitors made purchases in such small quantities that they could not qualify for any of respondent’s discounts, even those based on carload shipments”.

“First, the general rule of statutory construction that the burden of proving justification or exemption under a special exception to the prohibitions of a statute generally rests on one who claims its benefits, requires that respondent undertake this proof under the proviso of 2(a). Secondly, 2(b) of the Act specifically imposes the burden of showing justification upon one who is shown to have discriminated in prices.”

Ademais, afirma-se claramente que a legalidade da discriminação de preços está condicionada à igualdade completa e integral entre diferencial de preços de custos. A FTC, em sua ordem de cessação de prática, permite desconto de menos que 5 (cinco) centavos de dólar: “that this shall not prevent price differences of less than five cents per case which do not tend to lessen, injure, or destroy competition among such wholesalers (retailers)”. A Morton Salt suscitou a seguinte dúvida: a FTC autorizou um desconto de até cinco centavos ou mesmo este desconto está condicionado a não causar prejuízo?

A Suprema Corte, ao final, manteve a decisão da FTC, pela ilegalidade da prática, exceto pela qualificação dos less than five cents per case:

“The enforcement responsibility of the courts, once a Commission order has become final either by lapse of time or by court approval, 15 U.S.C. 21, 45, 15 U.S.C.A. 21, 45, is to adjudicate questions concerning the order’s violation, not questions of fact which support that valid order”. “Since the qualifying clauses constitute an important limitation to the provisos, we think the Commission should have an opportunity to reconsider the entire provisos in light of our rejection of the qualifying clauses, and to refashion these provisos as may be deemed necessary.”¹²¹

¹²¹ O Juiz Jackson, no entanto, em seu voto de dissenso (ao qual se juntou o Juiz Frankfurter), afirma que:

“The Robinson-Patman Act itself, insofar as it relates to quantity discounts, seems to me, on its face and in light of its history, to strive for two results, both of which should be kept in mind when interpreting it. On the one hand, it recognizes that the quantity discount may be utilized arbitrarily and without justification in savings effected by quantity sales, to give a discriminatory advantage to large buyers over small ones. This evil it would prohibit. On the other hand, it recognizes that a business practice so old

E esse entendimento não sofreu mudança, como ilustra o caso de 1990, *Texaco Inc. v. Hasbrouck*, 496 U.S. 543 (1990). Em poucas palavras, a Texaco comercializava gasolina para dois distribuidores, Gulf e Dompier, a um preço inferior àquele praticado para revendedores, porém a empresa justificou a discriminação, *inter alia*, afirmando que se tratava de um desconto funcional (funcional discount), dado aos distribuidores e não aos revendedores.

A princípio¹²², o Juiz Stevens admite uma distinção entre distribuidores e revendedores. Em tese, haveria certa tolerância para discriminação entre eles (note-se que o desconto oferecido pela Morton Salt era “funcional” e também baseado nas quantidades adquiridas, independentemente da natureza do cliente):

“We generally agree with this description of the legal status of functional discounts. A supplier need not satisfy the rigorous requirements of the cost justification defense in order to prove that a particular functional discount is reasonable and accordingly did not cause any substantial lessening of competition between a wholesaler’s customers and the supplier’s direct customers.”

“In this case, however, both the District Court and the Court of Appeals concluded that even without viewing the evidence in the light most favorable to respondents, there was no substantial evidence indicating that the discounts to Gull and Dompier constituted a reasonable reimbursement for the value to Texaco of their actual marketing functions.”

and general is not without some basis in reason, that much that we call our standard of living is due to the wide availability of low-priced goods made possible by mass production and quantity distribution, and hence that whatever economies result from quantity transactions may, and indeed should, be passed down the line to the consumer. I think the Court’s disposition of this case pretty much sanctions an obliteration of the difference between discounts which the Act would foster and those it would condemn”.

¹²² “In *Texaco Inc. v. Hasbrouck*, the Supreme Court attempted to clarify the issue of functional discounts. Certain language in the opinion suggests that such discounts do not violate the Robinson-Patman Act so long as they are limited to reimbursing for the wholesaler/retailer for performing of wholesaling functions. Other language continues to muddy the waters, however, and thus the law remains somewhat unclear.” (Ross, 1993:445)

Ou seja, o “desconto funcional” seria teoricamente aceitável, conquanto, em termos quantitativos, fosse relacionado a funções do fabricante assumidas pelo distribuidor. A legalidade da discriminação de preços permanece condicionada à conexão entre diferença de preços e de custos (por quantidade ou por funções repassadas aos distribuidores).

E, ainda com relação ao caso *Texaco Inc. v. Hasbrouck*, é interessante ressaltar que, em se tratando de um caso de discriminação secundária, não se fez distinção pelo fato de os beneficiários (distribuidores) não serem concorrentes diretos das partes prejudicadas (revendedores). Ao contrário, de acordo com o Juiz Stevens:

“As we recognized in *Falls City Industries*, ‘the competitive injury component of a Robinson-Patman Act violation is not limited to the injury to competition between the favored and the disfavored purchaser; it also encompasses the injury to competition between their customers’. This conclusion is compelled by the statutory language, which specifically encompasses not only the adverse effect of price discrimination on persons who either grant or knowingly receive the benefit of such discrimination, but also on ‘customers of either of them’.”¹²³

Por fim, para concluir essas considerações sobre a justificativa para a discriminação de preços baseada em diferenças de custos, retoma-se a aparente controvérsia entre proteger a concorrência e coibir descontos (em alguma medida) associados a menores custos.

Faz-se referência aqui, em particular, à discriminação de preços secundária, que proíbe que descontos comerciais sejam oferecidos, em geral, para os grandes clientes, porque, em tese, prejudicam a concorrência com os pequenos clientes. A racionalidade é bastante conhecida: tais descontos podem gerar um círculo vicioso, no qual quem adquire maiores quantidades, por ser justamente maior acaba por eliminar a concorrência dos pequenos competidores.

“The legislative history of the Robinson-Patman Act makes it abundantly clear that Congress considered it to be an evil that a

¹²³ O caso *Falls City Industries v. Vanco Beverage*, 460 U.S. 428 (1983), será analisado na seqüência, tendo em vista outros aspectos de interesse.

large buyer could secure a competitive advantage over a small buyer solely because of the large buyer's quantity purchasing ability. The Robinson- Patman Act was passed to deprive a large buyer of such advantages except to the extent that a lower price could be justified by reason of a seller's diminished costs due to quantity manufacture, delivery or sale, or by reason of h e seller's good faith effort to meet a competitor's equally low price.”

A citação acima, do caso *FTC v. Morton Salt Co.*, traz à tona a questão: por que a necessidade da exata igualdade entre desconto comercial e redução de custos associada à maior quantidade comercializada?

O Juiz Jackson, em seu voto de dissenso em *FTC v. Morton Salt Co.* (ao qual se juntou o Juiz Frankfurter), afirma que:

“The Robinson-Patman Act itself, insofar as it relates to quantity discounts, seems to me, on its face and in light of its history, to strive for two results, both of which should be kept in mind when interpreting it. On the one hand, it recognizes that the quantity discount may be utilized arbitrarily and without justification in savings effected by quantity sales, to give a discriminatory advantage to large buyers over small ones. This evil it would prohibit. On the other hand, it recognizes that a business practice so old and general is not without some basis in reason, that much that we call our standard of living is due to the wide availability of low-priced goods made possible by mass production and quantity distribution, and hence that whatever economies result from quantity transactions may, and indeed should, be passed down the line to the consumer. I think the Court's disposition of this case pretty much sanctions an obliteration of the difference between discounts which the Act would foster and those it would condemn.”

A busca por maior volume de vendas / participação de mercado orienta a busca por menores custos, podendo dar margem à discriminação de preços. A proibição dessa prática (caso não integralmente justificada pelo diferencial de custos) pode inibir o vigor competitivo e, conseqüentemente, a redução de custos que, se generalizada, beneficia a todos.

O caso Goodyear Tire & Rubber Co., de 1936 e, portanto, anterior ao caso Morton Salt Co. e ao próprio RPA, é, nas palavras de Ross (1993:451), um exemplo de razoabilidade:

“Although price differentials cannot be justified bases on ‘remote and unsubstantial differences in cost’, the was quite clear that ‘a discount is not to be condemned merely because it does not mathematically accord with cost differences’. The Commission emphasized that the ‘problem is a practical one and must depend on the effect and intent of the scheme as a whole’; the pricing scheme should therefore be evaluated with an eye toward ensuring ‘equality to purchasers’ and requiring that price differences ‘be reasonably related to the difference in cost and not a covert means of favoritism’”.

Deve-se admitir que a comercialização do mesmo produto para clientes diversos com preços diferentes, embora não integralmente justificada em diferenciais de custos, pode ensejar forma de organização das relações comerciais e de produção mais eficiente.

Porque são reduzidos os custos de produção, de transporte ou de transação entre as partes, por exemplo, os descontos obtidos pelas grandes redes varejistas podem ser repassados aos consumidores finais, resultando, em princípio, em ganhos bem-estar econômico para o conjunto da sociedade. Há necessariamente um efeito concorrencial negativo que invalida aquele resultado? Historicamente houve a eliminação de pequenos varejistas por grandes redes de lojas ou houve o crescimento aproximadamente homogêneo das escalas de cada um? Se houve a eliminação naqueles termos, ela foi causada pelo desconto oferecido pelas empresas localizadas a montante? E, ainda, a eliminação da competição dos pequenos varejistas pode levar à monopolização do mercado ou resta concorrência bastante entre grandes redes capaz de disciplinar o uso do poder de mercado?

Essas e outras questões, é claro, fogem ao escopo desse artigo. São questões complexas, que demandariam análise empírica aprofundada, mas que ao menos revelam uma das mais importantes controvérsias a respeito do RPA. Para alguns, a concentração de mercado ocorrida desde sua promulgação é indicativa da fragilidade com que foi aplicado o RPA. Para outros, de seu equívoco seminal. Dentro dos limites aqui colocados, é suficiente concluir, secundando o Juiz Jackson mencionado acima, que é

necessário distinguir entre a discriminação arbitrária e aquela que guarda relação, mas não necessariamente integral, com custos menores.

II.4.2. Meeting Competition Defense

Como mencionado anteriormente, o § 2(b) do RPA não é claro quanto ao status da meeting competition defense: sua aplicação restringe-se à reversão do ônus da prova de uma acusação prima facie ou se constitui em uma defesa em si, nos mesmos termos da baseada em custos? Essa questão foi dirimida pela Suprema Corte em sua análise do caso *Standard Oil Co. v. FTC*, 340 U.S. 231 (1951) (vide também Areeda e Kaplow, 1997:944), examinado adiante.

Outro ponto de interesse refere-se justamente ao que se entende por “encontrar a competição”. O § 2(b) do RPA estabelece que:

“... nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima-facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor.” (sublinhou-se)

Apenas como exemplo, pode-se supor que, por uma eventualidade qualquer, a demanda pelo produto em determinada região encontra-se muito reduzida e, conseqüentemente, que os preços praticados naquela localidade tenham sido diminuídos. Se um ofertante, com atuação em outro mercado relevante geográfico, reduz o preço de venda para aquela localidade, mas não o faz para as demais localidades em que comercializa o produto, ele pratica a discriminação de preços?

“Encontrar a competição” enquadra-se, sob determinadas circunstâncias, nesse exemplo. O ofertante age *bonna fide*, quando reduz o preço de forma precisamente a igualar o preço vigente em determinado mercado. A diminuição do preço não pode ir além do necessário para encontrar o preço igualmente baixo (to meet an equally low price of a competitor):

“The act therefore makes it clear that a discount that exceeds those necessary to meet competition – i.e., a discount that is

intended to beat, rather than meet, a rival's price – is unlawful.”
(Ross, 1993:459)

Os casos *FTC v. A. E. Staley Mfg Co.*, 324 U.S. 746 (1945) e *Falls City Industries v. Vanco Beverage*, 460 U.S. 428 (1983), por outro lado, ilustram a dificuldade de se determinar se a discriminação resulta do objetivo de reduzir o preço para encontrar a competição ou se a discriminação é, antes, o resultado do preço elevado em outra localidade.

O caso *FTC v. A. E. Staley Mfg Co.*, 324 U.S. 746 (1945) é “gêmeo” do caso *Corn Products*, já referido, e sua defesa baseava-se justamente no encontro do preço praticado pela *Corn* segundo o seu basing point system. A *Staley* comercializava glucose e tinha fábrica localizada em Decatur, Illinois, nas proximidades de Chicago, em concorrência com a *Corn Products*. O sistema de preço da *Staley* seguia o da *Corn*, tendo por referência o preço de Chicago, acrescido da despesa de transporte. De acordo com a *Staley*, tratava-se de “encontrar a competição”, ou seja, adotar a sistema adotado pela *Corn*, caso contrário não seria possível atuar competitivamente em Chicago.

O Juiz Stone, no entanto, recusou a meeting competition defense, porque a prática não resultava unicamente na igualação do preço mais baixo em Chicago, mas também na elevação não justificada do preço cobrado pela *Staley* para os clientes localizados nas proximidades da fábrica em Decatur.

“The statutory test is whether respondents, by their basing point system, adopted a ‘lower price ... in good faith to meet an equally low price of a competitor’ [...] On the contrary, respondents have used their pricing system to adopt the delivery prices of their Chicago competitors, by charging their own customers upon shipments from Decatur the Chicago base price plus their competitors’ costs of delivery from Chicago. Even though respondents, at many delivery points, enjoyed freight advantages over their competitors, they did not avail of the opportunity to charge lower delivered prices. Instead they maintained their own prices at the level of their competitors’ high prices, based upon the competitors’ higher costs of delivery, by including phantom freight in their own delivered prices.”

Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que a *Staley*, “ao encontrar o preço” igualmente baixo vigente em Chicago, a rigor discriminou

os adquirentes localizados mais próximos de Decatur, de quem cobrava preço mais elevado.

Em *Falls City Industries v. Vanco Beverage*, 460 U.S. 428 (1983), a decisão da Suprema Corte apresenta nuances mais acentuadas.

Falls City fabricava e comercializava cerveja para a Vanco, distribuidora em Evansville (Indiana), a preço superior em relação às vendas para a Dawson Springs, Inc., distribuidora em Henderson (Kentucky). As duas cidades faziam parte de uma área metropolitana, porém os varejistas de Evansville não podiam adquirir o produto de distribuidores de outros Estados, assim como os distribuidores de Indiana não podiam vender o produto para varejistas de outras Estados, de acordo com a legislação de Indiana. Vanco e Dawson Springs, portanto, não eram concorrentes diretos entre si¹²⁴. De acordo com a Suprema Corte, em decisão unânime:

“The ‘facts and circumstances’ present in *Staley* differ markedly from those present here [...] there is no evidence that Falls City’s lower prices in Kentucky were set as part of a plan to obtain artificially high profits in Indiana rather than in response to competitive conditions in Kentucky.

[...]

The District Court and the Court of Appeals did not decide whether Falls City had shown facts that would have led a reasonable and prudent person to conclude that its lower price would meet the equally low price of its competitors in Kentucky throughout the period at issue in this suit.

[...]

Accordingly, the judgment of the Court of Appeals is vacated, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion.”

¹²⁴ Já se mencionou anteriormente, tendo por referência o caso *Texaco Inc. v. Hasbrouck*, de discriminação secundária, que não se faz distinção pelo fato de os beneficiários (distribuidores) não serem concorrentes diretos das partes prejudicadas (revendedores). O que não se confunde com a concessão de descontos funcionais. No caso *Falls City, Vanco e Dawson Spring* não eram concorrentes, mas seus clientes eram, uma vez que os consumidores se deslocavam de uma cidade a outra para adquirir a cerveja junto aos varejistas. Assim, de acordo com o Juiz Blackmun: “... the competitive injury component

Parece pacífico que o sucesso de uma defesa baseada no “encontro da competição” repousa na demonstração de que o preço foi reduzido estritamente ao montante necessário para igualar o preço (mais baixo) dos concorrentes; que a redução do preço não ultrapassou esse limite. Por outro lado, não é nada trivial, como demonstrado, identificar em casos concretos se o “preço menor” foi reduzido para encontrar a competição ou se o “preço maior” foi aumentado para subsidiar o preço baixo praticado nas vendas para outras localidades / clientes.

O caso *Falls City v. Vanco*, ademais, é complexo, introduzindo outras questões de interesse. Por exemplo, a decisão da Suprema Corte evidencia, mais uma vez, que o ônus da prova para reversão da ilegalidade *prima facie* recai sobre a representada¹²⁵ e que a *meeting competition defense* tem o mesmo status da defesa baseada em custos, ou seja, que, se demonstrada a boa-fé para equiparar o preço igualmente baixo do concorrente, a defesa é suficiente em si mesma:

“When proved, the meeting-competition defense of 2(b) exonerates a seller from Robinson-Patman Act liability. *Standard Oil Co. v. FTC*, 340 U.S. 231 (1951).”¹²⁶

A *meeting competition defense* oferecida não foi aceita pela FTC, mas pela razão errada:

of a Robinson-Patman Act violation is not limited to the injury to competition between the favored and the disfavored purchaser; it also encompasses the injury to competition between their customers – in this case the competition between Kentucky retailers and Indiana retailers who, under a District Court finding not challenged in this Court, were selling in a single, interstate retail market”.

¹²⁵ A objeção às decisões das instâncias inferiores deve-se à desconsideração das informações trazidas pela *Falls City*. “Neither the District Court nor the Court of Appeals addressed the question whether *Falls City* had shown information that would have led a reasonable and prudent person to believe that its lower Kentucky price would meet competitors’ equally low prices there; indeed, no findings whatever were made regarding competitors’ Kentucky prices, or the information available to *Falls City* about its competitors’ Kentucky prices.”

¹²⁶ Faz-se referência à jurisprudência estabelecida no caso *Standard Oil Co. v. FTC*, em que a empresa foi acusada de discriminar preços em suas vendas de gasolina para quatro distribuidores em Detroit, a um preço menor do que aquele de venda para varejistas (postos de gasolina) na mesma área.

“The question before us, therefore, is whether the amendments made by the Robinson-Patman Act deprived those facts of their previously recognized effectiveness as a defense [...] In its opinion in the instant case, the Commission recognizes that it is an absolute defense to a charge of price discrimination for a seller to prove, under 2 (a), that its price differential makes only due allowances for differences in cost or for price changes made in response to changing market conditions [...] The Commission says, however, that the proviso in 2 (b) as to a seller meeting in good faith a lower competitive price is not an absolute defense if an injury to competition may result from such price reduction. We find no basis for such a distinction between the defenses in 2 (a) and (b).

[...]

There is nothing to show a congressional purpose, in such a situation, to compel the seller to choose only between ruinously cutting its prices to all its customers to match the price offered to one, or refusing to meet the competition and then ruinously raising its prices to its remaining customers to cover increased unit costs. There is, on the other hand, plain language and established practice which permits a seller, through 2 (b), to retain a customer by realistically meeting in good faith the price offered to that customer, without necessarily changing the seller’s price to its other customers.”

Ross não é o único a apontar o problema fundamental derivado dessa formulação¹²⁷:

“... one of the principal reasons for enacting the Robinson-Patman Act was to prevent sellers from offering favorable prices to powerful buyers. If such a buyer is able to induce one seller

¹²⁷ Veja-se, por exemplo, o voto de dissenso do Juiz Reed no caso *Standard Oil Co. v. FTC*, no qual ele conclui: “We believe that good faith meeting of a competitor’s price only rebuts the prima facie case of violation established by showing the price discrimination. Whether the proven price discrimination is of a character that violates 2 (a) then becomes a matter for the determination of the Commission on a showing that there may be injury to competition”.

to give it a discount, then the defense allows all other sellers to match the discount, despite the significant injury to less powerful buyers [...] If Standard Oil sells at a discriminatory low price to favored jobbers only because they received an equally low offer elsewhere, these jobbers will have a marketplace advantage over Standard's disfavored buyers regardless of what Standard does, and nothing is gained by forbidding Standard from keeping the business itself." (Ross, 1993:461)

Em termos mais simples e bastante gerais, essa interpretação reduz significativamente a efetividade da proibição legal contra a discriminação de preços. Particularmente no que diz respeito à do tipo secundária, há, por parte de quem adota a prática, um objetivo precípua que é manter o grande cliente; evitar que aquele volume significativo de vendas seja carreado para seu concorrente direto. Do mesmo modo que há o poder de barganha exercido pelo grande cliente, negociando simultaneamente com vários fornecedores, para a obtenção do melhor preço possível, tanto em termos absolutos, quanto em relação aos demais adquirentes (pequenos ou grandes).

Assim sendo, isto é, (i) se "bater" o preço do competidor é parte integrante da lógica comercial e (ii) se a meeting competition defense é aceita como uma defesa que exonerates a seller from Robinson-Patman Act liability (Standard Oil Co. v. FTC), parece que resta muito pouco do RPA como um instrumento de proteção à concorrência entre pequenos e grandes adquirentes de produtos e serviços contra a discriminação secundária de preços. No próximo item, essa e outras conclusões são retomadas à guisa de síntese.

III. Uma síntese

A constatação do progressivo desuso do RPA¹²⁸ não invalida as críticas feitas nos itens anteriores, que obviamente não esgotam as

¹²⁸ "Following a change in membership, the [Federal Trade] Commission reduce the number of companies charged in Robinson-Patman Act complaints from an average of seventy-four per year in 1960-1965 to 5,6 in 1966-1970. A further drop ensued in the 1970a as attempts were made to reform the Commission's case selection procedures and screen out specious or downright anticompetitive actions. Between 1975 and 1982, only six formal complaints were issued, and from 1983 to 1986, only one additional complaint emerged." (Scherer e Ross, 1990:516)

ambigüidades que cercam a discriminação de preços¹²⁹.

Do mais consensual para o mais controverso, há o efeito da discriminação sobre a renda dos consumidores, isto é, seu efeito distributivo destes para os produtores. Não há dúvida de que, com relação a uma situação de equilíbrio de concorrência perfeita, a discriminação reduz o excedente dos consumidores, sem resultar uma “compensação” em termos de expansão da produção e do consumo. Todavia, afastando-se da artificialidade descritiva do mercado perfeitamente competitivo, há essa nuance: a discriminação tende a ampliar o nível de utilização dos recursos (eficiência alocativa), ao mesmo tempo em que tem efeitos distributivos negativos.

Questiona-se, também num âmbito geral de análise, se a discriminação de preços não é algo inerente às relações de mercado e eventualmente benéfica para a própria competição, como muito bem sintetizado por Ross (1993:401):

“In industries controlled by a few large firms, no one is likely to announce widespread price reductions because to do so would simply start a price war: rivals would match the lower prices and none of the firms would gains in increased market share. In these industries, the temptation to gain market share leads instead to selective price cutting, which may eventually ripen into real

¹²⁹ Uma questão não mencionada aqui, por exemplo, é a relação entre discriminação de preços e cartelização. Muitos autores apontam que a discriminação de preços poderia ser consentida, pois torna mais difícil a celebração e a manutenção de acordos de preços entre empresas concorrentes. Scherer e Ross (1990:500), por exemplo, afirmam que: “Another important procompetitive effects is the tendency of unsystematic price discrimination to undermine oligopoly discipline [...] When secret price shading of this sort occurs frequently, sellers may lose all confidence in their rivals’ willingness to cooperate toward a common price policy, and the resulting loss of discipline makes joint oligopoly profit maximization impossible”. Ou, conforme Posner e Easterbrook (1981:952): “A cartel member who wished to cheat would be inclined to grant discounts (or rebates) to its largest purchasers, because this would produce the maximum diversion of sales in a minimum number of transactions; and minimizing the number of transactions reduces the probability that the cheating will be detected”. Enfim, esse tema não pode ser analisado como se deve em uma nota de rodapé, mas não se pode deixar de assinalar, todavia, que a discriminação (o preço predatório também) pode ser um instrumento de “chamamento dos renitentes” para o cartel, uma ameaça de punição caso não haja a adesão ao comportamento coordenado.

price competition. But the Robinson-Patman Act prohibits selective price cutting.” (Ross, 1993:401)

Nem mesmo há uma conclusão inequívoca acerca da relação entre discriminação de preços e eliminação de pequenos competidores, mais frágeis na disputa por manutenção de suas vendas e incapazes de se beneficiarem dos descontos oferecidos aos grandes clientes. Não é certo tampouco se os consumidores seriam realmente beneficiados pela existência de um grande número de pequenos estabelecimentos comerciais ou se, ao contrário, são as empresas de grande porte que têm condições de oferecer produtos e serviços a menores preços (porque são mais eficientes em geral e, em particular, porque conseguem usar seu poder de compra para obtenção de menores preços juntos aos fornecedores)¹³⁰.

Peritz (1981) foi muito feliz ao destacar, como no trecho citado na epígrafe, que o contexto histórico em que o RPA foi promulgado favorecia a supremacia da política econômica sobre questões técnicas concorrenciais atinentes à discriminação de preços.

Por outro lado, a equiparação dessa prática (como discriminação primária) à predação e o reconhecimento de que as relações entre fornecedores e compradores (discriminação secundária) estão sujeitas a custos que podem ser minimizados segundo a regularidade e a escala das transações não podem e não devem negar in totum a proibição da discriminação de preços. Não se deve perder de vista, em primeiro lugar, que essa prática é um instrumento de apropriação de valor por parte dos produtores. E, no plano concorrencial, a discriminação pode se constituir em meio importante de mitigação da concorrência. Toda segmentação de mercado, como aquela realizada pela discriminação de preços (por porte do cliente/consumidor, por destinação geográfica etc.), significa, em alguma medida, a redução do número de ofertantes e pode propiciar o exercício de poder de mercado.

¹³⁰ “The argument that a ban on price discrimination preserves small firms is an argument that smallness is a virtue independent of the effect on allocative efficiency.” (Posner e Eaterbrook, 1981:953)

Referências bibliográficas e de jurisprudência

- Areeda, Phillip e Kaplow, Louis (1997). Antitrust Analysis. Problems, text, cases. 5ª Edição. Nova York, Aspen Law & Business.
- Breit, William e Elzinga, Kenneth G. (1996). The Antitrust Casebook. Milestones in economic regulation. 3ª Edição. Fort Worth, The Dryden Press.
- Carlton, Dennis W. & Perloff, Jeffrey M. (1994). Modern Industrial Organization. Nova York, HarperCollins College Publishers, 2ª edição.
- Corn Products Refining Co. et. al. v. FTC, 324 U.S. 726 (1945).
- Falls City Industries v. Vanco Beverage, 460 U.S. 428 (1983).
- FTC v. A. E. Staley Mfg Co., 324 U.S. 746 (1945).
- FTC v. Anheuser-Busch, Inc., 363 U.S. 536 (1960).
- FTC v. Borden Co., 383 U.S. 637 (1966).
- FTC v. Morton Salt Co., 334 U.S. 37 (1948).
- Landes, William e Posner, Richard (1981). “Market Power in Antitrust Cases”. Harvard Law Review. Março.
- Peritz, Rudolph J. R. (1981). Competition Policy in America, 1888-1912. History, rhetoric, law. Nova York, Oxford University Press.
- Posner, Richard A. e Easterbrook, Frank H. (1981). Antitrust. Cases, economic notes and other materials. 2ª Edição. West Group.
- Ross, Stephen F. (1993). Principles of Antitrust Law. Nova York. The Foundation Press, Inc.
- Santacruz, Ruy (2002). “Antitruste, Eficiência Econômica, Curvas, Triângulos e Retângulos”. Revista do IBRAC, vol. 9. nº 5.
- Scherer, F. M. e Ross, David (1990). Industrial Market Structure and Economic Performance. Boston, Houghton Mifflin Company, 3ª edição.
- Standard Oil Co. v. FTC, 340 U.S. 231 (1951).
- Sullivan, Lawrence e Grimes, Warren (2000). The Law of Antitrust: an Integrated Handbook. Minnesota, West Group.
- Texaco Inc. v. Hasbrouck, 496 U.S. 543 (1990).
- Utah Pie Co. v. Continental Baking Co. et alii, 386. U.S. 685 (1967).
- Varian, Hal (1994). Microeconomia: princípios básicos. Rio de Janeiro, Campus.

ANEXO 1

CLAYTON ACT COMO EMENDADO PELO ROBINSON-PATMAN ACT (15 U.S.C. 13)

(a) Price; selection of customers

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: Provided, That nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered: Provided, however, That the Federal Trade Commission may, after due investigation and hearing to all interested parties, fix and establish quantity limits, and revise the same as it finds necessary, as to particular commodities or classes of commodities, where it finds that available purchasers in greater quantities are so few as to render differentials on account thereof unjustly discriminatory or promotive of monopoly in any line of commerce; and the foregoing shall then not be construed to permit differentials based on differences in quantities greater than those so fixed and established: And provided further, That nothing herein contained shall prevent persons engaged in selling goods, wares, or merchandise in commerce from selecting their own customers in bona fide transactions and not in restraint of

trade: And provided further, That nothing herein contained shall prevent price changes from time to time where in response to changing conditions affecting the market for or the marketability of the goods concerned, such as but not limited to actual or imminent deterioration of perishable goods, obsolescence of seasonal goods, distress sales under court process, or sales in good faith in discontinuance of business in the goods concerned.

(b) Burden of rebutting prima-facie case of discrimination

Upon proof being made, at any hearing on a complaint under this section, that there has been discrimination in price or services or facilities furnished, the burden of rebutting the prima-facie case thus made by showing justification shall be upon the person charged with a violation of this section, and unless justification shall be affirmatively shown, the Commission is authorized to issue an order terminating the discrimination: Provided, however, That nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima-facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor.

(c) Payment or acceptance of commission, brokerage, or other compensation

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to pay or grant, or to receive or accept, anything of value as a commission, brokerage, or other compensation, or any allowance or discount in lieu thereof, except for services rendered in connection with the sale or purchase of goods, wares, or merchandise, either to the other party to such transaction or to an agent, representative, or other intermediary therein where such intermediary is acting in fact for or in behalf, or is subject to the direct or indirect control, of any party to such transaction other than the person by whom such compensation is so granted or paid.

(d) Payment for services or facilities for processing or sale

It shall be unlawful for any person engaged in commerce to pay or contact for the payment of anything of value to or for the benefit of a customer of such person in the course of such commerce as compensation or in consideration for any services or facilities furnished by or through such customer in connection with the processing, handling, sale, or offering for sale of any products or commodities manufactured, sold, or offered for sale by such person, unless such payment or consideration is available on proportionally equal terms to all other customers competing in the distribution of such products or commodities.

(e) Furnishing services or facilities for processing, handling, etc.

It shall be unlawful for any person to discriminate in favor of one purchaser against another purchaser or purchasers of a commodity bought for resale, with or without processing, by contracting to furnish or furnishing, or by contributing to the furnishing of, any services or facilities connected with the processing, handling, sale, or offering for sale of such commodity so purchased upon terms not accorded to all purchasers on proportionally equal terms.

(f) Knowingly inducing or receiving discriminatory price

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, knowingly to induce or receive a discrimination in price which is prohibited by this section.

A ANÁLISE DO MERCADO RELEVANTE E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA MATÉRIA ANTITRUSTE

*José Carlos da Silva Nogueira**

Esse trabalho tem por intuito lembrar alguns institutos do direito antitruste, apresentar perspectivas dessa matéria em relação ao segmento do mercado farmacêutico, bem como traçar alguns paralelos dos princípios que norteiam a matéria com elementos fundamentais do direito constitucional.

Assim, tentaremos na medida do possível, dentro dos limites a que se propõe o material apresentado, tecer considerações sobre a análise antitruste e os mecanismos utilizados para a proteção da concorrência. A partir da verificação dos mecanismos utilizados para a análise antitruste poderemos aplicar essas ferramentas ao segmento específico da indústria farmacêutica.

É importante notar que apesar de navegarmos por alguns dos mais importantes elementos capazes de identificar e avaliar se uma determinada conduta, ou se uma determinada negociação entre agentes econômicos (análise estrutural e análise comportamental), tais como Mercado Relevante, Poder de Mercado e Barreiras à Entrada (acentuamos que esses elementos são essenciais, mas não suficientes para que uma análise antitruste seja bem sucedida), o nosso campo de interesse concentra-se no Mercado Relevante. E isso porque a análise desse elemento é de importância imensurável para a identificação não somente dos agentes econômicos que devem ser investigados, mas de toda a conjuntura econômica que envolve a suspeita de atos contrários à concorrência eventualmente levantada. Isso implica dizer que o raio de análise da matéria será restrito e certamente não esgotará o assunto, sendo certo que outras considerações, e certamente melhores comentários devem existir, ou poderão surgir sobre o ponto exercitado.

De qualquer forma, esperamos que a nossa contribuição possa aclarar certas dúvidas a respeito do segmento identificado, contribuindo para o estudo da matéria e alertando para a importância da utilização correta dos mecanismos que devem ser utilizados para a identificação de práticas nocivas à concorrência. Como se sabe o escopo da matéria antitruste é garantir um mercado competitivo, com uma saudável interação entre os agentes econômicos envolvidos na cadeia produtiva (compradores e vendedores) a

* Advogado -Mestre em Direito pela University of San Francisco.

fim de que o mercado possa oferecer preços competitivos e com produtos de alta qualidade aos consumidores. Ou seja, o direito antitruste tem como idéia central o entendimento segundo o qual a sociedade será sempre beneficiada quando houver um mercado competitivo capaz de maximizar a sua satisfação. É a correta identificação do mercado relevante em conduta investigada pelos órgãos de defesa da concorrência é fundamental para que o seu objetivo seja alcançado.

OS OBJETIVOS DA ANÁLISE ANTITRUSTE

1.- O instituto da defesa da concorrência no Brasil está amparado, especialmente, pela Lei nº 8.884, do ano de 1994. A lei em comento transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – em Autarquia, dispondo, ainda, basicamente, sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica¹³¹.

2.- A Lei acima indicada tem como fim precípua combater e punir todo ato capaz de inibir, limitar ou eliminar a concorrência. Assim, todos os atos capazes de restringir a concorrência são atacados pela comentada lei, pois significam a possibilidade do desequilíbrio do mercado, gerando uma deformação no sistema jurídico econômico assegurado pela Constituição de 1988.

3.- Com efeito, a Constituição da República, lançada nos idos de 1988, assevera, em seu artigo 170, baseado no princípio da livre iniciativa que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) livre concorrência”. E a livre concorrência, por sua vez, está assegurada constitucionalmente quando o artigo 173, parágrafo 4º, estatui que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados,

¹³¹ José Inácio Gonzaga Franceschini, em artigo publicado na Revista de Direito Econômico – Conselho Administrativo de Defesa Econômica - nº 23 – assim define o Direito da Concorrência: “É sabido que o Direito da Concorrência, ramo do Direito Penal Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade, é a simbiose do Direito com a Economia.

à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros”.¹³² De qualquer forma, não estenderemos aqui a nossa análise a respeito da idéia da Constituição Econômica por não se afigurar o nosso campo de interesse no presente trabalho. Basta tão somente que tenhamos a consciência do reconhecimento por garantia constitucional do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, que, por sua vez, tem compromisso inarredável com a dignidade humana, com a justiça social. E, nesse contexto, a livre iniciativa, se considerada como mecanismo para o desenvolvimento de uma sociedade em busca de justiça social, não pode prescindir de controle sobre o sistema da concorrência, sob pena de se permitir a concentração de mercados, que, em um primeiro momento, pode revelar-se danoso aos fins que objetivam os princípios acima apresentados.

¹³² O Professor Pedro Paulo Cristóforo, em artigo publicado na Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. VI, sob o título, “O Princípio da Livre Iniciativa Como um dos Fundamentos da República. Conseqüências”, às páginas 25 e 26, faz as seguintes considerações: “O regime da economia de mercado é, sem dúvida, compatível com a intervenção do estado em matéria econômica. A regra constitucional da livre iniciativa apenas limita o campo e o alcance da competência e da atividade do estado na economia. O sistema constitucional brasileiro consagra a economia de mercado, limitada a intervenção do Estado a tutelar o sistema de mercado e especialmente a proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição de 1988 admitiu o papel do Estado como agente regulador da atividade econômica. Mas, desenganadamente, consagrou a economia de mercado. Assim entendido, ao menos quanto às suas características básicas, o sistema econômico que a Constituição Brasileira adota, cumpre dar conseqüência ao princípio constitucional. Se a Constituição nos coloca sob o regime da livre iniciativa, o sistema jurídico há de afeiçoar-se a esse princípio. Se o sistema econômico é, por força da regra constitucional, o da livre empresa, as normas legais de hierarquia inferior não de permitir o funcionamento dele, procurar aperfeiçoá-lo, corrigir-lhe as distorções, reprimir os abusos (não os usos) de sorte que a atividade econômica se desenvolva de forma razoavelmente eficiente, em benefício da sociedade como um todo. Ora, não é muito difícil verificar que o regime da livre empresa, o sistema capitalista, se baseia em alguns institutos jurídicos sem os quais ele é impensável. O sistema capitalista terá a possibilidade de funcionar razoavelmente na medida em que esses institutos jurídicos sejam regulados de forma também razoável e sejam preservados na sua essência. Se esses institutos fundamentais forem regulados e aplicados de forma contrária ao sistema que neles se assenta, as chances de que o sistema funcione de maneira minimamente eficaz serão reduzidas ou quase nulas. (Esse grifo é nosso e a sua importância será identificada no curso do trabalho).

4.- O que se percebe é que o Estado pode e deve sempre influir na política econômica quando o mercado, ainda que baseado no princípio da livre iniciativa, de alguma forma não atender os interesses sociais e atingir de maneira nociva o bem estar dos indivíduos. Como lançado no parágrafo anterior, o combate ao abuso do poder econômico é um dos motes da Carta Magna no que tange ao comportamento do Estado em relação à economia e deve ser sempre considerado como mecanismo de controle de mercado para garantir uma livre iniciativa capaz de atender aos interesses também já comentados ¹³³.

5.- Diante disso, entendemos pertinente apresentar os pilares formadores da estrutura de defesa da concorrência, normatizados na Lei nº 8.884, do ano de 1994, e que norteiam as medidas adotadas pelos órgãos de proteção à ordem da concorrência. Com essa breve introdução sobre a matéria pretendemos organizar essa apresentação de forma a compreender as razões que nos levam a defender a tese foco de nosso trabalho.

6.- Assim, consideramos fundamental, inicialmente, promover uma abordagem sobre os objetivos que circundam a política de defesa econômica, e as diretrizes possíveis adotadas pelos órgãos governamentais para o alcance

¹³³ Villela Souto, Marcus Juruena, “Ordem Econômica na Constituição”, Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Volume V, página 158. Nesse artigo o Professor Marcus Juruena esclarece que: “Toda estrutura do Estado, os três poderes em termos de repartição espacial do poder, a União, o Estado e o Município, e em termos de repartição funcional do poder, Legislativo, Executivo e Judiciário, essa estrutura estatal se molda para que os objetivos do Estado, ou seja, da busca da sociedade livre, justa, solidária, da erradicação da pobreza, da busca do pleno emprego e do desenvolvimento econômico, sejam alcançados através dos instrumentos previstos lá no artigo 170 da CF. E no artigo 170 e seguintes se reafirma que esse Estado é caracterizado pela liberdade de iniciativa, princípio do qual decorrem dois subprincípios: 1º) O princípio da abstenção, que vai na linha do Estado Liberal, ou seja, a regra é que o Estado não deve se intrometer na atividade econômica, ressalvadas as hipóteses autorizadas na Constituição; portanto, o Estado está legitimado – papel clássico da Constituição – a intervir no domínio econômico; todavia ele está limitado aos termos da própria Constituição; 2º) O princípio da subsidiariedade, por força do qual, o Estado só intervém diretamente no domínio econômico nas hipóteses autorizadas na Constituição, que são as de “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional”. Somente nessas duas situações é que o Estado está autorizado a explorar a atividade econômica; fora disso, o Estado pode intervir no domínio econômico, conforme autorizado no artigo 174 da CF. Essa intervenção se dá através do planejamento, fomento econômico e da fiscalização e repressão ao abuso do poder econômico.”

dos alvos do controle antitruste. Dessa forma, poderemos mais adiante apresentar os pilares fundamentais da Legislação Antitruste pátria, sem fugir do campo de interesse do presente trabalho.

7.- A política antitruste surge a partir da premissa segundo a qual agentes econômicos poderão contribuir de maneira significativa para o bem estar social, alcançando uma desejada função social, se forem especialmente competitivos. Nesse sentido, diz-se que os consumidores tendem a encontrar a satisfação esperada, maximizando as suas expectativas por meio da alocação de seus recursos entre vários fornecedores de bens e serviços. É verdade que historicamente, ao menos no período contemporâneo, a prática antitruste surge por meio do Sherman Act, datado de 1890, e “deve ser entendido como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la”¹³⁴.

8.- Em termos de legislação antitruste o que não se pode perder de vista é o ponto central da matéria, ou seja, o estudo da competição no mercado. Não se pode negar que sendo o estudo da competição de mercado o centro nevrálgico da matéria as condições históricas e sociológicas que envolvem o termo devem ser consideradas. Como conseqüência, a cada momento os estudiosos da matéria acabam por se confrontar com mudanças de rumo no entendimento econômico sobre o conceito de competitividade, ou de ideal de competitividade, e tendem a um comportamento pendular variando entre os elementos históricos formadores da legislação antitruste e a sua atual concepção econômica e jurídica.

9.- À guisa de exemplo podemos demonstrar a importância que a teoria econômica passou a apresentar na processo de política antitruste, e, conseqüentemente, nas decisões dos tribunais internacionais, a partir dos trabalhos apresentados por representantes das escolas de Chicago e de Harvard. A Escola de Harvard, de cunho liberal¹³⁵, compreendia a necessidade de combate as grandes concentrações de poder de mercado, sendo certo que alertavam para possíveis danos ao bem estar social caso poucos agentes econômicos estivessem lançados no mercado específico. A ilustre autora

¹³⁴ Forgioni, Paula A. “Os fundamentos do Antitruste”, página 65.

¹³⁵ É importante notar que o termo liberal empregado nessas condições não deve ser confundido com mercado liberal. O termo, nesse caso, deve ser compreendido dentro de uma conjuntura política na qual a preocupação com o bem estar social prevalece sobre os possíveis ganhos de agentes econômicos.

Paula Forgioni, em sua obra anteriormente citada, à página 156, lança mão do ensinamento de Phillip Areeda e D. Turner, que com seus comentários transcritos por Sullivan e Hovenkamp, e atestam que :

“Populist values are served, to a very considerable extent, by the antitrust policies that promote economic efficiency and progressiveness. The competitive market is one in which power is not unduly concentrated in the hands of one or a few firms. They are sufficiently numerous to offer real alternatives to their suppliers and customers, whose fate is thus determined by impersonal market forces rather than by the arbitrary fiat of another. And the several firms that share that market will necessarily have less individual economic or political significance than would be had a single firm, or by substantially fewer firms, controlling that market. Accordingly, the goals of dispersed power and wider business opportunities are served by an antitrust policy which eliminates monopoly not attributable to economies of scale or superior skill, and which prevent those mergers, agreements, or practices which obstruct efficient competition. Populist goals and efficiency goals are consistent over a wide range.”

10.- A Escola de Chicago, por sua vez, apresentou um novo entendimento para a questão do ideal competitivo apresentando críticas muito bem expostas na obra da ilustre Doutora Lúcia Helena Salgado, intitulada “A Economia Política da Ação Antitruste”. Na citada obra, à página 38, a ilustre Doutora nos ensina que:

“A discussão econômica em torno da política antitruste sempre foi alimentada pela reflexão de antigos integrantes, a começar por Donald Turner, titular da Divisão Antitruste durante os primeiros anos 60 e autor, junto com Areeda, de alguns dos textos antitruste de maior influência durante anos. Williamson, também um ex-integrante dos quadros do governo, foi o primeiro a pôr em dúvida os benefícios da aplicação dos conceitos de organização industrial à política antitruste. Mas a grande reviravolta na interpretação econômica dos problemas antitruste deu-se com a articulação da crítica de Chicago à aplicação da idéia de poder de mercado às restrições verticais”

11.- Como escopo do ensinamento da Escola de Chicago encontra-se, em síntese, a análise econômica das questões envolvendo a política antitruste. A Escola de Chicago chegou ao entendimento de que a análise antitruste deve levar em consideração a eficiência alocativa, ou seja, a possibilidade de existir ganhos para os consumidores a partir de práticas que, em um primeiro momento, possam parecer contrárias aos interesses de política atenta a competitividade para garantir o bem estar social¹³⁶ e garantir que a prevalência de certos agentes econômicos sobre outros seja resultado de sua superioridade em eficiência alocativa.

12.- É bem verdade que a divergência entre as principais escolas sobre a matéria prevalecem nos dias atuais e os mecanismos a serem aplicados pelos organismos de proteção ao sistema de defesa da concorrência dependerão sempre da linha político-econômica adotada pelo governo central. Em que pesem as divergências de natureza econômica sobre qual teoria deve prevalecer na política antitruste, a fim de que o bem estar social, possível e desejado, seja alcançado, fato é que a legislação de defesa da concorrência tem como princípio basilar a percepção de que a sociedade será sempre beneficiada caso prevaleça no mercado certo grau de competitividade capaz de garantir produtos de melhor qualidade a preços acessíveis à média dos consumidores.

13.- É importante salientar que independente da Teoria Econômica em vigor para a aplicação de uma política antitruste, certos elementos são imprescindíveis para a análise de atos potencialmente prejudiciais à concorrência. Além disso, os pilares fundamentais do controle antitruste não se modificam seja qual for a Teoria Econômica adotada pelos órgãos de proteção ao sistema de defesa da concorrência. No Brasil, seguindo tendência mundial, os mecanismos de controle se assentam na esfera preventiva e na esfera repressiva, sendo o primeiro pilar, previsto no artigo 54 da Lei

¹³⁶ A regra da razão pode ser definida como a regra que vislumbra a possibilidade de se permitir adoção de atos que, em princípio, deveriam ser considerados nocivos à saúde do mercado, mas que a partir de eficiências econômicas apresentadas acabam por se justificar. É importante notar que a regra da razão já estava presente nos elementos antitruste, conforme apresenta a jurisprudência norte americana. Apesar de o Sherman Act não apresentar qualquer dispositivo capaz de justificar a aceitação de conduta colusiva a partir de uma justificativa de eficiência econômica, com o passar do tempo e a constatação de que a aplicação literal da Lei não se coadunava coma realidade a Corte Americana passou a considerar a possibilidade de aplicação da regra da razão tendo como caso clássico Standard Oil v. United State.

Antitruste, o de natureza preventiva, previsto para o controle de negócios como aquisições, fusões e incorporações, além de qualquer outro ato sob qualquer forma manifestado que possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, sendo que em havendo esses acontecimentos negociais, envolvendo controle de mais de 20% do mercado relevante, ou de empresas cujo faturamento bruto anual tenha apontado valor igual ou superior a quatrocentos milhões de reais, os órgãos que compõem o sistema de proteção à concorrência devem ser comunicados sob pena desfazimento do negócio, além de aplicação de penalidade pecuniária. O que se pretende com a forma de controle apresentada é impedir o surgimento de estruturas de mercado que aumentem a probabilidade de abuso de Poder Econômico por parte das empresas integrantes do mercado analisado.¹³⁷

14.- Quanto ao segundo pilar, esse está estampado no artigo 20 e 21 da Lei nº 8.884, do ano de 1994, encontrando amparo nesses dispositivos legais que reprimem os atos tendentes a, basicamente, limitar a concorrência, dominar mercado relevante, aumentar arbitrariamente os lucros ou, ainda, exercer de forma abusiva posição dominante no mercado. A prática antitruste tem demonstrado, entretanto, que as operações e as práticas que possam acarretar prejuízo ao mercado devem ser analisadas criteriosamente, pois ganhos significativos de eficiência econômica devem prevalecer para que se possa obter uma aplicação eficiente da legislação. A bem da verdade, esse entendimento decorre da aplicação da regra da razão segundo a qual uma operação empresarial somente deverá ser considerada ilegal se for realizada de maneira não razoável, sendo certo que esse entendimento foi construído a partir de decisões lançadas pelas Cortes Norte – Americanas, especialmente no caso *Standard Oil Company f New Jersey v. United States* e sedimentado no caso *United States of América v. American Tobacco Company*.

¹³⁷ Essa forma de controle da concorrência é bastante importante e a política de defesa da concorrência deve lançar esforços especialmente nesse contexto. Os estudos da matéria apontam para o fato de que mercados concentrados em que os agentes econômicos encontram-se em posição confortável na medida em que não enfrentam concorrência potencial significativa, e que não estejam engajados em concorrência via inovações, são mais inclinados à adoção de práticas anticompetitivas e à formação de cartel. Além disso, ao atacar possíveis processos de concentração estar-se-á agindo de forma preventiva revelando um processo menos custoso para o Estado ao contrário daqueles associados a constantes monitoramentos dos mercados para análise de condutas concertadas.

15.- Frise-se que o artigo 20 estabelece quais são as conseqüências que podem advir das práticas apontadas no artigo 21, ou seja, a partir das práticas condenáveis à luz desse artigo os agentes econômicos podem conseguir como resultado os pontos apresentados no artigo 20. Quanto ao artigo 21 é fundamental comentar que o mesmo tem apenas caráter exemplificativo não se esgotando em si mesmo, sendo possível, em uma análise antitruste, a identificação de outras práticas capazes de permitir a um agente econômico encontrar os resultados previstos no artigo 20. E as práticas anticoncorrenciais podem ser de natureza vertical (ao longo da cadeia produtiva) e de natureza horizontal (dentro do mesmo mercado) por parte de empresas que detenham Poder de Mercado.

DO MERCADO RELEVANTE E DO PODER DE MERCADO

16.- Dos pontos reveladores do caminho a ser trilhado para a análise de uma conduta supostamente considerada ilegal na matéria antitruste, uma em especial é extremamente cara ao argumento pretendido nesse trabalho: a análise do mercado relevante, em especial o mercado relevante material. A definição do mercado relevante, para depois apontar o mercado específico envolvido, é fundamental para a prática do controle antitruste seja na esfera repressiva, seja na esfera preventiva, sendo certo que conceituar, corretamente, a expressão “mercado relevante” é primar pelo reconhecimento da inescapável lição ensinada pelos tribunais e estudiosos da matéria em questão.

17.- Os melhores nomes na doutrina sobre a matéria reconhecem que o mercado relevante é elemento fundamental para a análise de condutas anticompetitivas de agentes econômicos. Sem sombra de dúvida pode-se afirmar que o mercado relevante é ponto nevrálgico para o exame de práticas anticompetitivas, uma vez que somente por força dessa análise é que se poderá determinar a existência de Poder de Mercado¹³⁸.

18.- E para consolidar a análise apresentada, convém citar, mais uma vez, a ilustre doutrinadora Paula A. Forgioni, em sua obra “Os Fundamentos do Antitruste”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, à página 200, em que afirma: “O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.”

¹³⁸ A questão de Poder de Mercado será comentada mais adiante.

19.- Contudo, um estudioso um pouco menos cuidadoso poderia não se ater à integralidade do referido texto, o que de certo é muito importante para se verificar a fundamental necessidade de se apresentar o real e inequívoco mercado relevante, a fim de se promover uma análise criteriosa de uma conduta considerada ilegal por aspecto anticompetitivo. Senão vejamos:

“O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Sem sua delimitação, é impossível determinar a incidência de qualquer das hipóteses contidas nos incisos do artigo 20 da Lei nº 8.884. A partir do momento em que o texto normativo faz menção à restrição da “concorrência”, para a caracterização do ilícito devemos determinar de qual concorrência estamos tratando (com o escopo de verificar se a prática analisada teve por objeto ou por efeito restringi-la). O mesmo podemos dizer em relação ao domínio de mercado e ao abuso de posição dominante: são práticas que somente existem em concreto, ou seja, se referidas a um determinado mercado: ao mercado relevante.” (O grifo é do original)

20.- A conceituação oferecida pela i. autora, quando trazida em sua totalidade, acaba por discrepar integralmente do raciocínio sobre definição do mercado relevante material quando da leitura parcial do texto. Com efeito, a lição acima transcrita, quando integral, remeterá o estudioso do direito antitruste à definição do mercado relevante material completamente diferente da pretendida quando de uma leitura parcial e sem compromisso. E isso, em um momento de análise antitruste pode fazer toda a diferença entre uma condenação e o reconhecimento da impossibilidade de uma conduta concertada.

21.- Assim, ainda que se pense em uma definição de mercado relevante de forma genérica e abstrata não se pode perder de vista que a identificação precisa do mercado analisado é ponto crucial para um reconhecimento criterioso capaz de concluir de maneira correta pela existência ou inexistência de condutas anticompetitivas, e apontar os seus patrocinadores. E a identificação precisa do mercado relevante material e geográfico passa pelo reconhecimento da possibilidade de substituição do produto, ou serviço, que se está analisando, como já nos ensinou Paula Forgiioni.

22.- E análise do mercado relevante material, com a necessidade de se verificar o grau de substituição do produto, ou serviço, é também apontado por Fábio Ulhoa Coelho, em sua obra “Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei nº 8.884/94”, como imprescindível para que seja possível analisar condutas relativas à matéria concorrencial. Ao se ter leitura completa do texto comentado pode-se notar que a substituição do produto, ou serviço, é o cerne da questão para a identificação do mercado relevante. Diz o Autor:

“A delimitação material do mercado é feita a partir da perspectiva do consumidor. O mercado relevante abrange todos os produtos ou serviços pelos quais o consumidor poderia trocar, razoavelmente, o produto ou serviço acerca de cuja produção ou distribuição se pesquisa a ocorrência de infração contra a ordem econômica. Se a mercadoria ou o serviço pode ser perfeitamente substituído, de acordo com a avaliação do consumidor médio, por outros de igual qualidade, oferecidos na mesma localidade ou região, então o mercado relevante compreenderá também todos os outros produtos ou serviços potencialmente substitutos.

A definição geográfica e material do mercado relevante, portanto, apenas pode ser feita mediante análise casuística.” (O grifo é nosso)

23.- É de se notar da leitura da lição acima transcrita de forma completa que a substituição dos produtos revela-se condição precípua para a identificação correta de determinado mercado relevante. E não temos diferente posicionamento na doutrina internacional, conforme o ensinamento de Sullivan & Harrison in “Understanding Antitrust and Its Economic Implications”, Matthew Bender, 3ª edição, à página 30, quando afirma que:

“A defendant’s market share is its sales divided by the productive capacity of all the firms producing the same item and items that consumers regard as reasonable substitutes. This is labeled the “relevant market”. The relevant market has both a product and a geographic component. Thus, the product market is composed of products that are reasonably substitutable from the point of view of buyers. The geographic market is composed of all the suppliers of the relevant product who can, as a practical matter, offer their product to the same buyers.” (o grifo é nosso)

24.- Portanto, a análise do mercado relevante, especialmente o material, realizada de forma cuidadosa, é essencial para que se verifique se o agente econômico sob suspeita teria ou não motivação econômica para tentar implementar as condutas que lhes estão sendo atribuídas. É imprescindível que os órgãos que compõem o sistema de proteção à ordem econômica adotem os critérios de análise considerados como válidos e apropriados para a matéria, sob pena de, por erro de origem, excluir de punição, ou em via inversa, punir agentes econômicos não envolvidos com condutas anticompetitivas.

A ANÁLISE ANTITRUSTE E A INDÚSTRIA FARMACÊUTICA

25.- Na análise antitruste é preciso que seja identificada desde o primeiro momento uma razoabilidade econômica para os agentes econômicos investigados adotarem uma conduta concertada. Há de ser questionado inicialmente se as empresas supostamente prejudicadas pela atitude inadmissível dos entes investigados representariam concorrência aos seus produtos. E na esteira das provas apresentadas deverá ser demonstrado, por completo, a margem de market share, e se essa revela Poder de Mercado nos mercados em que participa, e se apresenta uma estabilidade que induza a pensar que a mesma seja praticante de condutas concertadas, com preços relativos rígidos, com capacidade absoluta de substituição de seus produtos com os demais agentes investigados. É verdade que em se tratando do mercado farmacêutico, objeto de análise no presente trabalho, coincidência entre mercados ocorrerá, e que é possível um agente econômico participar de mercados relevantes de outros agentes econômicos, sem, contudo, se eliminar, apesar desse raciocínio, o fato de que não sejam concorrentes importantes no segmento investigado.

26.- Portanto, a identificação e a análise do mercado relevante nos termos propostos pela doutrina, nacional e internacional, e da jurisprudência do CADE, obedecendo a uma lógica econômica e jurídica, deve ser aplicado no caso de investigação de condutas concertadas na área de medicamentos para que se possa identificar com exatidão, se existentes, os participantes de um mercado interessados, por sua vez, em barrar a entrada de produtos diferenciados no cenário farmacêutico.

27.- É evidente, entretanto, que para se perceber os interesses econômicos de cada um dos agentes econômicos envolvidos no setor farmacêutico, e até que ponto os mesmos poderiam estar envolvidos em ato

ilegal será sempre necessária uma verificação perfeita dos mercados relevantes envolvidos. De fato, o conceito de mercado relevante está diretamente ligado à identificação do Poder de Mercado. Isto porque o mercado relevante precisa ser delimitado, um lócus (produto/região) em que o Poder de Mercado possa ser exercido (hipoteticamente). E nesse aspecto socorre o raciocínio da já clássica definição estabelecida nos Horizontal Merger Guidelines do US/FTC/DoJ, 1992, adotada em todos os países aplicadores de Lei Antitruste que diz:

“...um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um pequeno mas significativo e não transitório aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste”.

28.- Não existe a menor dúvida de que a delimitação do mercado relevante material deve-se pautar pelas características específicas da conduta analisada. Porém, esse entendimento não pode significar o abandono da forma de análise básica do mercado relevante que encontre a lógica econômica para a conduta investigada. Como se sabe, o mercado relevante deve ser definido de tal forma que o suposto exercício de Poder de Mercado, que no caso se busca reprimir, seja, antes de mais nada, logicamente possível. E o Poder de Mercado será exercido por aquele agente econômico que não encontra em seu segmento de atuação competição suficiente para inibir a sua capacidade de fixar preços de forma significativa e continuamente acima do nível competitivo.¹³⁹

¹³⁹ É importante notar que o Poder de Mercado não se expressa somente nos preços. Atendo-se as condutas anticompetitivas previstas no artigo 21 da Lei nº 8.884/94, o estudioso mais atento perceberá que em sua maioria as condutas condenadas não estão atreladas aos preços praticados. Essa definição é lançada devido a sua simplicidade e a capacidade de se reconhecer que quem pode elevar os preços além de um quadro competitivo, e de forma continuada, possui Poder de Mercado e pode exercê-lo por meio das formas mais variadas.

29.- É bem verdade que a definição do Poder de Mercado, após a identificação do mercado relevante, é fundamental para a análise antitruste e para apontar os agentes econômicos envolvidos em práticas colusivas. No entanto é importante salientar que em contraposição ao princípio da regra da razão se estabelece a regra per se segundo a qual diante de determinadas condutas anticompetitivas não será necessário a avaliação do Poder de Mercado tendo em vista que a tais condutas não apontam nenhuma possibilidade de benefício econômico, sob nenhuma circunstância. Nessas condições a conduta será condenada de forma incontestável sendo necessário tão somente que se encontre de forma clara e inquestionável os patrocinadores da conduta repugnante¹⁴⁰.

30.- Verificado o mercado relevante nos termos ensinados pela doutrina e pela jurisprudência então caberia analisar o Poder de Mercado dos agentes econômicos envolvidos. Estabelecer o mercado relevante, no caso de produtos medicamentosos, como sendo toda a indústria farmacêutica, e, portanto, em total descompasso com a melhor lição, espelharia um resultado desconectado com a realidade.

31.- A Indústria Farmacêutica não pode ser analisada de forma una. Isso porque simplesmente detém, dentro de seu universo, vários micros mercados que não interagem. Na verdade, na indústria farmacêutica a própria classe terapêutica é insuficiente para delimitar o mercado relevante, pois não é menos verdade que existem produtos dentro da mesma classe terapêutica que não podem ser substitutos entre si, pertencendo, assim, a diferentes mercados relevantes.

32.- Não é por menos que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem se posicionado no sentido de apontar os diversos mercados dentro da indústria farmacêutica. E esse entendimento está demonstrado em inúmeras de suas decisões das quais citamos as seguintes:

“Do Voto do Conselheiro-Relator, RENAULT DE FREITAS CASTRO:

“VII – DO MERCADO FARMACÊUTICO NO BRASIL

...(omissis)...

¹⁴⁰ Nesse caso, mais uma vez a análise do mercado relevante, e em especial o do segmento farmacêutico, é fundamental para que as empresas patrocinadoras de atos contrários à concorrência, e sujeitas a regra per se tal como o Cartel, sejam exemplarmente condenadas.

2. Para a definição de mercado relevante de produto, deve-se buscar determinar, na atividade de fabricação e comercialização de medicamentos, aqueles produtos concorrentes ou substitutos de cada uma das Empresas, ou, noutros termos, os produtos cujas características e finalidades se sobrepõem, diferentemente do que consideram a Federal Trade Commission-FTC e a Comissão das Comunidades Europeias – CCE, quando da análise da operação por essas Agências.

No caso da FTC, o mercado relevante foi definido como o de “pesquisa e desenvolvimento dos agonistas 5HT iD não-injetáveis” estes definidos como “a classe específica de remédios que se sabe atuam sobre os receptores no corpo humano, que são responsáveis pelas enxaquecas” (fl. ...). Isto por que, em suma, identificou-se naquela classe uma sobreposição de pesquisa e desenvolvimento entre a GLAXO e a WELLCOME. A operação foi aprovada com restrições que incluíram a venda, por uma das empresas, de ativos relacionados à aludida área de P&D, com o objetivo de manter a competição no mercado definido.

Já na CCE, o mercado relevante foi definido como incluindo, especificamente, as categorias de medicamentos antieméticos, antibióticos sistêmicos e de tratamento contra enxaqueca, consideradas comuns às empresas envolvidas, tendo a operação sido aprovada sem restrições (fl. ...).

3. A indústria farmacêutica é um bom exemplo para se demonstrar a importância da aplicação precisa do conceito de mercado relevante para uma adequada avaliação de fenômenos como o da concentração: a existência de medicamentos especificamente desenvolvidos para determinadas doenças, e o conseqüente grau de substituição extremamente baixo entre esses produtos, sugere a existência de muitos mercados a serem considerados individualmente. É que penicilinas não substituem hormônios que, por sua vez, não substituem antiulcerosos e assim sucessivamente.

Referência: Voto no ato de Concentração nº 36/95, de 23 de abril de 1997, Requerentes: Glaxo do Brasil S.A. e Laboratórios Wellcome-Zeneca Ltda. In DOU de 20 de maio de 1997, Seção I, pág. 10341.”

“Do Voto do Conselheiro-Relator, MARCELO CALLIARI:

“RELATÓRIO

(...)..

III – MERCADO RELEVANTE

O mercado farmacêutico conta com uma gama enorme de produtos, os quais possuem características e indicações bastantes distintas entre si.

A segmentação baseia-se na Classificação Terapêutica Anatômica (ATC), aceita pela Organização Mundial de Saúde e de acordo com a qual os produtos são classificados segundo a composição química e as propriedades terapêuticas de cada um. Foi utilizada a classe terapêutica de 3º nível. Cada conjunto de produtos obtido constitui, assim, um mercado relevante distinto.

Referência: Voto no Ato de Concentração nº 08012.001554/99-65, de 7 de julho de 1999, Requerentes: Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A. e ICN Farmacêuticos Ltda. In DOU de 27 de agosto de 1999.”

“Do Voto do Conselheiro do CADE, MÉRCIO FELSKY:

“A lei nº 8884/94, que estabelece o controle preventivo das estruturas no mercado e o controle repressivo das condutas anticoncorrenciais, envolve na sua aplicação o conceito de mercado relevante e o de posição dominante.

Para ser definido o mercado relevante de uma operação ou mercado relevante considerado na análise de uma conduta acusada de ser anticoncorrencial, deve-se observar a substitutibilidade do produto, principalmente no que se refere à substitutibilidade da demanda.

Tendo em vista a correta caracterização da existência de posição dominante que o Parágrafo 2º da Lei 8.884/94 identifica “quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante” é vital a definição do mercado relevante envolvido, sob pena de, na hipótese de o mercado relevante ser alargado demais, escamotear-se a real posição dominante do agente presente no cotidiano da atividade econômica.”

Referência: Voto na Averiguação Preliminar nº 08012.001288/99-43, de 8 de setembro de 1999, Representante: Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal e Representada: Rhodia Farma Ltda. In DOU de 08 de outubro de 1999, Seção 1.”

(grifos nossos)

33.- Vale acrescentar que a hipótese de definição de mercado relevante distante do lançado pela melhor doutrina, especialmente se referente ao mercado farmacêutico, revela-se bastante temerária, pois, conforme alertado pelo ilustre Conselheiro Mércio Felsky no voto acima transcrito, a definição de um mercado relevante por demais alargado pode ocultar empresas que realmente detêm Poder de Mercado, capazes, portanto, de adotar, isolada ou conjuntamente, condutas anticoncorrenciais.

34.- Diante do que se apresenta por meio da doutrina e da jurisprudência, a análise do mercado relevante material deve obedecer a critérios profundos, densos, sendo absolutamente necessário afastar-se qualquer tipo de critério superficial, bem como os de natureza política, para que não se perca de vista os reais objetivos da análise antitruste.

DAS BAIXAS BARREIRAS À ENTRADA NO MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS MEDICAMENTOSOS

35.- Dentro dos elementos de análise antitruste encontramos a necessidade de verificar o nível de barreiras à entrada. E isso porque, após a identificação do mercado relevante, pode-se dizer que a utilização de medidas que apontem o nível de concentração de mercado e verifiquem o nível de barreiras à entrada são os principais meios para se auferir a extensão do Poder de Mercado¹⁴¹.

¹⁴¹ As barreiras à entrada tornam-se condição decisiva para a análise do Poder de Mercado na medida em que, por exemplo, caso não se exija para uma indústria a aplicação de valores irrecuperáveis (sunk costs) não será possível fixar preços acima do nível competitivo e de forma persistente porque haverá a tendência de surgir potenciais entrantes, o que redundaria em uma competitividade capaz de fazer retornar os preços ao seu nível competitivo.

36.- Quanto às barreiras à entrada no mercado farmacêutico, um estudo econômico pode apontar como sendo os distribuidores de medicamentos como o principal canal de efetiva participação nesse segmento¹⁴². Nesse sentido pode-se notar que o mercado de distribuição de medicamentos não apresenta barreiras à entrada significativas, podendo-se dizer que seria economicamente irracional buscar impedir, por meio de conduta concertada, que distribuidores trabalhassem com determinados laboratórios.

37.- Demonstra-se por meio de estudos econômicos na área farmacêutica que existem vários elementos que podem ser apontados para indicar a facilidade da entrada nesse mercado relevante de novos distribuidores de medicamentos. Cabe destacar, entre os diversos indicativos das facilidades da entrada no mercado de distribuição de medicamentos, os seguintes elementos:

- (i) a mão-de-obra e o know how necessários para criar e operar uma empresa de distribuição de medicamentos está disponível no mercado;
- (ii) não são exigidos ativos fixos especializados e/ou de alto valor unitário para realizar a distribuição de medicamentos;
- (iii) um novo distribuidor pode iniciar suas atividade com um escopo regional, o que reduz ainda mais os investimentos necessários e permite a implementação de uma estratégia gradual de crescimento, a partir da expansão para novas regiões; e
- (iv) empresas distribuidoras que já atuam em outras áreas – como produtos de limpeza e higiene, produtos de alimentação natural etc. – poderiam passar a distribuir medicamento com facilidade e rapidez.

38.- E ainda é possível afirmar que inexistente impedimento de natureza econômica para a atuação de distribuidores que apenas ofereçam certos tipos de produtos medicamentosos. Como se sabe a indústria farmacêutica trabalha

¹⁴² Deve-se lembrar que a classe médica também pode ser considerada, a partir da propaganda realizada pelos grandes laboratórios, como uma barreira à entrada se somente prescreverem uma determinada marca, ou substância química. Ocorre, porém, que essa não deve ser considerada uma barreira significativa na medida em que a demanda por produtos farmacêuticos exige a substituição para a continuidade do tratamento a partir da existência dos medicamentos genéricos.

com três tipos de medicamentos; a saber, medicamentos de referência, medicamentos similares e medicamentos genéricos. Assim sendo, certos distribuidores podem optar sobre qual segmento preferem atuar.

39.- Nesse ponto, pode-se apontar, por exemplo, diversos fatores para justificar a opção de determinado distribuidor somente trabalhar com medicamentos similares e genéricos, a saber:

- (i) baixa magnitude das economias de escala na distribuição;
- (ii) oportunidades de usufruir de economias de escopo ao comercializar outros produtos além de medicamentos; e
- (iii) possibilidade de uma atuação competitiva no mercado de distribuição mesmo com uma linha de produtos mais limitada (similares e genéricos).

40.- Merece ser considerada, ainda, a tendência do mercado mundial, que é a opção pelo medicamento genérico, sendo certo que no Brasil, este mercado está em crescimento acentuado. Vale destacar que o medicamento genérico surgiu em janeiro de 1999, por força da Lei nº 9.787, e hoje, decorridos pouco mais de quatro anos da implementação da conhecida política de genéricos, esse segmento já responde por 6,63% do mercado nacional de medicamentos (unidades).¹⁴³

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E DA RAZOABILIDADE NA MATÉRIA ANTITRUSTE

41.- A promulgação da Constituição de 1988 trouxe para o País, a reboque da tendência existente nos países de formação jurídica romano-germânica, um constitucionalismo moderno, uma reaproximação a princípios fundamentais para a dignidade humana.

42.- Os valores consagrados por toda a humanidade, e especialmente por certas sociedades, acabam por materializar-se em princípios que findam por serem lançados na Constituição, seja de forma explícita, seja de forma implícita. Dentre os mais antigos princípios que findaram por serem lançados no âmbito constitucional encontram-se os princípios da liberdade e da igualdade.

¹⁴³ Fonte IMS – janeiro 2003.

43.- Assim, vale dizer que os princípios constitucionais são agregados pelo ordenamento jurídico que traz para si valores maiores existentes em nossa sociedade. Nesse sentido, de acordo com a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira na obra “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 2ª ed, volume 1º, às páginas 41 e 42, obra citada por José Afonso da Silva em Curso de Direito Constitucional Positivo, 8ª edição, à página 85, “os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”.

44.- Ademais, os princípios constitucionais se transformam em mecanismo capaz de possibilitar a uniformidade e a harmonia do sistema jurídico em que estão inseridos. A partir disso, pode-se entender os princípios constitucionais como elementos capazes de garantir a minimização de tensões normativas existentes no mesmo sistema jurídico.

45.- Nesses termos, pode-se dizer que a Constituição tende a ser um arcabouço jurídico que congrega princípios e regras, suscetíveis a influência de valores suprapositivos, baseados no ideal da justiça e no desempenho dos direitos fundamentais como segurança dos cidadãos.

46.- E o princípio da igualdade encontra-se inserido no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no artigo 5º, caput, no qual se preceitua o seguinte:

“artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

47.- Em que pese a literalidade da Lei Maior no sentido de que a igualdade deve permear as relações sociais, é de senso comum, amparado pela melhor doutrina, que o tratamento igualitário passa pela necessidade de tratar desigualmente os desiguais. É bem verdade, entretanto, que não se pode pretender não equiparar as pessoas de forma aleatória e sem qualquer indício de razoabilidade¹⁴⁴.

¹⁴⁴ O princípio da isonomia tem uma estreita relação com o princípio da razoabilidade, conforme será demonstrado mais adiante.

48.- O princípio da razoabilidade surgiu a partir de práticas nos Tribunais Norte- Americanos que evoluíram do sistema do devido processo legal, garantido a questão processual, especialmente na esfera criminal, para o devido processo substantivo¹⁴⁵. Nesse processo, os juízes passaram acreditar na possibilidade e na necessidade de se fazer uma avaliação das condições das partes envolvidas na demanda e, portanto, de suas responsabilidades. De fato, a relação umbilical existente entre o princípio da igualdade e o princípio da razoabilidade está estampada na literatura internacional e na jurisprudência norte americana como nos apresenta Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa, Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em detalhado trabalho publicado na Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, sob o título “O Princípio da Razoabilidade na Jurisprudência Contemporânea das Cortes Norte- Americanas”, à página 116, quando comenta que “diversos acórdãos, por exemplo, tratam da equal protection clause, cláusula de isonomia extraída das 5ª e da 14ª Emendas, cotejando-a com a discricionariedade da Administração”.¹⁴⁶

49.- Assim, em uma análise antitruste¹⁴⁷ é preciso que se reconheça a distância econômica e comercial em relação aos agentes econômicos investigados e a relação de suas políticas econômicas com as acusações que

¹⁴⁵ Redlich Norman; Attanasio John; Goldstein K. Joel; in Understanding Constitutional Law, à página 190 esclarecem que: “Substantive due process is the concept that there are certain rights so fundamental to our traditions of justice that, no matter what procedural guarantees government affords, government cannot abridge those rights. The basis of substantive due process has generally been the “liberty” clause of Fourteenth Amendment (i.e. government would be violating a person’s liberty despite the procedural guarantees afforded). Substantive due process requires a broad reading of the word “liberty” in the Due Process Clauses of the Fifth and Fourteenth Amendment. This is the same substantive due process analysis that the Court uses today in such areas as privacy, birth control, and childbearing”.

¹⁴⁶ Equal protection clause deve ser entendida como cláusula capaz de garantir que nenhuma pessoa será discriminada, ou não será protegida pela lei, da mesma forma que outras pessoas em circunstâncias semelhantes.

¹⁴⁷ Isso porque a análise antitruste é o mecanismo utilizado pelas autoridades comprometidas com o mercado competitivo para a defesa da concorrência. Nesses termos, a análise antitruste é o mecanismo utilizado para a aplicação da lei da concorrência, pois é por meio dessa análise que se desvenda os elementos que comprometem o bem estar social (bem estar social aqui compreendido como aquele oferecido por meio de um mercado competitivo que almeja preços menores e produtos de melhor qualidade). E a possibilidade da aplicação dos princípios da isonomia e da razoabilidade estará comentada nos itens ulteriores.

lhes são imputadas. O princípio da igualdade deve ser aplicado no sentido de se reconhecer que uma empresa não está necessariamente em paridade com as demais existentes em seu segmento, não somente em relação ao seu poder financeiro, mas também no que diz respeito às suas relações comerciais, sendo exigível dos órgãos de proteção à concorrência o reconhecimento da necessidade de um tratamento desigual para os desiguais.

50.- De fato, a partir do aspecto econômico demonstrado na análise antitruste revelar-se-á o perfil dos agentes econômicos que são considerados os patrocinadores do suposto ato colusivo. Demonstrado pelo agente econômico a ausência de motivação para perpetuar um ato tendente à eliminação da concorrência o mesmo não deverá ser considerado causador de danos ao processo competitivo.

51.- Qualquer condenação na matéria antitruste, na esfera administrativa, que contrarie, conforme as razões acima apresentadas, o princípio constitucional da igualdade, que em face de sua natureza axiológica e da sua força normativa maior deve permear as decisões e os atos das pessoas que compõem uma sociedade, bem como os atos de seus representantes, deve ser revisto e rechaçado pelo Poder Judiciário.

52.- O Professor Luís Roberto Barroso, na obra intitulada “Temas de Direito Constitucional”, no artigo “Razoabilidade e Isonomia no Direito Brasileiro”, à página 159, ao tratar do princípio da razoabilidade-proporcionalidade no direito brasileiro, assim dispôs:

“Reproduzindo o conhecimento habitual, costuma-se afirmar que a isonomia traduz-se em igualdade na lei ordem dirigida ao legislador e perante a lei ordem dirigida ao aplicador da lei. Em seguida, é de praxe invocar-se a máxima aristotélica de que o princípio consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desigualem”. A beleza filosófica de tal asserto não contribui, todavia, para desvendar o cerne da questão: saber quem são os iguais e os desiguais e definir em que circunstâncias é constitucionalmente legítimo o tratamento desigual.

No direito positivo brasileiro, o princípio genérico da igualdade vem capitulado como direito individual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (CF, art. 5º, caput) e como objetivo fundamental da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV). Nada obstante o tom peremptório dos dois preceptivos, de longa data se reconhece, inegavelmente, que legislar consiste em discriminar situações e classificar pessoas à luz dos mais diversificados critérios.

Aliás, a própria Lei Maior desequipara as pessoas com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional, nacionalidade, entre outros. Assim, ao contrário do que se poderia supor à vista da literalidade da matriz constitucional da isonomia, o princípio, em muitas de suas incidências, não apenas não veda o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como, ao contrário, impõe o tratamento desigual.”

53.- Assim, ainda que se pense a imprescindibilidade da aplicação do princípio da isonomia, mister se faz conjugá-lo com o princípio da razoabilidade, restando, então, incontestável a necessidade de, privilegiando a igualdade entre agentes econômicos investigados, oportunizar-lhes um tratamento desigual, na medida em que podem ocupar posições jurídico-econômicas demasiadamente diferentes dentro do segmento de mercado em que atuam¹⁴⁸.

54.- O conhecimento jurídico nos leva a afirmar que o Princípio da Razoabilidade foi desenvolvido para estabelecer limites no poder discricionário, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito administrativo. E também não é menos certo afirmar, como lançado pelo ilustre autor acima mencionado, que o princípio da igualdade traduz-se em igualdade na lei ordem dirigida ao legislador e perante a lei ordem dirigida ao aplicador da lei. Portanto, ao aplicar uma determinada norma, a autoridade competente

¹⁴⁸ A análise do mercado relevante distanciada da que aponta a melhor doutrina e jurisprudência, além da literatura internacional, pode ocasionar de certos agentes econômicos serem avaliados de maneira uniforme sem terem as mesmas condições econômicas e operacionais. O resultado de uma análise equivocada seria exatamente a afronta aos princípios da igualdade e da razoabilidade na medida em que não se encontraria, no âmbito da análise antitruste, suficiente justificativa econômica para determinar a participação de uma certa empresa em uma conduta abusiva, ou a participação de uma certa empresa em uma conduta concertada, uma vez que a mesma possa ter interesses completamente diversos (em termos mercadológicos) das demais que compõem o grupo infrator.

deve estar atenta aos princípios da igualdade, em conformidade com uma certa razoabilidade quando necessária a aplicação do preceito de tratar os desiguais de forma desigual¹⁴⁹.

55.- Nesse sentido, também contribui José Afonso da Silva, na obra já comentada, na página 197, ao afirmar que:“(...)Entre nós, essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem sentido que, no estrangeiro, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. (...)”. Portanto, a aplicação da norma de proteção à concorrência pelos órgãos competentes deve obedecer não somente aos critérios lançados pela regra específica, mas também deve atentar para os princípios constitucionais que devem nortear tanto o processo legislativo quanto a aplicação da legislação indicada.

CONCLUSÃO

A importância do controle da concorrência pelos órgãos governamentais é fundamental para a saúde do mercado, e, conseqüentemente, para a sociedade. Esse controle, com espeque na Constituição da República de 1988, deve contribuir para o alcance dos objetivos à que se propõe a análise antitruste, sem perder a sua função e deixando-se cair na tentação de oferecer decisões de teor político afastando-se do critério técnico.

De fato, a história do Brasil no que diz respeito ao mercado demonstra os inúmeros equívocos cometidos por variados governos, de todas as matizes, no que tange ao controle da concorrência. A Lei que criou o Conselho

¹⁴⁹ O Professor Luis Roberto Barroso, na obra citada no presente trabalho, aduz, à página 160, sobre artigo de sua lavra, escrito nos idos de 1985, sobre essa questão da seguinte forma: “Parece-me, contudo, que a compatibilização entre a regra isonômica (na vertente do tratamento desigual) e outros interesses prestigiados constitucionalmente exige que se recorra à idéia de proporcionalidade. Somente assim se poderá obter um equilíbrio entre diferentes valores a serem preservados. (...)Vê-se, assim, que é possível discriminar em prol dos desfavorecidos economicamente, em detrimento dos mais abonados. Mas o tratamento desigual há de encontrar limites de razoabilidade para que seja legítimo. Este limite poderá vir expresso ou implícito no texto constitucional, e a conciliação que se faz necessária exige a utilização de um conceito flexível, fluido, como o de proporcionalidade.”

Administrativo de Defesa Econômica, que data do ano de 1962, era bastante excipiente na medida em que não previa o controle estrutural do mercado e cingia-se a mera função de controlador de preços.

Como se sabe a análise econômica do mercado é bem mais complexa do que a simples avaliação de preços. O atual conhecimento das questões econômicas e o desenvolvimento do conhecimento de política industrial certamente permitem aos órgãos de defesa da concorrência um controle significativo do comportamento dos agentes econômicos nos seus respectivos mercados relevantes. Certamente, independentemente das correntes políticas que dominem o Brasil, os governantes não podem perder de vista que a defesa da concorrência deve ocorrer de acordo com os pressupostos estampados na Constituição de 1988, bem como com os princípios estampados na Lei Antitruste de 1994.

Retornar ao período em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica era utilizado somente para controlar preço, ou mesmo para servir de palanque a políticas imediatas, seria um retrocesso com perdas inestimáveis para o avanço de nossa sociedade. O Conselho de Administrativo, bem como os órgãos que o socorre na condução da proteção ao mercado competitivo, especialmente a Secretaria de Direito Econômico, devem ser prestigiados com material humano e financeiro para que possam exercer condignamente as suas funções e contribuir para o desenvolvimento das práticas mercadológicas e para a segurança dos investimentos realizados pelos agentes econômicos. A estabilidade desses órgãos e a sua atenção voltada para o controle estrutural e comportamental, analisando e impedindo ganhos de Poder Econômico decorrentes de concentração de mercado, e analisando e punindo condutas concertadas (como cartel) impedirá que fiquem sujeitos a pressão política para realizar condenações que não estejam amparadas em análise técnica rigorosa e afastadas dos princípios constitucionais consagrados na Carta de 1988.

YIELD MANAGEMENT AND THE AIRLINES INDUSTRY: A NEW STANDARD FOR PREDATORY BEHAVIOR

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

EXECUTIVE SUMMARY

I. – Introduction: Deregulation process. Structural changes in the airlines market in light of deregulation. Other effects of deregulation in the airlines market. Introduction of hub-and-spoke system and yield management techniques. Preliminary comment about the dilemma of predatory behavior of major airlines.

II. – Yield management: Basics of yield management. Market characteristics and yield management. The use of yield management in the airlines industry. Overbooking. Discount Allocation. Traffic Management. Application of yield management in other industries.

III. – Predatory Pricing: Predatory pricing theory. Brooke Group case. Price below appropriate measure of cost. Recoupment. Skepticism about predatory pricing claims. Chilling effect over legitimate competition practices.

IV. – American Airlines case: General overview of the American Airlines case. Main arguments developed by the DOJ. Opportunity cost approach. Lack of business justification for American Airlines' practice.

V. – Conclusion: Airlines industry characteristics and predatory pricing claims. Difficulty to meet the standards set out in Brooke Group. Complex cost structures. Use of yield management as a predatory tool. New standard of predatory behavior for the airlines market. Predatory behavior mainly based on capacity.

I. - Introduction

Competition in the airlines market is perhaps one of the most controversial and present issues now under discussion in the American judicial courts. Besides, even the application of antitrust laws as well as the proper role of governmental intervention and, consequently, the extent of regulation, if at all, are still subject to endless debates involving the industry.

Before Congress passed the Airline Deregulation Act in 1978, airline management had very little incentive to search ways of maximizing

efficiency, not only because the government did not let airlines go bankrupt, but mostly because price and entry were heavily regulated.

Regulation was mainly based on the assumption that the airlines relevant market would be subject to “destructive low-price competition¹⁵⁰” without hefty governmental regulation. Besides, the government also sustained the theory that regulation would be necessary to make feasible an integrated system of air transportation. Nonetheless, regulation led to an airlines market greatly concentrated and known to charge very high prices, which were in fact the main reasons justifying the choice for a deregulation process.

After deregulation, however, some structural changes began to occur in the airlines market. Taking into consideration the high prices and the lack of entry regulation, a significant number of new airlines entered the market. Nonetheless, the lack of experience with this brand new competition environment, together with a major recession in the early 1980s, caused major set-backs in the industry. Several airlines did not survive this process¹⁵¹. And a following recession period in 1992 made the airlines market suffer another substantial loss of revenues.

After mergers and bankruptcies, nowadays to certain extent the market structure is fairly similar to the one before deregulation¹⁵². In other

¹⁵⁰ The regulatory structure for the airline industry was first devised by the Civil Aeronautics Act of 1938. Such provisions were basically kept unchanged by the later Federal Aviation Act of 1958. Back then, entry in the airlines market was initially conditioned to a certificate to be issued by the Civil Aeronautics Board - CAB, to be granted upon the finding by CAB of two requirements, namely: (i) that the applicant was fit, willing, and able to perform the transportation; and (ii) that the service was required by public convenience and necessity. Any mergers or transactions involving airlines were also subject to CAB’s approval. Likewise, CAB had jurisdiction to set rates, should it not agree with the tariffs filed the airlines for its review. Lastly, regulators were also in charge of assigning routes. See, e.g., Louis B. Schwartz et al., *Government Regulation – Free Enterprise and Economic Organization*, 28-29 (6th edition 1982).

¹⁵¹ Not only small airlines went out of business. Braniff Airlines, one the biggest carriers in the relevant market at the time, bankrupted after engaging in very aggressive methods in order to seek out new routes after the deregulation process. In short, the demand level simply did not justify the degree of expansion sought by Braniff. See, e.g., Raymond E. Neid. *Can the Aviation Industry Shield Itself from Business Cycles*. 13-SPG Air & Space Law. 3 Air and Space Lawyer Spring, 1999.

¹⁵² As a matter of fact, there are data indicating that the airlines industry is now more concentrated than it used to be during the regulation period. See, e.g., Russel A. Klingaman.

words, few companies in a concentrated market once again reflect the structure of the airlines industry. High levels of concentration and prices, as well as allegations of widespread use of anti-competitive practices, brought back the discussion about whether or not there should be regulation in the airlines industry. Or whether the level of deregulation applied is inadequate. None of these issues, however, will be addressed herein. The present paper will assume that the enforcement of antitrust laws is the best remedy.

Putting aside the question of the level of concentration in the market, other major changes derived from the deregulation process. These, conversely, remained in the airlines industry. Before deregulation, flights were usually point-to-point along east-west and north-south lines; a system widely used until 1980. The competition scenario made the airlines search for different options in order to increase revenues and traffic. Therefore, the solution found was the hub-and-spoke system, which allows the customer a greater choice of flights between two points at the expense of changing airplanes at an airline “hub”. Flights that used to serve only one market (point) now serve several.

But the greatest innovation brought after deregulation was the yield management system. First implemented by American Airlines, yield management effectively revolutionized the airlines industry and some other industries as well, by introducing modern concepts of maximization of profits. It enables large airline companies¹⁵³ to effectively compete with the lower fares offered by small carriers. In short, yield management allows larger carriers to allocate seats at low prices without losing the revenues of higher-pricing business travelers.

The reasons why the deregulation process did not work out as it should are rather blurry. At present, the main stream of cases filed against airlines is based on increasing predatory pricing allegations, as many small airlines have frequently been unable to keep themselves in the market. At the same time,

Predatory Pricing and other Exclusionary Conduct in the Airline Industry: Is Antitrust Law the Solution? 4 DePaul Bus. L.J. 281. p. 282. Spring-Summer 1992. (“In 1978 the top five carriers transported 69 percent of all passengers. In 1990, the top five carriers transported more than 73 percent of all passengers.”)

¹⁵³ The use of yield management techniques was particularly necessary because large carriers bear higher operation costs, which influence the fares practiced by them. In theory, this could put large carriers in disadvantage vis a vis the prices charged by smaller airlines.

however, it is widely known that predatory pricing cases seldom are successful.

These facts lead to several important questions. Are some particularities of the airlines industry to be taken into account in the assessment of predatory pricing violations? And if so, might yield management be deemed a powerful weapon in the hands of larger carriers, thus facilitating predatory behavior?

The present paper intends to briefly analyze these questions, by using the American Airlines case¹⁵⁴ as a paradigm. In order to proceed with the assessment of the questions posed herein, however, the theories of yield management and some peculiarities of the industry will be further detailed in order to provide the grounds for an analysis of the alleged predatory behavior exercised by American Airlines. Before that, however, this paper will describe the predatory pricing requirements under the case law in force so as to evaluate the feasibility of such a claim in the airlines scenario.

Therefore, the arguments extensively developed by the US Department of Justice in the American Airlines case will be paramount to the analysis proposed. The final question will then be faced. Should there ever be a different standard for assessing predatory behavior engaged by airlines?

II. – Yield Management

The main principle underlying yield management is actually quite simple. It relies on techniques that recognize the best way of optimizing profits generated by the sales of products or services, based on the forecasting¹⁵⁵ of demand behavior and effective market segmentation. This system employs discrimination of pricing systems into different kinds of customers in order to adapt supply to each price category.

Yield management helps companies to improve their competitive level, while keeping profitability¹⁵⁶. But yield management should not be

¹⁵⁴ United States v. AMR Corp., 140 F. Supp. 2d 1141 (D. Kan. 2001).

¹⁵⁵ Obviously the forecast of demand behavior subdivides itself in several aspects. In the airlines market, for instance, the forecast will take in to account various aspects, such as the time or purchase, trip's origin and destination, one way or round trip, individual or group, season, week day, among others. Besides, forecast will also analyze booking profiles and show up rates. See, e.g., Hossam Zaki. *Forecasting for Airline Revenue Management*. The Journal of Business Forecasting. Spring 2000.

¹⁵⁶ Usually yield management is defined as “the process of allocating the right type of

applied unless the market at issue presents several core peculiarities, such as: (i) demand segmentation into clearly defined parties; (ii) firms operating at relatively fixed capacity; (iii) perishable inventory; (iv) products sold in advance; (v) substantial demand fluctuation; and (vi) low marginal sales cost and high marginal production costs¹⁵⁷.

Accordingly, yield management's pricing discrimination entails the provision of different services or purchase characteristics at each price. Multiple prices must have a justification¹⁵⁸. What sorts of consumers would purchase the product or service, and the price they would value it, are some of the questions to be considered in order to make yield management decisions.

Yield management was born in the airlines industry. Even though it is clear that yield management can be an effective tool in several other markets¹⁵⁹, such as hotels¹⁶⁰, cruise lines, and car rental, the applications of this technique do have some particularities specifically tailored to the airlines market.

It should be pointed out, however, that the principal root concepts remain unchanged¹⁶¹. The strategy of selling the right seat to the right kind

capacity to the right kind of customer at the right price so as to maximize revenue or yield". See, e.g., Sheryl E. Kimes. *The Basics of Yield Management*. The Cornell H.R.A. Quarterly. November 1989. 15.

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ Airlines chose to differentiate the products they offer "on the basis of purchase and service restrictions, such as refundability, advance purchase requirements, and Saturday-night-stay requirements", among others. See Warren H. Lieberman. *Debunking the Myths of Yield Management*. The Cornell H.R.A. Quarterly. February 1993. p. 37.

¹⁵⁹ Examples of markets in which yield management techniques are not applied include, but are not limited to, movie theaters, performing-arts centers, stadium, and arenas, which usually charge fixed prices. See, e.g., Lawrence R. Weatherford et alia. *Forecasting for Hotel Revenue Management*. The Cornell H.R.A. Quarterly. August 2001. p. 53.

¹⁶⁰ Lately, the discussion about the application of yield management to the hotels industry has been one of the major topics in the management circles. Yield management applied to the hotels industry purports to maximize guest-room rates when demand exceeds supply, and to improve occupancy when supply exceeds demand. In the former case, this technique allows better profits even at the expense of average rate. See, e.g., Peter Jones and Donna Hamilton. *Yield Management: Putting People in the Big Picture*. The Cornell H.R.A. Quarterly. February 1992. p. 91.

¹⁶¹ Needless, to say, the airlines industry presents all the characteristics necessary for the application of yield management techniques. (i) relatively fixed capacity – airlines cannot add or remove seats or aircrafts at will (the scheduling of passenger in later flights is in

of purchaser at the right time and fare is basically the same as provided by the general theory of yield management. The way yield management¹⁶² was implemented in the airlines industry reflects the characteristics of the industry. Basically it purports the application of three basic strategies, namely, overbooking, discount allocation, and traffic management.

Overbooking is the practice of intentionally selling more reservations than the actual seats available on a flight. It actually reduces airlines losses due to passenger cancellations and no shows. However, overbooking definitely has its flip side. The long and repeated use of overbooking, without proper mitigation and/or compensatory measures, might lead to substantial reputation problems for an airline.

Roughly speaking, discount allocation is the method through which an airline determines the proper number of discount seats to be available. Here the idea is to stimulate price-sensitive demand in order to sell seats that would not otherwise be sold, while preserving the necessary space for time-sensitive business travelers so as to save the higher revenues arising from that specific kind of purchaser, who usually books only a few days before the trip¹⁶³.

fact the only flexibility available); (ii) market segmentation – the airlines industry features two well distinguished kinds of customers, the time-sensitive business traveler and the price-sensitive leisure traveler; (iii) perishable inventory – plane seats are referred to as inventory in the airlines industry (unsold seats of a plane which takes off are akin to perished inventory); (iv) products sold in advance – early reservation is a usual practice in the airlines industry; (v) fluctuating demand – demand oscillates seasonally; (vi) low marginal sales costs and high marginal production costs – while the price for an additional passenger for a sold flight is low, the costs for the “production” of another flight are high. See, e.g., Frederic Voneche. *Yield Management in the Airline Industry*, available at www.luc.edu/faculty/eventa/archive/su483we/yield.htm.

¹⁶² Yield management, however, is not the only fare strategy practiced in the airlines market. As a matter of fact, the airlines industry features several different price strategies, such as single pricing, multiple pricing; leg-based pricing (LaGrange method), full-origin-destination (linear programming technique), and virtual nesting approach (expected marginal seat revenue – EMSR). This paper, however, will only explain yield management strategies, thus not addressing these other price techniques. For a better understanding of other air fare methods available in the airlines market, see Reza G. Hamzaee and Bijan Vasigh. *An Applied Model of Airline Revenue Management*. *Journal of Travel Research*. V. 35. p. 64-8. Spring 1997.

¹⁶³ Likewise, the hotels industry also faces a segmentation between business and leisure travelers, each one with different price and time elasticities. See, e.g., Walter J. Relihan.

In short, discount allocation aims at finding the optimal mixture of passengers traveling on lower-fare discounted fares and passengers paying full fares. The airlines industry has had a particular concern with discount allocation, especially after the demise of several carriers due to prior inability to control the proper availability of discount seats.

Lastly, traffic management is a process that airline companies use in order to control passengers by passenger origin and destination. Traffic management entails the choice between the markets available that will best maximize revenues. In light of the hub-and-spoke system, airlines will have to analyze whether to use multiple flight connection over single point-to-point flights, offering prices accordingly¹⁶⁴. Therefore, passenger demands and reservation inventory control are indispensable elements to be taken into account in the administration of such a process.

In order to cope with all these complicated strategies, airlines have devised highly sophisticated computer reservation systems. For instance, American Airlines has SABRE (Semi Automated Business Research Environment), a software which controls in a centralized fashion all reservation activities of the company.

These computer systems, especially SABRE, quickly adapt to any change in the industry in order to be able to consider the best decisions in accord with the yield management strategy. SABRE is able to effectively divide all yield management concerns into the three basic tools already described, namely, overbooking, discount allocation, and traffic management¹⁶⁵.

The Yield Management Approach to Hotel-Room Pricing. The Cornell H.R.A. Quarterly. May 1989.

¹⁶⁴As mentioned, the hub-and-spoke system effectively changed the options offered by the airlines market. See Barry C. Smith et alia. Yield Management at American Airlines. *Interfaces* 22:1. January-February 1992. (“In 1980, approximately 10 percent of American’s traffic consisted of connecting passengers. By the mid 1980s, about 66 percent on a typical flight going to a hub airport were connecting to another flight to get their destinations”)

¹⁶⁵ American Airlines uses a module aggregating all these three issues involving yield management decisions. The module is called DINAMO (Dynamic Inventory And Maintenance Optimizer). With the implementation of said module, American Airlines reduced the spoilage level to only three percent, meaning that only three percent of the seats were empty on sold-out flights.

Competition, however, changes the way yield management decisions are made. Price dispersion usually increases in more competitive routes or in routes featuring lower flight density, “consistent with discrimination based on customers’ willingness to switch to alternative airlines or flights¹⁶⁶”. Besides, airlines that operate computer reservation systems apparently present a higher degree of price dispersion than airlines without access to such systems¹⁶⁷.

What happens then if an airline decides to make use of these highly sophisticated systems to engage in predatory behavior? Could yield management in any way help an airline to illegally monopolize a given route? If so, should this be under a predatory pricing scheme? Before addressing these issues, however, this paper will dedicate the next topic to an assessment of the current requirements for a predatory pricing case.

III. – Predatory Pricing

A predatory pricing scheme entails intentional sacrifice of present revenues in order to drive out competitors of a given market, so as to permit recoupment through the charging of monopoly prices in a posterior moment. The controlling Supreme Court case for predatory pricing theory is *Brooke Group, Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp*¹⁶⁸. In a nutshell, the Court in *Brooke Group* established two basic requirements without which a predatory pricing claim is bound to be doomed, namely, price below some measure of cost¹⁶⁹, and possibility of recoupment.

¹⁶⁶ Price dispersion may arise from either different costs of serving different passengers or from price discrimination.

¹⁶⁷ According to empirical studies executed by Severin Borenstein and Nancy L. Rose. *Competition and Price Dispersion in the U.S. Airline System*. *The Journal of Political Economy*. Volume 102. Issue 4. August 1994. p. 653-683. The authors basically propose a model under which price dispersion should decrease with concentration if heterogeneity in cross-elasticity are the more common source of discrimination (competitive type discrimination), and increase should the industry elasticities be the more prevalent basis for segmentation (monopoly type discrimination).

¹⁶⁸ 509 U.S. 209, 222 (1993).

¹⁶⁹ In *Brooke Group*, the Supreme Court did not address the question of what should be the appropriate measure of cost, because both parties agreed on average variable cost for such an assessment.

These requirements deserve some thought. The appropriate measure of cost has been much debated in the lower courts. However, case law has settled for the average variable cost (AVC) measure¹⁷⁰ proposed by the renowned article written by Areeda & Turner¹⁷¹. It is important to note at this point that courts have repeatedly rejected the consideration of opportunity costs in the assessment of predatory cases, for it would “impermissibly restrict the decision-making power of businesses¹⁷²”.

On the other hand, the notion of recoupment in a predatory pricing scheme has been more clearly detailed in the Brooke Group case. According to that Supreme Court’s decision, recoupment would only be feasible whenever the intended effects on rivals are verified, and there is likelihood of injury to competition¹⁷³.

Accordingly, as threshold matters, a Plaintiff has to demonstrate that the below-cost predatory pricing strategy is able to either drive competitors out of the market or make them charge supracompetitive prices following the pattern set by the monopolist (discipline theory). In addition to that, a Plaintiff must also demonstrate that the predatory scheme will result in monopoly prices. Thus, the structure of the market is of paramount importance for the analysis of a predatory pricing charge¹⁷⁴, since injury to competition is unlikely to occur in a market with no relevant entry barriers.

¹⁷⁰ There is, however, some variation among the circuits in the interpretation of the right measure of cost. For predatory pricing purposes For an overview of the measures applied by each of the federal circuits, see Penelope A. Prevolos. *Unfair Practices and Predatory Pricing*. 1290 PLI/Corp 227. January-February 2002.

¹⁷¹ Phillip Areeda & Donald F. Turner. *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act (1975)*. Areeda & Turner basically argue that if a company charges prices above average variable cost, there is a presumption of non predatory behavior. If the price is below average marginal cost, however, a deeper look might be necessary.

¹⁷² *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Co.*, 957 F. Supp. 1184, 1202 (D. Nev. 1997)

¹⁷³ The issue of recoupment is paramount to the result of a predatory pricing claim. The Supreme Court granted summary judgment in *Brooke Group* because it found that *Brown & Williamson* had no likely possibility of recoupment.

¹⁷⁴ As recognized by strategic theory, which requires several aspects in order to make a finding for predatory pricing feasible, such as a facilitating market structure, a scheme of predation and supporting evidence, probable recoupment, price below cost, and absence of a business justification or efficiencies defense. See, e.g., Kenneth G. Elzinga and David E. Mills. *Predatory Pricing and Strategic Theory*. 89 *Geo. L.J.* 2475.2001.

As a final note, it is worth mentioning that the recoupment requirement is particularly important since prices below marginal average cost may have a legitimate business justification. In some markets this notion is implied. Perishable food and fashion industries sometimes have to sell products for prices below cost in order to avoid major losses. Marketing promotional practices, such as free sampling, are equally lawful as they result from reasonable business decisions, thus not raising predatory pricing concerns.

Courts have been very skeptical about predatory pricing claims. And the reason for that relates to the fact that predatory pricing mechanisms are similar to vigorously-competitive price strategies widely seen in stiff competition environments, which are in fact the ultimate goal of antitrust laws. They both rely on the lowering of prices. Therefore, mistaken inferences in predatory pricing cases are very costly, for they might have a chilling effect upon legitimate price competition¹⁷⁵.

IV. – American Airlines case

After this brief and general presentation of predatory pricing, it is time now to turn to the American Airlines case. On May 13, 1999, The US Department of Justice (DOJ) brought antitrust suit against AMR Corporation and its two airline subsidiaries, American Airlines, Inc. and AMR Eagle Holding Corporation (together American Airlines) seeking to enjoin them from monopolizing and/or attempting to monopolize the airline passenger service to and from the Dallas Fort Worth International Airport (DFW), in violation of Section 2 of the Sherman Act.

¹⁷⁵ The fear of the “chilling competition effect” has been emphasized in all three major predatory pricing cases that reached the Supreme Court, namely, *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104 (1986), *Matsushita Electric Industrial Co. Ltd. V. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986), and *Brooke Group*. The Supreme Court actually emphasized its skepticism in *Matsushita*, by stating that “predatory pricing schemes are rarely tried and are even more rarely successful”. The fear of chilling competitive behavior might be one of the reasons why the Court has rejected to give much weight to an subjective approach to predatory pricing claims (the question of predatory intent), rather applying objective standards based on price and recoupment. See, e.g., Michael L. Denger and D. Jarret Arp. *Predatory Pricing and Practices*. PLI Order No. B0-01C7, 187-193. January-February 2002.

The case built by the DOJ was based on few, but very important, facts. Due to lack of competition, American Airlines was apparently charging fares higher in the DFW market than in other (more competitive) routes. This drew the entry of low-cost airlines in that market. Actually, according to the findings made by the DOJ, low-cost carriers (LCCs) were the only ones in a position to undercut to a certain extent American Airlines monopoly in the DFW market, since they have much lower operating costs than major hub carriers, and, therefore, were offering lower fares.

American Airlines felt the presence of the LCCs and decided to strike back. It responded the LCCs' entry by increasing capacity and reducing fares. The DOJ reached the conclusion that such a strategy would not make sense, except as a means of driving out the LCCs from the DFW market. The predatory intent of such practice was demonstrated, as American Airlines reduced the number of flights serving that specific route and increased prices to the prior levels once the LCCs went out of business.

The District Court for the District of Kansas, however, did not agree with the DOJ's legal and factual findings in the case. Judge J. Thomas Marten granted summary judgment for American Airlines. The decision basically deemed lawful American Airlines' practices, arguing that it did not price below an appropriate measure of costs and that recoupment was unlikely. This decision was appealed to the US. Court of Appeals for the 10th Circuit, and awaits judgment.

There is no way to anticipate the appellate court's view on the matter. However, it is worth pointing out some key issues in the case. It is true that the government came up with unusual measures of asserting American Airlines' costs. The DOJ considered as variable some costs that would normally be fixed, such as the operating and ownership cost of the extra aircraft, fuel, among others, which American Airlines had to allocate to the DFW route in order to add capacity in that market. Based on this assumption, the DOJ reinforced its argument by stating that American Airlines actually lost money with the decision to invest in additional resources in the DFW market. These allegations built the case for a predatory behavior claim.

The District Court, however, rejected this "opportunity cost" approach¹⁷⁶. And it also asserted that American Airlines was only matching

¹⁷⁶ The District Court actually considered the DOJ's theories similar to profit-maximization approaches.

the fares charged by LCCs, never undercutting them, thus applying the “meeting competition” defense. The District Court also considered that there were no relevant entry barriers in the DFW market, and, therefore, recoupment was not likely to happen, as already mentioned.

By doing so, however, the District Court disregarded the key issue raised by the DOJ. The case actually involved a capacity predatory behavior, rather than a mere predatory pricing scheme. Judge Marten avoided facing the core of such a claim, by assuming that every predatory pricing strategy is consequently followed by an increase in the capacity, therefore applying the regular requirements set out in *Brooke Group*.

While there is some truth to that statement, the application of the yield management techniques to the airlines industry gives weight to the DOJ’s conclusions in the case under discussion. The District Court in the *American Airlines* case followed the trend towards skepticism in predatory pricing cases. Without a doubt such skepticism is fairly justified, for the reasons stated above. However, there are situations in which some alternative standards may be required in order to enforce the main goals purported by antitrust laws.

In the case at hand, the District Court Judge merely compared routes, frequency of flights, prices, and costs in the DFW market, thereafter applying the standards set out in *Brooke Group* in order to ultimately conclude that there were no grounds for a predatory pricing case. The District Court’s opinion, therefore, represents a very narrow view of *American Airlines’* behavior. There are enough arguments to sustain that the application of case law’s general predatory pricing theory was inappropriate in light of the peculiarities of the airlines industry. These peculiarities will be briefly broken down as follows.

First of all, the decision completely ignored the fact that, after the introduction of the hub-spoke system, airlines work within a network system consisting of several connecting flights. Airlines fares are the reflection of thousands of combinations. Thus, the cost analysis can never be as simple as put by the District Judge¹⁷⁷. The structure of prices became far too complicated to permit the type of assessment used in the opinion.

¹⁷⁷ According to Robert M. Rowen. 13-WTR Air & Space Law. 1999. p. 14. “just as it is wrong to define incremental cost as the cost of adding a passenger on a less than full flight, it is wrong to consider system revenue contribution from a connecting passenger without considering the cost of operating the connecting system.”

The role of yield management techniques in the predatory behavior at issue was blatantly neglected by the District Court. American Airlines made use of discount allocation and traffic management to devise a strategy of complex multi-layered fares which allowed it to match the LCCs' prices. The additional capacity was mainly destined to price-sensitive customers, who are usually targeted by LCCs.

As already seen, major airlines have computer reservation systems that forecast demand behavior and offer market solutions. In theory, American Airlines had in fact all the tools necessary to anticipate the price-sensitive demand, thus increasing supply with the specific purpose of driving the LCCs out of the DFW market. Therefore, it is feasible to sustain that American Airlines could have saturated the market with the additional capacity.

Besides, there would be no need for American Airlines to charge fares below LCCs' prices. Major incumbent airlines have several advantages over new-entrant carriers. Not only do they have better reputations as a general assumption, but they also have stronger relations with travel agencies, not to mention frequent flyer programs¹⁷⁸. Besides, charging fares below LCCs' prices would not allow American Airlines to make use of the "meeting competition" defense, which was accepted by the District Judge.

Furthermore, there is no legitimate business justification for American Airlines' practices in the DFW market. The decision to add capacity in the DFW route has not been verified in other markets. The DOJ has particularly identified that American Airlines did not engage in similar behavior in markets in which it competes with Southwest Airlines, which is a large low-cost carrier. The DOJ then contended that American Airlines probably recognizes that Southwest has enough power to bear the harms of a predatory

¹⁷⁸ See, e.g., Russel A. Klingaman. *Predatory Pricing and other Exclusionary Conduct in the Airline Industry: Is Antitrust Law the Solution?* 4 DePaul Bus. L.J. 281. p. 306. Spring-Summer 1992. ("Not only does the role of information impose a cost on new entrants, but incumbents use informational advantages to limit losses generated by low-cost entry. Through the use of complex multi-layered fare structures and computer-operated capacity controls, an incumbent predator can match or beat the new entrant's lowest fare. However, that new low fare offered by the incumbent will be restricted to only leisure-oriented, price-sensitive travelers. Meanwhile, the incumbent's reputation, combined with travel agent and frequent flyer loyalties generated through commissions and free tickets, will allow the incumbent to maintain high yields on a significant portion of seats in contested routes. This is referred to as yield management").

attack and survive, which was not the case of the small new-entry LCCs of the DFW route¹⁷⁹.

V. - Conclusion

It will be in fact very hard to build a case based on predatory pricing schemes involving the airlines industry. The costs are very difficult to compute. But more importantly, the yield management system may render traditional predatory pricing standards inapplicable¹⁸⁰. This is why a standard based on capacity might be a better antitrust solution for cases involving airlines. It definitely meets the goal of deterrence of predatory behavior purported by the Sherman Act, while not subjecting the unlawfulness of such practice to the requirements set out in Brooke Group.

Brooke Group could never control a predatory case such as American Airlines'. Brooke Group dealt with the cigarettes industry, which is not particularly affected by increase of capacity. Aircraft can be easily removed to a different route. The outstanding ability of the airlines industry to relocate additional capacity makes the new capacity standard more appropriate.

Without the proper application of antitrust laws, major airlines are able to send a message to all potential entrants. They can effectively establish the reputation of an incumbent that will react whenever low-cost carriers decide to enter the DFW routes. But this had also a spill-over effect, as LCCs will also be deterred from entering in other markets in which major airlines have monopoly power. Besides, this anti-competitive routine will render business financiers suspicious to invest in small new-carriers.

¹⁷⁹ Are consumers better off? The District Judge thought so. But the market prices went back to what they were before the entry of the LCCs. However, there is no evidence that the fares charged by American Airlines prior to the LCCs' entry were competitive at all. Not only did American Airlines have monopoly power on the DFW market, but also statistical data informed that prices were actually higher than the ones practiced in more competitive routes, according to the findings made by the DOJ.

¹⁸⁰ See Robert M. Rowen. Decision Opens Season on Predatory Activity. 16-FALL Air & Space Law. 7-9. 2001. ("The court refused to apply a reasonable cost-revenue analysis. I have previously discussed the problem of applying traditional cost and revenue analyses in the airline industry, concluding that, under some applications of the traditional tests, a hub airline could literally give away seats on a flight to force a competitor out. If such an extreme form of conduct passes the cost test, the test has little validity").

The predatory-reputation barrier to entry, however disregarded by the lower court, is very significant. A new standard of predatory behavior mainly based on capacity, with ancillary pricing effects, is therefore mandatory¹⁸¹. It might have the effect of restoring competition in routes which are now monopolized. And above all, it might give consumers the benefit of long-standing lower-price options by reducing artificial entry barriers, thus neutralizing deterrence-investment strategies.

¹⁸¹ The proposal of harsher measures should perhaps be considered. Divestiture by major incumbent carriers of their computer reservation systems is one of the options to lower the entry barriers of the airlines market.

EUROPEAN MERGER CONTROL

Michael J. Reynolds

European Merger Control

The impact of Schneider / Legrand and Tetra Laval / Sidel on the Merger Reform Process

Part 1. Introduction

After over ten years of successful application of the Merger Regulation¹⁸², the last 16 months have proved a far more controversial and challenging time for the Commission than the years that preceded them. In 2001, the Commission exercised its powers to block an unprecedented number of cases, although this should not be taken out of context. In 2001, there were 335 cases notified to the Commission of which 5 were prohibited. Furthermore, the Commission's prohibitions in GE / Honeywell¹⁸³, Schneider / Legrand¹⁸⁴ and Sidel/Tetra Laval¹⁸⁵ provoked extensive comment on and criticism of the role of the Commission and its current practices. GE / Honeywell in particular raised particularly sensitive issues, given that the Commission's prohibition related to an "all-American" merger which had been cleared by the US authorities.

However, the public comment which these decisions attracted pales into insignificance when compared with the effect which the Court of First Instance ("CFI") has had on the Commission's image in the last 5 months. The effect of the CFI's unprecedented decision on 6th June, 2002 in *Airtours* has been well documented. Its quashing of the Commission's decision and the stinging judgement that it delivered raised significant questions about the way in which the Commission treats major merger evaluations, both in terms of the standard of proof that the Commission uses to justify its decisions and the level of economic analysis which forms the bedrock of the Commission's decisions.

¹⁸² Council Regulation (EEC) No.4064/89 of 21/12/1989 on the control of concentrations between undertakings.

¹⁸³ Case N°. COMP/M.2220

¹⁸⁴ Case N°. COMP/M.2283.

¹⁸⁵ Case N°. COMP/M.2416.

However, the Airtours judgement has proved not to be a one-off. At the time the decision was delivered, the CFI was in the process of examining two further merger prohibitions by the Commission which had been issued in 2001: that of Tetra Laval / Sidel¹⁸⁶ and Schneider / Legrand¹⁸⁷. Both cases had been appealed to the CFI and were benefiting from the expedited, fast-track procedure. Decisions were due in the latter half of 2002 and were eagerly awaited not just by the parties themselves, but also by the wider business and legal communities.

The anticipation did not reduce the impact of the two judgements handed down in the same week in October. The combined effect of Airtours, Schneider / Legrand and Tetra Laval / Sidel meant that inactivity on the part of the Commission was not an option. It had to respond.

In many respects, however, the decisions of the Court have been, in the Commissioner's own words, "timely". A review of the Merger Regulation had already begun in December 2001 with the publication of the Commission's Green Paper calling for comments on reform proposals in a number of areas covering jurisdiction, substantive review and operational issues. The Green Paper stemmed from the Commission obligation to review periodically the rules and procedures governing merger treatment under EU law. The last amendments in 1997 resulted in a second set of turnover thresholds designed to catch cases involving multiple national filings. Nevertheless, in the context of the Commission's prohibitions in 2001 and the lively debates which those decisions had sparked, the Green Paper prompted a highly dynamic interchange of views between the Commission and respondents to the proposals for reform.

What became apparent towards the end of October 2002 was that the proposals envisaged by the Green Paper were simply not sufficient to answer the criticisms that had been levelled at the Commission by the CFI in its three judgements. Schneider was particularly damning in this respect, with the CFI declaring unreservedly that:

"The Commission's economic analysis is vitiated by errors and omissions which deprive it of probative value."

¹⁸⁶ Case N°. COMP/M.2416

¹⁸⁷ Case N°. COMP/M.2283

As such, the Commission has been forced to re-think the extent and shape of the reforms which it proposed to adopt in the Green Paper, taking into account the particular criticisms which were articulated by the Court in its judgements.

This paper seeks to highlight the ways in which the reform proposals have been changed and strengthened as a result of *Schneider / Legrand* and *Tetra Laval / Sidel*. To do this, however, it is important first to examine the Green Paper which the Commission had already proposed, for the argument is frequently put that the CFI's judgements are a vindication of the reform proposals which have already been proposed by the Commission. The Green Paper proposals, including comments made on them by respondents and, more recently, by the Commission itself, are discussed in Part 2.

Part 3, looks briefly at the decisions of the court in *Schneider / Legrand* and *Tetra Laval / Sidel*, while Part 4 focuses on recent reform proposals by Commissioner Monti and Philip Lowe, the new head of the Competition Directorate General (DG-COMP), which seek to strengthen the Commission's reform process to a greater extent than originally suggested in the Green Paper. This includes an examination of an area of reform outside the Commission's own competence that has become of major importance in the light of the CFI judgements – viz. the effectiveness of Community judicial review and the possible reforms which may be needed in that area.

Part 2. The Green Paper on the Review of the Merger Regulation

According to the Commission, the underlying objective of the Green Paper reform process, launched on 11th December last year, is to meet the challenges posed by global mergers, monetary union, market integration, enlargement and the need to co-operate with other jurisdictions. The Commission believes that the reform should be built on the principles underlying the Merger Regulation, i.e. the need to ensure effective, efficient, fair and transparent control of concentrations at the most appropriate level. The official period for public comment on the Commission's Green Paper closed at the end of March and the Commission has published a summary of the 120 written submissions received on the Green Paper (a significant number of which are from US industry, law firms and public and non-public bodies). The Commissioner has expressed the recently that he hopes to be able to present a package of reforms, including proposed amendments to the Merger Regulation, before the end of 2002.

This review complements the Commission's assessment of Regulation 17 on the implementation of the antitrust rules in Articles 81 and 82 of the EC Treaty, and it is intended that the two review exercises be seen as part of a comprehensive modernisation of the European legislative framework in the field of competition.

The Green Paper addresses issues of jurisdiction, substance and procedure and, in certain areas, it presents concrete proposals. The principal suggestions made by the Commission in its Green Paper include:

- an extension of the Commission's competence to transactions which would otherwise require notification to three or more national competition authorities;
- a simplification of the mechanism whereby the Commission can refer cases to national competition authorities and the introduction of an option for the Commission to refer cases on its own initiative; and
- a "stop the clock" provision in respect of the submission of commitments, in both Phase I and Phase II of a notification.

The Green Paper also launched a debate on the merits of the substantive competition test enshrined in the Merger Regulation, namely that a merger should not be allowed to proceed if it is likely to create or reinforce market dominance. Specifically, the Green Paper invited comment on how the effectiveness of this test compares with the "substantial lessening of competition test" used in the US and other jurisdictions. In addition, the Green Paper invited views on the proper role and scope of merger-specific efficiencies. Although some jurisdictions, such as the US, explicitly provide for these to be taken into account in the context of merger control, the scope for taking them into account under the Merger Regulation has not been fully developed.

JURISDICTION

Thresholds

One of the main proposals presented by the Commission in its Green Paper relates to the perceived failings of the Merger Regulation's supplementary turnover thresholds. The supplementary turnover thresholds

were introduced in 1997 in an attempt to catch large pan-European transactions that fell just beneath the Merger Regulation's original thresholds, and which often triggered obligations under multiple and diverse national Member State merger control laws. Since their introduction, however, the supplementary thresholds have proved to be somewhat complex to apply and, in practice, have caught relatively few of the cross-border transactions they were intended to catch. In 2000, for example, only 20 cases were notified to the Commission under the supplementary thresholds, compared to 75 transactions notified to three or more Member States. This problem will be exacerbated with enlargement and the resulting increase in the number of national merger control regimes within the Community.

The Green Paper therefore proposed a far simpler test (the "3+ rule"): the Commission should have automatic jurisdiction over transactions that would otherwise have to be notified under three or more national regimes. The concept behind the proposal is not new. The same proposal was originally presented in the Commission's January 1996 Green Paper, but was rejected in favour of the supplementary thresholds. The main criticisms levelled against the proposal in 1996 related to disparities in Member States' laws in respect of, for example, the definition of a concentration and in relation to whether the notification requirement was obligatory or voluntary. Such disparities were found not only to raise issues of legal certainty, but also to make the Commission's assessment of whether national rules applied to a certain case overly complex. Since then, however, many of the Member States and accession countries have adopted merger control regimes based on a system similar to that of the Merger Regulation or have amended their existing merger control regimes, thus reducing to some extent the difficulties associated with applying the proposed system that were identified in 1996.

The Commission's main argument in support of its proposed revision was that it is often best placed to deal with cases which generate competition concerns across various Member States, particularly since such cases might result in significant competitive repercussions in other parts of the Community (e.g. by impeding the entry of competitors from other Member States into the areas concerned). The Green Paper observed that a number of markets within the EU are in a transitional state, citing as an example the *Pirelli-BICC*¹⁸⁸ case, in which it was found that deregulation and harmonisation

¹⁸⁸ M.1882, decision of 19th July, 2000.

had led to a widening of the relevant markets from national to EEA-wide. The Commission considered, given that it is able to consider fully all effects at both national and European levels, that it was particularly well placed to deal with cases where such a transition is occurring.

Moreover, the Commission concluded that Community competence in such cases is in line with the principle of subsidiarity, according to which action should be taken at the most appropriate level of jurisdiction in view of the objectives to be attained and the means available to the Community and Member States. Although the Commission acknowledged and supported the recent initiative by the competition authorities of Member States for closer co-operation in dealing with merger cases notified in more than one country, it did not believe that such co-operation could be viewed as a substitute for “one-stop shop” control of mergers with cross-border effects.

In its response to the Green Paper, industry in particular has been highly supportive of the “one-stop shop”, but respondents also appreciated the merit of having a system that is sufficiently flexible to ensure that cases are dealt with at the appropriate level. The UK House of Lords supports a change to the “3+ test”.¹⁸⁹ Allen & Overy submitted to the Commission that a “2+ test” should be introduced in combination with accelerated harmonisation of the various merger control regimes of the Member States.

The Commission’s proposal envisaged a system where, once its competence on the basis of the multiple notification requirements is established, its powers and the procedure to be adopted would be the same as for cases falling within Article 1(2) (i.e. under the primary turnover thresholds), save that it would also be necessary to determine whether the concentration in question meets the notification thresholds of at least three Member States. The Commission’s initial view was that the relevant Member States should confirm the parties’ interpretation of the national thresholds, as any alternative approach would mean that it would have to interpret national merger laws, and since national merger laws are not yet fully harmonised, the Commission and Member States could have divergent interpretations of national laws. The Member States concerned would then be required to confirm the parties’ analysis to the Commission within a relatively short period of time - the Commission proposed one or two weeks.

¹⁸⁹ Session 2001-20002, 32nd Report of the Select Committee on the European Union, HL Paper 165.

It suggested that the system could take the form of a non-opposition procedure, whereby the Commission's competence would be established if the Member States concerned did not oppose the analysis of the parties within the period.

It was argued in 1996 that it may be difficult to determine quickly whether a concentration meets the national notification thresholds, especially in those Member States where criteria other than turnover are used. This concern was re-emphasised by the responses to the current Green Paper. For instance, in the case of market share thresholds, it is necessary to establish a suitable market definition or market definitions, which is no easy task and often goes to the heart of the substantive assessment of a transaction. In response to this, the Commission observes that the application of national thresholds would have to be done even if the Merger Regulation did not apply, and notes that a smaller number of Member States apply non-turnover-based criteria than was the case in 1996. However, it should be noted that Greece, Portugal and Spain all still have regimes that have a threshold based on market share¹⁹⁰. To the extent that a legal certainty issue were to arise, the Commission suggested that the requirement set out in Article 4(1) of the Merger Regulation to notify within one week of the conclusion of an agreement, the announcement of a bid or the acquisition of a controlling interest could be made inapplicable to this category of cases.

An issue not addressed by the Commission in its Green Paper is where Member State regimes catch mergers which have little or no effect in their own territory. The Czech Republic (an accession country) and Ireland, for instance, have thresholds based in part on worldwide turnover, and in practice catch many transactions which have little or no effect in their respective territories. In addition, the Green Paper did not address the problem of jurisdictions where there is no mandatory notification requirement, like the UK. Some respondents pointed out that these factors would also have the effect of importing uncertainty into the Community's jurisdictional criteria.

Another issue not addressed was whether the Commission would be capable of dealing with the increase of notifications that the proposal presented in the Green Paper would be likely to generate. The Commission's Merger Task Force, or MTF, is already often perceived as being under-resourced. The Commission's proposal to introduce an automatic Community

¹⁹⁰ The issue of jurisdiction is also complex in the UK where notification is voluntary and where a market share test forms part of the jurisdictional analysis.

competence over cases subject to filing requirements in three or more Member States would have increased the number of mergers notified to the Commission in 2000 from 345 to approximately 420. On these conservative figures, it is clear that if the proposed reform is to be implemented and effective, the Commission's staffing resources would clearly need to be reviewed and increased accordingly.

In addition to proposing a system whereby notification to the Commission would be based upon the fact that a transaction is subject to multiple national filing requirements in EU Member States, the Commission continued in its Green Paper to contemplate the removal of turnover thresholds altogether. However, further harmonisation of national merger control thresholds is a key pre-condition to the functionality of such a system. The Commission suggested that a more systematic approach to the setting of notification thresholds in national merger laws could allow the thresholds to serve as direct measurements of the cross-border impact of concentrations. In addition, the Commission was of the view that it would be useful to strengthen the existing degree of alignment of merger control rules within the Community, for example, concerning the concept of a concentration and important parts of the procedural framework, thereby promoting the effective and transparent protection of competition and the maintenance of a level playing field. The Commission believed that such an environment would lead to a more seamless network of competition authorities, where, ultimately, the Commission and one or more national authorities could share the task of assessing a concentration on global to local markets.

The Commission's Recent Response in relation to Thresholds

In his initial response to the comments received on the Green Paper, Mario Monti considered that the comments validate the need to resolve, as a matter of priority, the problem of multiple filings whilst retaining a flexible case allocation system.

However, speaking at the International Bar Association conference in Brussels in November, 2002, Götz Drauz appeared to reject the proposal on the basis that the feedback in relation to mandatory jurisdiction if notification were required in three or more jurisdictions had been negative. Specifically, he pointed to the fact that the "3+" notification system was of necessity somewhat crude, and would not necessarily catch all merger cases whether there was a genuine cross-border interest such that the Commission

should have jurisdiction. The other main problem with the proposal was its heavy dependence on the jurisdictional laws of the Member States. The operation of these tests – which are currently unharmonised, despite claims of convergence – would lead to the creation of legal uncertainty, which is intrinsically undesirable both for the Commission and, more importantly, for prospective merging parties.

Instead of the adoption of a compulsory “3+” system to determine Community jurisdiction, Drauz indicated that more favourable options were a voluntary “3+” test, or the determination of jurisdiction on a case by case re-allocation. The latter option would involve the streamlining of the referral mechanisms found in Articles 9 and 22, which is dealt with below.

Referrals to Member States

Under Article 9 of the Merger Regulation, the Commission can refer transactions that fall under the Merger Regulation to relevant Member State competition authorities for investigation. In June 2000, the Commission issued a report on this referral process that examined referral requests over the last five years. The time schedule, the criteria for referring a case and the problems caused by partial referrals were identified as aspects that could benefit from amendment. In addition, a recurrent view expressed by respondents was that the assessment of concentrations at national level could be susceptible to political influence depending upon the degree of maturity of the relevant national competition law, the ownership regime of the undertakings concerned and the political or social importance of the relevant sector for the Member State in question.

As a result of the Commission’s review, the Green Paper proposed a simplification of the requirement for the submission of a referral request, reducing the need for specific investigation by a national authority into the likely effects of a concentration before making such a request. The Green Paper envisaged maintaining Article 9(2)(b) but facilitating its use, disjoining the referral request from evidence of a threat of creation or strengthening of dominance. A substantiated claim of effect on competition in a distinct market within the Member State is considered by the Commission to be sufficient. Further, the Commission did not envisage that the geographic scope of the relevant markets would need to be defined, provided that the effects do not extend beyond the Member State’s borders. The Commission also considered it possible to limit the time needed for internal consultation within the

administrative structure of the Member State, given the fact that a request would no longer represent a preliminary conclusion that the transaction is likely to give rise to anti-competitive effects. Consequently, the Green Paper proposed that the three-week period for a referral request could be shortened to two weeks. However, in their responses Member States did not generally endorse the reduction of time proposed.

Additionally, the Green Paper proposed the possibility that the Commission could refer such cases on its own initiative. The Commission's option to do so would basically mirror the current option for Member States to refer appropriate cases to the Commission under Article 22 of the Merger Regulation. A two-week period was proposed for the Commission's exercise of an initiative to refer.

In respect of referred cases, the Commission also suggested harmonising the timeframe in which a final decision is taken, by clarifying the current rule in Article 9(6), which provides that the results of the Member State's examination of a concentration must be published within four months of the Commission's referral, so that a decision of a definitive nature comparable to an Article 8 decision under the Merger Regulation would have to be adopted within the same timeframe as would have applied for the Commission. Alternatively, the Commission proposed that the Merger Regulation could provide that any national authority dealing with a case that has been referred to it should do so under the procedure indicated in the Merger Regulation. The Commission acknowledged that either amendment would require substantial amendments to national merger control procedures.

The Commission's recent thinking in respect of the referrals is that the referral proposals should aim to produce a mirroring between referrals back to Member States and referrals up to the Commission. These developments are dealt with in section C, below.

Joint Referrals to the Commission

Article 22(3) allows two or more Member States to make joint referrals to the Commission where they feel that the Commission is better placed to assess a transaction. In its Green Paper, the Commission observed that it has not, hitherto, received any such request (although since the Green Paper has been published, there have been two instances where the Commission has accepted jurisdiction following a joint request from two or more Member States¹⁹¹). The Commission set out what it perceived to be the procedural

weaknesses of Article 22(3) (such as the pre-condition of timely contacts between the various competition authorities not being met), but concluded that in order to make Article 22(3) operational as a generally applicable corrective mechanism to the multiple filing problem, the system would be likely to require amendment of more than just the Merger Regulation. In any event, if the threshold proposals set out in the Green Paper (and discussed above) are put into effect, cases which involve multiple notification to Member States would automatically need to be notified to the Commission.

Overall, the Member States that submitted comments believe that Article 22 must be retained, in view of the pending enlargement, but that it must be made more operational. Mario Monti, in responding to the submissions, stated that it is the Commission's intention that any important changes to the referral mechanisms under Article 9 and 22 would be accompanied by Commission guidelines on how the mechanisms should operate in practice.

The Commission's Recent Response in relation to Referrals

The Commission has made it clear that it intends the procedures and rules for "referral up" of merger cases from Member States to the Commission mirror those for referral down from the Commission to the States.

The Commission's recent proposals envisage that referrals in both directions upon the request of the merging parties will become possible before notification. Under the Commission's proposals, the merging parties would need to submit a reasoned request to the Commission and the appropriate national competition authorities for referral which must be acceded to in order for the referral to take effect. In the event that a minimum number (as yet undetermined) of national competition authorities agree to a case being referred upwards from their jurisdiction to the Commission, the Commission would take exclusive jurisdiction for the merger investigation throughout the Community.

The proposed amendments to the Merger Regulation would also introduce a "right of initiative" for the Commission, whereby it could expressly invite Member States to make referrals to it, or invite Member

¹⁹¹ Case N°. COMP/M.2698 Promatech/Sulzer and Case No. COMP/M.2738 GEES/UNISON.

States to request “referral down” to their own jurisdiction from the Commission. The Commission expects to produce a set of guiding principles to accompany the changes to the referral mechanism in the proposed new Merger Regulation.

Concept of concentration

The Green Paper explored a number of potential adjustments to the concept of concentration as set out in Article 3 of the Merger Regulation.

Minority shareholdings and strategic alliances

The Green Paper examined the treatment of this concept in relation to the acquisition of non-controlling joint or sole minority shareholdings and in respect of strategic alliances. Strategic alliances are co-operative arrangements of varying scope, involving the creation of several links that are usually contractual but which may have structural aspects, such as the creation of a joint venture and even the acquisition of shareholdings. The Commission observed that, to date, only one strategic alliance, namely that between Alitalia and KLM¹⁹², has been assessed on the basis of the Merger Regulation. In that case, the Commission considered that, for a number of reasons, the alliance fulfilled the criteria for a full-function joint venture, as defined in its Notice on the concept of full-function joint ventures.¹⁹³ The Commission concluded that whilst, in certain cases, the acquisition of a minority shareholding or strategic alliances might have structural effects, this does not apply as a general rule, and it does not appear to be possible to make a distinction with sufficient legal certainty. Article 81, rather than the Merger Regulation, was therefore considered by the Commission to remain the most appropriate instrument for the assessment of such transactions. The great majority of comments received by the Commission supported its view.

Partial function production joint ventures

A key amendment to the Merger Regulation in 1998 was the inclusion

¹⁹² Case N°. JV.19 (1999).

¹⁹³ OJ C66/1 (1998).

within its scope of full-function co-operative joint ventures. The Commission considered that such cases are well suited to the more structural type of assessment of the Merger Regulation. The Commission's modernisation proposal for Articles 81 and 82 left the question of the possibility of the further concept of a concentration to its review of the Merger Regulation. The Commission's White Paper of April 1999 indicated that it appeared desirable to maintain a prior authorisation system for partial-function production joint ventures, due to the substantial investment and far-reaching integration of operations involved in such operations. It was envisaged that partial-function joint production ventures, like full-function joint ventures, would be subjected both to the dominance test and to Article 2(4) of the Merger Regulation. However, the subsequent consultation procedure revealed several important criticisms of this proposal:

- First, it was considered to be very difficult to find an unambiguous legal definition of the concept of a partial-function production joint venture, particularly in the context of service markets.
- Secondly, the consultation did not produce indications that such production joint ventures are inherently more suited to ex ante control than other operations that may involve large-scale investments (e.g. R&D joint ventures or distribution systems). In addition, partial-function production joint ventures would continue to be covered by block exemption regulations under Article 81.

The Commission therefore concluded that there did not seem to be any compelling reason to extend the scope of the Merger Regulation to partial-function production joint ventures. The Commission's position appears to have been generally supported by the respondents; however, some respondents considered that voluntary notification of partial-function production joint ventures should be allowed in order to increase legal certainty for investments (especially in light of abandonment of a notification system under Article 81 in the modernisation process).

Multiple transactions

Article 5(2)(2) of the Merger Regulation currently provides that two or more transactions which take place within a two-year period between the

same undertakings may constitute a single transaction. In its discussion in respect of the concept of a “concentration”, the Green Paper proposed that other multiple transactions should be assessed as a whole if they involve a link revealing economic unity between the transactions in a way which is considered to be equivalent to a single transaction. Under the Commission’s proposal, the concept of economic unity would be assessed against the goals pursued by the parties. The factors relevant to the assessment of whether the transactions are equivalent to a single transaction would include a time connection and an identity link.

The Green Paper specified three types of transaction that it proposes should be taken as a whole for the purposes of the Merger Regulation:

- acquisitions of joint control of one part of an undertaking and sole control of another part, which would be the case where an acquisition concerns the parent company of a group which has jointly controlled subsidiaries which, as a consequence of the acquisition, become (jointly) controlled by the acquirer;
- the exchange of assets between two companies, or swaps, as these are often determined by a single contract and the conclusion of each transaction is conditional upon the conclusion of the other; and
- creeping takeovers via the stock exchange, which often occur in “hostile” situations, where the target company and/or some of its previous shareholders are not fully supportive of the takeover.

The Commission considered that it is normally clear in such situations from the viewpoint of all parties involved that a number of legally separate acquisitions of rights form, from an economic viewpoint, a unity, and that the intention is to acquire control over the target company. In respect of the three types of transaction that it suggested should be brought within the scope of the Merger Regulation, the Commission proposed limiting the scope of an amended Article 5(2)(2) to transactions relating to the same economic sector. The majority of respondents supported the Commission’s proposals in this regard.

Venture capital transactions

Article 3(5) of the Merger Regulation, which describes certain

narrowly-defined situations where a concentration is not to be deemed to exist, includes the normal trading activity of financial institutions. However, the Commission's review brought to its attention new forms of financing in the equity markets. Specifically, growth capital/technology investments are considered by the Commission potentially to fall under the Merger Regulation, as they are normally syndicated. This means that, even in the case of start-up businesses with no sales, they may be notifiable under the rules applicable to full-function joint ventures. This type of venture capital investment is likely to meet the criteria for simplified treatment under the Merger Regulation. However, the Commission considered that even if it were accepted that competition concerns are unlikely to occur with this type of venture capital investment, there are difficulties in defining the scope of a specific exemption. The Commission stated that, notwithstanding such difficulties, it remained open to the possibility of extending the scope of Article 3(5). The number of respondents supporting and objecting to the exclusion of venture capital investment from the scope of the Merger Regulation was almost balanced.

Qualitative or quantitative notion of control?

The Commission noted that, in some cases, controversy has arisen as to the compatibility of Article 3(3) of the Merger Regulation with Article 5(4). Article 3(3) defines the concept of control for the purposes of determining the circumstances in which a concentration is deemed to arise. The test is qualitative rather than quantitative. Article 5(4) defines the concept of the group of undertakings to be included for the purposes of determining whether the turnover thresholds in Article 1 are satisfied. The first three sub-sections of Article 5(4)(b) state that a company shall be considered to be part of a group if more than half of its capital or assets are owned by the group, if more than half of its voting rights can be exercised by the group, or if the group can appoint more than half of its Board. The fourth sub-section states that a company shall be included in the group if the group has the right to manage its affairs.

Whilst the first three sub-sections are quantitative form-based criteria, the fourth sub-section is similar to the qualitative test in Article 3(3). The Commission acknowledged that the differences between the two provisions may cause uncertainty. For example, control in the sense of Article 3(3) may be acquired by a company holding significantly less than half of the

voting rights in another company, assuming that it is likely to hold a majority at shareholders' meetings. In contrast, it is not clear that control in the sense of Article 3(3) would be deemed to arise even after the acquisition of, for example, 51% of the share capital or assets, assuming that another shareholder controlled more than half of the votes. The Commission invited comments on whether it would be appropriate to base the Article 5(4) group concept on the principles underlying Article 3(3). Mixed responses were received in relation to this issue; however many respondents mentioned that their major interest is simplicity and certainty in the calculation of turnover.

SUBSTANTIVE ISSUES

Substantive Test

The Green Paper launched a debate on the respective merits of the “dominance test”, as laid down in the Merger Regulation and the “substantial lessening of competition test”, or “SLC test”, as used in other major jurisdictions, including the US, Canada and Australia¹⁹⁴.

The Green Paper acknowledged the attractions of an alignment towards a global standard for merger assessment. It would, for example, facilitate merging parties' global assessment of possible competition issues arising from contemplated transactions (and save them costs) by obviating the current need to argue their case according to differently formulated tests. The Commission pointed out, however, that an amendment of the Merger Regulation test may result in interested parties facing greater difficulties in forecasting the likely outcome of merger control proceedings in Europe, as the existing body of case law has been built up under the dominance test. The Commission's view was that similarities exist between the dominance test and the SLC test. It observed that experience in applying the dominance test has not revealed major loopholes in the scope of the test and that it has not frequently led to different results from the SLC test approaches in other jurisdictions. The Commission notes in the Green Paper that, despite the current difference in legal tests, the vast majority of cases dealt with by the Commission and other major jurisdictions using the SLC test have revealed a significant degree of convergence in the approach to merger analysis. This

¹⁹⁴ The UK Enterprise Act will bring about the SLC test for merger control in the UK.

is in line with the Commission's acknowledgement that international convergence is already occurring to a considerable extent, as discussed by Commissioner Monti in his speech to the ABA General Counsel Roundtable in Washington on 14th November, 2001.

The Commission noted that the application of the notion of dominance has evolved, and that it has proved adaptable to developments in economic theory and to refinements of the econometric tools now available to measure market power. An example of the evolution of the dominance test is the European courts' interpretation of it as applicable to situations of collective dominance, in the judgments of the Court of Justice and the Court of First Instance in the *Kali und Salz*¹⁹⁵, *Gencor*¹⁹⁶ and *Airtours*¹⁹⁷ cases. It has been suggested to the Commission, however, that the SLC test might be closer to the spirit of the economically-based analysis undertaken in merger control and less rigid than the dominance test. A hypothetical question raised in respect of the dominance test has been the extent to which it would address a merger between the second and third largest players in a market, these firms being the closest substitutes. In such a scenario, the merging firms may remain smaller than the market leader, and the SLC test would better address the situation, particularly if the market characteristics would not be conducive to a finding of collective dominance.

The Airtours ruling

The result of the Court of First Instance appeal in the *Airtours/First Choice* case is of considerable interest in relation to how well adapted the dominance test is to oligopolies. The Commission's decision in the *Airtours* case, prohibiting the proposed acquisition by the UK travel company, *Airtours plc*, of *First Choice Holidays plc* on the basis of collective dominance, was overturned by the Court of First Instance, which criticised strongly the Commission's factual and substantive analysis. The Commission had not prior to the *Airtours* case published definitive guidelines relating to its analysis of oligopolistic dominance, and the approach was in flux, with recent cases seemingly extending the boundaries.

¹⁹⁵ Joined cases C-68/1994 and C-30/1995, decision of 30th March, 1998.

¹⁹⁶ Case T-102/96, decision of 25th March, 1999.

¹⁹⁷ Case T-342/99, decision of 6th June, 2002.

By way of background, where a concentration takes place within a relatively concentrated market, the Commission will normally examine not only whether the merger would create or strengthen a position of single firm dominance, but also whether the transaction would lead to a situation of oligopolistic dominance. The Commission has long maintained that the Merger Regulation applies to the creation or strengthening of oligopolistic dominance (see *Nestle/Perrier*¹⁹⁸, *Mannesmann/Vallourec/ILVA*¹⁹⁹) and this view has been upheld on appeal by the Court of First Instance (*Gencor v Commission*²⁰⁰) and the Court of Justice (*France v Commission*²⁰¹ (“Kali & Salz”)).

Oligopolistic dominance (also referred to as collective, or joint, dominance) may arise in a situation where a merger enables the remaining companies in a market to increase their profits by taking actions the success of which depends on accommodating the reactions from their competitors (i.e. by tacitly co-ordinating their decisions and activities on, for example, pricing and output and thereby mimicking the monopoly outcome). A distinction should be drawn between: (i) tacit co-ordination (whereby the nature of a market is such that competitors may independently take decisions so as to pursue a “common policy” without the need for any express collusion), which is the target of the Commission’s collective dominance analysis under the Merger Regulation; and (ii) express collusion (i.e. cartel behaviour), which would be caught under Article 81 rules.

The *Airtours* ruling does not reverse or substantially change the previous legal position in relation to collective dominance, although it elaborates on it, and to some extent clarifies it. Notably, in *Airtours*, the Court of First Instance sets out a three-stage test of conditions necessary for collective dominance:

(i) Each member of the oligopoly must have the ability to know how the other members are behaving (transparency)

There must be sufficient transparency in a market for oligopolists to be aware sufficiently precisely and quickly of the way in which other oligopolists’ market conduct is evolving and to be able to

¹⁹⁸ Case N°. IV/M.190 (1992).

¹⁹⁹ Case N°. IV/M.315 (1993).

²⁰⁰ Case T-102/96, [1999] ECR II-879.

²⁰¹ Joined Cases C-68/94 and C-30/95, [1998] ECR I-1375.

monitor whether or not oligopolists are maintaining the common policy;

(ii) Tacit co-ordination must be sustainable over time; i.e. there must be an incentive in not departing from the common policy

Such sustainability requires that the oligopolists gain from co-ordination and, crucially, that there are adequate deterrents to ensure that there is no deviation from this co-ordination by the oligopoly members. Essentially, there must be a credible retaliation or punishment mechanism, whereby the oligopolists are deterred from defecting from the common policy (e.g. to earn higher profits in the short term) by the threat of punishment by the non-defecting oligopolists, the costs of which (e.g. reduction of profits, exclusion from the common policy) in the medium and longer term are greater than the short term gains for which they may have considered “cheating” on the common policy.

(iii) The foreseeable reaction of current and potential competitors and customers must not jeopardise the expected results from the common policy.

For a finding of collective dominance, the Commission will need to establish that the oligopolists are capable of imposing their co-ordinated behaviour on the market without being undermined by, for example, buyer power, a competitive and non-oligopolistic fringe or new entrants.

Since the Court of First Instance’s ruling in *Airtours*, the Commission has published one decision directly addressing the criteria for analysis of collective dominance. In *Deloitte & Touche/Andersen (UK)*²⁰², the Commission confirmed that the appropriate analysis of collective dominance is in accordance with the three-stage test discussed above²⁰³.

²⁰² Case N°. COMP/M.2810.

²⁰³ Case M.2810, paragraph 41. The Commission concluded that it was able in this case to leave open whether or not the proposed transaction would lead to a position of oligopolistic dominance, as a causal link (i.e. the strengthening or creating of a position of dominance) between the proposed transaction and the possible situation of collective dominance could be excluded.

As stated above, the Airtours ruling should not be regarded as a sea change in the Commission's analysis of collective dominance and previous precedent remains important. Whilst in the past, across different cases, the Commission has recognised that some or all of the factors that make up the three-fold criteria set out in Airtours are central to a finding of collective dominance, the Airtours ruling is the first time that the three-stage test is set out explicitly. In *Deloitte & Touche*, the Commission referred to having identified the Airtours three-stage test in its earlier *MCI Worldcom/Sprint* decision²⁰⁴, but this appears somewhat as being retrospective justification of the reversal it suffered in the Airtours ruling. The four-limbed test set out in the *MCI Worldcom/Sprint* decision is indeed consistent with the three-fold test in the Airtours ruling. However, in a number of cases between the decision in *MCI Worldcom/Sprint* and the Airtours ruling, the Commission reverted to the checklist approach described below.²⁰⁵

Prior to the Airtours ruling, the Commission generally took what has been described as a checklist approach. The Commission indicated in its published decisions that the following non-exhaustive list of factors, in its analysis, tends to indicate an oligopolistic market.

- Low demand-side growth
- Absence of demand side purchasing power
- Concentrated supply side
- Homogenous products
- Mature technology
- High entry barriers
- Similar cost structures
- Price and volume transparency
- Stability of market shares over time

²⁰⁴ Case N°. COMP/M.1741, paragraph 259.

²⁰⁵ E.g. *BP/E.ON*, Case No. COMP/M.2533, *Shell/DEA*, Case No. COMP/M.2389, *Alcoa/British Aluminium*, Case No. COMP/M.2111, *Johnson Professional Holdings/Diversey/lever*, Case No. COMP/M.2665, *Norsle Skog/Parenco/Walsum*, Case No. COMP/M.2499, *UPM-Kymmene/Haindl*, Case No. COMP/M.2498).

In as much as the factors that make up the above checklist will all contribute to a lesser or greater extent in establishing whether the threefold Airtours criteria are met, the factors and previous decisions that have provided insight on them remain relevant.²⁰⁶ For example, the existence of high entry barriers will be directly relevant to the third limb of whether potential competitors would jeopardise a “common policy”. Similarly, the homogeneity of products assists the formulation and application of parallel behaviour, because, for example, consumers will tend to choose between competitors on the basis predominantly of price (i.e. price may become the sole variable that it is necessary to monitor and adopt a common policy in relation to), thereby contributing to fulfilment of the first and second limb of the Airtours test.

In addition to providing guidance on the assessment criteria for collective dominance, the Court of First Instance also made clear in the Airtours ruling that the Commission is required to meet strict standards of evidence and analysis in reaching a collective dominance finding, and strongly criticised the Commission for conspicuously failing to do so in its Airtours decision. The Court stated that the Commission must produce “convincing evidence”²⁰⁷ that a merger would create a position of collective dominance. The Court was scathing about the Commission’s factual case and made it plain that future Commission decision will be required to present a more rigorous and thorough analysis than that encountered in Airtours.

The Court of First Instance’s ruling in Airtours impacts on the consideration of the substantive test under the Commission’s Green Paper. It has been suggested to the Commission that the SLC test might be closer to the spirit of the economically-based analysis undertaken in merger control and less rigid than the dominance test. The dominance test is ill-suited to analysing anti-competitive effects that may emerge through the reduction of the number of companies in a non-collusive (nor dominant) oligopoly. This

²⁰⁶ For example, in Johnson Professional Holdings/Diverseylever (Case No. COMP/M.2665) the Commission decided not to oppose a merger between companies operating in the cleaning and hygiene products/services sector on the basis, inter alia, that competitors and strong buyers would be able to counter any attempted joint price rises by the potential oligopoly under consideration (i.e. effectively on the basis that the third limb of the Airtours test would not be met. Similarly, in Alcoa/British Aluminium (Case No. COMP/M.2111), the Commission considered that collective dominance would not arise, inter alia, because of the absence of a retaliation mechanism (i.e. effectively that the second limb of the Airtours test would not be met).

²⁰⁷ Paragraph 63.

appears to be a lacuna in the dominance test. A hypothetical question raised in respect of the dominance test has been the extent to which it would address a merger between the second and third largest players in a market, these firms being the closest substitutes. In such a scenario, the merging firms may remain smaller than the market leader, and the SLC test would better address the situation, particularly if the market characteristics would not be conducive to a finding of collective dominance. Following the overturning of the Commission's *Airtours* decision and the Court's criticisms of the laxity of its argument, it was thought to be more appealing to the Commission to consider the introduction of the SLC test, rather than what some respondents have called the "legal strait jacket" of finding dominance.

The *Airtours* ruling was published by the Court of First Instance on 6th June, 2002, 32½ months after the Commission's prohibition decision on 22nd September, 1999. *Airtours'* victory was Pyrrhic. It is generally acknowledged that this time scale for an appeal decision is outside a commercially viable time period, in that the circumstances motivating the original attempt at merger on the terms originally proposed will inevitably have changed. Commission Monti has acknowledged²⁰⁸ that the normal speed of judicial review presents some problems and welcomed the Court of First Instance's new "fast-track" rules on expedited procedure that have been used effectively in the *Tetra Laval / Sidel* and *Schneider / Legrand* appeals as discussed below.

Submissions on the substantive test

The respondents to the Green Paper presented an array of arguments (which Mario Monti considered finely balanced) for and against the replacement of the dominance test with the SLC test. Certain respondents suggested that the wording of the merger control test should be linguistically distinguished from the dominance concept that is used in Article 82 of the Treaty to control abuse of a company's dominant position on a market. Given that the Merger Regulation and Article 82 have different conceptual functions, there is an obvious argument that clarification is achieved by not using similar language to describe them.

Many of those against the change in the substantive test considered

²⁰⁸ Ibid.

that the two tests (despite differences in wording) produced essentially convergent outcomes and that substantive convergence between different jurisdictions is achieved by reliance upon similar economic theories rather than by means of a merely semantic convergence. Those respondents in favour of the retention of the dominance test who do identify a difference between the two tests tend to view the SLC standard as a lower, and potentially more uncertain, threshold than the current dominance test.

In relation to its merits, those in favour of the dominance test point out that it has proved sufficiently adaptable to be used in a wide variety of different situations (e.g. collective dominance). As such, the argument essentially runs that, if the dominance test has proved capable of translating relevant economic theories into practical decision making, there is no need to change it, given that such a change would effectively discard over ten years of Commission jurisprudence on the dominance test.

Some of the respondents also pointed out that many European jurisdictions, including most of the candidate accession countries, have aligned their own internal merger tests with the dominance test. Thus, as the Bundeskartellamt noted, convergence on an international level would cause divergence within the Community.

The Commissioner's Response in relation to the Substantive Test

In his speech on 7th November²⁰⁹, Mario Monti explained his preliminary view that the dominance test should in fact be retained. Despite the claims made by some that the SLC test would allow a better analysis of oligopolistic situations, Monti was prepared to state that he believed the concept of dominance to be:

“capable of dealing with the full range of anticompetitive scenarios which mergers may engender.”

Furthermore, he pointed to the benefits of retaining the Commission's jurisprudence in interpreting the dominance test – there is, after all, a costs-benefit analysis to be performed in relation to whether or not to discard the

²⁰⁹ Mario Monti: “Merger Control in the EU: a radical reform”, IBA Conference on Merger Control, Brussels, 7th November, 2002.

existing dominance test in favour of the SLC test. However, he conceded that further clarification of the dominance test would indeed be useful, proposing the addition of a paragraph in Article 2 to make it clear that the test applies in what have been termed “unilateral effect” situations. Philip Lowe has commented that this amendment to Article 2 will lead to what John Vickers of the OFT referred to as a bifurcated test capable of catching both conventional dominance situations and those of non-collusive oligopolistic situations.

This approach would not only synchronise with the ECJ’s interpretation of the dominance test in merger cases, but would also allow a decoupling of the dominance concept in merger situations from that which is applied under Article 82.

Mario Monti pointed out that he shared the view of those emphasising the importance of the principles underpinning the application of the test rather than the actual wording of the test itself:

“after all, what surely matters most is the reasoning underlying our analytical approach to merger analysis”.

As such, the Commissioner outlined his intention to submit two sets of guidelines in relation to the substantive application of the dominance test:

- the assessment of horizontal mergers – the first set of guidelines, in the form of a draft Notice, will address situations where both undertakings are active sellers on the same market, or are at least potential competitors on that market. The guidelines would provide clarity on how the Commission analyses such horizontal mergers, with particular focus on the application of the notion of collective dominance; these guidelines have been seen as key to the future conduct of the Commission’s investigations, with Monti stating expressly that he attached definitively more importance to their adoption than to the choice between the SLC and the dominance test.²¹⁰
- the assessment of vertical and “conglomerate” mergers – these guidelines would similarly flesh out the way in which such mergers

²¹⁰ Monti – Speech at Fordham Annual Conference on Antitrust and Policy, New York, 31st October, 2002.

would be treated by the Commission. As in the case of the horizontal guidelines, above, the aim would be to increase transparency, predictability and therefore legal certainty for all participants in the merger process. These guidelines are particularly important in the light of the CFI's judgement in *Tetra Laval / Sidel*. In this case, the CFI recognised that conglomerate-type mergers are generally considered by economists to be neutral, or even beneficial for competition on the markets concerned. To this end, it stated that the proof of anti-competitive effects requires "particularly close" and "precise examination" on the part of the Commission of the circumstances which would allegedly produce these effects, supported by "convincing evidence". The guidelines would be expected to mirror the CFI's assessment of the analysis of conglomerate mergers in the *Tetra Laval / Sidel* decision and to ensure that Commission decisions which relied upon such theories met the level of scrutiny which the Court has demanded.

Efficiencies

The Commission also considered in its Green Paper how, and the extent to which, efficiencies should be taken into account in competition analysis, acknowledging that some jurisdictions explicitly provide for merger-specific efficiencies to be taken into account in the context of merger control, e.g. the US Horizontal Merger Guidelines. An "efficiency defence" allows a merger to go ahead where the benefits to the economy resulting from the efficiencies are deemed to outweigh the harm to the economy resulting from reduced competition. The Commission considered that those jurisdictions which take these efficiencies into account tend to allow for a defence of this kind only in the exceptional circumstances where the efficiencies are likely to be passed on to consumers, despite a situation of dominance or substantial lessening of competition. The Commission's own attitude towards efficiencies produced as a result of a merger has itself been the subject of much analysis, both by others and by the Commission itself.

Allen & Overy submitted to the Commission that a re-balancing of the Commission's policy in this respect to give proportional weight to merger-specific efficiencies (together with appropriate guidance) would be welcome.

The Commissioner's Response in relation to the treatment of Efficiencies

Mario Monti has acknowledged the divergence among respondents to the Green Paper and the current lack of clarity in relation to the scope of an “efficiency defence”, and stated that the forthcoming market power guidelines would address the issue.

Indeed, although Commissioner Monti's description of the matters to be addressed in the guidelines on merger control included buyer power and ease of market entry, he drew particular attention to the role of efficiencies as worthy of explanation. The guidelines will make it clear, within the existing structural framework of Article 2(1)(6) of the Merger Regulation, that efficiency claims will be considered as part of the overall assessment of the effect of a merger.

However, Monti stressed that efficiency claims would be accepted only when it could be shown with sufficient certainty that such efficiencies would enhance the incentive of the merged entity to act pro-competitively because “the efficiencies generated by the merger will either outweigh any adverse effects on consumers or make these effects unlikely.” Such benefits would have to be directly beneficial to consumers, merger-specific, substantial, timely and verifiable, and it is clear that the onus will be on the merging parties to establish that such is the case. The limited faith which the Commission attaches to the efficiency argument is evidenced by the fact that the guidelines will indicate that no level of efficiency production will be such as to permit the creation of a monopoly situation, i.e. the Commission would rather use its powers under the Merger Regulation than seek to rely post facto on its behavioural powers under Article 82.

Simplified procedure

In September 2000, the Commission introduced a Notice on a simplified procedure for the treatment of certain concentrations under the Merger Regulation. Between September 2000 and April 2001, around 40% of the 216 notifications made to the Commission under the Merger Regulation were considered to fall under the provisions of the simplified treatment procedure, with the average duration from notification to clearance being 25 calendar days.

The Commission concluded in its Green Paper that while the Notice has significantly enhanced the efficiency of European merger control, in

terms of procedural length the new procedure has had little significant impact. It observes that this situation is likely to continue unless the current rule in Article 9(2) of the Merger Regulation, which gives Member States three weeks from the date of receipt of a copy of the notification to request a referral, is amended. The Commission proposed that Article 9(2) could be amended in conjunction with a shortening of the current three-week deadline for a referral request under Article 9, or it could be provided that Article 9(2) would not apply at all, or would apply with a shorter deadline, to cases where the parties make reference to the Notice on simplified procedure in their notification.

The Commission suggested that measures could be taken to further streamline procedures in respect of such cases, e.g. by means of the introduction of a simpler Form CO. This would be of specific aid to the notifying parties themselves, which so far have benefited little from the introduction of the simplified procedure. The Commission also considered whether the practice on simplified procedure could be consolidated either into the Merger Regulation itself or into a form of “block exemption” that could be built around the underlying principles of the Notice. This would obviate the need to process harmless concentrations and the need to adopt formal decisions in cases unlikely to have any significant value as precedents. However, the Commission observed that it might be prudent, and in the interests of legal certainty, to maintain a form of information requirement vis-à-vis the Commission and Member States.

It has also been suggested to the Commission that the Merger Regulation should allow for a de minimis threshold, with the result that the Commission would not examine dominance concerns arising in small markets.

PROCEDURE

Triggering Event

Article 4(1) of the Merger Regulation, unlike some other mandatory pre-notification merger control systems, specifies a point in time for the notification of a transaction (namely within one week of a “triggering event”). Failure to comply with this deadline exposes parties to the risk of being fined under Article 14(1)(a). It is established practice that the Commission will not enforce the one-week obligation, assuming that the parties do not take any steps towards implementation of the merger agreement. Cases such

as Samsung and AP Möller, where fines have been issued for late notification, also involved implementation of the concentration in contravention of Article 14(2)(b) and Article 7(1).

Various proposals were made to the Commission during the course of its review as to the latest time for notification, ranging from a removal of the deadline for notification to a codification of current practice, including the proposal of an amendment whereby the one-week requirement would relate to the provision of informal information in respect of the transaction, with a longer period provided for the notification itself.

Proposals were also made to the Commission as to the amendment or repeal of the current requirement in Article 4(1) in respect of the earliest possible time for notification. The Commission noted that it has regularly accepted notifications on the basis of an agreement between companies' Boards, even where these may not be strictly enforceable, pointing out that national differences as to the extent to which the management of a company may bind the company is a complication in interpreting Article 4(1). The Commission acknowledged that the main argument in favour of relaxing the requirement for a binding agreement prior to notification is that it would facilitate the co-ordination of notification to the Commission with notification to other jurisdictions, such as the US. The Commission noted that co-ordination is possible under the current system, but recognises that business reasons may advocate that a notification be given as early as possible.

The Commission reasoned that its current policy of requiring the conclusion of a sufficiently binding agreement is based upon a number of valid considerations, including the fact that confidentiality restrictions must not be allowed to restrict the Commission's ability to fully investigate the transactions. The notification is published in the Official Journal, in accordance with Article 4(3). However, the Commission did believe that the possibility of introducing greater flexibility should be further examined.

Article 7(1) of the Merger Regulation provides that a concentration shall not be put into effect before its notification or until it has been declared compatible with the common market – the “stand-still obligation”. In certain circumstances, a derogation of this rule applies to public bids (Article 7(3)), but, in other cases, the Commission can grant an exemption under Article 7(4). It was suggested to the Commission during its review that the relationship between the exemption under Article 7(3) and the situation in relation to other acquisitions through the stock exchange could benefit from clarification. Acquisitions over the stock exchange are not, unlike public

bids, subject to mandatory rules obliging the bidder to implement the transaction by a certain date. Companies making such acquisitions have argued that the provision in Article 7(1) should not be allowed to pre-empt the completion of such transactions if the conditions in Article 7(3) are met. The Commission invited comments as to whether the scope of the stand-still obligation should be clarified, in addition to its consideration of the extension of the scope of Article 5(2) to cover acquisitions through the stock exchange.

The responses provided almost unanimous support for proposals to make the timing of notifications more flexible.

The Commission's Recent Proposals in respect of timing

Commissioner Monti's recent speech to the International Bar Association ("IBA") envisages altering the Merger Regulation in order to introduce a more flexible arrangement in terms of timing. As such, he suggested proposals which would enable so as to permit notification:

- before the conclusion of a binding agreement; and
- after the current one-week deadline following signing of a binding, provided that no steps are taken to implement the agreement.

The increased flexibility in terms of when to notify should enable the parties to better organise their affairs without being constrained, as they are now, by tight regulatory constraints.

Remedy negotiations

The Commission has devoted much effort recently to consolidating its approach to remedies. In December 2000, the Commission adopted a Notice outlining its policy in respect of commitments offered in merger cases. This Notice has proved extremely useful for companies in relation to clarifying the Commission's approach to remedies. In 2001, for example, the vast majority of the competition concerns that arose in merger cases were addressed by means of divestiture according to the provisions of the Notice. In April 2001, the Commission introduced an Enforcement Unit within DG Competition to develop and ensure a consistent policy for remedies in merger cases.

In its Green Paper, the Commission proposed to improve the rules relating to the time limits provided for in the current procedure. Under Article 18(1) of Regulation 447/98, in the initial phase of a notification, parties are able to submit commitments up to three weeks from the date of notification. In Phase II, commitments may be proposed up to three months from the date on which the Phase II proceedings were opened, and only in “exceptional circumstances” may that three-month time limit be extended. For example, in *Telia / Telenor*²¹¹, the Commission agreed to accept commitments one week after the expiry of the legal deadline, account being taken of the fact that the companies had to consult the Swedish and Norwegian Parliaments prior to the submission of the proposed remedies. The Commission pointed out that the extension provision must be interpreted narrowly, in order to maintain respect for the deadlines and to guarantee a level playing field.

Speaking in Paris on 18th January, Commissioner Monti stressed the importance of submitting remedies in due time. He pointed out that in the *TotalFina / Elf*²¹² case, a concentration leading to the creation of a national champion and raising serious competition problems was approved due to an early commencement of discussions on remedies. He acknowledged that it is not always easy for companies to propose remedies to the Commission within the deadlines provided for in the Merger Regulation. Similarly, in the *Telia / Sonera* decision, the parties’ commitments to remedy discussions enabled the Commission to clear a potentially problematic merger with merely an extended Phase I investigation.

In its Green Paper, the Commission noted that the three-month deadline in Phase II will often occur relatively shortly after the Oral Hearing, meaning that the parties may have to prepare for remedy negotiations at the same time as preparing for the Oral Hearing. This, in turn, often leads to a situation where commitments are submitted on the last day of the three-month period, leaving the Commission little time to conduct the necessary consultation with Member States and interested third parties prior to preparing a draft decision for discussion in the Advisory Committee.

The Commission considered that timely submission of “best shot” commitments should be encouraged, but that provision should be made for an additional period between the Oral Hearing and the deadline for submission of commitments. It suggested a “stop the clock” provision for both the first

²¹¹ M.1439, decision of 13th October, 1999.

²¹² M.1628, decision of 9th February, 2000.

and second phases. Specifically, the Commission suggested that the provision should operate solely at the request of the parties, and should be available for a short, finite period, such as between 20 and 30 working days. In respect of Phase I, the Commission considered that it should be allowed discretion as to whether or not to accept a request, as it would be inefficient to use more than the current six weeks for first phase cases where the Commission does not see any possibility of adopting an authorisation decision. The vast majority of respondents are generally in favour of introducing a possibility to “stop the clock” in merger cases involving remedies issues.

Commenting on these proposals for reform in November, 2002, the Commissioner clarified that he proposed providing the parties with the option of extending the Phase 2 procedure for 3 weeks after having submitted a remedy offer. This would allow a more thorough and less rushed consideration of remedial offers and would also permit consultation with the Member States.

Phase 2 cases might also be extended by four weeks, if Monti’s proposals are adopted, in order to allow for a more in depth investigation into particularly complex cases. Such extra time could be suggested by either the parties themselves or the Commission; however, in the latter case, the parties would have to agree to the extension.

Enforcement Provisions

The Commission’s modernisation proposal for Articles 81 and 82 introduces amendments in relation to powers of investigation and penalties, and the Commission considers it appropriate to introduce similar amendments in respect of the Merger Regulation.

The Green Paper proposed that the Commission be empowered to conduct enquiries under the Merger Regulation not only on the basis of a specific notification, but also to carry out more general studies, including post-merger studies, as such studies would provide insight into the effects of decisions. This would coincide with one of the stated objectives of the Enforcement Unit.

The Commission also suggested introducing a clarification that companies remain responsible for the correctness of information provided by their legal representatives. In addition, it is proposed that the Commission be allowed to take oral statements and use these as evidence. The Commission considered that this would considerably enhance the efficiency of the Merger Regulation. The Commission would also welcome an increase in the

effectiveness of the provisions in the Merger Regulation in respect of inspections. Further, the Commission considered that it would be appropriate in the context of the Merger Regulation to switch to a percentage-based calculation of fines for breach of procedural rules - the Commission suggests up to 1% of average turnover. Finally, the Commission proposed that it be empowered, in certain circumstances, to adopt a decision requiring the provision of information without first having requested that information, allowing it to use Article 11(5) of the Merger Regulation, e.g. where there are reasons to suspect that the respondent would not provide a full reply in a timely manner.

Opinions of those submitting responses are divided in relation to the alignment of the Merger Regulation and Article 81 and 82 enforcement provisions. However, Mario Monti continues to favour the idea of the Commission having broadly equivalent powers in both contexts.

Judicial review

The Commission notes in its Green Paper that on 6th December, 2000 the Court of First Instance adopted a “fast track” procedure with a view to expediting proceedings, including merger control. Although noting that the reform of judicial procedures is outside the scope of its competence, the Commission stated that it would welcome any further reform undertaken by the European Courts to expedite appeals.

The Commission observed that certain commentators have pointed to elements in other merger control systems that they regard as more capable of effectively guaranteeing systematic judicial review. For example, under the US system, competition authorities must initiate proceedings before a federal court in order to block a merger. The Commission pointed out, however, that many cases which are settled in the US on the basis of agreed remedies are not subject to court review, and nor are prohibition decisions in the US necessarily subject to judicial review, as merging parties may abandon their merger plans when the competition authorities file suit.

The Commission concluded that it did not believe that the current system of judicial review fails to provide adequate judicial protection to companies whose merger plans are challenged under the Merger Regulation. Many respondents approved of the short, fixed deadlines of the Commission’s decisions under the Merger Regulations, whilst expressing concerns about due process guarantees (notably the absence of differentiation between

investigation and decision-making). Mario Monti has noted that a number of the respondents' suggestions to improve due process guarantees do not require amendments to be made to the Merger Regulation.

Nevertheless, in the light of the Court's decisions in *Schneider / Legrand* and *Tetra / Laval*, the increased significance assumed by the issue of judicial review has prompted the Commission to make further comments in relation to the issue of judicial review and these are dealt with in Part 4 below.

Other proposals

The Commission also proposed the following minor reforms and additions to the regime.

- Using a concept of working days in all relevant parts of the Merger Regulation. The current system, which includes references to months, weeks and working days, causes some confusion as to calculating the procedural timetable and causes discrepancies based on the month in which a filing is made (for instance, the Commission has a few days less to carry out a first phase investigation of a notification filed in February than, say, in April).
- Submission of Form COs directly to the competent authorities of Member States, rather than the Commission transmitting such copies under the current Article 19. However, practitioners will be only too aware of the practical difficulties in preparing and submitting 24 copies to the Commission, without the added complication of distributing the same to the Member State competition authorities (especially after enlargement).
- Imposing a legal deadline for its ability to declare a submitted notification incomplete. The Green Paper noted that if the system were made more rigid, notifying parties would face an increased risk of prolonged procedures, involving additional costs, loss of time and contractual uncertainty. However, the Commission also stated its view that the current possibility of declaring a notification incomplete fulfils a proportionate and appropriate objective in the rare cases in which it is used.
- Imposing filing fees on notifying parties. The Green Paper

noted that filing fees are currently applied by several Member States and by a number of candidate countries and other jurisdictions, including the US. The Commission invited comments as to the appropriateness of including an enabling provision in the Merger Regulation, allowing the introduction of filing fees by means of a subsequent Commission Regulation, if and when the Commission regards this as justified. The Commission stated that it sees some benefit in a possible future international harmonisation in respect of filing fees in merger cases.

- Sourcing views of consumers and consumer organisations. The Green Paper acknowledged that consumers, or their representative organisations, only rarely make their views known in the context of merger control procedures. It welcomed any suggestions as to what assistance it could lend in order to encourage and facilitate consumer groups and organisations to more actively make their views known in respect of mergers affecting their interests. The Commission stated that it was also open to hearing the views of employees, including during Phase I of a merger investigation, and welcomed suggestions as to how to enable employees or their representatives to more effectively express these views, particularly in respect of the likely market impact of a proposed merger.

The Commissioner's response in relation to the role of consumers

The Commission has asserted on numerous occasions that its function in respect of the Merger Regulation is the protection of consumers rather than the protection of other competitors per se.²¹³ However, it has been acknowledged that the voice of the consumer is rarely heard in the midst of the merger investigation process and that more could be done to allow consumers to present their own views on consumer welfare. Although this was recognised in the context of the Green Paper, but more recently organisational changes have been proposed which would allow this problem to be addressed.

²¹³ See, inter alia, Kolasky – “US and EC Competition Policy: Cartels, Mergers and Beyond” (25th January, 2002).

As such, Commissioner Monti has outlined plans to create a Consumer Liason function with DC-COMP which would facilitate the presentation of consumer bodies' views to the Commission and would encourage a more frequent and dynamic dialogue between consumer bodies and those responsible for merger investigations. This does not equate to the supplanting of a substantive competition test by a social welfare test. Philip Lowe made it clear in his speech to the IBA Conference in November that the social consequences of a merger should continue to be dealt with under specific legislation which has been designed with this purpose in mind (i.e. the European Works Council Directive). However, it is likely that the Form CO will be revised so as to include reference to such employee-related legislation.

Conclusion in relation to the green paper

The reaction to the Green Paper from many quarters, including industry, was that the Commission's original proposals do not go far enough. Specifically, it was felt that the Commission should have considered in greater depth the concept of "fairness" and should have devoted consideration to the system of checks and balances that operate in the merger control system. The Green Paper acknowledged the apparent dual function of the Commission as investigator and decision-making body, but reasons that this is inherent in the structure of the administrative, rather than judicial, procedure established by the Merger Regulation.

In addition, speaking on 11th December, 2001 Commissioner Monti said that the increased powers granted to hearing officers in May 2001, combined with the Court of First Instance's fast-track procedure would quickly counteract any perception of unfairness. However, some commentators and respondents were not convinced of this, and it has been suggested that the Commission should subject itself to court monitoring, as is the case in the US. The House of Lords in the UK felt that the top priority for reform should be to ensure objectivity and fairness in the Merger Regulation process (concerns that are best addressed by improving the procedural checks and balances in the system). What has become clear is that the Commission accepts now that its Green Paper reform was not as radical as it should have been and has been prompted to deepen the reform process further.

The reaction of Member States and industry to the Green Paper was not wholeheartedly positive. For example, Member States have raised

concerns related to the Commission's proposal that it may refer cases back to Member States on its own initiative. Indeed, the French Competition authority has expressed scepticism at the proposed extension of the Commission's competence and has argued for more involvement of Member States in the decision-making process, an issue barely discussed by the Commission in the Green Paper.

However, it should be noted that the reforms proposed to Regulation 17 will lead to the Commission sharing with Member States' authorities and the Courts the currently exclusive power of the Commission to grant exemptions under Article 81(3). Therefore, although the Green Paper would extend the Commission's competence at the expense of that of Member States in the context of merger control, the parallel competence of the Commission and the Member States in the field of antitrust is to be strengthened.

The Commission hopes to present its amendments to the Merger Regulation for approval by the Council by the end of this year. In the same time frame, the Commission also hopes to produce draft guidelines relating to the application of the substantive test (and notably the analysis of market power) and best practice guidelines for the conduct of merger investigations, and also to undertake a review of structural and management changes that may be required to accompany the reforms. As discussed below, the impetus for reform in the Commission's merger process has been further accentuated by the decisions in *Airtours*, *Schneider / Legrand* and *Tetra Laval / Sidel*. Part 3 below provides an overview of the two most recent decisions, while Part 4 goes on to examine the further proposals for reform which have emerged following the decisions.

Part 3. An Outline of the Decisions in *Schneider / Legrand* and *Tetra Laval / Sidel schneider / legrand*²¹⁴

The Commission's decision to block the acquisition of Legrand by Schneider, a French manufacturer of low voltage electrical equipment, such as switches, circuit breakers and electrical panels, came on 10th October, 2001, after a detailed second-stage investigation. Schneider's acquisition was blocked by the Commission because of fears of the combined group's strength on the market for plugs and electrical equipment in France. By the time of the

²¹⁴ Cases T-77/02 and T310/01.

Commission decision, Schneider had already acquired 98.1% of Legrand's shares by way of a public offer. As such, the Commission ordered Schneider to divest its interest in Legrand in a separate decision in January, 2002.

However, Allen & Overy on behalf of Schneider, appealed the Commission's prohibition decision in December, 2001. The CFI employed the expedited fast-track procedure, with the result that the hearing took place on 10th July, 2002 and the decision was handed down a little more than three months later on 22nd October, 2002.

The Commission's decision blocking the merger was criticised on two grounds by the CFI:

- First, the Court challenged the Commission's economic analysis used in the decision, accepting that part of the analysis only relating to French sectoral markets. The Court described the reasoning of the Commission in this regard as suffering from obvious errors, omissions and contradictions, which led it to underestimate the strength of the merged entity's competitors (i.e. Siemens and ABB) while overstating the economic power of Schneider Legrand.
- Second, in relation to the affected French markets only, the Commission believed that there were procedural irregularities constituting a serious infringement of defence rights with regard to the discrepancy between the statement of objections and the Commission's decision. Whereas the statement of objections concentrated on the overlapping of the parties' activities in certain markets and Schneider's consequent strengthening in relation to wholesalers, the Commission's decision focuses on what it terms an "association", meaning two preponderant positions held in one country by two undertakings in two separate but complementary sectoral markets. As such, Schneider was unable to respond to offer remedial measures.

One positive aspect of the case, in contrast to the decision in GE / Honeywell is that the CFI's decision has come within a reasonably short time frame as a result of the fast-track procedure – just over a year between the Commission decision and the Court's judgment (as opposed to three years in *Airtours*). As a result, the possibility of reinstating the merger remains a commercial reality for Schneider. The Court's judgment overturning the Commission's decision allows Schneider to repurchase Legrand from the

investment companies, Wendel Investissement and Kohlberg Kravis Roberts, to which Legrand was sold in July this year.²¹⁵ However, it is not at this point known whether Schneider intends to exercise its option of repurchase or not.

However, the decision in Schneider undoubtedly came as a blow to the Commission, which had previously lost only one merger case before the court in the previous twelve years. Coming just four months after the Airtours decision, Schneider increased the pressure on the Commission to contemplate more radical reforms than those which had been outlined in the Green Paper.

Tetra laval / sidel

Just two days after the Court's decision in Schneider / Legrand, the CFI delivered its judgment in Tetra Laval / Sidel²¹⁶. Using the expedited procedure once again, the Court annulled the Commission's decision of July, 2001²¹⁷ prohibiting the merger between Tetra Laval BG group, the global leader in carton packaging, and Sidel of France, which designs and manufactures plastic bottles. As in Schneider, the companies had already merged at the time of the Commission's decision, and hence had to be separated as a result of the Commission's finding.

Tetra is the worldwide market leader in liquid food carton packaging. Tetra also has more limited activities in plastic packaging, notably including manufacture and supply of empty high density polyethylene bottles. Sidel is involved in the design and production of packaging equipment and systems. It is the world leader in stretch blow moulding machines which are used for production of polyethylene terephthalate bottles. Sidel is also involved in "barrier technology" that enables PET bottles to be used to hold products that are sensitive to oxygen and light.

The Commission considered in its decision of October 2001 that the combination of Tetra's dominant position in carton packaging and Sidel's leading position in PET packaging equipment would provide the merged entity with the ability and incentives to leverage its dominant position in carton to

²¹⁵ The Commission approved this acquisition on 14th October, 2002 Case No. M.2917 See IP/02/1471.

²¹⁶ Cases T-5/02 and T-80/02.

²¹⁷ Case No COMP/M.2416.

create a dominant position in PET packaging equipment (in particular SBM machines used in the sensitive product end use segments). The Commission concluded that by eliminating Sidel as a competitor in a “closely neighbouring market”, Tetra’s existing dominant position in carton (particularly aseptic carton packaging machines and aseptic cartons) would also be strengthened. Furthermore, it regarded the merged entity’s dominant position in two closely neighbouring markets as being likely to further reinforce one another, raise barriers to entry and reduce competition in the overall market for aseptic and non-aseptic packaging of “sensitive products” in the EEA.

In its decision, the CFI re-affirmed that mergers between companies operating in different markets are capable of being found by the Commission to be incompatible with the common market on the grounds *inter alia* that a dominant position on one market may be “leveraged” so as to create or strengthen dominance on another market. This is especially the case where the relevant markets are converging and the merged entity already holds a leading position on the market over which it is acquiring market share through leveraging.

However, the CFI found that the Commission’s case was, in this particular instance, based on insufficient evidence and errors of assessment. Notably, in its analysis of leveraging, the Commission failed to take properly into account the impact of the commitments proposed by the parties. Central to the CFI’s rejection of the Commission’s leveraging arguments was an analysis of the competitive nature of the markets over which the Commission considered the merged entity would acquire dominance through leveraging.

The Court overturned the Commission’s reasoning on the basis that the Commission had overestimated the anti-competitive effects of the merger in respect of horizontal and vertical effects. The Court also rejected the conclusions drawn by the Commission’s in relation to future anti-competitive conglomerate effects (on the separate carton and plastic bottle (PET) markets). The Court did not accept that the Commission had demonstrated with sufficient certainty in the circumstances of the case that the merged entity was likely to seek to leverage its strong position on the carton market so as to force customers to use Sidel’s PET equipment.

The Commission suggested that the leveraging from the aseptic carton market to the PET market would manifest itself through: tying and forced sales; predatory pricing; price wars; and the granting of loyalty rebates. The CFI notes that the last three of these factors are in themselves likely to constitute illegal abuse of a dominant position. The CFI criticised the

Commission for failing to examine whether the likely illegality of the foreseeable leveraging conduct in question would impact upon the merged entity's willingness to carry out those actions. The Commission did not carry out any assessment of how the incentives to engage in an anti-competitive leveraging strategy would be tempered (or eliminated) by the illegality (including risk of detection and resultant consequences) of those actions. The CFI noted that "recourse to such strategies cannot be presumed".

It is believed now that Tetra Laval is keen to have the Commission swiftly re-examine the merger with Sidel in the light of the ECJ's decision in order that the parties be allowed to implement fully the deal, albeit after a year's delay. The Court is believed to have sought additional information from Tetra Laval in order to update the information provided to the Commission in the context of the original filing. As such, the Commission's decision on clearance is not now expected until early in the new year.

However, it is probable that the Commission will proceed to clear the acquisition, not least because Tetra has meanwhile disposed of two businesses in order to reduce the probability of the Commission's persisting in the view that the deal is incompatible with the Merger Regulation. It will indeed be interesting to see what happens in relation to the Commission's decision. If approved, this will be the first time under the Merger Regulation that the quashing of a Commission decision by the Court will have led to the re-implementation of the transaction. A Commission persistence in blocking the merger would be controversial to say the least, as it would to some extent involve a snub to the Court. Such a confrontational outcome is, however, thought to be fairly unlikely.

Part 4. Recent Reform Proposals further Reforms introduced by monti

A matter of hours had elapsed after the publication of the CFI's judgement in Tetra Laval / Sidel before Commissioner Monti held a press conference at which he announced radical changes to the way in which the Commission examines merger notifications. The package of reforms which he announced in the press conference have been detailed more fully in a speech given at the IBA Conference in November.²¹⁸ As well as providing further details about the reforms already envisaged, as discussed above,

²¹⁸ See note 28.

Commissioner Monti took the opportunity to broaden the scope of the reforms in an effort to meet the criticisms of the Commission approach. The Commission's review process had, by necessity, to become more radical than had previously been envisaged, and Monti was quick to make the best of what some saw as a very difficult challenge to the Commission in the CFI's judgements:

“Although obviously I am disappointed that the Court has annulled these two decisions I nevertheless see this as an opportunity to improve our system even further. The insights from the CFI's rulings will, indeed, represent a substantial contribution to our Merger Review process.”²¹⁹

It had become obvious that, as a result of the cumulative effect of the three judgements, the reforms envisaged by the December 2001 paper were inadequate to deal with the momentum of criticism, which was fast developing after the delivery of the Tetra Laval / Sidel judgement. Commissioner Monti himself openly acknowledged the necessity for reform outside the parameters of the Green Paper:

“We should transform [the setbacks suffered by the Commission] into an opportunity for even deeper reform than originally envisaged.”

Furthermore, there had been calls from various bodies, including the European Parliament²²⁰, for a deeper and more encompassing review than had originally been found in the Green Paper.

Monti proceeded by giving details of a package of internal changes in the way in which the Commission evaluates merger notifications which will be reflected in a set of best-practice guidelines. The fact that these do not require any substantive amendment to the Merger Regulation does not diminish their significance: they seek to take the sting out of the criticism which the Commission has faced in terms of its own operational procedures.

²¹⁹ Monti – see note 29.

²²⁰ See the motion for a resolution of the European Parliament adopted by the Committee on Economic and Monetary Affairs on 8th October, 2002

Strengthening the economic basis for Commission decisions

In the aftermath of GE / Honeywell, it had become obvious in relation to the criticism of the Commission's decision, not least from their regulatory counterparts in the United States, that the Commission lacked, or at least appeared to lack, a strong economic foundation for its merger decisions. Equally, Schneider / Legrand and Tetra Laval / Sidel focussed on the economic defects in the Commission's arguments as part of the reason why the decisions deserved to be quashed. Quite clearly, an evaluation of the economics behind any merger decision was regarded as critical to the Commission's ultimate decision on a potential merger and, as the Commissioner acknowledged, the complexity and increasing size of the mergers being evaluated by the Commission rendered it important for it to be able to draw upon economic expertise which was to some degree independent of the merger investigating team itself.

Monti therefore announced in his reform package the creation of a new role within the Commission - that of Chief Competition Economist (a concept already found in the FTC in the US), backed by a suitable staff in order to be able to create an "independent economic viewpoint" in respect of Commission decisions. The economist will also be available to furnish the Commission with economic guidance more generally. The independent status of the Chief Competition Economist, which is of major significance if the role is to be accorded outside the Commission the weight which Commissioner Monti intends for it, is to be created and maintained by having economists seconded on a temporary basis to the Commission. As such, the danger of the economist's own thinking being influenced by life within DG-COMP is thereby considerably diminished.

Philip Lowe has outlined three essential elements to the role of the competition economist:

- Guidance on the established policy in terms of the application of economic and econometrics;
- The provision of general guidance, from the inception of the case, in individual cases; and
- The possibility of a member of the Chief Economist's team being seconded to a case team in highly complex cases.

Finally, Monti has made it clear that he intends more generally to accelerate the existing policy of recruiting industrial economists in order to bolster generally the level of economic thinking within the Directorate General as a whole. Monti has previously indicated that an approach to merger control based firmly upon economics – rather than a legalistic approach to the problem – has been a high priority for him during his three years as Competition Commissioner.²²¹ Notwithstanding increased internal economic expertise, the Commissioner made it clear that he intends to appoint external economic expertise more frequently in Phase 2 merger investigations.

Internal peer review of Commission decisions

One of the greatest concerns to emerge in relation to the ECJ decisions has been that there is no effective scrutiny of the Commission's thinking before the final decision is taken and published. The only truly objective review is obtained after the Commission's decision in the form of potential review by the CFI (and then ECJ), with all the disadvantages in terms of cost and timing which such retrospective review necessarily brings. It has been argued that what is needed is some kind of objective "check" to take place before the Commission decision is published. This check would scrutinise the evidence and determine whether the level of support for a prohibition really is as convincing as those responsible for the investigation believe it to be. In this way, it has been argued, the Commission is less likely to prohibit decisions on the basis of what the court in *Schneider / Legrand* regarded as "obvious" flaws.

Such criticisms have been implicitly accepted by the Commission, who elegantly acknowledged:

"the natural tendency of all human beings of being convinced by their own arguments."

In order to avoid such a tendency influencing unduly (and unfairly) the outcome of a Commission investigation, Monti has announced his intention to introduce what he described as a "peer review panel" system. The panel would be independent from the MTF and from the case team

²²¹ Monti – see note 29.

investigating the merger in question, and would be charged with the task of scrutinising the evidence and arguments of the individual case team. Such an addition could be seen as merely the addition of a further layer of bureaucracy within the Commission, but the new Director General, Philip Lowe, appointed to oversee the creation of the new unit within the Commission that will provide logistical support to the panels, has rejected such a claim. Philip Lowe has clarified that review by the scrutiny panel will not be necessary in all cases; rather, it will be a matter of discretion for the unit whether the organisation of a panel is required for a particular case. When the scrutiny unit regards a panel as required for a case, it would be organised for what have been described as “key moments”, such as prior to the issuance of a Statement of Objections or a final decision in an extended phase II case.

Philip Lowe has also indicated that the popularly coined term for the reform, “devil’s advocate’s panel”, is in fact a misnomer for the scrutiny, or peer review, panel in that:

“the panels will be established to guide, educate, improve and contest – without threat – the ideas of the case teams. In that sense, they are good for the parties.”

It is intended that the introduction of these panels, which aim to provide “a real and effective internal check on the soundness of the investigators’ preliminary conclusions”, will go some way to answering the criticism that the Commission’s decisions are not sufficiently accountable. The success of this particular reform will therefore depend, to a large extent, on the extent to which the scrutiny panels are in fact regarded as genuinely independent of the investigation team (and whether they stay independent) and whether they do effectively operate to prevent prospectively decisions which are insufficiently grounded in evidence or fact.

Increased defence rights

The active participation of third parties in a merger investigation process has become an integral part of the way in which the Commission deals with notifications, but has led in part to the criticism that the rights of the merging parties themselves are sometimes given insufficient attention by the Commission. Commissioner Monti has shown himself keen to correct any possible imbalance which exists in this respect, so as to allow merging

parties to present their arguments and to counter any potential concerns of third parties at the earliest possible opportunity.

This aim is achieved by permitting access to the Commission's file at an earlier stage in proceedings than is presently the case. Specifically, Monti outlined four proposals in his IBA speech aimed at strengthening defence rights:

- Merging parties will now be granted access to the Commission's file immediately after the publication of an Article 6(1)(c) decision, i.e. after the opening of an in depth investigation;
- The merging parties will be given ad hoc access during the course of the investigation to the main submissions made by third parties in respect of the merger in order that the merging parties may be aware of the concerns raised by the merger as far as third parties are concerned. The merging parties will be able to respond to such fears by submissions of their own early on – they will not have to wait (as happens at present) until the publication of the Statement of Objections in order to be able to respond effectively to such arguments;
- In order for the views of third parties and those of the merging parties to be answered, Monti outlined the concept of a meeting taking place before the publication of the Statement of Objections where such opposing views could be “thrashed out informally” in order to bring clarity to the issues involved;
- Further meetings (labelled “State of Play meetings” by the Commissioner) should be held throughout the procedure between the merging parties and the Commission which will enable the parties to be kept updated on the Commission's current thinking and to ensure they know what stage has been reached at key times in the procedure.

Commissioner Monti also indicated strengthening of the rights of defence by means of supporting the role of the Hearing Officer. The role of the Hearing Officer is to safeguard the right to be heard and to ensure that the merging process is conducted smoothly and fairly. Following a new decision on the Hearing Officer's mandate in May, 2001,²²² the Hearing

²²² OJ 162/21 2001 23rd May, 2001

Officer prepares a report on the respect of the right to be heard which is communicated to the Member States and which is then attached to the final decision and published in the Official Journal.

The reforms proposed in relation to the Hearing Officer differ in a significant aspect to those made in relation to the Commission's own internal procedure: the Hearing Office is external to the Directorate General for Competition, and he is thus the sole truly independent voice in the merger system before the Commission's decision is made (after which there is judicial review). A practical, but important, way in which the Hearing Officer's role will be strengthened will be by the provision of a sufficient number of high quality officials able to perform the role effectively: this was promised by Commissioner Monti in his speech to the IBA.

There have been calls for the Hearing Officer to be responsible for commenting on the substantive issues in the case, although that predictably raises concerns that his investigation would then be seen to be running in parallel with that of the Merger Task Force. It is possible to envisage a situation in which the Hearing Officer's view was formed, not on the basis of his own inquiry, but on the basis of the Statement of Objections.

Philip Lowe has referred to another way in which the Commission intends to bolster the rights of the defence, namely by increasing the role given to the "rapporteur" or "discussant" representing each member state during the course of Phase 2 merger investigations. By ensuring that such rapporteurs are involved as early as possible in the context of the Phase 2 process, the chances are increased of their being able to provide meaningful advice to their member state in the Advisory Committee. The development of closer ties between the Commission and the national competition authorities would also enable the former to draw more heavily than previously on any experience gained by the latter in the context of merger investigations in their own jurisdictions in a particular field or sector.

Potential reforms in relation to court procedure

Controversy over the Commission's decisions in GE / Honeywell, coupled with the Court's judgments in Airtours, Schneider / Legrand and Tetra Laval / Sidel have led some to argue that the Commission's decisions should be subject to an objective and external review to test their credibility before they are published and take effect. The Commission's response to this has, naturally, been unenthusiastic. Instead, its dual response has been:

first, to suggest reforms incorporating some element of independent checking or “scrutiny” into its own procedure (as described above); and secondly, to emphasise what it regards as the effective role played by the Court of First Instance whilst suggesting further reforms which would streamline and render more effective the judicial review process.

The Commission has argued that there are good grounds for claiming that the current system of judicial review is able to provide an effective form of analysis of Commission decisions. Whereas the Court’s judgment in *Airtours* came too late to be anything but a Pyrrhic victory for the parties, the decisions under the Court of First Instance’s new fast-track expedited procedure in *Schneider / Legrand* and *Tetra Laval / Sidel* have been rendered far more quickly: just a year between the Commission’s prohibition and the Court’s judgment in the former and 15 months in the latter. Of critical importance is whether both judgments have come sufficiently swiftly to be of practical and commercial benefit to the parties. In other words, does the judicial review process operate so as to provide legal certainty to complex mergers or does it undermine the transaction process. In both *Schneider / Legrand* and *Tetra Laval / Sidel*, the Commission has re-commenced investigations into the mergers under Article 10(5) of the Merger Regulation, suggesting that the deals may in both instances remain potentially viable.

However, the fact remains that *Schneider/Legrand* and *Tetra Laval / Sidel* are the exception and not the rule. Both transactions were subject to the French takeover rules which meant that the shares in the target company had already been acquired although the voting rights in the shares could not be exercised. The Commission’s prohibition decision required the shares to be divested by the acquiring companies, however (with the shares now in trust), it is possible that the appeal procedure, Court annulment and re-commencement of the Commission’s proceedings may have been rapid enough to leave the transactions intact in substantially similar form.

However, this is not the case in respect of all mergers currently under appeal. The appeal in *WorldCom / Sprint* was lodged on 28th September, 2000, and that in *GE / Honeywell* was made on 12th September, 2001. Neither are benefiting from the expedited procedure. It is likely that judgments in both cases will be too late to provide any commercial benefit to the parties in question. In many cases, then, the opportunity to implement the transaction will have disappeared by the time the Court of First Instance delivers its judgement. It should be noted that the Court only acceded to the expedited procedure for the *Schneider* appeal after the list of pleas was reduced.

The manner in which the Court may respond to a decision with which it disagrees is hugely limited. The Court has power under Article 230 of the EC Treaty simply to annul a Commission decision. This means that the Court cannot itself approve a blocked merger, or ask the Commission to re-open its investigation, for example, to re-consider a disputed point settled by the Court. To give the Courts wider express powers to take positive decisions in relation to individual mergers would require an amendment to the EC Treaty itself and this is a mammoth political task.

The application of the re-commencement procedure in Article 10(5) of the existing Merger Regulation has itself emerged as a cause of concern in the light of the *Schneider / Legrand* and *Tetra Laval / Sidel* decisions. Article 10(5) provides simply that the periods laid down in the Regulation start again from the date of the Court's annulment decision. The Commission's previous jurisprudence in *Kali und Salz* indicates that upon an annulment decision by the court, a new investigation of the merger should commence again from the beginning of Phase 1. This would entail a new notification by the parties, and a completely new competitive assessment to be carried out based on the facts pertaining to the current market circumstances. This appears to be a costly, lengthy and unhelpful way by which to proceed, especially if the Court has restricted its criticisms to a specific part of the Commission's analysis. For example, the Commission's decision in *Schneider / Legrand* was quashed on the basis of a discrepancy between the statement of objections and the final decision. Similarly, the Court's judgement appears to indicate that in relation to the national markets outside France, the parties should be free to proceed with the transaction. Subject to an analysis of any changes in competitive conditions during the appeal period, there appear to be strong reasons why the case should be re-opened rather than re-evaluated from scratch. Similarly, *Tetra Laval* is pushing the Commission to make a quick decision on its frozen takeover bid. However, press speculation suggests that the Commission will delay its decision until January 13th, 2003 (i.e. Phase 2) having required *Tetra Laval* to update the data provided during the first investigation.

As such, there is a case for an amendment of Article 10(5) to allow for the case to be re-opened (rather than re-commenced) in situations where the judgment of the court makes it appropriate. It remains to be seen exactly how this concern will be addressed in the merger reforms, but Philip Lowe, speaking at the IBA Merger Control Conference on 8th November, made clear that the possibility of incorporating some flexibility into the means by

which the Commission may give effect to the Court's judgments (especially in cases of partial annulments of decisions) through an amendment to Article 10(5) will need to be considered by the Commission.

The Commission has emphasised that the three judgments in the last five months serve to demonstrate that judicial review is doing exactly what it should be doing: providing a rigorous and thorough evaluation of the way in which the Commission applies the Merger Regulation and creating a useful jurisprudence to guide the Commission in the future. In fact, the Court of First Instance has become, in the view of the Commissioner, so successful in its role as scrutineer of Commission decisions that it:

“has for all practical purposes become a specialised competition court, exerting constant pressure on the Commission to continuously improve its level of expertise.”

It is clear that some weaknesses still remain in the judicial review process. Nevertheless, it is vitally important, if the present system of Commission as investigator and decision maker is to be credible, that effective judicial review is provided by the Court in a timely and constructive fashion. It should be borne in mind that the Court's own annulment decision is subject to appeal on points of law, and this may further add uncertainty to the merger process.

Philip Lowe has described the “common concern” of the Commission and the Courts that judicial review should be “timely”. Commissioner Monti has suggested a number of alternative means by which the time between Commission decision and delivery of judgment by the court might further be reduced:

- One option may be through the application of an interim measures procedure for merger appeals.
- Alternatively, Commissioner Monti has suggested the creation of specialist “judicial panels” or a specific merger chamber within the Court of First Instance. For example, non-merger cases could be put before judicial panels, thus leaving the Court of First Instance free to devote further resources to the examination of merger appeals.

Other judicial models appear to support the view that the expedited procedure followed by the Court of First Instance could be further improved in terms of timing. In the UK, the Competition Commission's prohibition of the acquisition of Bass by Interbrew was successfully appealed before the High Court in less than five months.

The Commission emphasised that it has already engaged in consultation with the Court of First Instance in relation to the various reform proposals in respect of merger cases. Whilst the Commissioner has acknowledged frankly that the Commission does not have the power to determine the Court's reforms, the Commission is nevertheless keen to ensure that judicial review is seen as sufficiently strong to alleviate the need for any external checks prior to the Commission issuing its merger decisions. Ultimately, Bo Vesterdorf, President of the Court of First Instance has indicated that his view is that judicial review will be more timely only when additional resources are given to the Court.

Part 5. Conclusion

The recent Court decisions have illustrated the tough challenge that the Commission faces in improving the standard of its decision-making. It is not so much the theoretical approach of the Commission that was attacked in the rulings, but rather the failure to substantiate arguments with facts. The Court demands a very high standard of proof, in response to which the Commission has sought to improve its economic expertise, its resourcing and its internal scrutiny procedures. The Commission also wants to increase the time available to it to reach a final decision in complex cases. A crucial question is whether the reforms taken together amount to a sufficient package of checks and balances to restore credibility to the Commission's merger control regime in the eyes of the business community. This remains to be seen, and the outcome of the pending appeals in MCI / Worldcom and GE / Honeywell will be watched with interest.

Similarly, the cases have brought to centre stage a number of troublesome substantive issues including, for example, the appropriate analysis of conglomerate mergers, joint dominance, technical leveraging and efficiency effects. The draft guidance which the Commission has announced it will publish (together with guidance on procedural issues), bolstered and focussed by the unfavourable judgments, should serve as welcome clarification for merging parties.

The Court is clearly willing to flex its muscles. However, annulment of prohibition decisions by the Court appear defective in terms of their practical effect on transactions disrupted by the Commission. A possible consequence of a confident and active court (which has now annulled three out of the 6 Commission merger prohibition decisions put before it) is that third parties that oppose mergers may seek to use the Court as a frustrating device. Not many mergers will be able to survive a prolonged Commission investigation, a prohibition decision, a judicial review decision and a subsequent positive authorisation by the Commission. However, it is hoped that the discussions between the Court and the Commission together with the Commission's own reforms will improve the current state of affairs.

As Philip Lowe made clear, the proposed reforms are not a fait accompli and will no doubt change as they pass through the consultation, legislation and implementation processes. While the Commission is not willing to relinquish its investigation and decision making authority, Commissioner Monti's recent statements suggest that the Commission is prepared to engage in constructive and radical reform, so as to navigate its merger policy through what Commissioner Monti has very aptly described as "choppy seas".

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br