

Painel 3 – ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE / *ABUSE OF DOMINANT POSITION*

Coordenador / Chairperson: Tito Andrade – *Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados*

Andrea Gomes da Silva – *Freshfields Bruckhaus Deringer* – Londres

Elizabeth Farina – *Presidente do CADE*

Jorge Fagundes – *Fagundes Consultoria Econômica*

Mário Nogueira – *Demarest & Almeida Advogados*

Luis Fernando Rigato Vasconcellos – *Conselheiro do CADE*

■ **Tito Andrade**

Bom dia, iniciando esta nossa 2.^a seção, tenho um anúncio importante a dar: em função do clamor geral, resolvemos comprimir as duas seções programadas para hoje durante a manhã, o que significa que não teremos seção à tarde e, como corolário natural, seremos inflexíveis com os horários dos palestrantes e econômicos no *coffee break*. Obviamente que econômicos no *coffee break* não significa na quantidade do *coffee* mas no tempo de duração do *break*. Muito pelo contrário, Dr. José Carlos disse que haverá um *coffee break* bem caprichado para que todo mundo agüente bem até a hora da feijoada.

Bem, sem maiores delongas, vamos iniciar os trabalhos nessa Mesa de “Abuso de Posição Dominante”, que é um tema muito interessante, pois tem uma interface Economia/Direito extremamente especial e talvez a grande dificuldade aí seja de definir o que é posição dominante para depois conceituar o abuso.

Eu tenho certeza de que os nossos palestrantes vão enfrentar esse desafio muito bem, e iniciamos já os trabalhos com o Dr. Fagundes, que dispensa maiores apresentações, mas para que não sabe é Doutor em Economia pela UFRJ, consultor com larga experiência na área antitruste e também membro do Conselho do Ibrac.

■ **Jorge Fagundes**

Bom dia. Aqueles que me conhecem sabem que eu gosto de falar em pé. E já começamos aqui sob a pressão e o abuso das diretrizes do nosso pre-

sidente. Temos 20 minutos para fazer esta apresentação. Então, vou procurar correr um pouquinho.

Eu vou iniciar a apresentação de hoje de uma forma bem larga, ou seja, o objetivo aqui é apresentar o tema do abuso de uma perspectiva bem ampla, apresentando a visão de como o tema da dominância é tratado nos Estados Unidos, na Europa e no Brasil.

Dentro dessa perspectiva, em seguida, nós vamos examinamos como seria a abordagem econômica do tema “abuso de posição dominante” com algumas conclusões que são mais provocações para os debates que certamente se seguirão.

Como vocês sabem, embora obviamente cada legislação nacional apresente condicionantes específicos que vão influenciar o tema de dominância, existe uma raiz comum, que está na legislação norte-americana, e cuja difusão se deu no pós-guerra. Isso gera certas semelhanças, as quais certamente têm sido acentuadas a partir da globalização, que gera um processo de convergência institucional que vai se manifestar em uma homogeneização de aparatos legais e sobretudo de procedimentos analíticos no trato das questões envolvendo condutas anticompetitivas e, em particular, quando for o caso, abuso de posição dominante.

Vamos ver como esse tema é tratado nos Estados Unidos e na Europa, observando as diferenças e as principais convergências.

Nos Estados Unidos, também, como deve ser do conhecimento de todos, não existe a figura de *dominância*, de *abuso de posição dominante*. Há no Sherman Act *monopolização* ou *tentativa de monopolização*. Quais são os requisitos necessários à caracterização de uma dessas duas figuras, ou seja, a monopolização e a tentativa de monopolização?

No primeiro caso, da monopolização, há dois requisitos básicos: 1) a existência de poder de monopólio; e 2) a existência de uma intenção de monopolizar um determinado mercado relevante.

Nesse primeiro caso, ou seja, no poder de monopólio, definido pela Suprema Corte Americana como “poder de controlar preços e excluir a competição”, é necessário que esse poder seja substancial. E a jurisprudência aponta basicamente para a definição desse poder a partir de um certo *market share* acima de 70% no mercado relevante caracterizado por elevadas barreiras à entrada.

No que diz respeito ao elemento de intencionalidade, existe uma diferenciação que vai estar presente em todas as legislações em relação àquela

situação e àquelas condutas que são baseadas na eficiência, na superioridade da firma em relação aos rivais.

A idéia básica é, então, excluir de um lado condutas eficientes, diferenciando-as em relação a condutas exclusionárias, estas sim voltadas a prejudicar os rivais e por isso mesmo anticompetitivas.

A idéia é, portanto, que se vai inferir esse elemento de intencionalidade a partir de condições objetivas e determinadas pela racionalidade econômica. Uma conduta, portanto, é anticompetitiva se o lucro gerado por ela decorre do prejuízo aos rivais, e não da eficiência que ela gera para a firma que a pratica. Então, é esse elemento de racionalidade econômica que vai permitir a diferenciação entre o que é eficiente e o que é anticompetitivo.

Como iremos ver, isso é fácil de postular em termos de discurso, mas difícil de operacionalizar.

Já a tentativa de monopolização depende da presença de três elementos: 1) a existência de uma conduta anticompetitiva; 2) a existência de uma intenção específica de monopolizar determinado mercado relevante; e 3) que é a grande diferença em relação à primeira figura (a monopolização), a perigosa probabilidade de que aquela conduta de fato resultasse na monopolização de um determinado mercado relevante.

Quanto à questão da intenção, a exemplo do primeiro caso, a Suprema Corte a definiu como sendo a tentativa de destruir a competição ou construir um monopólio. Novamente, essa intenção é determinada de forma objetiva a partir do uso de racionalidade econômica. Já a terceira condição, a *perigosa probabilidade*, também será determinada a partir de um determinado *market share*. Em geral, a jurisprudência vai apontar nesse caso para um *market share* um pouco menor, na faixa de 50% do mercado relevante, com elevadas barreiras à entrada também.

Então, a principal diferença entre um caso e outro está na prática do *market share* que é exigido para se configurar uma ou outra figura.

Já no caso europeu, existe a figura do *abuso de posição dominante*, a partir do artigo 82 do Tratado da Comunidade Européia, que nos diz que, em última instância, será coibido o abuso por parte de uma ou mais empresas. Nesse caso, existem quatro categorias genéricas: preços injustos (o termo utilizado é esse mesmo); discriminação; contratos com cláusulas que sejam não razoáveis; e, finalmente, a limitação da produção ou do desenvolvimento técnico.

Essas categorias genéricas na prática vão aparecer na forma de condutas também conhecidas aqui no Brasil, tais como: descontos, preços predatórios, exclusividade, recusa de negociação etc.

A primeira coisa para a qual eu chamo a atenção é a existência do conceito de *dominância coletiva*, que estaria associado, portanto, a comportamentos paralelos por parte de um conjunto de empresas num determinado mercado relevante.

O segundo ponto a ressaltar é como o conceito de dominância é definido na Europa. É dominante aquela firma que consegue agir de forma independente dos seus competidores, clientes e consumidores, e que, por meio dessa independência, evita a competição efetiva num determinado mercado relevante. Isso se traduz na prática, novamente, com *market shares* – olhando a jurisprudência européia – acima de 40%, 45%: o caso Tetra Pak e até o United Brands, de 1978, tinha *market shares* de 90%.

Também a Comunidade examina a diferença de *share* da empresa acusada em relação aos seus rivais para determinar essa dominância. Na prática, estamos lidando com o conceito de *poder de mercado*.

O segundo ponto – e essa sim é uma diferença da visão européia sobre o tema – é a existência de uma responsabilidade especial da empresa dominante no que diz respeito aos rivais: a empresa é responsável por impedir que a sua conduta venha obstaculizar a competição nos mercados relevantes em que atua ou em que é dominante.

Há novamente uma diferença entre o que é uma conduta competitiva e o que é uma competição por mérito. Então, repetindo, a exclusão de rivais ao crescimento da firma via eficiência não é punida; o abuso em si é definido como o uso de métodos não associados à competição normal, e isso passa portanto pelo fortalecimento da posição da empresa, de modo que ela obstrua a competitividade dos rivais, de forma que: 1) se há posição dominante; e 2) se há evidências de que essa posição já resultou num enfraquecimento das condições de concorrência naquele mercado relevante; então, qualquer conduta que gere enfraquecimento adicional da concorrência pode se constituir num abuso.

Um outro ponto importante é que na Comunidade Européia também há a previsão de um abuso direto, no sentido de uma conduta que explora diretamente os consumidores, e que passa por preços. Portanto, preços excessivos podem ser diretamente coibidos pela legislação da Comunidade Européia.

Um terceiro ponto: não é necessário que a conduta abusiva se dê no mercado relevante em que a empresa é dominante. Ela pode exercer o seu domínio em mercados correlatos, ou correlacionados.

Finalmente, o conceito de *abuso*, a exemplo do que ocorre no Estados Unidos, é objetivo; não é necessário provar a intenção subjetiva por parte da firma que introduz aquela conduta.

Quais são as principais diferenças, portanto, entre as duas visões?

A primeira diferença é que na Europa a idéia é policiar a conduta de firmas já dominantes (mesmo que elas não criem nem reforcem poder de mercado), inclusive preços excessivos, como eu disse agora há pouco.

Nos Estados Unidos, a idéia é coibir a criação ou a manutenção de monopólios. É necessário um nexos causal, portanto, entre a conduta e a criação desse poder de mercado, a manutenção desse monopólio.

A segunda diferença, como eu já disse anteriormente, é a idéia presente na Comunidade Européia de que empresas dominantes devem permitir a competição por parte de rivais – a responsabilidade especial –, o que gera uma assimetria obviamente no tratamento de condutas em função de serem introduzidas por empresas dominantes ou não. Uma mesma conduta pode ser caracterizada como anticompetitiva se praticada por uma empresa dominante, e eficiente ou pró-competitiva se não for praticada por uma empresa que tenha posição dominante.

Nos Estados Unidos, há a idéia de proteger a competição e não os competidores. Então, os monopolistas são convidados a competir agressivamente, porque existe a preocupação de que a intervenção da autoridade possa criar um obstáculo à inovação e à atividade econômica.

Apesar dessas diferenças, podemos observar que nos dois casos as definições são muito vagas. E, por serem vagas, abrem espaço para a sua definição por meio da jurisprudência. É a jurisprudência que ao longo do tempo dará conteúdo àqueles conceitos genéricos. Daí a importância dessa consistência ao longo do tempo, do ponto de vista da segurança jurídica.

Além disso, em última instância, tendo raiz comum, ambas as legislações estão voltadas a coibir condutas anticompetitivas por parte de empresas que detenham poder de mercado.

Na Europa – eu imagino que isso será mencionado ainda nesse Painel – existem mudanças em curso. Este ano devem ser divulgadas as *guidelines* para o artigo 82 por meio de consulta pública. Existe uma tendência à convergência em relação aos princípios norte-americanos que aqui foram expostos.

Então, embora exista um consenso da importância de se punir e coibir condutas anticompetitivas, a verdade é que a operacionalização da Seção 2 do Sherman Act e do artigo 82 é controversa.

A suposta solução encontrada por parte de todos os comentaristas é o uso rigoroso da análise econômica, sobre a qual falaremos daqui a pouco.

Mas essa é a solução de convergência: usar rigorosamente a teoria econômica para operacionalizar o conceito de conduta anticompetitiva por parte de empresas que detenham o poder de mercado.

No Brasil, como todos vocês sabem, a nossa legislação na verdade incorpora um pouco de ambos os conceitos: é infração à ordem econômica tanto dominar mercado relevante de bens e serviços como exercer de forma abusiva posição dominante. Isso significa que, de um lado (o lado da dominação de mercado relevante), bebe-se da legislação americana – monopolização e tentativa de monopolização –, e pelo lado do exercício de forma abusiva de posição dominante, bebe-se da legislação européia. Então, a nossa legislação é um híbrido: contém elementos tanto da legislação norte-americana como europeus ligados a práticas abusivas por parte de quem detém posição dominante.

Essas diferenças jurídicas geraram alguma diferença de tratamento econômico? Na minha opinião, não. Quando se examina, por exemplo, a Resolução 20/1999 do Cade, verificamos que há um conjunto de diretrizes que supostamente guiariam a análise de condutas anticompetitivas, e não há nenhuma diferença nesse tratamento em função da figura que é utilizada: exercício abusivo de posição dominante ou tentativa de monopolização de mercado relevante. Tampouco se encontra qualquer diferença na jurisprudência. Não se encontram padrões de prova ou princípios distintos de análise conforme essas duas figuras.

Na prática, me parece que no Brasil nós tratamos essas duas figuras jurídicas – que obviamente deveriam corresponder a princípios distintos, senão o legislador estaria sendo redundante –, do ponto de vista econômico, da mesma forma. Na jurisprudência tratam-se os dois conceitos da mesma forma.

Quando olhamos a jurisprudência um pouco mais recente, o que é que aparece? Surge que o nosso princípio básico é o do bem-estar dos consumidores. É anticompetitivo, portanto, aquilo que afeta negativamente o bem-estar dos consumidores. Há também considerações de eficiência econômica na análise realizada no Brasil, sobretudo em termos de custos de transação. Aliás, o artigo 20 já fala sobre isso: que a conquista de mercado pela via da eficiência não deve ser punível. Existe uma dúvida sobre se o bem-estar seria medido pelo conceito de excedente total ou de excedente dos consumidores. No caso de atos de concentração o Cade já se manifestou em diversas ocasiões no sentido de apontar para o uso do critério do *price standard*, o que seria em princípio um guia também para normativamente avaliar o bem-estar no âmbito

de condutas. Mas a Resolução 20 não diz nada sobre isso, e a jurisprudência de Processo Administrativo não é muito clara em relação a esse ponto.

O aspecto positivo é que não se pode negar que o uso da análise econômica está bem difundido no Brasil: tanto autoridades como partes utilizam intensivamente teoria econômica e análise econômica para argumentar em relação a suas posições.

Quando se fala então de análise econômica de abuso de posição dominante, como eu disse antes, que aparentemente seria a solução para todos os problemas, seria a forma de operacionalizar esses conceitos, o conceito de abuso de posição dominante, de que estamos falando?

Basicamente estaríamos propondo um exame cauteloso da dinâmica competitiva em cada mercado relevante associado a uma suposta prática de abuso de posição dominante, tendo em vista determinados efeitos daquela conduta sobre o processo competitivo e sobre o bem-estar social (não vou falar dos consumidores ainda).

As vantagens desse tipo de enfoque é que em maior consistência duas práticas distintas, se têm o mesmo efeito, vão ter o mesmo tratamento, o que é bastante razoável.

Além disso, haverá mais justiça e eficiência na intervenção, pois a legislação não foi feita para punir práticas pró-competitivas.

O procedimento básico seria então: identificar danos à competição e os efeitos líquidos sobre o bem-estar social por meio do uso de teoria econômica e da observação dos fatos, que é uma evidência empírica. Em muitos casos – e aí começa o problema –, pode haver simultaneamente condutas que geram eficiências privadas que podem ou não ser sociais, bem como efeitos negativos sobre a competitividade dos rivais e sobre o processo competitivo.

Então, a maior parte das condutas pode ter elementos simultâneos exclusionários e de eficiência econômica. E é necessário, portanto, fazer um balanço desses dois efeitos tendo em vista determinar um resultado líquido final para se que possa determinar se a conduta é ou não competitiva. Por outro lado, determinadas práticas ou são anticompetitivas ou estão associadas à eficiência. E nesse caso a missão é separar o joio do trigo: qual a prática que por natureza é eficiente e qual a prática que é anticompetitiva. Em seguida darei alguns exemplos sobre isso.

Isso obviamente aponta para a relevância da integração teórica com a análise empírica dos mercados em que essas práticas estariam ocorrendo.

As eficiências, obviamente, para serem sociais, devem ser repassadas aos consumidores: esse é um ponto importante, ou seja, a diferença entre a eficiência privada e a eficiência social.

Em relação ao ônus da prova, cabe à autoridade demonstrar os efeitos anticompetitivos. Por outro lado, cabe à parte, à representada, provar que as condutas são pró-competitivas, gerando eficiências sociais.

A abordagem econômica, sob certo aspecto, também coloca menos relevância no critério de participação de mercado, porque afinal, se existe um efeito anticompetitivo ou negativo sobre o bem-estar social, é porque existe a dominância. É bom lembrar que poder de mercado é algo que todas as empresas têm, virtualmente ou no mundo real. Toda empresa se depara com uma curva de demanda negativamente inclinada; a diferença é apenas uma questão de grau: que grau de poder de mercado cada empresa tem em um determinado mercado num caso específico.

E obviamente a idéia é de que existiria uma assimetria sim entre as firmas dominantes e as não dominantes. Por quê? Porque as firmas dominantes teriam maior probabilidade (é uma questão de probabilidade) de que suas condutas pudessem provocar um impacto anticompetitivo e, portanto, um dano à concorrência.

Quanto às questões básicas associadas a esses princípios de abordagem econômica, aqui as dificuldades começam.

1.º) Como distinguir as condutas, como eu disse antes, que reduzem a competição porque são anticompetitivas daquelas que o fazem porque fundadas na maior eficiência? O resultado de ambas é o mesmo, é lógico, pois uma conduta agressiva do ponto de vista competitivo, fundada na maior eficiência, prejudica os rivais, é óbvio. Esse é o efeito da concorrência. Como distinguir, portanto, aquela conduta que prejudica os rivais porque fundada na maior eficiência daquelas condutas que prejudicam os rivais porque têm uma natureza anticompetitiva e que, portanto, devem ser coibidas?

Não é fácil responder a essa pergunta, porque existe, em muitos casos, a ausência de informação e/ou de modelos teóricos e econômicos precisos.

2.º) Como tratar condutas exclusionárias que impactam rivais negativamente e que são também eficientes do ponto de vista privado, ou seja, aquelas que simultaneamente tem essas duas dimensões? A resposta padrão é fazer um balanço líquido em termos de bem-estar social, basicamente no curto prazo, dentro de uma análise estática. Mas – é só uma pergunta sobre a qual refletir – proteger os competidores de certas ações de empresas com posição

dominante não pode ser benéfico à manutenção do processo competitivo e, portanto, ao bem-estar no longo prazo, dentro de uma análise dinâmica? Vamos refletir um pouco sobre isso.

Quando se fala de bem-estar, finalmente, estamos falando de bem-estar medido pelo excedente total ou pelo excedente dos consumidores? Bem-estar no curto prazo ou no longo prazo? E, finalmente, usando critérios de eficiência estática – e aí há um *trade-off* entre eficiência produtiva e alocativa ou eficiência dinâmica que tem que ver com a manutenção do próprio processo de competição ao longo do tempo.

Isso tudo nos mostra que existem limites para o uso da análise econômica. Não se resolvem todas as questões no âmbito da análise econômica.

Vou dar dois exemplos desse dois problemas que eu citei: condutas pró-competitivas *versus* condutas eficientes e condutas que são simultaneamente eficientes e também produzem eficiências econômicas.

O primeiro caso é o do preço predatório. Existem, como vocês sabem, diversas abordagens possíveis. 1.º) Qual o conceito, qual o teste a ser utilizado? Há vários: Areeda-Turner; Baumol; Williansom; Joskow e Klevoric Posner, cada um propondo um conceito de custo diferente: custo marginal de curto prazo, custo médio com recoupment de longo prazo. custos evitáveis médios, custo marginal de longo prazo, elevação da produção pós-entrada, que é a proposta do Williamson.

2.º) Realmente, um preço abaixo de um determinado conceito de custo é uma condição necessária para que haja predação? Em princípio, não. Se pensarmos no equilíbrio de Cournot, por exemplo, um preço abaixo do equilíbrio de Cournot mas acima de um custo médio pode ser um preço com intenções predatórias.

3.º) Qual a racionalidade, por exemplo, de uma conduta predatória? Existem diversas teorias: deep pocket – eu não vou falar disso agora, porque só tenho 5 minutos, modelos de reputação, modelos de sinalização... Novamente o ponto é: quando diferenciar preço predatório com abuso de um preço que não é predatório e, portanto, reflete competição agressiva e eficiência?

O segundo exemplo diz respeito a acordos de exclusividade. Como todos sabem, esses acordos podem, ainda que não necessariamente, gerar fechamentos de mercados, elevação de custos rivais e elevação de barreiras à entrada. Mas esses mesmos acordos de exclusividade podem, do ponto de vista das eficiências, eliminar externalidades horizontais e verticais na cadeia produtiva, evitando problemas de oportunismo e depois a marginalização. Qual o efeito líquido disso? Além disso, vamos medir esse efeito líquido em termos de excedente total ou do consumidor? No curto prazo ou no longo

prazo? Este é um exemplo de prática que pode gerar simultaneamente um efeito exclusionário e eficiências.

Caminhando para as conclusões, o projeto de lei que vai ser alvo de discussão em seguida mantém essas duas figuras no artigo 31: tanto é infração à ordem econômica o abuso de posição dominante como a dominação de mercado.

O segundo aspecto que eu gostaria de ressaltar é a importância de distinguir a eficiência privada de eficiência social, o que passa obviamente por benefícios ao consumidor, embora permaneça a questão: no curto ou no longo prazo?

E como terceiro ponto, gostaria novamente de provocar a discussão sobre a natureza das condutas anticompetitivas: são somente aquelas que reduzem excedentes do consumidor no curto prazo? E o aspecto dinâmico, que passa pela preservação do processo competitivo? Em última instância, quando competidores é igual a competição? Quando manter competidores se iguala a manter o processo competitivo vigoroso?

A abordagem econômica certamente leva a maior complexidade, o que implica, na ausência de uma jurisprudência consolidada, menor segurança jurídica, daí a importância da jurisprudência.

Outro ponto para reflexão: preços excessivos constituem abuso de posição dominante? Na Europa, sim.

Deve a autoridade antitruste intervir na dimensão preço quando há evidência de preços supracompetitivos ao longo do tempo?

No tocante aos remédios utilizados: 1.º) Pode a cisão de uma empresa dominante em casos extremos ser uma solução eficaz? Lembremos dos Estados Unidos, na década de 1980, da cisão da AT&T. 2.º) Há espaço para uma intervenção mais ativa nessas situações, com características quase regulatórias? E aí eu destaco a importância de investigações setoriais, a exemplo do que é feito na Europa.

E deve-se ressaltar a importância do monitoramento das práticas que elevam as barreiras à entrada, porque justamente elas vão impactar o caráter dinâmico da competição via entrada.

E também a complementaridade que existe entre o aspecto preventivo da política antitruste e o abuso de posição dominante. Se você identifica que um dos objetivos da política antitruste é impedir o abuso de posição dominante, segue-se que é bastante relevante e importante o controle sobre atos de concentração, que são aqueles que, em última instância, podem gerar essa posição dominante pela via da aquisição e da fusão.

É importante, portanto, fazer uma revisão, em minha opinião, da Resolução 20, que deve estabelecer procedimentos distintos para dominação de mercado de um lado e abuso de outro, ou seja, é importante estabelecer *standards*, padrões distintos para um ou outro caso.

E, finalmente, há a necessidade de, ao longo do tempo, nós desenvolvermos *guidelines* para práticas específicas: *guidelines* para preços predatórios, para descontos, para *bundling*, exclusividade etc.

Bom, acho que me mantive dentro dos 20 minutos, e agradeço a atenção de todos.

IBRAC – XI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência – 2005

Campos de Jordão

Jorge Fagundes E-mail jfag@unisys.com.br

Abuso de Posição Dominante (APD):
Abordagem e Questões Econômicas

Abuso de Posição Dominante

- I – Introdução
- II – Defesa da Concorrência no Caso de Dominância: EUA e Europa
- III – Brasil: Abuso de Posição Dominante vs. Dominar Mercado Relevante
- IV – Abordagem Econômica
- V – Conclusões

I – Introdução

- Infrações a ordem econômica são definidas por princípios jurídicos nacionais
- Cada país, portanto, possui seus condicionantes legais
- Mas, dada a raiz comum da legislação antitruste, internacionalizada no pós-guerra, existem várias similaridades, acentuadas pela...
- Globalização → tendência a convergência institucional: homogeneização dos aparatos legais e dos procedimentos de análise na aplicação das políticas de defesa da concorrência

II – Defesa da Concorrência no Caso de Dominância: EUA e Europa

- EUA: Monopolização e Tentativa de Monopolização
- Europa: Abuso de Posição Dominante
- Diferenças e Convergência

EUA: Monopolização e Tentativa de Monopolização

- Seção 2 do Sherman Act 1890: monopolização ou tentativa de monopolização
“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize ... shall be deemed guilty ... ”
- Monopolização e seus Requisitos (*United States v. Grinnell Corporation*, 384 U.S. 563, 570-571 (1966)):
 - (i) o poder de monopólio → poder de controlar preços e excluir competição → mas deve ser “substantial” → *market share* em torno de 70% com BE; e
 - (II) o elemento de intencionalidade (“propósito ou intenção” genéricas) na aquisição ou manutenção do monopólio → diferente de crescimento via superioridade ou acaso → idéia básica: comportamento exclusionário frente a rivais

EUA: Monopolização e Tentativa de Monopolização

- a inferência de um tal tipo de intenção ou propósito ocorre a partir da racionalidade econômica da conduta investigada
- a adoção de tal conduta seria economicamente irracional para o monopolista, salvo em razão do seu impacto negativo sobre a concorrência → impacto sobre o processo competitivo e não sobre competidores → redução do bem estar social (*United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34, 58 (D.C Cir.) (2001))
- isto é, se a racionalidade econômica estiver associada não à geração de eficiências, mas sim ao prejuízo aos rivais como condição de obtenção de maior lucro futuro. Logo, a intencionalidade é derivada de condições objetivas (econômicas)

EUA: Monopolização e Tentativa de Monopolização

- Tentativa de Monopolização e seus Requisitos (*Spectrum Sports v. McQuillan*, 506 U.S. 445, 458 (1993))

Mesmo quando o poder econômico de uma empresa não for suficiente para justificar a sua classificação como monopolístico, condutas anticompetitivas podem constituir uma infração ao § 2 do Sherman Act → tentativa de monopolização

- (I) existência de conduta anticompetitiva;
- (II) presença da intenção específica de monopolizar; e
- (III) “perigosa probabilidade”, associada à conduta, de que ela resulte na geração de poder de monopólio para a empresa que a adota

EUA: Monopolização e Tentativa de Monopolização

- Condição (ii): “specific intent to destroy competition or build monopoly” → Novamente, “intenção específica” não necessita ser provada de forma direta, podendo, ao contrário, ser inferida de evidências da natureza anticompetitiva da conduta → a ausência de uma justificação econômica racional que não o prejuízo a um ou mais rivais como condição para aumentar preços e lucros. Assim, não há grandes diferenças entre intenção genérica (monopolização) e específica (tentativa de monopolização)
- A diferença relevante entre os dois tipos de prática, portanto, está na condição (iii) “perigosa probabilidade” de criação de poder de monopólio em favor da empresa que adota a conduta investigada → necessidade de se aferir poder de mercado no mercado relevante → uma participação de mercado acima de 50% com BE é suficiente para fins de atestar a presença da referida probabilidade

Europa: Abuso de Posição Dominante

- Artigo 82 do Tratado da Comunidade Européia: proibição de abuso de posição dominante:
- “Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market ... shall be prohibited as incompatible with the common market ...”
- Quatro Categorias Genéricas de Condutas: preços injustos, discriminação, imposição de restrições não razoáveis em contratos e limitação da produção ou de desenvolvimentos técnicos
- Jurisprudência: casos envolvendo comportamento exclusionário → descontos; preços predatórios; exclusividade, recusa de negociação, etc.
- Conceito de dominância coletiva: abuso via comportamento paralelo

Europa: Abuso de Posição Dominante

- Jurisprudência (p. ex., caso 85/76, *Hoffman La Roche v. Commission* (1979); *United Brands* (1978) e *Michelin* (1983)):
 - (i) posição dominante → posição econômica detida por uma firma que lhe permita evitar a competição efetiva no mercado relevante. Tal posição daria à firma a capacidade de se comportar de modo independente de seus competidores, clientes e consumidores → uso de MS no mercado relevante: de 40-45% (Tetra Pak) até 90% (*United Brands*) e da diferença de share em relação a outros rivais → na prática, equivalência com o conceito de poder de mercado
 - (ii) Conceito de “responsabilidade especial” para posição dominante: não permitir que sua conduta impeça a competição

Europa: Abuso de Posição Dominante

- Jurisprudência:
- (iii) Conduta anticompetitiva X competição por méritos: a exclusão de rivais ou crescimento da firma via eficiência não é punida; e
- (iv) Abuso → uso de métodos não associados a competição “normal” → fortalecimento da posição de modo a obstruir a competitividade dos rivais → condutas exclusionárias. Logo:
 - (a) se há posição dominante,
 - (b) se tal posição já resultou no enfraquecimento da estrutura competitiva do mercado relevante,
 - (c) então, qualquer conduta que gera um enfraquecimento adicional pode constituir um abuso

Europa: Abuso de Posição Dominante

Jurisprudência:

- (v) Abuso II → exploração direta dos consumidores via preços elevados
- (vi) Abuso III → não é necessário que a conduta abusiva seja no mercado em que a empresa é dominante (mercados reelecionados – Tetra Pak v. EC/1994)
- (vi) Conceito de abuso é objetivo → não é necessário provar intenção

EUA e Europa: Diferenças e Convergência

- *Europa*: policiar condutas das firmas já dominantes; mesmo que não criem ou reforcem poder de mercado, inclusive preços excessivos (conduta exploradora)
- X
- *EUA*: coibir criação ou manutenção de monopólios;nexo causal da conduta
 - *Europa*: a) empresas dominantes devem permitir a competição dos rivais (responsabilidade especial) → assimetria de tratamento em função da presença de dominância
- X
- *EUA*: a) proteger a competição, não os competidores; b) monopolistas são encorajados a competir agressivamente; (c) preocupação com o risco de que a intervenção obstrua inovação e atividade econômica

Diferenças e Convergências

- Apesar das diferenças, em ambos os casos, leis usam termos vagos → importância da jurisprudência para consolidar entendimento e procedimentos de análise
- Ademais, na prática, ambas as legislações estão voltadas para coibir comportamentos anticompetitivos por parte de firmas com poder de mercado
- Existem mudanças em curso na Europa... (*Guidelines* art. 82): convergência princípios EUA. Mas também há debates nos EUA..... Embora haja consenso sobre a necessidade de se punir/coibir condutas anticompetitivas, a operacionalização da Seção 2 do Sherman Act e do Art. 82 TR é controversa

Suposta solução: uso rigoroso da análise econômica

III – Brasil: Abuso de Posição Dominante vs. Dominar Mercado Relevante – Legislação

- Legislação
- Análise e Comparação EUA e Europa

III – Brasil: Abuso de Posição Dominante vs. Dominar Mercado Relevante – Legislação

- Legislação: Art. 20 da Lei 8.884/94
“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
(.....)
II – dominar mercado relevante de bens e serviços;
(....)
IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

III – Brasil: Abuso de Posição Dominante vs. Dominar Mercado Relevante – Análise e Comparação

- Dominação de mercado relevante → EUA: monopolização e tentativa de monopolização
- Exercer de forma abusiva Posição Dominante → Europa: Art. 82 do TR
- Assim, do ponto de vista legal, PDC no Brasil contém elementos híbridos: tanto coibir a criação de poder de mercado; como práticas abusivas de quem já o detém
- Diferenças jurídicas determinam diferenças no tratamento econômico? Aparentemente não:
 - (i) Resolução 20/99 → condição necessária: poder de mercado (MS, BE)
 - (ii) Jurisprudência → inexistência de padrões de prova ou princípios distintos

III – Brasil: Abuso de Posição Dominante vs. Dominar Mercado Relevante – Análise e Comparação

- Jurisprudência mais recente: princípio básico parece ter sido o bem-estar dos consumidores → é anticompetitiva a conduta que afeta negativamente o bem-estar dos consumidores
- Consideração dos argumentos de eficiência econômica, sobretudo custos de transação (condutas verticais). Art. 20 da 8.884: conquista de mercado pela via da eficiência não é punível
- Bem estar pelo excedente total ou excedente dos consumidores → Jurisprudência AC aponta para *price-standard*; mas resolução 20 e jurisprudências de PA não são claras
- Aspecto positivo: uso de análise econômica difundido

IV – Análise Econômica do Abuso de Posição Dominante

- Princípios
- Exemplos

IV – Análise Econômica do Abuso de Posição Dominante

- Abordagem econômica requer um exame cauteloso da dinâmica competitiva em cada mercado relevante, tendo em vista determinar os efeitos de uma determinada conduta sobre o processo competitivo e sobre o bem-estar
- Vantagens:
 - (a) Maior consistência: duas práticas com os mesmos efeitos terão o mesmo tratamento; e
 - (b) Mais justiça e eficiência na intervenção: legislação antitruste não deve punir estratégias pró-competitivas

IV – Análise Econômica do Abuso de Posição Dominante

- Procedimento básico: as autoridades devem procurar identificar os danos à competição e os efeitos líquidos sobre o bem-estar, por meio do uso de teoria econômica e da observação dos fatos (evidência empírica)
- Em muitos casos, condutas simultaneamente geram eficiência privadas – que podem ou não ser sociais – e efeitos negativos sobre a competitividade dos rivais (processo competitivo).
- Ou seja, a maior parte das condutas pode ter elementos exclusionários e de eficiência. Necessidade de se avaliar resultado líquido. Outras ou são anticompetitivas ou são eficientes → relevância da integração teoria/análise empírica

IV – Análise Econômica do Abuso de Posição Dominante

- Eficiências devem ser repassadas aos consumidores para serem sociais e, portanto, consideradas na perspectiva antitruste
- Ônus da prova: Autoridade deve demonstrar efeitos anticoncorrenciais. Representada deve provar que suas condutas são pró-competitivas (eficiências sociais)
- Menor relevância do critério de participação de mercado: se existe efeito negativo, então é porque há dominância (poder de mercado suficiente para afetar mercado). Lembrando: todas as firmas têm algum poder de monopólio (demanda inclinada). Questão de grau
- Assimetria entre firmas dominantes e não dominantes → maior probabilidade de dano à concorrência

IV – Análise Econômica do Abuso de Posição Dominante – Questões

- Algumas questões básicas de princípios:
 - (i) Como distinguir condutas que reduzem a competição porque são anticompetitivas daquelas que o fazem porque fundadas na maior eficiência? Em muitos casos, elevado grau de subjetividade, dada ausência de informação e/ou modelos teóricos precisos
 - (ii) Como tratar condutas exclusionárias que impactam rivais e são eficientes do ponto de vista privado? Resposta padrão: balanço líquido via bem estar CP (análise estática). Mas proteger competidores de certas ações de empresas com posição dominante pode ser benéfico a manutenção do processo competitivo e ao bem-estar no longo prazo (análise dinâmica)?

IV – Análise Econômica do Abuso de Posição Dominante – Questões

- Algumas questões básicas de princípios:
 - (iii) Que bem-estar: excedente total ou excedente dos consumidores? Curto prazo x longo prazo? Eficiência estática (ef. produtiva v. alocativa) x eficiência dinâmica (manutenção do processo competitivo)?

Uso da análise econômica para aferir impactos sobre processo competitivo e sobre bem-estar dos consumidores não resolve todas as questões

IV – Análise Econômica do Abuso de Posição Dominante – Exemplos

- Preço Predatório: diversas visões econômicas. Qual a abordagem correta?
 - (i) Qual teste? Areeda-Turner; Baumol; Williamson; Joskow e Klevorick, Posner? Cmg CP; *recoupment* com CM; custos evitáveis médios; CmgLP; elevação da produção pós-entrada?
 - (ii) $P <$ determinado conceito de custo é realmente condição necessária (ainda que seja suficiente)?
 - (iii) Qual racionalidade? *Deep pocket*? Modelos de reputação? Modelos de sinalização?
 - Preço predatório (abuso) ou competição agressiva (eficiência)?

IV – Análise Econômica do Abuso de Posição Dominante

– Exemplos

- Acordos de exclusividade:
 - (i) fechamento de mercado, elevação dos custos dos rivais; aumento de barreiras à entrada
 - (ii) eliminação de externalidades horizontais e verticais; problemas de oportunismo e dupla marginalização
 - (iii) Qual o efeito líquido? Em termos de excedente total ou do consumidor? No curto prazo ou longo prazo?
- Efeito exclusionário (abuso) e eficiências em simultâneo

V – Conclusões

- PL cap. II; art. 31: mantém figuras de abuso de posição dominante e dominação de mercado
- Eficiências em antitruste são de natureza social: logo, eficiências privadas devem ser consideradas somente quando implicam benefícios para os consumidores. CP ou LP?
- Condutas anticompetitivas são somente aquelas que reduzem excedente do consumidor no CP? Aspecto dinâmico da competição → preservação do processo competitivo → competidores, como agentes do processo de competição, devem ser protegidos de condutas abusivas por parte de empresas monopolísticas? Quando competidores = competição?

V – Conclusões

- Abordagem econômica: maior complexidade → menor segurança jurídica? Importância da jurisprudência
- Preços excessivos constituem abuso de posição dominante? Deve a autoridade antitruste intervir na dimensão preço quando da presença de evidências de preços supra-competitivos – i.e., exercício de poder de mercado por parte de uma empresa dominante ou de empresas com dominância coletiva?
- Remédios:
 - pode a cisão de uma empresa dominante ser uma solução eficaz em casos limites? ATT/EUA
- (b) intervenção mais ativa, com características regulatórias? Importância de investigações setoriais (Europa)

V – Conclusões

- Importância do monitoramento de práticas que elevam as barreiras à entrada estrategicamente (*bundling*; exclusividade; marcas de combate) → reforço do caráter dinâmico da concorrência, via entrada
- Papel estratégico da prevenção da política antitruste (ACs): evitar o surgimento de empresas dominantes por meio de fusões e aquisições horizontais e verticais. Controle de ACs coerente com a conceito de APD
- Revisão da Resolução 20/99: estabelecer procedimentos distintos para dominação e abuso. Atenção da autoridade para diferenças de *standards*.
- *Guidelines* para práticas principais: predação, descontos, *bundling*, exclusividade etc.

FIM

jfag@unisys.com.br
www.fagundesconsultoria.com.br

■ Elizabeth Farina

Vou recordar meus tempos de professora. Na verdade, eu continuo dando aula: curso de organização industrial, tanto que alguns ex-alunos que deveriam estar fazendo prova estão aqui assistindo palestras.

Como vocês verão nos *slides*, esse é um problema do PowerPoint: não dá para mudar o que fizemos.

A minha idéia, na verdade, de discutir tendências em diferentes jurisdições decorreu de uma conversa muito passageira no corredor do Cade com o Dr. Túlio Coelho, que me disse: Puxa, vocês participam daquelas reuniões da OCDE? Nós não temos a oportunidade de saber o que acontece lá porque é um evento restrito a agências de concorrência.

E, de fato, nós temos o privilégio de ter essa oportunidade, de discutir com outras jurisdições essas questões.

Essas questões têm sido traduzidas em vários ambientes, e vocês verão então que o que eu havia pensado em falar está muito próximo do que o Fagundes fez, o que vai economizar muito do meu tempo, e vou aproveitar para falar de outras coisas sobre as quais eu não pretendia falar hoje.

Mas, enfim, o objetivo aqui é contar para vocês o que tem acontecido nessas reuniões da OCDE e da ICN, de que nós temos participado com frequência.

De que práticas estamos falando? O Fagundes já mencionou isso: um conjunto de práticas que sejam de exclusão dos rivais ou de exploração do consumidor, e que nós tradicionalmente reunimos em dois grandes grupos: práticas baseadas em preços (preços predatórios, corte seletivo de preços, aperto de margens, descontos) e um conjunto de práticas que são não preços (venda casada, pacotes, exclusividade, recusa de venda). Então, é esse o conjunto de práticas sobre as quais nós vamos falar um pouco mais.

O debate hoje na Comissão Européia coloca em confronto as grandes tradições de tratamento dessa questão: a visão americana de monopolização e a visão de abuso de posição dominante ligada à Europa.

No meu entender, a experiência européia de ter tido por muito tempo muitos monopólios governamentais, estatais, e grande controle do Estado sobre a economia faz que a natureza da problemática brasileira se assemelhe mais ao que acontece na Europa do que ao que ocorre nos Estados Unidos.

Até a tradição jurídica européia é mais parecida com a nossa do que a tradição americana. Então, o debate da questão européia nos faz aprender muito, porque tanto o ambiente econômico quanto o ambiente institucional são muito mais parecidos com os nossos do que os dos Estados Unidos.

E existem algumas questões que estão em debate – depois irei me aprofundar um pouco nelas –, como a questão de uma abordagem formal do direito codificado e, portanto, de aplicar regras que estão codificadas, listadas em um conjunto de condutas estabelecidas, na direção de uma análise de abordagem de fundo econômico, ou seja, essa é uma discussão nossa.

Nós tivemos uma discussão ontem sobre judicialização. E uma grande parte dela diz respeito à tradição jurídica daquele que revisa, que analisa as decisões do Cade, e que tem de passar de um direito todo codificado, onde as práticas estão ali listadas, para alguma coisa que tem como fundamento razões econômicas que se alteram caso a caso concreto. Essa é uma discussão na Europa, e é muito parecida com a nossa.

O que eu quero dizer a vocês é que eu vi, eu tive a oportunidade de estar com um juiz francês da ECJ (European Court of Justice), que se chamava Juiz *Légal* – não é um trocadilho, ele chamava-se Juiz Legal –, e essa visão da questão formar *vis-à-vis* a razão econômica era muito forte, segundo a visão desse juiz. Então, é uma questão que ainda está em curso lá e que permeia nossas discussões, embora num ambiente como o nosso já se tenha dado como certo que a razão econômica, a análise caso a caso, seja a melhor maneira de tratar a questão antitruste. E ligada à questão de passar de uma análise formal para uma abordagem econômica, há a necessidade de maior clareza dos fundamentos econômicos, como lembrava o Fagundes antes de mim.

E essa relação, que é base da discussão também, de exclusão e exploração identifica também, a identificação da distinção entre competição substantiva e as condutas predatórias ou aquelas que distorcem a concorrência. Mas essa discussão entre prática que exclui o rival *vis-à-vis* a prática que tem um efeito sobre o consumidor é alguma coisa que também está em curso e está longe de chegar a uma solução fechada.

É lógico que o grande foco hoje está sobre as mudanças na Comunidade Européia, porque devem sair em breve. E para quem teve a oportunidade de ouvir a Neelie Kroes falando das mudanças da Comunidade Européia, fica muito clara a preocupação do reforço da fundamentação econômica das decisões da Comunidade, que veio numa evolução que começou com a análise dos atos de concentração anticompetitivos, e cujo foco passou a ser mais centrado nas operações horizontais *vis-à-vis* operações verticais e na criação de posição de mercado para impedimentos efetivos sobre a concorrência. Isso está em todas as falas da Neelie Kroes, mas é já se iniciou essa mudança na Comunidade. Também nos acordos anticompetitivos o foco num maior rigor no combate a cartéis e o fim das notificações de acordo, que ontem também foi mencionado aqui.

Mas na questão do abuso do poder de mercado, as alterações estão de fato por vir, e o que nós fizemos foram debates e discursos, por enquanto.

Eu não vou precisar me deter no que era artigo 82, porque o Fagundes já fez isso. Mas ele traz a questão do abuso de posição dominante ligado àquelas quatro situações que ele mencionou, e que citam claramente a questão de preços injustos, de condições injustas de transação e que, portanto, não estão centradas nos focos sobre o efeito final no consumidor, mas na relação entre, por exemplo, comprador e fornecedor ou entre competidores que também têm alguma relação vertical. Então, esses quatro grandes grupos de ações eu não vou discutir, já que o Fagundes o fez.

A visão do Sherman Act, Seção 2, que caracteriza como ilegal a monopolização ou a tentativa de monopolização ou o acordo visando à monopolização do comércio entre Estados ou entre países, que todo já conhecemos, é uma definição, uma visão do processo que facilita a incorporação da razão econômica.

Então, essa questão do elo causal entre conduta e poder de mercado vem da própria definição legal.

Na Comunidade Européia – eu concordo com o Fagundes e é esse o tom da discussão também – a conduta pode ser abusiva mesmo sem manter ou aumentar o poder de mercado, nos termos como está hoje, e a exploração desse poder de mercado pode ser considerada ilegal, por exemplo, no caso preço excessivo. Mas isso segundo a configuração do artigo 82 tal como é hoje, e não como se pretende que se torne.

Então, nesse sentido, parece haver uma convergência que, no meu entender, está longe de ser concretizada na prática, mas todo o esforço tem sido feito em sua direção.

E os casos mostram de fato que onde se centra o grande debate é: como é que se separam condutas competitivas agressivas, que na verdade aumentam o bem-estar, das condutas predatórias, que reduzem o bem-estar. Então, esse de fato é o cerne da questão.

O ponto importante é discutir se, por exemplo, se pode haver uma conduta predatória sem que haja uma exploração do consumidor, ou se as duas coisas estão ligadas.

Então, se formos buscar entendimentos americanos, como o da Eleanor Fox, ela diz que não há conduta predatória a menos que tenha o efeito de aumentar preço e reduzir quantidade, o que também poderia ser lido como “reduzir qualidade” ou “reduzir o processo de inovação”.

Uma visão como essa, de que é preciso ligar a conduta predatória a um efeito de exploração, evita aquela armadilha de proteger competidores em vez de proteger a concorrência.

Por outro lado, levanta uma questão importante, que é a seguinte: por que queremos proteger a concorrência?

Nós não queremos proteger a concorrência simplesmente porque achamos que é um processo legítimo. Queremos proteger a concorrência porque a concorrência leva a efeitos de uso melhor dos recursos e benefícios para o consumidor *lato sensu* e para a economia como um todo, de fato, pelo uso

desses recursos e pela instigação do processo inovador em todas as suas atividades. Então, é por isso que se quer o processo competitivo, e não o processo competitivo pelo processo competitivo. Ele não é a finalidade última.

Por que é importante dizer isso? Porque se preservarmos aquela frase que já é clássica “Não proteja os competidores, mas proteja a concorrência”, cairemos no perigo de, numa análise concreta de fato, proteger competidores em nome de proteger a concorrência. Então, a questão de ter uma relação com o efeito tem aparecido, nessas discussões das mesas da OCDE no Comitê de Concorrência, cada vez com mais força, ou seja, ligar a questão da predação com o efeito no consumidor ou no mercado final.

O problema na verdade é: qual é o padrão de prova econômica que se exige: que esse efeito seja um efeito real, um efeito verificado, um efeito efetivo? Ou ele pode ser potencial? Ou então qual é o grau de probabilidade de que ele ocorra? Estas são questões abertas que acho que serão solucionadas dentro das jurisdições, inclusive dentro das europeias (não só da Comunidade, mas das jurisdições europeias). Mas nessas discussões todas se tende a privilegiar a potencialidade do efeito, e não o ter que provar que o efeito existiu ou que irá existir de fato, mas a potencialidade de ele se configurar. Ou seja, por essas discussões, não seria prova de que um abuso de posição dominante não deve ser considerado abuso de posição dominante, ou tendo um efeito ilegal, se não se conseguir provar que houve efeito: a potencialidade do efeito seria suficiente. Caso contrário, se tende a voltar a privilegiar simplesmente o foco na concorrência.

E então vários testes são discutidos: o teste do sacrifício, ou seja, daquele investimento que se faz para excluir, disciplinar ou prejudicar o rival em relação ao seu lucro de curto ou de longo prazo. E, no fundo, o que está por trás do teste do sacrifício é que se identifica uma prática que não encontra racionalidade econômica, a não ser pelos seus efeitos de exclusão, predação ou exploração.

Esses testes têm problemas na aplicação empírica, inclusive conceitual, mas eu não vou me deter sobre isso, pois o Fagundes já tocou nesse assunto. Acho que na hora da discussão nós poderemos aprofundar, porque eu só tenho 5 minutos.

Há também o teste do competidor igualmente eficiente, que parece ser muito eficiente mas é muito complicado de aplicar e recebe muitas críticas, principalmente porque não se sabe qual é o *benchmark* do custo que se tem de usar para dizer se é igualmente eficiente, um pouco mais eficiente ou

um pouco menos. Existe o perigo de condenar preço baixo e prejudicar o consumidor se, como foi comentado ontem, se elimina a possibilidade dessa guerra de preços; existe o problema dos custos de referência, como eu estava comentando; e a dificuldade de estabelecer os critérios de recuperação, especialmente porque se tem que atribuir algum valor ao futuro, que pode não ser o mesmo para o empresário e aquele que está analisando a prática.

Existe um teste de prejuízo ao consumidor, em que a discussão entre excedente do consumidor e excedente agregado é uma discussão ainda em aberto também na Europa.

E existe uma questão muito complicada, que são setores a montante, ou seja, quando há indústrias que estão longe do mercado final, porque se se elege como importante mostrar um potencial efeito sobre o consumidor final, se se está tratando de uma indústria que está a cinco, seis etapas antes do mercado final, tende-se a diluir esse impacto naturalmente, simplesmente por conta dessa distância dela em relação ao mercado consumidor.

Então, é muito perigoso dizer que o teste do prejuízo do consumidor *tem* que ser feito para provar abuso de posição dominante, porque todas as indústrias que estão lá a montante, longe do mercado final, podem ficar fora dessa análise.

Enfim, existe também uma discussão sobre critério de exclusão barata, ou seja, todas essas práticas mais comuns, como preço predatório, exclusividade, preço de venda etc. provocam um prejuízo muito grande para quem adota a prática. Não é uma prática barata e muitas vezes fere pouco o concorrente. É um grande sacrifício para quem a adota e nem sempre muito efetivo do ponto de vista do objetivo da prática.

Mas existem outras, como usar regulamentação governamental, explorar padrões técnicos ou mesmo entrar no Judiciário contra os rivais em certos momentos importantes, que têm baixo custo para quem as adota, mas provocam um grande prejuízo a quem sofre esse abuso. E estes têm sido critérios não para analisar as condutas, mas para selecionar onde colocar os recursos escassos de investigação em posição dominante.

Na verdade, existem muitas diferenças: se tomarmos como exemplo a Alemanha, há uma lei de revenda abaixo do custo, e esse abaixo do custo inclui custos fixos rateados, que são aplicados especialmente a varejo. Recentemente se têm condenado grandes varejistas por dar descontos nas gôndolas decorrente de descontos que conseguem junto à indústria de alimentos, ou seja, isso foi muito discutido na última reunião da OCDE.

Existe também a proibição de abuso da exploração de posição dominante, que não se explica muito bem qual é o seu objetivo, sendo que a demonstração da relação entre posição dominante e conduta abusiva é necessária, mas, na prática, pelos casos que têm trazido, percebe-se que existe uma distância muito grande entre o que a Comunidade Européia está definindo como sendo o foco das mudanças e o que ainda acontece nas jurisdições nacionais dentro da Comunidade.

No Japão se proíbe a monopolização ou a restrição injustificada à concorrência, entendida esta em si mesma, independentemente de posição dominante; configura-se abuso, exclusão e controle sobre a atividade de outros agentes; e existem três condições para a redução injusta de preços, e esse é um termo freqüente, e (i) reduzir preços abaixo do custo de fornecimento (ou seja, inferior ao custo bruto, que inclui o lucro) ; (ii) continuidade do fornecimento; (iii) tendem a causar dificuldade às atividades de outros agentes.

Isso está muito distante do que se está propondo em termos de mudança.

Na Suíça existem critérios que estão ainda muito diferentes do que se pretende chegar em termos de raciocínio econômico e de análise dos efeitos de abuso e muito mais na questão de práticas injustas assim como no México ainda a gente tem algumas questões dessa natureza.

A conclusão que se chega desses debates todos é que, primeiro, que essa questão do abuso de posição dominante ainda é uma questão em aberto. Pretendeu-se tirar todo o peso de análise de posição dominante dizendo que elas são pouco prováveis em geral elas são de alto custo, e de pouca eficácia, e que portanto os poucos recursos das Agências de Concorrência seriam mal utilizados para andar atrás de abuso de posição dominante, ele tem sido revisto.

Na Teoria de Organização Industrial, as práticas unilaterais chamadas de abuso de poder ou de monopolização estão longe de ser um capítulo vazio. Existem modelos mostrando todas as possibilidades de equilíbrio, existência de equilíbrio, estabilidade em equilíbrio no curto prazo, no longo prazo, etc. Isso tem se traduzido numa preocupação concreta dentro das discussões das Agências de Concorrência. Existe uma convergência com foco nos efeitos econômicos mas uma tremenda discussão a respeito de excedente agregado versus prejuízo do consumidor.

No Canadá houve uma discussão muito acirrada a respeito desta questão. Vários são os métodos de identificação propostos. Cada um deles apresenta algum tipo de problema. Não tem nenhuma convergência. Nenhum porto seguro

a respeito de qual é o teste que de fato separa o que é predatório da concorrência legítima. Eu acho que a convergência está longe de ser atingida.

Mesmo dentro da Comunidade vai ser muito complicado porque a aplicação nacional não vai na mesma linha do que a Comunidade vai fazer. A melhor postura me parece a adequação aos casos concretos, a análise consistente com as práticas correntes no mercado em foco e reconhecer que não existe nenhuma forma superior de tratamento.

Para finalizar eu queira dizer que do ponto de vista dos estudos econômicos – complementando uma discussão que foi colocada ontem pelo Conselheiro Cueva a respeito dos modelos econômicos, – tanto no caso de abuso como no de cartel mas especialmente no caso de abuso os modelos econômicos são evidentemente fundamentais. Todo modelo é uma abstração da realidade. Existe uma diferença abissal entre fazer um parecer, dar uma opinião e tomar uma decisão, Isso eu posso dizer de cátedra porque estou nessa segunda situação. Para quem toma a decisão o fundamental não é se o modelo é o mais sofisticado, O fundamental é que os pressupostos que estão nesses mercados tenham consistência com aquilo que está nos processos onde o advogado ou o representante legal dizem que fazem no mercado. É extremamente importante que o mercado descrito de uma maneira em todo o processo pelo advogado e pela empresa seja consistente com aquele modelo que se apresenta. Se o modelo não for testado não o inclua. É horrível para quem vai tomar a decisão ler um volume grande de páginas dizendo que um mercado funciona de um jeito e na undécima hora surgir um parecer econômico cujos pressupostos descrevem o mercado de outro jeito. Pode ser que o economista tenha razão e o advogado esteja errado mas quem tem que tomar a decisão tem que entender que ou é uma coisa ou outra. Nenhum modelo vai descrever a realidade de uma maneira completa mas tem que ter um mínimo de consistência. O pior ainda é levar quatro modelos cada um com um uma descrição diferente do mesmo mercado.

Tem que apresentar uma certa consistência para convencer quem toma a decisão. O raciocínio econômico é fundamental, os modelos são fundamentais. Por favor nos ajudem a tomar decisão melhores instruindo de maneira mais eficiente os economistas que vocês contratam.

Abuso de Posição Dominante: uma revisão das tendências em diferentes jurisdições

Elizabeth M.M.Q. Farina

Contexto: Práticas de Exclusão ou Exploração

- Baseadas em preços:
 - Preços predatórios, cortes seletivos de preços, aperto de margens (*margin squeezes*), descontos
- Não-preços
 - Venda casada, “pacotes” (*bundling*), exclusividade, recusa de venda

O Debate no Comitê de Concorrência da OCDE

- As duas grandes tradições:
 - Monopolização
 - Abuso de posição dominante
- As questões em debate:
 - Abordagem formal p/a abordagem econômica
 - Necessidade de maior clareza dos fundamentos econômicos
- Conceito: exclusão X exploração
 - Identificação: distinção entre competição substantiva (*on the merits*) e condutas predatórias ou que distorcem a concorrência

CEE – Mudanças no Período Recente

- 3 elementos básicos:
 - Atos de concentração anti-competitivos
 - Foco nas operações horizontais
 - Da criação de posição de mercado para impedimentos efetivos sobre a concorrência
 - Acordos anti-competitivos
 - Maior vigor no combate a cartéis
 - Fim das notificações de acordo
 - Abuso de poder de mercado
 - Alteração anunciada em 2005 do artigo 82 do Tratado da UE

Artigo 82 do Tratado da CEE

- Proíbe explorar de forma abusiva a posição dominante, por uma ou mais empresas, listando quatro situações que podem configurar abusos:

Artigo 82 do Tratado da EU

- (a) Impor, de forma direta ou indireta, preços injustos (*unfair*) de compra ou de venda ou outras condições injustas (*unfair*) de transação;
- (b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- (c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais em transações equivalentes, colocando-os em desvantagem competitiva;
- (d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Seção 2 do Sherman Act

- A Seção 2 do *Sherman Act* caracteriza como ilegal a monopolização, ou a tentativa de monopolização, ou ainda, o acordo visando à monopolização do comércio entre estados ou entre países.
 - Deve existir um elo causal entre conduta e o poder de mercado
 - CE – conduta pode ser abusiva mesmo sem manter ou aumentar o poder de mercado – exploração do poder de mercado é ilegal – p.e. preço excessivo.
 - Casos mostram preocupação com distinção entre condutas predatórias que reduzem bem-estar, com condutas competitivas que aumentam bem-estar.

Há conduta predatória sem exploração?

- US (Eleanor Fox) – Não há conduta predatória a menos que tenha o efeito de subir preço e reduzir quantidade (ou qualidade ou inovação)
- Evita as armadilhas de proteção de competidores
- Padrão de prova: efeito real ou potencial, provável?

Identificação

- Teste do sacrifício
Prática sem racionalidade econômica a não ser por efeitos de exclusão
- Teste do competidor igualmente eficiente
Perigo de condenar preço baixo e prejudicar consumidor/cliente
Problema dos custos de referência
Critério da recuperação
- Teste do prejuízo ao consumidor
Consumidor ou excedente agregado?
Problema dos setores a montante
- Critério da exclusão barata:
Uso indevido de regulação governamental, padrões técnicos ou mesmo das leis de concorrência.

Diferenças permanecem...

Alemanha:

- Lei de revenda abaixo do custo (incluindo custos fixos rateados), aplicados especialmente no varejo
- proibição do “abuso da exploração de posição dominante”, exemplificando as condutas:
- a demonstração da relação entre a posição dominante e a conduta abusiva é necessária
- a conduta deve ter ainda, possível impacto no comportamento do concorrente. – pena: multa.

Diferenças permanecem...

Japão:

- proíbe a monopolização ou a restrição injustificada à concorrência (entendida a concorrência em si), independente de posição dominante. Configura-se o abuso quando há exclusão ou controle sobre as atividades de outros agentes.
- O Japão condena a prática de “redução injusta de preço”, que requer 3 condições: (i) reduzir preços abaixo do custo de fornecimento (ou seja, inferior ao custo bruto, que inclui o lucro) ; (ii) continuidade do fornecimento; (iii) tendem a causar dificuldade às atividades de outros agentes.

Diferenças permanecem...

- **Suíça:** abuso pode ser visto como um problema concorrencial, de concorrência desleal ou ambos e os preços de agentes com posição dominante são fiscalizados. A prática de preços abaixo do custo é punível quando: (i) preços estão abaixo do preço de atacado (preço de varejo, menos desconto, mais imposto, mais custo de transporte, não incluído custos fixos, nem lucros); e (ii) quando afetam consumidores ou a competitividade de seus concorrentes.
- **México:** As condutas ilegais são definidas como práticas exclusivistas, que afetam os concorrentes e não condutas exploratórias. Para tipificação de preços predatórios, p.ex., é exigido: (i) poder de mercado; (ii) futuro poder de mercado (recuperação e investimento na conduta); (iii) comparações de preços em diferentes cenários; e (iv) evidência da intenção.

Conclusão

- Questão ainda em aberto
- Conceito:
Convergência: foco efeitos econômicos
Debate: excedente agregado X prejuízos ao consumidor
- Instrumentos de identificação
Vários métodos propostos – todos apresentam algum tipo de problema
- Convergência longe de ter sido atingida
- Melhor postura:
adequação aos casos concretos – análise consistente com as práticas correntes no mercado foco
Nenhuma forma superior de tratamento

Se um economista se defronta com uma prática de negócios que não compreende, (...) ele atribui ao poder de monopólio.

Ronald Coase, 1972

Brasil: Resolução CADE 20/98

- “A análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados à luz dos artigos 20 e 21 da Lei 8884/94. As experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor.”

Práticas Restritivas Horizontais

- Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado (“eficiências econômicas”), recomendando a aplicação do “princípio da razoabilidade”.

Restrições Verticais

- As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.

Preço Predatório

- Prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista. (efeito de prejuízo ao consumidor)
- O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo. (recuperação)

■ Mário Nogueira

Depois dessas duas apresentações mais genéricas que me antecederam, vou abordar um primeiro tipo de abuso de posição dominante que me tocou de maneira especial. Eu resolvi falar então da questão do *price squeeze*.

Talvez não seja o primeiro caso a respeito, mas, enfim, foi um dos mais emblemáticos: em 1937 o governo americano processou a então Aluminium Company of America, que depois mudou de nome, virou Alcoa, por 100 questões ligadas ao abuso do poder econômico, das quais vamos abordar apenas uma, ignorando as outras 99: a questão de *price squeeze*, ou seja, o fato de a Alcoa ser praticamente o único fornecedor no mercado americano dos lingotes de alumínio, que eram depois utilizados para fazer as folhas de alumínio. Foi a partir daí, então, que se construiu essa questão do *price squeeze*.

Eu estou fazendo esta introdução porque depois, à medida que a coisa for caminhando, eu vou querer retomar esse exemplo para utilizarmos mais adiante.

O primeiro ponto, eu diria, é a definição do *price squeeze*, a partir da qual vamos tirar uma série de conseqüências que irão nos interessar mais tarde. O *price squeeze* seria a prática excludente utilizada por uma entidade que seja, em primeiro lugar, verticalmente integrada, para aumentar o seu poder de mercado, para reduzir as margens de seus concorrentes neste mercado *downstream*, ou seja, estamos falando do seguinte corolário que temos que ter, e depois vamos retomar essas condições mais adiante:

- 1.º) a sociedade, a empresa – eu não gosto de usar o termo firma, mas acho que no “economês” é mais adequado –, a firma que é a autora da prática tem de ser verticalmente intergrada, ou seja, deve estar basicamente em dois mercados: num primeiro a montante, ela produz o insumo que é fornecido ao mercado a jusante, onde ela também está presente;
- 2.º) esse insumo tem de ser um insumo essencial – depois iremos mais adiante falar um pouco do que nós vamos considerar a essencialidade desse insumo a que estamos nos referindo;
- 3.º) tem de haver uma certa temporalidade, ou seja, não é um evento momentâneo em que podemos verificar que houve realmente a prática de um *price squeeze*.

O ponto seguinte é que estamos falando de concorrentes *downstream* que sejam tão ou mais eficientes do que aquela divisão da firma verticalmente organizada, porque se estamos falando de empresas menos eficientes, a própria eficiência, o próprio resultado do *price squeeze* pode ser a eficiência da empresa verticalizada. E o último item que retiramos dessa definição é que vai resultar na perda de ganhos para as empresas no mercado a jusante.

Podemos identificar então três tipos de práticas de *price squeeze*.

O primeiro, que seria o *price squeeze* discriminatório, que é aquele em que a empresa (que chamaremos de firma 1, a firma malvada) pratica um preço discriminatório no mercado a jusante, ou seja, ela cobra um preço mais alto dos concorrentes da sua divisão do que da sua divisão no mercado a jusante, ou mercado *downstream*.

O *price squeeze* não-discriminatório cobra preços idênticos seja da sua divisão seja dos concorrentes *downstream*.

Na prática, não haveria grande diferença entre essas duas atividades: pode-se pensar hoje numa questão – e aí saindo um pouco da economia e do jurídico – organizacional, ou seja, que se pode gerar problemas, que pode ser até um efeito colateral, mas que pode ser contra a prática do *price squeeze*.

Se houver, por exemplo, a firma 1, se ela trabalhar não com divisão, mas trabalhar por exemplo com duas entidades separadas, você pode gerar dois problemas não econômicos, mas que afetam isso. O primeiro, é uma questão muito prosaica, estaremos fazendo eventualmente uma transferência de receitas ou de ganhos da produtora (a divisão matéria-prima) para a divisão produto final, ou seja, prosaicamente estamos falando do bônus do presidente, e ele pode não querer dizer: “eu realizo lucro aqui e não lá embaixo, eu ganho bônus e o outro não ganha”. E o dirigente da divisão de baixo pode dizer: “não, eu não aceito isso, porque isso afeta o meu resultado particular aqui”.

O segundo seria quando, ao falar, por exemplo – e aí se aplica bem numa situação como na Comunidade Européia –, de entidades em países diferentes, pode-se estar falando de um problema fiscal, um problema eventualmente de *transfer pricing* ou um problema relativo simplesmente a onde se realiza o lucro e, portanto, onde a sociedade vai pagar impostos.

O terceiro caso é o *price squeeze* predatório, em que se diminui ou aumenta de tal maneira a margem, que realmente se vão eliminando as concorrentes no mercado mais abaixo.

Eu havia feito aqui alguns pequeníssimos comentários de economia, porque diante desta mesa eu era notoriamente o mais ignorante, e eu até vou passar adiante porque a ignorância ficou grande demais. Vou passar adiante para ganhar um pouco de tempo.

Podemos notar que existiriam basicamente, apesar de que aqui estou indicando seis condições, na verdade, quatro condições do ponto de vista econômico para que seja possível a prática do *price squeeze*. As condições 5 e 6, ao final do *slide*, seriam mais no momento da verificação de uma eventual ocorrência.

O primeiro ponto é a questão da superdominância no mercado *upstream*, ou seja, a empresa que tem o controle do fornecimento do insumo, ela tem de ter uma posição bastante importante dentro do mercado de fornecimento. Por quê? Porque se essa posição não for substancialmente importante, ao praticar esse aperto no preço no fornecimento do insumo, os concorrentes da divisão *downstream* simplesmente irão sair do fornecedor A e irão para o fornecedor B, para o fornecedor C, para o fornecedor D. Portanto, a prática morre por si. Em alguns casos, na Comunidade Européia, falou-se em 40%, 50% no mínimo dessa superdominância, ou seja, não se pode falar de um número pequeno. Houve um caso em que se falou até de 80% da dominação no mercado do fornecimento do insumo.

O mercado *downstream* deve ser um mercado de concorrência não perfeita, eu digo o menos perfeita possível, porque senão também, quando se faz a prática do aumento dos preços do insumo, não se consegue. Por quê? O que é que acontece? A divisão *downstream* obviamente tem uma perda de resultado durante um determinado período que se espera recuperar depois. Se não houver condições de recuperar isso depois, ocorre a perda e na hora de realizar o ganho adiante há uma reentrada dentro do mercado, ou seja, quando digo concorrência perfeita, digo mais, de baixos custos, com custo inexistente de entrada e saída, você não consegue realizar esse ganho.

O terceiro item, sobre o qual já falamos, é a questão da integração vertical; e o quarto item, que eu comentei no início, é a questão da essencialidade do insumo. E quando falo de essencialidade do insumo, existem duas características dessa essencialidade: primeiro, o insumo tem que ser essencial para os clientes da empresa, ou seja, aquele produto deve ser o único para se produzir a mercadoria final *downstream*. Não deve existir outro concorrente, porque senão, de novo, quando se praticar uma mudança de preços no insumo, eles simplesmente passarão a procurar um outro fornecedor. Além disso, há a questão da essencialidade para a concorrência entre as empresas

no *downstream*, ou seja, o produto que está *downstream* é também único, porque senão quando se na cadeia produtiva o que vai acontecer é que um produto B não *upstream* mas a jusante vai também substituir aquele produto que está sofrendo dessa prática. E depois, considerando que houve as condições de 1 a 4, e eventualmente se se verificar que está havendo a prática do *price squeeze*, dois itens importantes que devem ser analisados: 1) as margens devem resultar em margens não lucrativas no mercado *downstream*; e 2) deve haver um certo lapso de tempo, ou seja, esta não é uma prática que aconteceu num período extremamente curto, que pode ser resultado de um outro movimento qualquer.

Na questão da apuração – e aqui meu comentário pode ser um pouco óbvio – uma questão importante na definição de mercado relevante é que, ao se fazer essa definição, deve-se começar pela definição do mercado *downstream*, e não pelo mercado *upstream*. E a razão disso é que, como é uma condição essencial para essa prática a questão da essencialidade, se não se definir primeiro o mercado a jusante, pode-se, definindo o primeiro, verificando a questão da dominância da empresa no mercado a montante e tudo, ao chegar no mercado a jusante, chegar à conclusão de que tudo é verdade – só que existem doze produtos razoavelmente substitutivos para essa matéria-prima. Portanto, se se adotar uma prática como essa, as empresas podem passar a consumir algum dos outros onze concorrentes. Portanto, o que se recomenda é que essa análise seja feita de baixo para cima, ou seja, a partir do mercado *downstream*, para, considerando que ali existem as condições, então se partir para a definição mais acima.

Alem disso, há a questão da efetividade da posição (eu estou correndo um pouco porque, apesar de tudo, o meu prazo está acabando).

Eu tinha deixado o caso Alcoa para o fim, mas na verdade eu comecei por ele.

Então, basicamente o que eu queria apresentar a vocês – eu tentei ser o mais sucinto possível, talvez tenha sido até sucinto demais – era essa possibilidade.

E não vou entrar aqui nessa discussão, até porque a Dra. Elizabeth Farina já a antecipou um pouco, mas diante dessas condições me parece que essa é uma prática bastante difícil. E podemos verificar que onde houve casos foi onde o produtor, que já estava no mercado de produto já manufaturado ou algo manufaturado, era também produtor de matéria-prima, o que nas várias fases da indústria de transformação é um caso mais raro.

Mas agora esse assunto foi retomado e, ao realizar minha pesquisa, vi que vários trabalhos estão sendo feitos a respeito nas indústrias reguladas, principalmente quando há uma indústria regulada acima e uma indústria não regulada abaixo. Então, me coloco à disposição de vocês. Desculpem a rapidez, mas espero ter trazido ao menos alguma novidade. Muito obrigado.

ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

Price Squeeze

11º Seminário Internacional de Defesa da concorrência

Campos de Jordão, 25 e 26 de novembro de 2005

PRICE SQUEEZE

Prática excludente usada por entidades verticalmente integradas para aumentar seu poder de mercado no mercado *upstream* para reduzir as margens de seus concorrentes no mercado *downstream*.

PRICE SQUEEZE

- *Corolário*
 - Sociedade verticalmente integrada;
 - fornecimento de insumo “essencial”;
 - longo lapso temporal;
 - concorrentes *downstream* igualmente ou mais eficientes;
 - impedir ganhos suficientes

PRICE SQUEEZE

- *Tipos*
 1. Discriminatório – cobra mais dos concorrentes que de suas divisões;
 2. não-discriminatório – cobra preços idênticos das concorrentes e de sua divisão;
 3. predatório – reduz preço abaixo do custo e margem dos clientes *downstream*.

PRICE SQUEEZE

- *Condições para ocorrência*
 - (1) (Super) dominância no mercado *upstream*.
 - (2) Mercado *downstream* de concorrência não-perfeita.
 - (3) Integração vertical.
 - (4) Insumo essencial.
 - (4.1) essencial para os concorrentes *downstream*
 - (4.2) essencial para a concorrência *downstream*
 - (5) Margens não-compensatórias *downstream*
 - (6) Lapso temporal

PRICE SQUEEZE

- *Apuração*
 - Definição do(s) mercado(s) relevante(s)
 - Efetividade da posição dominante

PRICE SQUEEZE

CASO ALCOA

■ Luis Fernando Rigato Vasconcellos

Primeiramente, se não houver nenhuma objeção do presidente da Mesa, eu gostaria de fazer algumas considerações daqui mesmo, em vez de usar o púlpito ou o solo.

Pela primeira vez nas minhas apresentações no Ibrac eu não vou me deixar escravizar pelo uso do PowerPoint e vou tecer algumas considerações, muitas que já foram feitas pelos expositores anteriores e algumas que eu considero de bastante relevância para a análise e o julgamento dos casos de abuso de posição dominante no Sistema de Defesa da Concorrência.

Conforme já foi mencionado anteriormente, é possível dividir os casos de abuso de posição dominante em algumas caixas, entre as quais há as condutas associadas de alguma forma a comportamento de preço das empresas envolvidas, por exemplo discriminação de preço, *price squeeze*.

Há algumas condutas relacionadas a recusa de venda e boicotes, quando envolvem coordenação entre mais de uma empresa, uso anticompetitivo

de direito de propriedade intelectual, algumas restrições verticais e vendas casadas.

Originalmente, quando me ofereci para apresentar este painel de venda casada eu estava pensando em me dedicar a um tema específico, em vez de ficar na parte mais geral sobre o que é o abuso de posição dominante.

Eu percebi analisando a bibliografia e estudando esse tema, que é fácil perceber que se ingressa muito rapidamente num espinhal: é muito difícil falar de cada uma dessas caixinhas isoladamente sem entrar no caso específico, ou seja, falar em termos gerais de cada uma delas envolve tantas especificidades, que é bastante complicado tecer considerações gerais dentro de cada um desses itens, em parte porque, como já mencionou a Profa. Elizabeth Farina, organização industrial é uma disciplina da economia que ao contrário, por exemplo, da teoria da firma e da teoria do consumidor, possui alguns ruídos e equilíbrios múltiplos. Então, vários resultados são possíveis diante de cenários bastante parecidos, embora não idênticos.

Ao me deparar com essa questão, percebi que, olhando de uma maneira bastante pragmática para o sistema, com exceção dos casos que envolvem cartéis, o segundo lugar é – eu diria com bastante segurança – ocupado por casos que envolvem algum tipo de restrição vertical ou de condutas entre empresas que tenham alguma relação contratual ou não em termos verticais. Eu digo “segundo lugar” não em termos quantitativos mas em termos qualitativos, no sentido do uso de recursos humanos e materiais do Sistema de Defesa da Concorrência, tanto na parte investigativa quanto no Cade propriamente dito. Nós tivemos alguns casos importantes envolvendo esse tipo de conduta no Conselho este ano, por exemplo o caso dos portos, alguns casos envolvendo empresas de telefonia etc. Enfim, tivemos casos bastante relevantes que tomaram bastante tempo de todo o Sistema de Defesa da Concorrência.

Em primeiro lugar, há uma dificuldade analítica em avaliar casos de abuso de posição dominante porque os instrumentos, o ferramental que se desenvolveu por exemplo para análise de atos de concentração horizontal serve apenas parcialmente para casos de conduta. Por exemplo: como definir o mercado relevante no caso de abuso de posição dominante se já tivermos no lugar um monopolista?

O teste do monopolista hipotético pressupõe um exercício de estática comparativa: o que aconteceria num determinado mercado se houvesse um aumento de preço pequeno mas não transitório? Ora, mas e se o preço já estiver localizado em seu nível monopolista?

Há maneiras de circunscrever essa questão, ou seja, procurar propriedades físicas em bens que sejam parecidos, ou seja, mesmo monopolistas, é possível que haja competição de uma cesta de bens que os competidores enxergam com propriedades físicas parecidas com aqueles produzidos pelos monopolistas. E se se trata de monopolista ou não é uma questão técnica associada às respectivas funções de produção.

Além dessas questões técnicas, o que é propriamente abusar? Isso já foi bastante explorado pela Profa. Farina e, novamente repito, é muito complicado tecer algum limite seguro – isso transparece praticamente em todas as jurisprudências –; não há um *threshold* claro de que se deva ter 20%, 40%, 70%. Há uma ampla possibilidade, mas aqui sim tradicionalmente esse tipo de pergunta é imediatamente seguido pela análise de barreiras à entrada, o que é importante nesse setor.

Dessas condutas mais comuns que apareceram no sistema neste último ano, uma que eu considero de particular importância é aquela associada ao comportamento de preços de alguma firma incumbente.

Temas envolvendo manipulações de preço são um pouco uma causa de histeria para o economista. E muitas vezes esses problemas são mais atingíveis por meio de regulação e não apenas pelo *enforcement* da Lei de Defesa da Concorrência.

Dentro dessa questão associada a comportamento de preços, eu colocaria a discriminação de preços como uma questão central. A discriminação de preços pode ser tratada, por sua vez, de duas maneiras distintas: uma é o preço de um produto ou serviço final para o consumidor. Aqui nós temos as discriminações de preços dos livros de microeconomia do 1.º, 2.º e 3.º grau, e é mais uma vez fartamente explorado na literatura econômica que nem sempre discriminação de preços enseja perda de bem-estar, ou seja, principalmente quando se fala da discriminação mais completa, aquela associada a preços diferentes para um conjunto diferente de consumidores, ou seja, nas discriminações de 3.º grau, se houver criação de mercados, se a oferta aumentar, não há perda nenhuma de bem-estar, pode-se até ter ganho.

Mas, é claro, isso depende de uma análise caso a caso de bastante complexidade.

E a discriminação de preços entre cliente e fornecedor, aquela que não chega ao consumidor final? Nesse caso, estamos falando de uma etapa anterior da cadeia, que é um tema bastante relevante, porque a discriminação de preços aqui pode levar a distorções na cadeia produtiva.

É claro que para os advogados é bastante comum a questão da análise caso a caso, mas para alguns economistas, pelo menos este que lhes fala, há o canto da sereia da busca de resultados mais gerais.

Mas, repetindo, nesse tipo de conduta, ou seja, discriminação de preços ou serviços na relação cliente-fornecedor: 1.º) é sempre possível o deslocamento de demanda que afete a produtividade; e 2.º) os compradores, ao contrário dos consumidores finais, têm a opção de verticalizar, ou seja, a escolha de verticalizar ou não também depende do que acontece nas indústrias acima e abaixo dele, caso ele esteja também numa parte intermediária da cadeia.

Em resumo – eu quero deixar uma parte para o debate –, a primeira conclusão importante é que esse é um tema que tem que ser analisado caso a caso, ou seja, não há resultados gerais tão seguros, o que é associado praticamente a quase toda organização industrial *vis-à-vis* outras disciplinas.

A segunda conclusão é que, depois de 12 anos de aplicação da Lei Antitruste, ainda parece haver alguma confusão entre o que é privado e o que é defesa da concorrência, e esse de integração vertical e relação cliente-fornecedor é um terreno bastante fértil para que esse tipo de dúvida ainda tenha lugar.

E terceira conclusão, que eu acho relevante, é que uma parte significativa dessas condutas aparece – acho que o expositor anterior tangenciou essa questão, que sozinha já poderia ser tema de um painel – nos setores regulados, ou seja, de alguma forma o Estado tem um papel importante naquela indústria, e seria necessário avaliar até que ponto isso pode produzir ou não incentivos a condutas anticoncorrenciais: essa é uma pergunta não trivial, também difícil de responder de uma maneira geral. Pode-se estudar a questão dos incentivos dos agentes envolvidos nessas indústrias, mas ressalto: não é uma questão geral.

Eu deixo então a maior parte do meu tempo para as questões de debate, se assim for. É isso. Muito obrigado.

■ **Andrea Gomes da Silva**

Bom dia. Antes de mais nada, gostaria de explicar porque, apesar de ser portuguesa, vou falar em inglês. Há dois motivos: o primeiro é que, pura

e simplesmente, o meu idioma de trabalho é o inglês, portanto, no que diz respeito a temas técnicos, sinto-me mais à vontade em inglês. O segundo é que, apesar de falarmos todos português, eu tenho descoberto ao longo dos anos e ao longo das minhas visitas ao Brasil que há certas palavras que têm um significado muito diferente no Brasil do que têm em Portugal. Eu nunca hei de me esquecer de uma conversa com um amigo brasileiro em que eu disse que se pagavam propinas no ensino secundário em Portugal. Ele ficou horrorizado e eu não percebi o porquê. E foi só ao longo de uma conversa de uns 20 minutos que descobrimos que uma propina no Brasil é um suborno, quanto em Portugal é uma mensalidade. Portanto, para evitar confusões desse gênero, vou passar para o inglês mas tenho o prazer de responder a perguntas em português.

So, changing languages. I touch on two topics. First

The reform of article 82 and the supermarket code of conduct

- ♦ **Paper prepared for the 11th IBRAC Conference on 25th and 26th November, 2005, Campos Do Jordão, Brazil**

1. Introduction

1.1 This paper has been prepared in the context of the 11th IBRAC conference. The discussion topic allocated to the Panel which I was invited to join is the “abuse of a dominant position”. As will be familiar to all of us attending the conference, this concept is one of the three limbs which underpin competition policy in most anti-trust systems around the world (the other two being the control of anti-competitive mergers and the control of anti-competitive agreements).

1.2 In the context of this topic, I was asked to address two specific issues:

- (i) the reform of Article 82⁵⁵ – as many of you will know, Article 82 is the European provision controlling the behaviour of companies with substantial market power. It applies not only to companies based in the European Union (*EU*), but also to those companies whose activities have an effect on trade within the EU; and

⁵⁵ The text of Article 82 is at Annex 1 to this paper.

- (ii) a topic which is a very British affair: the Supermarket Code of Conduct (*Code*) which governs the relations between large UK grocery retailers and their direct suppliers. Grocery retailers are of course subject to general competition law rules, so the Code is effectively a piece of “soft” sector-specific regulation – something which most of us tend to associate with recently liberalised industries undergoing the transition from a protected monopoly to a sector open to competition, not with markets which are open to competition.

1.3 This paper focuses on the first of these issues – the reform of Article 82 – as the breadth of the topic means that it benefits from more attention than I was able to give it in my oral presentation. The Code is a more limited topic and was therefore largely covered in my oral presentation, although for ease of reference, the key provisions of the Code are at Annex 2 to this paper.

1.4 In discussing the reform of Article 82, I will start by describing briefly why reform was needed and the current status of the review process. I will then focus on some of the “hot topics” currently being debated by European anti-trust practitioners (both lawyers and economists alike) and highlight some of the points which I find particularly interesting. I do not claim to have answers to the points raised, but they are ones which I feel would benefit from further debate.

1.5 The specific points which I will touch on are:

- the possible tension between a move to a more “effects based” approach and the need for legal certainty;
- the clarification of how the concept of dominance is to be applied in the future; and
- the application of Article 82 to a collectively dominant position.

2. The Reform of Article 82

Why the need for reform?

2.1 To my mind, there are two key drivers behind the process of reform which is currently underway:

- (a) acceptance that the objective of competition law should be to enhance consumer welfare and ensure the efficient allocation of resources. This objective is met by the revised European

Community Merger Regulation (*ECMR*) and by Article 81 (the provision prohibiting anti-competitive agreements), but not by much of the Article 82 case law; and

- (b) a growing acknowledgement of the role of economics in competition law policy – this influenced heavily the recent reforms to the *ECMR* and the treatment of agreements falling under Article 81; Article 82 (and its predecessor, Article 86) however, had really not been looked at since it was implemented in the 1960s⁵⁶.

2.2 It is in this context that, towards the end of last year (2004), the European Commission (*Commission*) announced that it was undertaking a thorough review of its policy under Article 82.

2.3 Insofar as the reform process is concerned, the likely “output” of the reform is a set of guidelines similar to those issued in relation to mergers and vertical restraints which will give businesses and their advisers greater clarity as to how the rules would be applied. Early this year,⁵⁷ working papers on “*dominance and some of the major abuses such as predation, bundling, refusal to deal and loyalty rebates*” were promised but have not yet materialised. Current indications from the Commission are that draft guidelines will be issued before the end of this year.

So what do we know about the Commission’s thinking?

2.4 The following key themes were outlined by Neelie Kroes (the European Competition Commissioner) in her speech to the Fordham Law Institute in late September this year⁵⁸:

- confirmation that the objective of Article 82 is to enhance consumer welfare and ensure an efficient allocation of resources (i.e. the same as under merger review and Article 81);
- confirmation that the current review focuses only on exclusionary abuses; exploitative ones will be considered in a second phase;

⁵⁶ The Treaty of Rome was signed in Rome on 25 March 1957, and entered into force on 1 January 1958. However, the implementing regulation dates from 1962.

⁵⁷ *Antitrust Reform in Europe: A Year in Practice*”, IBA/EC Conference, Brussels, 11th March 2005.

⁵⁸ Available at <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

- clarification that there is no intention to propose a radical change in enforcement policy;
- the move to a more economic or “effects based” approach to Article 82, rather than a *per se* infringement or “form based” approach;
- the identification of “dominance” with “substantial market power”;
- the possible introduction of an efficiency defence (probably similar to that which exists in relation to merger review and Article 81); and
- the introduction of an “as efficient competitor test” in the context of pricing abuses.

2.5 However, even before this clarification from the Commission, there had already been a number of contributions to the debate. One of the most recent is a report published in July this year, which was commissioned by the Chief Economist of DG Comp from the European Advisory Group on Competition Policy.⁵⁹ In addition, papers on a range of topics have been prepared by lawyers and economists active in the anti-trust field, some of which were presented at the Global Law Centre Conference held in Brussels in June this year.

2.6 These papers broadly welcome a move towards a more effects based approach. From an economic perspective, this makes perfect sense: competition law is based largely on economic theory and will best achieve its aims if it is applied using an approach based on economic effects. However, some commentators have identified a risk that in practice, such an approach may not give businesses and their advisers the necessary degree of legal certainty to enable them to make business decisions. There is thus a tension between these two aims which is recognised in a number of the papers, and more generally. In this context, it is worth noting that the US has an effects based approach and concerns over legal certainty seem to be less acute than in the EU. However, this may be explained by the fact that the US “threshold” for intervention is higher (“monopoly concerns” arise at around 60-70%). Moreover, the court based system means that the standard of proof required for an adverse finding is also higher. Thus, businesses may feel that they have

⁵⁹ Available at <http://europa.eu.int/comm/competition/publications/publications/#UDIES>

greater flexibility in setting their commercial strategies than in a jurisdiction with a lower threshold for intervention.

2.7 The next section of this paper offers some thoughts on the inconsistencies and concerns which are raised by the current “form based” approach and argues that whilst legal certainty is of great importance, this should not lead to the rejection of an “effects based” approach. Rather, it points towards the adoption of a moderated effects based approach which combines an analysis of the economic effects with some clear guidelines and a high standard of proof which provide the requisite level of certainty.

Reconciling legal certainty with an effects based approach

2.8 Before moving on to consider the merits of a more effects based approach, it seems sensible to look first at some of the problems with the current approach. The sections below do not do this exhaustively – they simply highlight some of the features which have given rise to a concern that recent case law from the Commission and the European Courts⁶⁰ has failed to provide continuity and legal certainty.

2.9 Two of the most significant Article 82 cases in recent years (*Michelin*⁶¹ and *BA*⁶²) exemplify the form based approach which has been prevalent in the approach of the European institutions to date. In these cases, first the Commission and then the Court, found that the rebates granted in each case had the “inherent effect” of restricting competition. Claims made on appeal that the Commission should have demonstrated a link between the rebates in question and an actual effect on competition, were rejected.

2.10 In *Michelin* for example, the Court confirmed in its judgment that “*in the contested decision, the Commission did not examine the specific effects of the abusive practices. Nor can it be required to do so.*”⁶³ Moreover, the

⁶⁰ Throughout this paper, the term Courts refers to the Court of First Instance and to the European Court of Justice. The term Court (in the singular) refers only to the Court of First Instance.

⁶¹ Case T-203/01 *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission of the European Communities* [2003] ECR II-4071.

⁶² Case T-219/99 *British Airways plc v Commission of the European Communities* [2003] ECR II-05917.

⁶³ Case T-203/01 *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission of the European Communities* [2003] ECR II-4071, para 258.

Court stated that in the context of Article 82, “*establishing the anti-competitive object and the anti-competitive effect are one and the same thing.*”⁶⁴ Similarly, in the BA/Virgin case, the Court said that “*for the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is not necessary to demonstrate that the abuse in question had a concrete effect on the markets concerned. It is sufficient...to demonstrate that the abusive conduct... tends to restrict competition, or, in other words, that the conduct is capable of having, or likely to have, such an effect.*”⁶⁵

2.11 As an aside, Virgin also filed a complaint in the US in 1997 alleging predatory foreclosure in respect of the same rebate scheme. Neither the US nor the EU proceedings established what the effect of the rebate schemes actually was but interestingly, the US court found in favour of BA (assuming the scheme to be beneficial), whilst the Commission and the Court found against BA, (assuming the scheme to have a negative effect).

2.12 By rejecting the need to find a nexus between the particular rebate scheme and an adverse effect on competition, these judgments served to reinforce what is effectively a *per se* prohibition on loyalty rebates by dominant companies. However, it is widely recognised (particularly in the economic literature) that the economic effects of rebate systems (including loyalty rebates) are ambiguous and in practice, depend not only on the type of rebate in question, but also on the features of the market in which they are applied.

2.13 In the UK context, this is recognised in the Office of Fair Trading’s (OFT) draft guidelines for the assessment of conduct.⁶⁶ These state that price competition through rebates is generally to be encouraged. In particular, the guidelines identify that loyalty rebates may promote a “level playing field” by allowing large and small companies to benefit from the same discounts. Thus, if two companies (one large and one small) purchase a key input from a dominant supplier, a quantity or volume rebate (generally deemed to be unobjectionable) would in all likelihood enable the larger supplier to obtain lower input prices than its smaller competitor. However, a loyalty rebate might have the opposite effect (as it does not depend on overall volumes of

⁶⁴ Ibid, para 241.

⁶⁵ Case T-219/99 *British Airways plc v Commission of the European Communities* [2003] ECR II-5917, para 293.

⁶⁶ OFT draft competition law guideline for consultation, April 2004 at paragraph 5.6.

purchases). This might enable the smaller supplier to source the input more cheaply than its larger rival and thus be more competitive in the downstream market than would otherwise have been the case.

2.14 This is just one example of the ambiguous effects of rebates to which I have referred above. However, it illustrates clearly one of the drawbacks associated with the current *per se* rules against loyalty rebates which is that the policy may produce a number of “false positive” results i.e. prohibit schemes which would in practice bring clear competitive benefits. As such, it unnecessarily fetters the ability of dominant companies to adopt certain commercial practices, which might actually benefit consumers.

2.15 Another concern raised by the current form based system is that by its very nature, it relies on a number of presumptions. Some of these have become *per se* prohibitions (e.g. that loyalty rebates by dominant companies are always anti-competitive) and some of which are rebuttable (e.g. that a market share of 50% and over is indicative of dominance). As a lawyer, these presumptions concern me as it is *prima facie* inconsistent with the principle that the burden of proof is on the party alleging the infringement.⁶⁷ It is also inconsistent with the presumption of innocence recognised by the Court to apply in competition cases.⁶⁸

2.16 A move to an effects based approach would resolve these concerns. However, there is arguably, a tension between the adoption of a pure effects based approach and legal certainty. In fact, the key risk associated with a pure effects based approach is that rather than improving legal certainty, it will arguably do the opposite. In practice, a full effects based approach would require companies and their advisers to anticipate all the effects of a particular practice (possibly on a number of different markets) before the practice is implemented. In view of the high fines and damage to commercial reputation as a result of getting this wrong, the need for certainty becomes very clear.

2.17 Taking a step back though – is this need to assess likely effects on a prospective basis so very different to the position in which companies and their advisers find themselves when considering a particular merger?

⁶⁷ Article 2, Regulation 1/2003.

⁶⁸ See for example, Case C-199/92P Hüls v. Commission ECR [1999] pI-4287 at point 150 “*given the nature of the infringements in question and the nature and degree of severity of the ensuing penalties, the principle of the presumption of innocence applies to the procedures relating to infringements of the competition rules... that may result in the application of fines or periodic penalty payments.*”

Practitioners are regularly asked by their clients to advise on the likelihood of a particular merger raising competition concerns and therefore being prohibited or subject to remedies. Giving this advice effectively entails anticipating what the effects will be of something which has not yet occurred (the merger). This prospective assessment is then carried forward to the notifications and discussions with the relevant competition authority, which must decide (on a prospective basis) whether the proposed merger will adversely effect competition.

2.18 So, why do some commentators have reservations about an effects based approach in relation to assessing the likely outcome of certain types of behaviour, when practitioners are able to work within this effects based world in relation to mergers? I would suggest two reasons for this:

- first, although merger control (in Europe at least) has been around for fewer years than Article 82 and its national equivalents, practitioners have greater experience of advising on prospective mergers than in relation to pricing and discount policies. This may be because the consideration of such policies often remains within companies' commercial departments, whilst companies contemplating a merger are more likely to seek external advice. Moreover, many Article 82 investigations have in the past, been closed by the Commission after reaching a settlement with the parties. In these cases, no reasoned decision is published. As a result, there are fewer published Article 82 decisions to serve as precedents and help inform legal certainty;
- second, in Europe at least, the merger control regime is arguably a half-way house between a full effects based assessment and a more rule or presumption based approach. By this I mean that whilst the importance of carrying out a full economic analysis is increasingly recognised in a number of jurisdictions, there are a number of guidelines and proxy tests (including initial screening devices such as market shares and HHIs⁶⁹, but also issues such as whether there are switching costs) which are useful in determining what the likely effects of the merger will be. These allow

⁶⁹ The Herfindahl-Hirschman Index is an index of market concentration which is computed by summarising the squares of the market shares of individual participants, used by some competition authorities as an indication of concentration levels in the sector.

practitioners to form a view of the likely effects of a merger and achieve a relatively high degree of legal certainty without carrying out a full empirical analysis of each point.

So what does this mean for the reform of Article 82?

2.19 Personally, I welcome a shift away from the current form based approach, to a more effects based one. However, I would also like legal certainty to ensure that it is possible to advise clients with confidence. My view is that it will only be possible to reconcile these somewhat conflicting aims if a balance is struck between assessing the likely economic effects and having predictable rules. In assessing the likely economic effects, my view is that an adverse finding should only be made where evidence has been produced to show to a sufficient standard of proof that a particular theory of harm will actually produce harm in a particular case. Some helpful guidelines might include:

- “safe harbours” – these exist in the Article 81 sphere and are a useful tool for assessing the likely treatment of vertical agreements. In the Article 82 context, they might for example, apply to rebates for a short reference period which cover up to a certain percentage of the customer’s demand;
- negative presumptions – in the UK, the OFT has said it “*considers it unlikely that – an undertaking will be individually dominant if its share of the relevant market is below 40 per cent*”⁷⁰. This would provide some certainty and does not offend the principle of innocence in the same way as a positive presumption; and
- an efficiencies defence – there is precedent for this in both the field of merger control and the control of anti-competitive agreements in Europe. In the Article 82 arena, it might in the areas of “hard core” practices, include allowing the defendant company to demonstrate clear pro-competitive effects and/or efficiencies which would render the practice lawful (indeed, Neelie Kroes’ speech at Fordham suggests that she would welcome a symmetry in approach to efficiencies under Articles 81 and 82 and the ECMR).

⁷⁰ OFT, Assessment of market power guideline, December 2004 at paragraph 212.

Reappraising the Concept of Dominance

2.20 The first step in assessing whether a company is abusing a dominant position is, of course, to establish whether the company does in fact have a dominant position. However, much of the European case law and commentary to date has focused on the second question – of whether there has been an abuse – rather than on the first. This focus might lead one to assume that the law on dominance is clearly established and well understood. In fact, this is not the case and the law on dominance remains far from satisfactory.

2.21 Dominance (essentially a legal concept) was defined by the Court in *United Brands* as: “a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers”⁷¹.

2.22 This definition suggests that there are two elements to a finding of dominance: (i) the ability to prevent effective competition being maintained on the relevant market; and (ii) the ability to act independently of competitors, customers and consumers. However, the Court did not go on to explain whether these limbs are cumulative, such that both must be satisfied for there to be finding of dominance, or whether the finding of one, implies the existence of the other. Case law since *United Brands* has not clarified this any further; neither does it distinguish between these two limbs, either expressly or implicitly. As a result, the current position is rather unsatisfactory, with a tendency to focus on market shares as a proxy for dominance, together with an acknowledgement that “other factors” are also relevant to the assessment. This approach is highlighted in the following quotation from *Akzo*:

“With regard to market shares the Court has held that very large market shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position.”⁷²

And from *Michelin*:

“a number of structural indications, the most important of which is Michelin’s market share, point to this conclusion. Second, an analysis of

⁷¹ Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities* [1978] ECR 207, para 65.

⁷² Case C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities* [1991] ECR I-3359, para 60.

Michelin's behaviour on the relevant markets brings to light certain attitudes and practices which are typical of a company in a dominant position."⁷³

2.23 Thus, the current position is that there is a (rebuttable) presumption that a share of 50% and over is indicative of dominance. This clearly offers legal certainty (and does not therefore give rise to the concerns described earlier in relation to an effects based approach). However, it gives rise to a number of other objections:

- (i) in order to determine market shares, it is first necessary to define the relevant market. In cases where the concern is that the behaviour of the company in question has resulted in prices being above the competitive level, the "cellophane fallacy"⁷⁴ will render this impossible;
- (ii) it is likely to deter a number of companies with shares in this range from adopting business practices which may be entirely unobjectionable or even pro-competitive (see for example, the argument in relation to loyalty rebates at section 2.12 above); and
- (iii) from a legal perspective, it also gives rise to the same objections in relation to the allocation of the burden of proof discussed at 2.14 above.

2.24 Neelie Kroes' recent speech at Fordham suggests that the Commission may review its approach to dominance in practice. In her speech she said:

"... naturally I identify dominance with substantial market power.

In order to conclude that a company has substantial market power one must conduct a detailed analysis of key issues such as the market position of

⁷³ 2002/405/EC: *Commission Decision of 20th June 2001 relating to a proceeding pursuant to Art. 82 of the EC Treaty*, para 173.

⁷⁴ So called after the *Du Pont* case in the US. In that case, *Du Pont* argued that cellophane was not a separate market since at prevailing prices, cellophane could be shown to have a high cross-price elasticity of demand with other flexible packaging materials such as aluminium foil. The US Supreme Court did not recognise that a high own price elasticity and the identification of effective substitutes at prevailing prices may simply be a result of the exercise of existing market power. This has since been noted by a number of commentators who have pointed out that the alternative products would only be an effective constraint on *Du Pont*'s prices if the preliminary price were the competitive one.

the allegedly dominant company, the market position of competitors, barriers to entry and expansion, and the market position of buyers.

This means that I consider that high market shares are not – on their own – sufficient to conclude that a dominant position exists.”

2.25 Ms Kroes’ statement that she “*naturally*” identifies dominance with substantial market power is telling – she has translated the legal concept of dominance into the economic concept of substantial market power. As we will see, this arguably provides a more appropriate test for assessing whether a firm’s behaviour should be looked at more closely. It is however, somewhat at odds with much of the case law to date.

2.26 From an economic perspective, competition will be effective when no firm (or group of firms) is able to exercise (substantial) market power. The definition of market power which has been adopted by both the European Commission and the OFT is (broadly) the ability profitably to raise prices above the competitive level.⁷⁵ Whether such an ability exists, turns on a number of factors (e.g. barriers to entry and expansion), most of which are listed in the extract from Ms Kroes’ speech quoted above. Thus, if the Commission were to clarify that by dominance, it is referring to the concept of substantial market power familiar to economists, it would have a ready made “tool kit” with which to assess whether such power existed. And, whilst market shares would remain a useful first screen for “dominance”, they would no longer need to be used as a proxy for it.

And what about collective dominance?

2.27 Economic theory recognises that market power can be exercised jointly, by two or more firms, as well as by a single firm. The classic means of jointly exercising market power is through a cartel. However, absent any cartel, it is still possible for firms jointly to exercise market power in oligopolistic markets when certain market conditions are present. Under these conditions, independent firms may act in a parallel manner (for example, to reduce output) without entering into a formal agreement or a concerted practice. However, the effects are the same as those which would occur with an explicitly collusive arrangement. This outcome is traditionally known to

⁷⁵ Although market power can also manifest itself through an effect on quality, service and innovation.

European lawyers as collective dominance and to economists as tacit collusion or tacit coordination.⁷⁶

2.28 The issue of collective dominance has been one of the most controversial issues in the recent history of the ECMR and it remains to be seen how large a role it will play in the debate in relation to the reform of Article 82. My own view is that it should certainly be addressed in the debate, albeit for somewhat different reasons to those which led to its prominence in the ECMR field.

2.29 Before going on to consider collective dominance in the Article 82 context, it is worth describing briefly the reason for the controversy surrounding collective dominance in the ECMR context. Article 2(3) of the “old” ECMR⁷⁷ provided that a concentration which creates or strengthens a dominant position as a result of which competition would be significantly impeded, should be declared incompatible with the common market. This wording does not refer specifically to a dominant position enjoyed by more than one undertaking. Linguistically therefore, it could be argued (and indeed was argued) that the ECMR applied only to single firm dominance. In practice, the Commission and the Courts have since *Kali und Salz*⁷⁸ interpreted the text to include collective dominance.

2.30 The same linguistic issue does not arise in the Article 82 context because the text of the article explicitly covers an abuse by “*one or more undertakings*.” Nonetheless, the application of Article 82 to behaviour by a group of companies has not always been accepted by the courts.

2.31 In *Hoffmann-La Roche*, the Court seemed to suggest that problems of collective dominance could not be tackled under Article 82:

*“A dominant position must also be distinguished from parallel courses of conduct which are peculiar to oligopolies in that in an oligopoly the courses of conduct interact, whilst in the case of an undertaking occupying a dominant position the conduct of the undertaking which derives profits from that position is to a great extent determined unilaterally.”*⁷⁹

⁷⁶ These terms are used interchangeably in this paper.

⁷⁷ Council Regulation 4064/89 which was in force until 1st May, 2004.

⁷⁸ Case No IV/M.308, OJ [1994] L 186/38.

⁷⁹ *Hoffmann-La Roche v. Commission*, Case 85/76 [1979]3 CMLR 211, paragraph 39.

2.32 This apparent rejection of Article 82 as a tool for dealing with oligopolistic behaviour is understandable in the context of the thinking on collective dominance at the time. Against this background, it made sense to assume that oligopolists involved in anti-competitive agreements and concerted practices (i.e. explicit collusion) would be caught by Article 81. However, this approach was thrown into doubt by the Court's decision in the *Italian Flat Glass*⁸⁰ case in 1990. The Commission's finding that the companies in question had collectively abused a dominant position was overturned on appeal, but the Court confirmed that collective dominance could exist under Article 82, although the Commission had failed to show it existed in that case.⁸¹ The relevant test for collective dominance in the Article 82 context was clarified in *Compagnie Maritime Belge Transports*.⁸²

2.33 Having established that Article 82 does apply to collective as well as to single firm dominance, the question then arises as to what constitutes an abuse, an area which is under-developed in the case law. In this context, it is important to remember that having a dominant position is not unlawful – only conduct amounting to abuse is. In the “single firm” context, there is thus a two-stage process: first, showing dominance and then, if this is found to exist, considering whether there is an abuse. It has been argued (on the grounds set out below) that in the world of collective dominance, the finding of a collectively dominant position in itself implies an abuse:

- first, firms will have an incentive to coordinate tacitly only if such a course of action is profitable. This will *inter alia* be the case where prices are higher than they would have been, absent the tacit coordination. Thus, if firms coordinate, this can imply that prices are higher than they would have been, absent the coordination. Arguably therefore, the tacitly collusive outcome in itself, has an adverse effect on competition and could therefore be considered an abuse. But if it is the existence of tacitly collusive behaviour which defines the existence of a dominant position, then it is difficult to see the distinction between dominance and abuse;

⁸⁰ 89/93/EEC: *Commission Decision of 7 December 1988 relating to a proceeding under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty.*

⁸¹ Cases T-68/89 *Società Italiana Vetro Spa v. Commission* [1992] 5 CMLR 302, paragraph 358.

⁸² Cases T- 24/93 *Compagnie Maritime Belge Transport NV v Commission* [1996] ECR II-1201.

- second, the Commission is able, under the ECMR to prevent a merger which is predicted to lead to tacit coordination. It is arguable therefore that if potential coordination can be prevented under the ECMR, actual coordination should be condemned under Article 82 (without any further finding of abuse being necessary), otherwise there is an asymmetry of approach in the application of the two provisions.

2.34 The counter arguments to such an approach are as follows:

- as a practical matter, one can see how collectively dominant firms might be involved in an exploitative abuse such as excessive pricing. However, it is less clear how, without any explicit contact between themselves, they could collectively be involved in for example, discrimination against certain customers. As a result finding the abuse within the existence of a collectively dominant position becomes problematic;
- more generally, since tacit collusion comes about not because of an explicit agreement between firms, but rather because they have adapted themselves rationally to the conditions of the market in which they operate, to condemn this (rational) parallel behaviour as abusive would seem perverse;
- moreover, it is not clear what would constitute an effective remedy in this situation – certainly, it would be possible to fine the companies concerned. However, for the (rational) abusive parallelism to stop, the companies in question would need to stop acting adapting their behaviour to market conditions and therefore, to stop acting rationally.

2.35 As a matter of logic, the former approach holds a certain attraction. However, for the practical considerations outlined above, I do not feel that this is a workable solution. As a result, I would add to my Article 82 reform “wish list”, a desire for guidance as to how the Commission will apply Article 82 to a position of collective dominance.

3. Concluding remarks

3.1 The reform of Article 82 is still in its infancy. The forthcoming process of consultation will hopefully generate more lively debate in relation to the pros and cons of the current form based approach and the suggested new effects based one. This paper does not purport to be an exhaustive assessment of

either of these, but I hope that it has served to highlight some of the interesting issues which the Commission and European practitioners and commentators will be considering in the forthcoming months, as well as some of the inherent tensions and contradictions which they will need to address.

November 2005

Annex 1

Article 82 EC Treaty

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market insofar as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

Annex 2

Summary of Supermarket Code of Conduct

Who does it apply to?

All UK supermarkets with a market share of grocery sales of 8% or more.

What does it apply to?

Relationships between the supermarkets and their direct suppliers.

What does it do?

The key provisions are as follows:

- supermarkets' terms of business must be available in writing;
- supermarkets are required to pay suppliers "within a reasonable time";
- supermarkets may only require a supplier to reduce the agreed price or increase the agreed discount if reasonable notice is given;
- suppliers may only be required to make a lump sum payment as a condition of stocking the product if: (i) the payment relates to a promotion; or (ii) in relation to new products, the fee is a reasonable estimate of the risk run by the supermarket in stocking the product;
- supermarkets may not require suppliers predominantly to fund promotions;
- supermarkets are required to train their staff on the requirements of the Code;
- if disputes arise and cannot be resolved between the supermarket and the supplier, the supermarket must, at its own expense offer the services of a mediator.

DEBATE

■ Sérgio Varella Bruna

Eu devia ficar quieto, mas, enfim, eu queria propor uma reflexão filosófica, talvez, que tem que ver com o que o Andréa colocou, que é relacionado com os objetivos da Lei de Concorrência e diz respeito à importância da constatação de efeitos nas práticas verticais.

Existe uma compreensível intolerância das autoridades do mundo inteiro com práticas horizontais, e isso faz, de certo modo, no nosso caso, com base na Lei ou não, que se prescindia da constatação concreta de efeitos no caso das práticas horizontais ou pelo menos que se coloque isso em uma posição de menor importância.

Mas, no caso das práticas verticais, a questão dos efeitos tem que ver com os próprios objetivos da Lei de Concorrência, ou seja, quais são os objetivos que nós atribuímos ou devemos atribuir a uma Lei de Concorrência?

Então, o que eu queria propor como questões – na verdade são algumas – é, em primeiro lugar: qual é a importância da constatação concreta de efeitos como requisito à condenação de uma prática vertical?

Em segundo lugar: a própria dominância da firma pode ser considerada um efeito do abuso de posição dominante ou um efeito da prática vertical abusiva?

Essa é uma questão que o Fagundes já abordou, quer dizer: podemos considerar a dominância em si como ilícita ou é necessário que além da dominância se prove a existência de algum efeito anticompetitivo, de algum efeito de redução do bem-estar?

Se estamos caminhando para o primeiro caso, do ponto de vista prático, a autoridade conseguiria provar a ilicitude da prática vertical com uma definição mais restrita de mercado relevante. Então, não precisaria constatar um efeito de perda de bem-estar, mas apenas restringir o mercado relevante, o que aumentaria a participação, e a dominância em si seria ilícita.

Mencionou-se o caso Alcoa. Eu só queria lembrar que o caso Alcoa talvez seja uma das “Genis”. A Escola de Chicago tem várias “Genis” na literatura, e o caso Alcoa é uma delas. Esse caso é extremamente criticado

sob o argumento de que a intervenção acabou interferindo numa empresa eficiente. Então, se tendemos a considerar que a dominância em si é um dos efeitos que se pode averiguar para fins de demonstração da ilicitude da conduta, corremos o risco de intervir em firmas eficientes. O outro lado dessa moeda é que podemos colocar uma questão, que está relacionada com a solução que se adota na Inglaterra de disciplinar processos competitivos com base na regra da ilicitude *per se*, isto é, em vez de exigir dominância ou efeitos anticompetitivos que reduzem o bem-estar, podemos pender para a regulação de hipóteses *per se*. Eu já escrevi um pouco sobre isso, negando a possibilidade da existência de hipóteses *per se* no Brasil. Mas depois, pensando melhor, verifiquei que, por exemplo, passar o sinal vermelho no trânsito é uma hipótese *per se* e ninguém diz que isso é inconstitucional. Então, talvez pudéssemos caminhar para uma solução como esta. No primeiro caso, penderíamos para uma concepção da Lei de Concorrência como algo que deve defender o bem-estar do consumidor; no segundo caso, penderíamos para uma concepção da Lei de Concorrência como algo que deve encarar a concorrência como um processo, não necessariamente vinculada à necessidade de constatar o bem-estar do consumidor, mas sim a uma crença de cunho ideológico de que a manutenção da concorrência como um processo tende a um resultado favorável do ponto de vista social. Eu gostaria, então, de propor esta questão: Qual a importância da constatação dos efeitos e se a mera dominância é um dos efeitos que, se constatado, pode gerar a ilicitude?

Elizabeth Farina: É uma posição razoavelmente consolidada na literatura e na prática das agências que a dominância decorrente de uma concorrência *on the merits* não tem que ser posta em cheque ainda que chegue a mais de 70%. Se decorreu de uma concorrência leal, baseada na eficiência e em estratégias bem-sucedidas de inovação de produto, processo etc., não há por que questionar a situação de dominância de um firma. A necessidade de identificação real do efeito de bem-estar limita muito a sua possibilidade de avaliação porque é preciso esperar o efeito ocorrer para tomar uma providência. Isso significa que muitas vezes o dano já ocorreu e é difícil recuperar ou recompor a situação de concorrência que se gostaria de evitar que fosse prejudicada. Também acho que se adotarmos um critério muito restritivo em termos de padrão de prova, onde se tem de mostrar que houve um efeito real sobre o bem-estar do consumidor, acaba-se levando a uma análise que tende a preservar o processo competitivo. Há uma dificuldade em separar o que se está protegendo: o processo ou o concorrente. Eu preferiria manter o espírito de nossa legislação, que fala de efeitos potenciais, sem haver a necessidade de o efeito comprovado real já ter ocorrido.

Aproveito para fazer uma pergunta para a Andréa. Você mencionou um critério de comportamento independente dos consumidores como base de dominância. Em economia, o conceito de oligopólio é de *interdependência*. Qualquer mercado oligopolista exige que haja uma interdependência dos rivais. Como conciliar um critério que exige uma capacidade de independentemente adotar uma prática como a de oligopólio com o conceito de interdependência? Uma segunda questão: Pareceu-me que na questão dos supermercados o objetivo maior é regular a distribuição de margens na cadeia produtiva do que propriamente defender uma concorrência ou os efeitos deletérios sobre o consumidor. Você, inclusive, disse que o consumidor está feliz. Como vocês têm trabalhado essa questão de a agência de concorrência interferir na distribuição de margem dentro da cadeia vis-à-vis os efeitos finais.?

Luis Vasconcellos: Complementando a resposta da Elizabeth: Quando falamos em análise de conduta, a autoridade atua necessariamente de maneira passiva, ao contrário do ato de concentração que esteja substituindo um contrato por uma troca de ativos numa integração vertical, que é prospectiva. No caso de conduta, já ocorreu quando veio ao conhecimento da autoridade antitruste. Se produziu efeitos ou não, o artigo 20 diz que é passível de ensejar uma condenação das empresas envolvidas. Outro ponto ressaltado em relação às práticas verticais: é bom lembrar que em relação à cadeia produtiva, que pode ser bem longa, se chega ou não ao consumidor, isso depende das elasticidades preço da curva de oferta e demanda. Vou lembrar o resultado de economia do setor público. Por que se tributam bens cuja demanda é inelástica? Por que se tributam cigarros e bebidas alcoólicas? Porque as elasticidades preço/produto são inelásticas. Ao tributar o fabricante, o preço desses produtos será transmitido ao final da cadeia, ou seja, o consumidor final. Isto só não aconteceria se tivéssemos ao longo da cadeia uma elasticidade preço infinitamente elástica, ou seja, o consumidor seria muito pouco sensível aos preços, o que é difícil pressupor numa indústria verticalmente integrada.

Essa discussão beira à tautologia. É uma discussão de grau: algum efeito chegará ao consumidor final.

Jorge Fagundes: O Sérgio colocou diversas perguntas mais importante que têm que ver com os objetivos da Lei Antitruste, e como isso se relaciona com *trade-offs* de curto prazo, de longo prazo, bem-estar do consumidor, de curto e longo prazos, e processo competitivo. A crença difundida por toda teoria econômica é de que o processo competitivo entendido como rivalidade entre empresas é benéfico, sobretudo no longo prazo. O que implica

eficiências dinâmicas. É a rivalidade que vai implicar pressões para que as firmas reduzam custos, inovem ao longo do tempo, baixem seus preços etc. Se entendermos o processo competitivo e valorizarmos o longo prazo, pode surgir um *trade-off* entre determinadas práticas que no curto prazo, ainda que benéficas do ponto de vista do bem-estar social, comprometem o processo competitivo e, portanto, esse aspecto dinâmico de benefícios de longo prazo. Vou dar um exemplo: Imaginemos um contrato de exclusividade praticado por uma empresa com posição dominante. Esse contrato, na medida em que fecha a determinados distribuidores mais eficientes implica de um lado o aumento dos custos dos rivais. De outro lado, para a empresa dominante, esses contratos podem ser eficientes do ponto de vista privado. Ao equilibrar isso num modelo pode-se descobrir que no curto prazo, numa análise estática, esses ganhos de eficiência privados de alguma forma são repassados aos consumidores, mas ao mesmo tempo essa eficiência privada, nesse exemplo meu construído, impacta decisivamente a competitividade dos rivais menores porque aumenta os seus custos de distribuição. Há umnexo causal. São esses contratos que implicam o aumento dos custos de distribuição de rivais. Numa análise estática, descobre-se que há um ganho de bem-estar no curto prazo; mas, neste exemplo construído para demonstrar o ponto, são esses contratos que minarão o processo competitivo dessa indústria, comprometendo supostos benefícios de longo prazo. É nesse sentido que eu acho que a questão é complicada e envolve determinados *trade-offs*. Eventualmente, a manutenção do processo competitivo implica sim algum tipo de ação não em benefício dos competidores, no sentido de protegê-los; mas, na medida em que determinadas práticas sejam abusivas no sentido de provocar efeitos exclusionários e por isso mesmo implicarem a redução da intensidade do processo competitivo elas, por esse motivo, poderiam e deveriam, na minha opinião, ser coibidas. É lógico que fazer esse balanço entre o curto e o longo prazo é muito complicado do ponto de vista econômico. Mas, filosoficamente falando, não podemos esquecer esse aspecto do processo dinâmico que coloca força sobre o processo competitivo no longo prazo e não necessariamente no curto prazo.

Outra questão que acho interessante é *per se* vs. regra da razão. São extremos de um *continuum*. O *per se* nada mais é que um tipo de padrão em que se decide encerrar a análise num determinado momento porque a continuidade dessa análise implica custos privados e sociais. Então, diante de práticas que a toda evidência apontam para o fato de que provavelmente gerarão efeitos anticompetitivos líquidos, para economizar recursos privados

e públicos, decide-se estabelecer um padrão *per se*. O padrão *per se* tem benefícios porque economiza custos públicos e privados, reduz custos de transação e normalmente é aplicado quando você há uma alta probabilidade de estar correto no efeito daquela prática – alta probabilidade esta derivada de uma robustez teórica e de evidências passadas. O ponto é que, quando há certeza de que a probabilidade de estar prendendo um inocente é baixa, deve-se aplicar uma regra *per se* em função de redução de custos públicos e privados. Esse é um ponto importante: não esquecer desse aspecto positivo do uso da regra *per se* em determinadas circunstâncias, ou seja, o fato de economizar recursos sociais.

Andrea Gomes da Silva: Vou responder primeiro à pergunta sobre o artigo 82, referente ao abuso coletivo, que é um dos temas mais interessantes deste debate e que eu queria tocar mas não tive tempo. Uma das questões que eu queria colocar é exatamente esta que a Elizabeth colocou. Por que um *collective dominant position* implica um paralelismo e uma interdependência entre os participantes que faz que não se possa dizer que têm comportamento independente um do outro. Há aí um problema entre a aplicação da letra da lei e o conceito econômico. Outra questão que acho muito interessante, e que tem surgido nos debates, mas para a qual francamente não sei a resposta – e não sei se vamos ter uma resposta nas Guidelines –, é que há quem veja na existência de um *collective dominant position* já em si um abuso, porque esse paralelismo só surge quando se torna racional, por causa da estrutura do mercado, os participantes deixarem de concorrer uns com os outros e adotarem uma posição comum. Adotam essa posição comum porque é racional e porque pode implicar que os preços seriam mais altos do que seriam na ausência dessa posição. Aí há quem diga que quando se vê esse tipo de posição não é preciso um abuso separado. O abuso já existe. Essa interpretação, a meu ver, causa um problema quando se trata de remediar essa situação, porque se essa situação de paralelismo é resposta racional dos participantes, o que é que a pessoa faz? Faz uma ordem que diz: você firma A e você firma B não se podem comportar de um modo racional. Penso que não. Francamente não sei qual é a solução.

Falando agora da Inglaterra, de fato, o objetivo não é controlar a distribuição das margens entre os supermercados e os fornecedores. É mais controlar os termos das relações contratuais entre os supermercados e os fornecedores. Há quem diga que isso é uma coisa que deveria ser tratada no âmbito da legislação contratual e que de fato tem muito pouco a ver com a concorrência. Uma das grandes questões que se põe hoje em dia é: por que há essa interferência, se o consumidor está a se beneficiar deste *status quo*?

São dois temas muito discutidos na Inglaterra.

Marcelo Calliari: Esta é uma questão pontual, mas que me incomoda desde que eu estava no CADE. Refere-se à alocação do ônus da prova com relação à possível eficiência de uma prática. Se admitirmos que as práticas realizadas por empresas dominantes podem ter efeitos positivos e negativos, o efeito final sobre a coletividade dependerá do resultado líquido dessa questão. Se o CADE, portanto, proíbe uma prática que tem efeitos líquidos positivos, ele está prejudicando a coletividade, que é titular dos direitos protegidos pela lei. Minha questão é: A quem cabe o ônus de demonstrar eficiência? Basta ao CADE demonstrar que há efeitos negativos, e para-se por aí, dizendo que a empresa não demonstrou que há eficiências compensatórias dessa prática. Porque se essas eficiências existem, ainda que a empresa não as demonstre, e o CADE proíbe a conduta, o CADE está efetivamente prejudicando a coletividade. Não está cumprindo seu papel. Logo, minha pergunta é: Não é ao CADE que cabe o ônus de demonstrar que não há eficiências que compensem o dano que a prática pode causar?

Elizabeth Farina: Eu acho que fica para a mesa. Eu não posso responder sobre casos que estão em andamento.

Jorge Fagundes: Eu particularmente acho que o ônus é da representada. Há uma assimetria de informações enorme e seria praticamente impossível jogar esse ônus de prova para a autoridade. É importante observar que eventualmente a decisão do CADE pode implicar a redução do bem-estar social. Sempre haverá um grau de incerteza. São dois tipos de risco: prender um inocente ou soltar um criminoso. É preciso optar por qual risco correr. A posição dominante implica a maior probabilidade de que as condutas dali derivadas, quando têm efeitos anticompetitivos, produzam esse efeito líquido negativo.

Ada Pellegrini Grinover: Estou tendo aqui uma aula de economia, mas agora surgiu uma questão processual. Se seguirmos as regras do ônus da prova que estão no Código de Processo Civil, eu diria que o ônus da prova dos fatos constitutivos seria do CADE. Mas essa teoria, que ainda é encampada pelo Código de Processo Civil, está totalmente superada na prática, exatamente na medida em que a nova teoria do ônus da prova, a teoria dinâmica do ônus da prova, nos ensina que quem tem a carga da prova é a pessoa que está mais próxima dos fatos e que tem maior facilidade de provar os fatos. Nesse caso seria efetivamente a empresa, e não o CADE.

