

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 6 número 1

**I
B
R
A
C**

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo
Volume 6 número 1 - 1999

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE
CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 263 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 263-6748

home page: www.ibrac.org.br

E-mail: ibrac@ibrac.org.br

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Pedro Dutra

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 10 números em 1999

Catálogo

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

CDU 339.19 / 343.53

SUMÁRIO

DOCTRINA

| | |
|---|----|
| RESTRICÇÃO À CONCORRÊNCIA, AUTORIZAÇÃO LEGAL E SEUS LIMITES. LEI Nº 8.884, DE 1994, E LEI Nº 6.729, 1.979 (“LEI FERRARI”) | |
| EROS ROBERTO GRAU, PAULA A. FORGIONI | 5 |
| A EVOLUÇÃO DO REGIME LEGAL DA PETROBRÁS E A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE | |
| ARNOLD WALD | 29 |

JURISPRUDÊNCIA

| | |
|---|----|
| ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 34/95 | |
| ALERGAN-LOK PRODUTOS FARMACEUTICOS E LABORATÓRIOS FRUMTOST S.A. IND. FARMACÊUTICAS..... | 49 |
| ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 93/96 | |
| TI BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA E ALCAN ALUMÍNIO DO BRASIL S.A. | 99 |

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

| | |
|---|-----|
| DECISÃO DA COMISSÃO EUROPÉIA SOBRE A OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO | |
| BOEING/ MCDONNELL DOUGLAS | 105 |
| I. AS PARTES | 106 |
| II. A OPERAÇÃO | 107 |
| III. A CONCENTRAÇÃO | 107 |
| IV. A DIMENSÃO COMUNITÁRIA | 107 |
| V. O IMPACTO DA OPERAÇÃO NO ESPAÇO ECONÓMICO EUROPEU | 108 |
| VI. COOPERAÇÃO COM AS AUTORIDADES AMERICANAS | 108 |
| VII. APRECIACÃO EM TERMOS DE CONCORRÊNCIA | 110 |
| VIII. CONCLUSÃO..... | 150 |
| IX. SOLUÇÕES | 150 |
| ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC | 165 |

DOUTRINA

RESTRIÇÃO À CONCORRÊNCIA, AUTORIZAÇÃO LEGAL E SEUS LIMITES. LEI Nº 8.884, DE 1994, E LEI Nº 6.729, 1.979 (“LEI FERRARI”)

Eros Roberto Grau
Paula A. Forgioni

"Consulta

O contrato de concessão celebrado entre um fabricante de veículos automotores terrestres e seus distribuidores determina que estes desenvolverão suas atividades com exclusividade, não podendo comercializar veículos fabricados por outras montadoras.

Alguns os distribuidores confrontaram-se com a recusa de seu fabricante em admitir que o mesmo empresário, em sociedades comerciais distintas, venha a exercer concessão comercial de veículos de marcas diversas, sem que para tal atitude ofereça qualquer outra justificativa que não a recusa arbitrária.

Indaga-se da licitude da conduta do fabricante, considerando-se, em especial, a legislação brasileira de defesa da livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico".

Parecer

I - Introdução

01. -A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1.994, também conhecida como "Lei Antitruste", dispõe sobre matérias relacionadas às infrações contra a ordem econômica, disciplinando o comportamento dos agentes econômicos no mercado tendo em vista a proteção da livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico.

A legislação antitruste, tal como hoje concebida, nasce com a promulgação do Sherman Act, em 1.890, pelo congresso norte-americano. Além disso, a profícua aplicação, pelas Cortes dos Estados Unidos, tanto desse texto quanto da legislação subsequente, fez com que as leis e as decisões judiciais norte-americanas fossem, desde sempre, tomadas como paradigmas para aplicação de leis similares surgidas posteriormente em outros países.

Mesmo a legislação européia de disciplina da concorrência não pôde ignorar o regramento norte-americano, ainda que tenha buscado um caminho diverso, no percorrer do qual a concorrência não é vista como um fim em si mesma, mas como um instrumento de que se deve lançar mão para atingir os objetivos maiores da União Européia.

Por isso é que hoje, ao lado da legislação e da praxis norteamericana, a vivência européia na área da disciplina da concorrência constitui referencial que não pode ser ignorado, principalmente em países com uma estrutura industrial altamente concentrada, como é o caso brasileiro.

02. -No Brasil, muito embora o Decreto-Lei nº 869, de 1.938, já contivesse algumas disposições tipicamente antitruste, apenas recentemente começa a delinear-se um ensaio de "cultura da concorrência" entre os agentes econômicos. O Estado não encetara, até atualmente --- nem se podia identificar com clareza --- qualquer "política da concorrência".

Criado em 1.962, com a promulgação da Lei nº 4.137, o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica¹ vinha desempenhando, até o início da década de 90, papel pouco expressivo entre nós. Provocada contudo pela "abertura do mercado brasileiro" patrocinada pelos governos Collor e Cardoso e pelo reaquecimento da concorrência entre os agentes econômicos, a autoridade antitruste passou a atuar de modo incisivo, ocupando as manchetes dos jornais e despertando a atenção dos empresários. A legislação que trata da matéria encontra, destarte, condições de efetividade.

03. - Nem o CADE, nem as pessoas que se arrogavam a condição de especialistas na matéria dispunham, até então, de uma "jurisprudência" administrativa ou judicial consolidada. Em outras palavras, sentia-se a falta de "pautas de interpretação" que pudessem servir de referencial à aplicação da legislação que disciplina a concorrência.

Havia, sim, algumas decisões antigas e desconectadas entre si, mas que não se prestavam a funcionar como paradigmas a inspirarem a atuação decisória do órgão.

Assim, era natural que se fosse buscar nas fontes americanas o material argumentativo que poderia balizar as teses dos advogados e juristas que iniciavam a militância nessa área, bem assim a atuação do próprio CADE. De outra parte, também a prática européia passou a ser considerada, ainda que de forma secundária.

A referência a julgados e autores estrangeiros, então, tornou-se a mais comezinha das práticas. Os relatórios dos Conselheiros do CADE passaram a fundamentar-se, por exemplo, nas lições de SULLIVAN e HOVENKAMP², ao mesmo tempo que o conhecido HHI (Herindhal-Hirschman In-

1 -É obrigatória a menção ao Decreto-Lei no 7.666, de 1.945, que criou a CADE - Comissão Administrativa de Defesa Econômica. No entanto, esse diploma não teve duração superior a dois meses.

2 -Cf. Ato de Concentração no 27/94, Requerente: K & S Aquisições Ltda., Atual Denominação: KOLYNOS do Brasil Ltda. Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva.

dex)³, sem que a lei brasileira lhe faça qualquer menção, passa a ser adotado como índice apto a mensurar o grau de concentração em determinados mercados.

04. -É certo no entanto que, embora o recurso à doutrina e à jurisprudência estrangeiras possa consubstanciar fonte de subsídios útil, nem uma nem outra podem ser tomadas como absolutas. Vale dizer: elas não podem ser transplantadas para a realidade brasileira sem que sejam consideradas as particularidades do nosso mercado e do nosso sistema jurídico. A indiscriminada transposição de teorias e paradigmas pode mostrar-se inadequada e mesmo perigosa, colocando em risco a efetividade e a eficácia⁴ da legislação brasileira e nos conduzindo por caminhos incompatíveis com o direito brasileiro.

Insista-se em que o direito é um nível funcional do todo social; assim, ele será, sempre, fruto de uma determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal e, v.g., embora se possa referir um direito do modo de produção capitalista, em cada sociedade manifesta-se um determinado direito, diverso e distinto dos outros direitos, que se manifestam em outras sociedades⁵.

Importa repetirmos, também, que em cada sistema jurídico subjaz, latente, um sistema de princípios, diverso daqueles próprios a outros sistemas. O intérprete [autêntico ou não], não pode deixar de considerar, ao tomar cada texto normativo, as singularidades do ordenamento jurídico do qual o texto participa, considerando-as, ademais, no momento histórico vivenciado. Devem ser relidas, com atenção, todas as sábias advertências lançadas por TULLIO ASCARELLI⁶.

05. -Em síntese, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras podem e devem ser utilizados pelo intérprete --- o que, de resto, será feito no desenvolvimento deste parecer. Cumpre porém repudiarmos a mera transposição de institutos e teorias, de um para outro direito.

3 -O Conselheiro do CADE Marcelo Monteiro Soares, no ato de concentração n. 1/94, expressamente aplicou o HHI para avaliar o impacto da operação de concentração no mercado (in Revista do IBRAC v. 2, n. 4:15).

4 - Para os conceitos de efetividade e eficácia vide EROS ROBERTO GRAU, A ordem econômica na Constituição de 1988, 3a edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1.997, págs. 317-321.

5 - Cf. EROS ROBERTO GRAU, O direito posto e o direito pressuposto, Malheiros Editores, São Paulo, 1.996, págs. 17-18.

6 -Problemas das Sociedades Anônimas, Saraiva, São Paulo, 1.945, págs., 4-16.

Interpretar o direito é concretar a lei em cada caso, ou seja, é aplicar⁷ a lei; o intérprete, ao interpretar a lei, desde um caso concreto, a aplica. Daí dizermos que interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado⁸. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação⁹. Interpretação e aplicação se superpõem.

Ora, sendo, a interpretação, concomitantemente aplicação do direito, deve ser entendida como produção prática do direito, precisamente como a toma FRIEDRICH MÜLLER¹⁰, para quem inexiste tensão entre direito e realidade; não existe um terreno composto de elementos normativos, de um lado, e de elementos reais ou empíricos, do outro. Por isso a articulação ser e dever-ser [a relação norma-fato] é mais do que uma questão da filosofia do direito; é uma questão da estrutura da norma jurídica tomada na sua transposição prática e, por conseqüência, ao mesmo tempo uma questão da estrutura deste processo de transposição.

Isso significa que a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se despreendem do texto [mundo do dever-ser], mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade [mundo do ser]¹¹. O que incisivamente deve aqui ser afirmado, a partir da metáfora de KELSEN¹², é o fato de a "moldura da norma" ser, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele; ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos, ao empreender a produção prática do direito.

É certo, a doutrina e a jurisprudência estrangeiras podem ser úteis ao intérprete do direito brasileiro. Mas elas não podem, sob qualquer pretexto,

7 - Cf. HANS-GEORG GADAMER - Verdad y metodo, cuarta edición, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1.991, pág. 401.

8 - Idem, pág. 397.

9 - Vide ENRIQUE E. MARÍ - La interpretacion de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexu con el processo codificadorio de la modernidad, in "Materiales para una teoria critica del derecho", Enrique E. Marí et alii, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.991, pág. 236.

10 - Juristische Methodik, 5a edição, Duncker & Humblot, Berlin, 1.993, págs. 145-146.

11 - Vide CRISTIANE DERANI, Direito Ambiental Econômico, Max Limonad, São Paulo, 1.997, págs. 40-44.

12 - Teoria pura do direito, trad. de João Baptista Machado, 4a edição, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1.979, pág. 467.

ser superpostas aos elementos do caso --- isto é, aos elementos da realidade [mundo do ser] --- ao qual a norma será aplicada.

Em linguagem simpática aos especialistas do antitruste, deve-se proceder a uma análise pelo case by case approach, tomando-se em conta o mercado e o sistema jurídico brasileiro, como um todo.

Não será demasiada a repetição, por fim, de que a interpretação do direito não pode ser feita em tiras, aos pedaços. Não se interpreta, portanto, o texto de lei, mas o direito, lançando-se mão de um processo hermenêutico que considera o ordenamento jurídico como um todo e, conseqüentemente, o sistema de princípios que lhe é subjacente. Não se pode interpretar isoladamente a Lei nº 8.884, de 1994, apartando-a das ordens econômica e jurídica brasileiras.

II - A tutela da livre concorrência no sistema jurídico brasileiro e as infrações à ordem econômica

06. -A Constituição do Brasil é muito clara ao definir a livre concorrência como um meio, um instrumento voltado ao alcance de um bem maior, o de "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social"¹³.

Deveras, dispõe o seu artigo 170:

"A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

(...)" (grifamos).

De outra parte, determina o parágrafo 4º do artigo 173:

"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros".

07. -Buscando a concreção desses preceitos constitucionais, a Lei nº 8.884/94 "dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos con-

13 -A instrumentalidade de nossas normas antitruste era já apontada antes mesmo da promulgação da Constituição de 1.988, pois a tutela da livre concorrência sempre foi posta a serviço de um bem maior: o interesse coletivo, de ordem pública (neste sentido, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, Formas de abuso de poder econômico, Revista de Direito Mercantil, n. 66, 1.987, págs. 45 e s.).

sumidores e repressão ao abuso do poder econômico" (cf. artigo 1º), definindo, em seu artigo 20, as infrações à ordem econômica:

"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:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º - A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º - Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º - A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia".

Já a simples leitura dos enunciados normativos transcritos evidencia que qualquer ato tendo por objeto ou por efeito o prejuízo à concorrência constitui uma infração à ordem econômica, independentemente de culpa [i.e., da intenção do agente econômico ao praticar o ato].

08. -Aí, nesse artigo 20, encontramos o cerne da Lei nº 8.884/94¹⁴, razão pela qual devemos nos deter, ainda que brevemente, na análise de sua ratio e da função que o preceito desempenha em nosso ordenamento jurídico.

É bem antiga a convicção, afirmada em discursos pronunciados desde o final do século XVI, de que a livre concorrência é o "antídoto natural"

14 - Pretenderam alguns, equivocadamente, identificar no artigo 54 o cerne da lei.

contra os males do mercado, perfeitamente capaz de impedir a exploração do consumidor e o indevido aumento de preços [= a exploração dos adquirentes] e de fomentar a otimização da qualidade dos bens e serviços¹⁵.

Embora essa afirmação, necessária no contexto dos discursos nos quais inserida, tenha sido relativizada, ainda assim permanecem, os sistemas jurídicos, a dedicar efetiva proteção à livre concorrência. Por isso a legislação antitruste deve ser aplicada de forma a impedir o falseamento da concorrência nos mercados. Em outros termos: não se pode admitir que agentes econômicos, seja através de ato unilateral, seja mediante a celebração de um contrato, impeçam que a livre concorrência exerça seu papel no mercado.

Daí a livre concorrência¹⁶ ter sido consagrada, em nosso ordenamento jurídico, como um bem digno de receber tutela jurídica --- o artigo 170

15 -Não se pode deixar de referir as palavras proferidas pela Corte Inglesa, no ano de 1.603, apontando os malefícios trazidos pela ausência de concorrência: "The sole trade of any mechanical artifice, or any other monopoly, is not only a damage and prejudice to those who exercise the same trade, but also to all other subjects, for the end of all these monopolies is for the private gain of the patentees; and although provisions and cautions are added to moderate them, yet ... it is mere folly to think that there is any measure in mischief or wickedness: and, therefore, there are inseparable incidents to every monopoly against the commonwealth ... 1. That the price of the same commodity will be raised, for he who has the sole selling of any commodity, may and will make the price as he pleases... The 2d incident to a monopoly is, that after the monopoly granted, the commodity is not so good and merchantable as it was before; for the patentee having the sole trade, regards only his private benefit, and not the common wealth. 3. It tends to the impoverishment of divers artificers and others, who before, by the labour of their hands in their art of trade, had maintained themselves and their families, who now will of necessity be constrained to live in idleness and beggary" (decisão transcrita por FOX & SULLIVAN, Cases and materials on antitrust, St. Paul, West Publishing Co., 1989, págs. 12 e 13).

16 -É bem curiosa, aliás, a menção do texto constitucional à livre concorrência e à livre iniciativa, visto que a liberdade de iniciativa implica liberdade de concorrência e vice-versa. Veja-se em GRAU, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, cit., págs. 224-225, os "inúmeros sentidos" que "podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência", equacionando-os da seguinte forma: a) liberdade de comércio e indústria (não-ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado — liberdade pública; a.2) não-sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei — liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal — liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência — liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes — liberdade pública. JOSSERAND, por sua vez, vislumbra três

da Constituição do Brasil impõe seja, a ordem econômica, fundada na livre iniciativa e o artigo 20, I da Lei nº 8.884/94, inspirado no parágrafo 4º do artigo 173 do Texto Constitucional, condena qualquer ato que possa prejudicar a livre concorrência¹⁷.

Isso importa em que a concorrência cause alguns "prejuízos" a determinados agentes econômicos, que, impedidos de adotar estratégias independentes, restam obrigados a respeitar o "jogo" próprio ao mercado em que atuam [mercado relevante]. Em consequência, lucros menores e maiores preocupações com os concorrentes, consumidores e fornecedores¹⁸.

09. -É explicável, portanto, o desejo nutrido pelos agentes econômicos, de eliminação de toda concorrência incômoda que lhes seja contraposta. Isso é muitas vezes buscado mediante a celebração de acordo entre os agentes econômicos concorrentes [cartel]. Outras, o agente econômico que detém poder de mercado adota práticas anticompetitivas [abusando, portanto, do poder que detém], visando à eliminação da concorrência. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de vendas abaixo do preço de custo.

Nada há de ilícito na eliminação de um concorrente, desde que a expulsão do mercado, ou mesmo o prejuízo a ele infligido, derivem de uma vantagem competitiva, i.e., da superioridade de um dos agentes econômicos em relação aos outros. Daí porque o parágrafo 1º do artigo 20 admite o domí-

aspectos da liberdade de comércio que se concretizam no dogma da livre concorrência: (i) liberdade de estabelecimento; (ii) liberdade de fabricação; e (iii) liberdade de circulação de mercadorias, em conformidade com as leis econômicas, principalmente a lei da oferta e da procura (*De l'esprit des droits et de leur relativité; théorie dite de l'abus des droits*, 12ème ed., Dalloz, Paris, 1939, págs. 231-2).

17 -A Lei Antitruste não confronta os princípios do Estado Liberal. Ao contrário, hoje se vê com clareza que nada há, na regulamentação da concorrência, de adverso ao espírito do liberalismo econômico. Vide GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., págs. 15-16: "O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na práxis, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios o princípio do livre mercado passaram e desde então perseveraram a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis anti-trust, que preservam as estruturas dos mercados, sem contudo extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios". A eliminação das distorções conjunturais, próprias do mercado e do modo de produção capitalista, visa à preservação do mesmo mercado --- e do modo de produção --- mercado no qual os agentes econômicos podem atuar, conquistar novos consumidores e, portanto, competir livremente.

18 A esse respeito, v. PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do Antitruste*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 274 e ss.

nio de mercado obtido de forma "natural", "fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores". O que o sistema jurídico não admite é o abuso, o acordo, a imposição, o ardid que eliminam a concorrência.

10. -O texto do artigo 20 da Lei nº 8.884/94 é bastante amplo, abrangendo um sem número de atos ou contratos que possam ser praticados ou celebrados em restrição à concorrência. Por essa razão, o artigo 21 introduz uma série de exemplos de caracterização de infrações à ordem econômica, quando configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos. Isso significa que o artigo 21 da Lei nº 8.884/94, exemplificativamente, enuncia uma série de condutas que caracterizarão infração à ordem econômica desde que sua prática configure qualquer daquelas hipóteses.

III - A possibilidade de legitimação das práticas restritivas da concorrência

11. -A condenação, indistintamente, de todas as práticas restritivas da concorrência poderia conduzir a um resultado diametralmente oposto àquele que é constitucionalmente pretendido, na afirmação da livre concorrência. Assim, não se justifica a condenação de tais práticas quando aos prejuízos delas decorrentes, suportados pelo mercado, ou pela concorrência, corresponderem vantagens a serem auferidas pela economia nacional como um todo, de sorte que estas vantagens sejam relativamente maiores do que aqueles prejuízos.

Imagine-se, por exemplo, um acordo de cooperação entre duas empresas para o desenvolvimento de uma nova tecnologia. Parece óbvio que a união dos dois agentes econômicos, embora importe na eliminação da concorrência recíproca [pois eles não mais deverão competir pela inovação tecnológica], pode ser socialmente relevante, de modo a beneficiar o desenvolvimento tecnológico. Se assim é, a união não deve ser obstada, ainda que importe em um certo "prejuízo para a concorrência".

12. -Os sistemas antitruste admitem, em vista disso, a legitimação de algumas práticas restritivas. Visando precisamente instrumentar essa legitimação, criou-se, nos Estados Unidos, a "regra da razão" (rule of reason)¹⁹. O artigo 1º do Sherman Act²⁰ não incidirá sempre que a prática restritiva acarretar um prejuízo "razoável" para a concorrência.

19 -Ver, a respeito, o estudo efetuado, no Brasil, sobre as origens da regra da razão: SHIEBER, Abusos do poder econômico (direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1.966, págs. 72 e ss. Cf., também, NUNO T. P. CARVALHO, As concentrações de empresas no direito antitruste, São Paulo, Resenha Tributária, 1.995, págs. 69 e ss.

A primeira manifestação da Suprema Corte americana envolvendo a regra da razão ocorre no julgamento do caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*. O Sherman Act, no entender do Juiz WHITE: "evidenced the intent not to restrain the right to make and enforce contracts, whether resulting from combination or otherwise, which did not unduly restrain interstate or foreign commerce, but to protect that commerce from being restrained by methods, whether old or new, which would constitute an interference that is an undue restraint".

A regra da razão --- observa SHIEBER, na mais clássica obra brasileira sobre o Direito Antitruste²¹ --- acaba, na realidade, por determinar uma modificação no suporte fático do artigo 1º do Sherman Act, ainda que o seu texto não tenha sofrido qualquer alteração. A regra implica tenha ele passado a vigor com a seguinte redação:

"Art. 1º - Todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em [desarrazoada] restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilícito pela presente lei".

13. - Na Europa, o item 3 do artigo 85 do Tratado da União Europeia prevê a possibilidade de isenção de acordos restritivos da concorrência pela Comissão Europeia. Eis os textos do Tratado de Maastricht:

"Art. 85 - São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.

(...)

2. São nulos de pleno direito os acordos ou decisões proibidos por este artigo.

3. As disposições no n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo ou categoria de acordos, entre empresas;

20 -Para uma breve e conclusiva explicação da per se rule e da regra da razão, veja-se PHILLIP AREEDA, *The changing contours of the per se rule*, *Antitrust Law Journal*, v. 54, 1.985, págs. 27 e ss.

21 -SHIEBER, ob. cit., pág. 75.

- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e

- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa".

Note-se, parenteticamente, que o enunciado do artigo 85 do Tratado de Maastricht é tão ou mais amplo do que o do artigo 20 da Lei nº 8.884/94, até porque o direito antitruste europeu foi, declaradamente, a fonte de inspiração do legislador brasileiro.

O número de práticas que deveriam ser submetidas à aprovação da Comissão Europeia era demasiadamente elevado e o órgão não possuía sequer condições materiais para proceder à análise de todas elas²². Por essa razão, foram editados vários regulamentos que isentam em bloco determinadas categorias de acordos, cujas características demonstram que o prejuízo à concorrência eventualmente causado é suplantado pelos benefícios trazidos ao desenvolvimento do próprio mercado.

22 -JAMES S. VENIT indica os seguintes motivos como determinantes da adoção das isenções em bloco: (i) caráter dúplice do art. 85 do Tratado da União Europeia, que permite a isenção de uma prática restritiva da concorrência; (ii) inexistência de uma regra da razão que impedisse a incidência do parágrafo 1º do art. 85 do Tratado CE sobre práticas que poderiam ser consideradas "benéficas"; e (iii) a incapacidade da Comissão, derivada da limitação de seus recursos, para isentar (ou isentar em um período razoável de tempo) todas as práticas notificadas que não deveriam ser proibidas (Technology Licensing in the EC, *Antitrust Law Journal*, v. 59, 1.991, pág. 485). Pode-se ver também, na concessão de isenções em bloco, uma atitude da Comissão que propicia ao agente econômico segurança e previsibilidade, pois a partir do momento em que são atendidos os requisitos para a concessão previstos no regulamento respectivo, a prática restritiva nem sequer deverá ser comunicada à autoridade antitruste europeia. Ainda sobre os motivos da introdução das isenções em bloco, cf. PAOLO MENGOZZI, *Il diritto della comunità europea*, Cedam, Padova, 1.990, pág. 335.

Quando o acordo celebrado recai nos limites da isenção em bloco (block exemption), a Comissão Européia não necessita, sequer, ser comunicada da prática do ato.

Por fim, cumpre anotarmos, ainda parenteticamente, que o Regulamento nº 1.983, de 22 de junho de 1.983, concede uma isenção em bloco para os contratos de distribuição exclusiva que produzam ou possam produzir efeitos em território europeu. Mais especificamente, o Regulamento nº 1.475, de 1995, estabelece uma isenção em bloco para os acordos de distribuição de veículos automotores mediante o qual um contratante se obriga perante o outro a fornecer, em um território definido dentro do Mercado Comum, esses veículos e peças de reposição²³.

14. -No Brasil, o artigo 54 da Lei nº 8.884/94 admite a aprovação de atos que impliquem prejuízo à livre concorrência, ou mesmo o domínio de mercado:

23 Segundo Bael & Bellis, será aplicável o Regulamento nº 1.983, de 1.983, quando for designado apenas um concessionário por território; já o regulamento nº 1.475, de 1995, permite que sejam nomeados um ou mais concessionários em cada zona contratual (Il Diritto della Concorrenza nella Comunità Europea, Torino, Giappichelli, 1995, p. 180. Tradução da terceira edição em língua inglesa, Competition Law of the European Community, Londres, CCH, 1994). A própria Comissão, a esse respeito, esclarece: "The (...) group exemption regulations concerning the distribution of goods, Commission Regulation (EEC) No 1983 and (EEC) No 1984/83, remain applicable to cars. This means that producers are free to choose to organize their distribution system according to Regulation 1475/95 or according to these two other group exemption (...)". Esse último regulamento coloca sob a égide da isenção em bloco apenas as restrições impostas ao distribuidor de não comercializar "veículos automóveis novos oferecidos por outrém que não o construtor a não ser em estabelecimentos separados, com uma gestão distinta, sob uma forma jurídica distinta e de modo a excluir qualquer confusão de marca" (cf. art. 3, nº 3). Em outras palavras, o distribuidor é livre para comercializar carros fabricados por outrem, desde que o faça em estabelecimento distinto, evitando a confusão de marcas. Qualquer restrição imposta nesse sentido ou será nula de pleno direito, nos termos do caput do art. 85 do Tratado da União Européia ou deverá ser isentado pela Comissão (individual exemption), na forma prevista no parágrafo 3º do mesmo dispositivo. Vale, aqui, determo-nos na análise do item 7 do preâmbulo do Regulamento 1475, de 1995: "A cláusula de não concorrência pode ser isenta na medida em que não impeça o distribuidor de distribuir veículos automóveis de outras marcas de um modo que evite qualquer confusão de marcas (ponto 3 do artigo 3º). A obrigação de só proceder à venda de produtos de outros construtores em locais distintos e com uma gestão distinta, acompanhada da obrigação geral de evitar a confusão a nível das marcas, assegura a exclusividade da distribuição de uma única marca por cada estabelecimento (...)" (cf. Jornal Oficial das Comunidades Européias, em 29 de junho de 1995, nº I, p. 145/25 – www.clubi.ie/competition/compframesite/index.htm, em 2 de setembro de 1998).

"Art. 54 - Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à aprovação do CADE".

Embora o texto desse artigo 54 provoque espanto em alguns, na medida em que legitimaria a prática de infrações, o fato é que a autoridade antitruste brasileira pode autorizar a prática de atos restritivos da concorrência, desde que sejam atendidas as chamadas "eficiências" enunciadas nos parágrafos do mesmo artigo 54²⁴. Na realidade, no entanto, quando cogitamos de autorizações ou isenções colocamo-nos diante de dois suportes fáticos distintos: um relacionado à tipificação da infração à ordem econômica [artigo 20] e outro que, quando verificado, dá lugar à incidência da estatuição excludente de infração [artigo 54]²⁵.

Insista-se em que, no sistema da lei brasileira, o que se tem em vista são condições bem definidas, vinculantes do controle exercido pela autoridade antitruste, e não razoabilidade do prejuízo à concorrência. Aquelas condições é que informam a decisão sobre a autorização [= aprovação] do exercício da prática, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

O direito brasileiro não admite uma regra da razão capaz de afetar, modificando-a, a hipótese de incidência do artigo 20 da Lei nº 8.884/94²⁶.

24 - "Parágrafo 1o - O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o 'caput', desde que atendam às seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. Parágrafo 2º - Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final".

25 - Vide PONTES DE MIRANDA, Tratado de direito privado, tomo I, Borsoi, Rio de Janeiro, 1.954, pág. 26.

26 Advertindo sobre as diferenças entre os sistemas europeu e americano, Frignani e Waelbroeck assinalam, quanto às isenções, que: "Non si tratta dell'equivalente della "rule of reason" del diritto antitrust statunitense: questa non permette di giustificare intese il cui oggetto restrittivo sia dimostrato, ma di valutare se certi accordi o pratiche che non sono vietati in se stessi (per se) possano essere considerati ammissibili, o

IV - Os acordos verticais

15. -O relacionamento comercial que se estabeleceu entre o fabricante de veículos automotores e seus distribuidores corporifica, na terminologia consagrada pela prática antitruste e pelos economistas que tratam de organização industrial, um típico acordo vertical²⁷.

debbano, al contrario, essere vietati tenuto conto dei loro effetti. Al contrario, l'art.85, paragrafo 3 permette di esentare tutte le intese, anche quelle di cui sia dimostrato il carattere intrinsecamente anticoncorrenziale” (Disciplina della concorrenza nella CEE, 3ª e., Napoli, Jovene, 1983, p. 89). No mesmo sentido, Bernini faz ver que o § 3º do art. 85 do Tratado CE introduziu um “teste de eficiência” que “não se encontra na experiência antitrust dos Estados Unidos”, havendo, portanto, uma diferença substancial entre a rule of reason e as isenções (“As regras de concorrência”, in CE, trinta anos de direito comunitário, Luxemburgo, 1981, p. 370). Embora essa distinção seja patente, alguns autores insistem em que o Tratado CE teria adotado a sistemática da rule of reason, encaixotando-se no fascínio que o modelo antitruste americano exerce sobre jovens analistas europeus (v. g. Pietro Manzini, L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario, Milano, Giuffrè, 1994, p. 190 e s.. No mesmo sentido, cf., ainda, Jan Peeters, “The rule of reason revisited: Prohibition on Restraints of Competition in the Sherman Act and the EEC Treaty”, The American Journal of Competition Law, 37(3), Berkeley, 1989, pp. 521-570 e Luciano di Via, “Alcune Riflessioni sulla Rule of Reason ed il concetto di consistenza di una restrizione della concorrenza”, Diritto del Commercio Internazionale, 10.2-3:289, aprile-settembre 1996). As razões práticas de se querer vislumbrar a regra da razão no caput do artigo 85 do Tratado CE são bastante óbvias: afastaria da Comissão Europeia o direito (e o dever) de analisar quaisquer práticas restritivas da concorrência, de forma que esse órgão somente deveria ser informado das práticas que restringissem a concorrência de uma forma não razoável. Dessa forma, lograr-se-ia diminuir o volume de casos a serem apreciados pela Comissão. Não obstante, essa autoridade antitruste, como já reiterado em diversas ocasiões, não entende que o art. 85 do Tratado CE encerre a previsão de uma “regra da razão”, mas sim de um sistema de isenções, nos termos do parágrafo 3º do mesmo artigo. Conseqüentemente, a Comissão entende que quaisquer práticas restritivas da concorrência devam a ela ser comunicadas.

27 -Acordo vertical é aquele celebrado entre agentes econômicos que não são diretamente concorrentes (ou seja, não atuam no mesmo mercado relevante), mas se encontram em mercados situados em uma imaginária linha vertical que nos conduz, através da extração da matéria-prima, das várias fases da produção e comercialização, até o consumidor final do produto (cf. FOX & SULLIVAN, ob. cit., pág. 522 e também ROBERTO PARDOLESI, Intese restrittive della libertà di concorrenza, AAVV, Diritto antitrust italiano, org. A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. C. Ubertazzi. Bologna, Zanichelli, 1993, pág. 244). Assim, são considerados típicos acordos verticais os de distribuição, fornecimento, franquia, concessão comercial e outros.

Esses acordos eram vistos, no passado, com extrema cautela pelas autoridades antitruste e mesmo pelo Poder Judiciário. Nas últimas décadas, contudo, essa posição vem sendo alterada, sobretudo nos Estados Unidos, por influência da Escola de Chicago. Salienta-se hoje, mais do que nunca, os benefícios decorrentes da celebração de tais acordos verticais, que aumentam as eficiências alocativas e diminuem os custos de transação.

Ocorre que, embora produzindo benefícios de outra ordem, esses acordos verticais, semelhantes àquele que ora consideramos, restringem a concorrência, por variados motivos, entre os quais destacamos aquele que, no contexto deste parecer, assume maior relevância: os acordos verticais mediante os quais o fabricante impõe a seus distribuidores a exclusividade de relacionamento ("exclusive dealing") podem impedir que o concorrente do mesmo fabricante tenha acesso aos canais de distribuição utilizados pelo outro agente econômico²⁸. Ademais, é ainda possível, no caso de novas empresas que pretendam se estabelecer no Brasil, que a imposição de exclusividade limite seu acesso ao mercado.

16. -Note-se bem que, para fins de determinação da incidência, ou não incidência, da Lei nº 8.884/94 sobre o caso presente, não é bastante afirmarmos, de forma genérica, que a concorrência está sendo prejudicada. Ao contrário, é necessária a indicação, com precisão, da concorrência de que se cogita.

É relevante, na hipótese submetida a nossa apreciação, a concorrência existente entre os vários fabricantes de automóveis (Fiat, GM, Volkswagen e outras), no mercado brasileiro. Em outras palavras, tomamos como relevante o mercado brasileiro [mercado relevante geográfico], de fabricantes de automóveis [mercado relevante material ou do produto].

Estamos, ao considerar o mercado de fabricantes de automóveis, privilegiando a concorrência entre os fabricantes ou entre as marcas ["inter brand competition"], por entendermos que a concorrência entre os distribuidores de uma mesma fabricante ["intra brand competition"] não está sendo afetada pela imposição do fabricante.

28 -Ou, como dizem SULLIVAN & HOVENKAMP: "The vertical restraint may be used to (...) create barriers to entry that foreclose competition", *Antitrust law, policy and procedure*, 3. ed., The Michie Company, Charlottesville, 1.994, pág. 405. Referindo-se especificamente aos contratos de distribuição exclusiva, MATTEO CAROLI afirma que "Contratti di questo genere sono forme di integrazione verticale che possono porre in condizioni di svantaggio i concorrenti dell'operatore che beneficia dell'esclusiva. Questo è tanto più vero quanto più i soggetti che concedono l'esclusiva hanno un ruolo quantitativamente e qualitativamente rilevante nel proprio campo di attività" (*La regolamentazione dei regimi concorrenziali*, Giuffrè, Milano, 1.990, págs. 77-78).

Assim, cumpre verificarmos se a hipótese versada na consulta configuraria infração à ordem econômica, determinando a incidência do artigo 20, I e do artigo 21²⁹, incisos IV³⁰ e VI da Lei Antitruste, na medida em que a imposição restringe a concorrência entre os agentes econômicos.

V - A interpretação da lei nº 8.884/94 --- as particularidades do caso presente

17. -Alcançado este ponto de nossa exposição, cumpre dedicarmos detida atenção à restrição que está sendo imposta pelo fabricante de veículos automotores a seus distribuidores, nela apartando dois aspectos distintos:

- (i) o fabricante exige, de uma banda, que o distribuidor comercialize apenas veículos novos de sua marca;
- (ii) ao mesmo tempo, exige também que a pessoa física participante do capital social da sociedade distribuidora [ou seja, que possui a "bandeira" do fabricante] não participe de outra sociedade que distribua veículos fabricados por seus concorrentes.

A primeira restrição, ao contrário do que poderia parecer em uma análise menos detida, não consubstancia infração à ordem econômica.

A segunda, ao contrário, implica a incidência do artigo 20, I da Lei nº 8.884/94, como passamos a demonstrar.

18. - É certo --- vimos acima --- que a interpretação do direito não pode ser feita em tiras, aos pedaços. Não se interpreta o texto de lei, isoladamente, mas o direito, lançando-se mão de um processo hermenêutico que considera o ordenamento jurídico como um todo e, conseqüentemente, o sistema de princípios que lhe é subjacente.

Por isso não se pode interpretar isoladamente a Lei nº 8.884/94. Cumpre considerarmos, em conjunto com o seu texto, o texto da Lei nº 6.729,

29 -"Art. 21 - As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração à ordem econômica: (...) IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (...) VI - impedir o acesso de concorrente (...) aos canais de distribuição".

30 -Entendemos que o inciso IV do art. 21 poderá ser invocado no caso em tela se houver grande possibilidade de um fabricante estrangeiro de veículos automotores pretender iniciar suas atividades no mercado brasileiro, não bastando porém a mera "suposição" desprovida de fortes evidências da possível entrada. Sem elementos bem específicos, não se pode formular conclusões a respeito do grau de influência que a concorrência potencial exerce sobre a concorrência atual, ou seja, aquela existente entre os agentes econômicos que já atuam no mercado brasileiro.

de 28 de novembro de 1.979, que "dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automóveis de via terrestre".

19. -A Lei nº 6.729/79 permanece plena de vigência; não foi revogada pela Lei nº 8.884/94.

Dir-se-á, prontamente, que ambas permanecem em vigor porque a primeira, embora anterior, trata de matéria específica [a concessão comercial entre fabricantes e distribuidores], enquanto que a segunda, que lhe é posterior, "dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica". A Lei Antitruste disciplina a concorrência travada entre todos os agentes econômicos, e não apenas aquela que se estabelece entre os fabricantes e/ou distribuidores. Estamos portanto, no caso, diante de uma lei especial [anterior] e uma lei geral [posterior].

Cumpre, pois, considerarmos o impacto, em relação a elas, do aforisma *lex generalis legem specialem non derogat*³¹.

20. - Essa consideração há de ser feita a partir do exame de preceito contido na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, o Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1.942, cujo artigo 2º e seus parágrafos 1º e 2º assim dispõem:

"Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

Parágrafo 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regale inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Parágrafo 2º - A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

A matéria estava regulada de modo diverso no texto da Introdução que abria o Código Civil, na sua edição, em 1.916.

O artigo 4º dessa Introdução assim dispunha:

"A lei só se revoga ou derroga por outra lei; mas a disposição especial não revoga a geral nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a explícita ou implicitamente".

31 - Vide EROS ROBERTO GRAU, Correção monetária: concordata e créditos fiscais, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.985, págs. 28-32.

21. Tem a doutrina, entre nós, entrado em freqüentes desacordos a respeito da interpretação mais correta a ser conferida ao parágrafo 2º do artigo 2º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil, chegando-se mesmo a afirmar que esta disposição e a do artigo 4º da antiga Introdução ao Código Civil reciprocamente se completam³² --- o que soa estranho, em razão da nova lei ter regulado inteiramente a matéria de que tratava o texto de 1.916.

Entendemos, de modo diverso, que a complementação do sentido do aludido parágrafo 2º há de ser buscada no texto do parágrafo 1º do próprio artigo 2º do texto em vigência.

O que resultou definido no parágrafo 2º do artigo 2º da vigente Lei de Introdução ao Código Civil é que a lei nova --- qualquer que seja ela: geral ou especial --- não revoga nem modifica a lei anterior quando estabelecer disposições a par das já existentes.

Logo, em sentido contrário, teremos que a lex nova ---- qualquer que seja ela, repita-se: geral ou especial --- revoga ou modifica a lei anterior quando não estabelecer disposições a par das já existentes.

22. - Disso se deve retirar duas verificações: a) o aforisma *lex generalis legem specialem non derogat* não foi contemplado no direito positivo brasileiro --- Lei de Introdução ao Código Civil; b) para que o sentido do parágrafo 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil possa ser plenamente discernido, cumpre-nos definir a significação da expressão disposições a par das já existentes.

Disposição a par de outra existente é aquela que com esta convive. A expressão a par de outra existente há de ser entendida com o sentido que tem na linguagem natural, da qual se nutre a linguagem jurídica³³.

Quem está a par de outrem convive com o outro, assim como algo que está a par de outra coisa coexiste com a outra coisa. Estar a par, pois, é conviver ou coexistir.

A significação da expressão disposições gerais ou especiais a par das já existentes, no parágrafo 2º, do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, portanto, é a seguinte: disposições gerais ou especiais que coexistem com outras disposições gerais ou especiais.

32 - VICENTE RÁO, O Direito e a Vida dos Direitos, vol. 1, Max Limonad, São Paulo, 1.960, pág. 392, nota 273.

33 - Vide EROS ROBERTO GRAU, Direito, conceitos e normas jurídicas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.988, págs. 58 e ss.

Há coexistência de disposições quando mais de uma disposição exista concomitantemente.

As primeiras disposições a considerar, no caso, são as da lei nova, a Lei nº 8.884/94. O citado parágrafo 2º do artigo 2º menciona: "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par...".

As segundas, as que já existiam anteriormente ao advento da lei nova. O mesmo preceito prossegue: "... a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

A segunda das disposições referidas no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, assim, é a que já existia em lei anterior, lei esta que não é revogada nem alterada pela lei nova.

Pois bem: se as primeiras disposições coexistentes com outras são as contidas na lei nova, resta saber quando as segundas disposições --- preexistentes --- conservam existência, perdurando, a par das inscritas na lei nova. Para sabê-lo, é imperiosa a consideração do que define o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

23. - A norma extraída do parágrafo 2º daquele artigo 2º dá resposta à seguinte indagação: quando a lei nova não revoga nem modifica a lei anterior?

A do parágrafo 1º, à questão que assim se põe: quando a lei nova revoga a anterior?

Para que possamos determinar, portanto, se a disposição preexistente à lei nova perdura, a par desta, é necessário verificarmos se não foi ela revogada pela lei nova.

Isso se verifica mediante a aplicação das regras definidas pelo sempre mencionando parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, que alinha três hipóteses, dentro das quais a lei nova revoga a anterior:

- a) quando a lei posterior expressamente o declare;
- b) quando a lei posterior --- ou disposição dela --- seja incompatível com a anterior;
- c) quando a lei posterior --- ou disposição dela que inteiramente a matéria de que tratava a anterior.

Visto isso podemos --- sem nos perdermos em considerações inócuas, atinentes ao aforisma *lex generalis legem specialem non derogat*, que o vigente direito positivo brasileiro não acolheu --- enunciar, nos termos seguintes, toda a significação da norma contida no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: a lei nova --- geral ou especial, especial ou geral, pouco importa --- não revoga nem modifica a lei anterior: a) se

não contiver expressa declaração nesse sentido; ou b) se não for incompatível com ela; ou ainda c) se não regular inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

24. - Ora, a Lei nº 8.884/94 não revogou expressamente, nem é incompatível com ela, nem regulou inteiramente a matéria de que trata a Lei nº 6.729/79.

É certo, portanto, que ambas permanecem em vigor.

Detenhamo-nos, pois, sobre o texto do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 6.729, de 1.979:

"Parágrafo 1º - A concessão poderá, em cada caso:

(...)

b) vedar a comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtor".

Concessão, para os efeitos da Lei nº 6.729/79³⁴, é, nos termos do seu artigo 1º, o negócio jurídico, celebrado entre produtores e distribuidores, que visa a efetivar a "distribuição de veículos automotores de via terrestre". Produtor --- define o inciso I do artigo 2º --- é a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores; distribuidor, nos termos do inciso II desse mesmo artigo 2º, "a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade".

O preceito legal, como se vê, faculta ao produtor, na concessão, proibir à empresa distribuidora, pertencente a determinada categoria econômica, a distribuição de veículos concorrentes com os por ele produzidos.

Em outras palavras, a Lei nº 6.729/79 permite que o contrato de concessão contenha cláusula restritiva da concorrência, qual seja, a possibilidade de impedir-se que o distribuidor (como tal entendido a empresa) comercialize veículos novos fabricados por outrem, prejudicando a concorrência entre as montadoras.

25. -Fazendo-o, o nosso sistema jurídico consagra uma espécie de isenção ou autorização em bloco para a exclusividade imposta aos distribuidores de veículos automotores, afastando a incidência, sobre essa imposição, do disposto no artigo 20, I da Lei nº 8.884/94.

34 -Parcialmente alterada pela Lei nº 8.132, de 1990.

Sucedee que essa isenção/autorização contém algumas limitações.

Assim, a proibição decorrente da exclusividade deve restringir-se à distribuição de veículos novos, fabricados ou fornecidos por outro produtor. Logo, caso o fabricante decida impor aos seus distribuidores a proibição da comercialização de veículos usados de outro produtor, essa imposição não estará amparada pela autorização concedida pelo art. 3º da Lei nº 6.729/79 e -- uma vez que configura restrição à concorrência entre os fabricantes ---- será considerada infração à ordem econômica, nos exatos e precisos termos do disposto no artigo 20, I da Lei nº 8.884/94.

O mesmo se dá em relação à restrição, referida na consulta, que o produtor pretende impor a seus distribuidores. A Lei nº 6.729/79 apenas permite que o contrato de concessão impeça o distribuidor [ou seja, a empresa; não o empresário, sócio ou acionista³⁵] de comercializar produtos novos concorrentes. Sob seu abrigo, portanto, não se pode colocar a proibição de o empresário [acionista ou sócio] participar de outra sociedade [ou empresa], que exerça sua atividade ---- esta sim ---- distribuindo veículos automotores de marca concorrente.

26. -O artigo 3º da Lei nº 6.729/79 não pode ser interpretado extensivamente, de forma a abranger a restrição pretendida pelo fabricante.

Vimos bem que a imposição da exclusividade é uma exceção, uma restrição à livre concorrência e/ou à livre iniciativa, cuja possibilidade, limites e fundamentos estão especificadamente delineados no artigo 3º da Lei nº 6.729/79. Aí --- repita-se --- temos uma isenção que, fundada na suposição de que os prejuízos eventualmente decorrentes da restrição serão suplantados pelos benefícios por ela produzidos, permite uma prática restritiva da concorrência.

Ora, em se tratando de uma restrição, o artigo 3º da Lei nº 6.729/79 não admite interpretação extensiva. Vale reproduzir, aqui, a sempre atual e precisa lição de CARLOS MAXIMILIANO, inspirada em COELHO DA ROCHA:

35 -Não será oportuno, neste parecer, o debate a respeito da distinção entre empresa e sociedade, tema que encanta os comercialistas. Aqui basta enfatizarmos a circunstância de a lei referir-se à empresa, não ao empresário.

"Quando um ato dispensa de praticar o estabelecido em lei, regulamento, ou ordem geral, assume o caráter de exceção, interpreta-se em tom limitativo, aplica-se às pessoas e aos casos e tempos expressos, exclusivamente"³⁶.

A interpretação extensiva do preceito conduziria, inevitavelmente, à violação do princípio da livre iniciativa [e, pois, da livre concorrência].

27. -Por fim, cumpre deixarmos bem vincado que a jurisprudência norte-americana, que entende que a exclusividade imposta a alguns distribuidores seria razoável, não é aplicável ao sistema brasileiro para fins de descharacterizar a infração à ordem econômica³⁷.

No sistema estrangeiro não são considerados ilícitos, em virtude da regra da razão³⁸, os atos que restringem a concorrência de forma razoável, como explicamos acima. Já a lei brasileira determina que qualquer ato que implique restrição à concorrência [como aquele objeto do presente parecer] deve, para que não acarrete a aplicação das sanções previstas em lei, ser submetido à apreciação do CADE, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

De resto, pretender aplicar à hipótese a jurisprudência americana, que se embasa na regra da razão, equivaleria, em termos metodológicos, a isentar-se a prática com base no Regulamento Europeu nº 1.475, de 1995!

Aqui, também, é inadmissível a "colonização" do direito brasileiro.

28. - Em face do exposto concluímos afirmando que:

a - a restrição pretendida pelo fabricante é ilícita, configurando infração à ordem econômica, o que determina a incidência do disposto no artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884/94, bem como no inciso VI do seu artigo 21; se a restrição afetar novos fabricantes estrangeiros de veículos automotores, que pretendam ter acesso ao mercado brasileiro, neste caso, desde que efetivamente comprovada essa pretensão, verificar-se-á, também, a hipótese prevista no artigo 21, IV da Lei nº 8.884/94;

36 -Hermenêutica e Aplicação do Direito, sexta edição, Livraria Freitas Bastos, São Paulo, 1.957, pág. 291.

37 -Essa jurisprudência poderia, no máximo, ser invocada para fins meramente argumentativos, se a prática fosse submetida à apreciação do CADE, com o fito de demonstrar o atendimento às eficiências colocadas pelo art. 54 da Lei no 8.884/94.

38 -A questão da exclusividade vem também regulada pelo art. 3o do Clayton Act e sua aplicação passa pela valoração típica da rule of reason. Dispõe o art. 3o do Clayton Act: "It shall be unlawfull ... that .. the purchaser ... shall not use or deal in the goods ... of a competitor ... of the ... seller ... where the effect of such ... sale ... may be to substantially lessen competition ..." (grifamos).

b - os distribuidores poderão encaminhar representação escrita e fundamentada à Secretaria de Direito Econômico - SDE, nos termos do disposto no artigo 30 da Lei nº 8.884/94, comunicando a infração à ordem econômica praticada pelo fabricante;

c - se os agentes econômicos [produtor e distribuidores] vierem a se compor, no sentido de fazer constar aquela imposição restritiva da concorrência do contrato de concessão, neste caso deverão submeter a prática à análise do CADE, nos termos do disposto no artigo 54 da Lei nº 8.884/94, sob pena de suportarem as multas previstas no artigo 23 da Lei Antitruste e demais sanções aplicáveis.

É o que nos parece

Eros Roberto Grau

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Montpellier I (França) [1.995-1.996]

Paula A. Forgioni

Professora de Direito Econômico da Escola de Administração de Empresas, da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Doutora em Direito pela USP

A EVOLUÇÃO DO REGIME LEGAL DA PETROBRÁS E A LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

ARNOLDO WALD

“Se a PETROBRÁS está voltando ao setor por meio de participações minoritárias em diferentes projetos com um número variado de parceiros, não há problema algum”.

(LUCIANO RESPINI, Presidente da DOW QUÍMICA, in Gazeta Mercantil Latino-Americana, de 06 a 12.10.97)

“Com a economia brasileira aberta, não podemos só raciocinar em termos domésticos. A concentração, em nível nacional, não é necessariamente prejudicial, desde que possa enfrentar a concorrência”.

(Senador JOSÉ SERRA, Gazeta Mercantil, de 26.09.1997)

I.A EVOLUÇÃO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

1. Em todos os países, a sociedade de economia mista surgiu como um modo de flexibilização e descentralização das entidades criadas pelo Estado para atender determinados interesses no plano econômico. Dotada inicialmente de plena autonomia, regendo-se nas suas relações externas de acordo com as normas de direito comercial, podia substituir as empresas privadas ou com elas competir adequadamente, não obstante ser controlada e fiscalizada pelo Estado. Quer tenha tido a vocação de substituir um verdadeiro serviço público, quer a sua existência se justificasse pela falta de recursos financeiros da iniciativa privada para realizar grandes investimentos necessários a assegurar o desenvolvimento nacional, em todos os casos ela conciliava uma forma de direito privado com uma finalidade pública.

2. Na medida em que o Estado ampliou a sua presença na economia, sob todas as formas, recorreu a técnicas de descentralização, como a autarquia, a empre-

sa pública e a sociedade de economia mista, para poder atender às finalidades almejadas.

3. Na doutrina, chegou a ser salientado, pelo Professor GEORGES VEDEL, que estava ocorrendo a chamada comercialização do direito administrativo, pois afirmava o eminente mestre que:

“o Estado desapropriou os capitalistas, ficando não somente com suas empresas mas também com suas técnicas (jurídicas) e experiências.”¹

4. Assim, quando se concebeu o monopólio da PETROBRÁS, o então deputado BILAC PINTO salientou que se propunha:

“a constituição de uma empresa estatal, que tenha a mesma flexibilidade das empresas privadas para executar aquele programa”.²

5. Na realidade, a sociedade de economia mista teve, no Brasil, um papel distinto daquele que lhe foi atribuído nos vários países da Europa, nos quais, na maioria dos casos, a sua criação decorreu das nacionalizações, que ocorreram, em grande número, após a Segunda Guerra mundial, mantendo-se a empresa nacionalizada com uma estrutura relativamente análoga à que tinha, anteriormente, quando sociedade privada.

6. Em nosso país, com o decorrer do tempo, tanto as autarquias, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista foram perdendo a sua flexibilidade, em virtude dos controles a priori e a posteriori que lhes foram impostos e da relativa politização que sofreram, com a aplicação, numa certa época, do spoil system.

7. Assim, no Brasil, num movimento pendular, tivemos, sucessivamente, a criação das autarquias e a desautarquização das mesmas, aplicando-se-lhes as normas da administração central. Organizamos as sociedades de economia

1 Georges Vedel, *La Technique des Nationalisations*, in *Droit Social*, 1946, p. 96, e, no mesmo sentido, Jean Rivero, *Sur la Réforme des Institutions Nationales*, Dalloz, 1948, crônica, p. 181.

2 Bilac Pinto, *Documentos Parlamentares, Petróleo*, vol. 6, ps. 249/263, ap. Gilberto Paim, *Petrobrás*, Rio de Janeiro, Topbooks editora, 1994, p. 183.

mista e as empresas públicas, que acabaram, posteriormente, sendo integradas, de uma maneira ou de outra, na administração indireta, sofrendo um processo de quase autarquização.

8. Enquanto se mantinha a personalidade de direito privado da sociedade de economia mista e os princípios constitucionais lhe asseguravam o mesmo regime aplicado às empresas privadas, as leis referentes às licitações foram, progressivamente, criando uma verdadeira camisa-de-força, que limitou a plena liberdade de atuação dessas empresas, ensejando maiores despesas e menor rentabilidade e tornando-se, hoje, um dos fatores do chamado custo Brasil.

9. Por outro lado, as sociedades de economia mista mobilizaram, em seu favor, a poupança privada, de tal modo que entre as maiores sociedades abertas do país e as mais negociadas em Bolsa, nos últimos vinte anos, encontramos quase que somente empresas mistas.

10. De qualquer modo, no passado, em quase todos os países, sob inspiração do direito anglo-americano, costumava-se garantir às sociedades de economia mista as três liberdades, que consistiam na dispensa de prestação de contas ao Bureau of the Budget, na não-incidência das normas e processos referentes ao civil service (sistema de recrutamento e promoção de funcionários) e ao sistema de concorrência pública.³

11. Aconteceu, todavia, que com o decorrer do tempo, as sociedades de economia mista foram sendo submetidas, de um modo cada vez mais intenso, às normas de direito administrativo, perdendo a sua autonomia e flexibilidade.⁴

3 Leonard White, *Introduction to the Study of Public Administration*, 3ª edição, 1951, p. 119 e seg., e Ogg e Ray, *Introduction to American Government*, 9ª edição, N. York, Appleton-Century Crofts Inc., 1948, p. 471, 608-610, 665-668 e 707-709, caracterizam nesses termos as chamadas “Government Corporations”, que são empresas públicas, mas cujos traços fundamentais são aplicáveis às sociedades de economia mista.

4 Em 1953, o Professor Bilac Pinto profetizava, em excelente artigo, “O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas” (Revista Forense, vol. 146). Na realidade, continuou havendo o maior desenvolvimento das sociedades de economia mista, embora com um regime cada vez mais próximo do aplicável às empresas públicas e até à administração pública central. Já, naquela época, defendíamos a participação igualitária ou minoritária do Estado em sociedades de economia mista (Arnoldo Wald, *As Sociedades de Economia Mista*, in Revista Forense, 152, p. 510 e seguintes).

12.As tentativas de liberalização, como a realizada pela Lei nº 6.404, não alcançaram as suas finalidades, embora os autores do respectivo anteprojeto entendessem, na época, que se tratava de uma verdadeira lei geral das sociedades de economia mista.⁵

13.Comentando o mencionado diploma legal, tivemos o ensejo de escrever que:

“Assim sendo, na sua estrutura e nas suas relações externas com empregados (direito trabalhista), com terceiros, clientes ou fornecedores (direito obrigacional) ou com o próprio Fisco (direito fiscal), a empresa mista obedece aos mesmos princípios que a sociedade anônima privada. Essa situação decorre do princípio da igualdade na competição que se pretende assegurar numa economia de mercado, nas áreas em que a atividade do Estado não é monopolística. Por outro lado, no tocante à fixação de suas metas, a certos princípios gerais referentes ao orçamento, às despesas de pessoal e de material, aos critérios de gastos de publicidade e divulgação e ao controle das contas e da performance da empresa, cabe evidentemente a supervisão prevista pelo Decreto-Lei nº 200 e nada impede que o Estado ou o Município possam fixar, em lei, normas aplicáveis às suas sociedades de economia mista e às suas empresas públicas. Por mais que se respeite o princípio constitucional da equiparação das sociedades de economia mista às demais sociedades anônimas, a legislação ordinária tem admitido a criação de um regime próprio para as sociedades de economia mista, no tocante, às contribuições para o PASEP, a fiscalização financeira do Tribunal de Contas, a certo tipo de contratações, etc...”⁶

5 Escrevem Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira:

“A lei de sociedades anônimas, além de dispor sobre essa forma de sociedade quando utilizada pelo setor privado, é lei geral das sociedades de economia mista, que por ela se regem, com as derrogações constantes das leis especiais que autorizam a sua constituição (Constituição, art. 170, § 2º)” (A Lei das S.A., 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, p. 252).

6 Arnoldo Wald, As Sociedades de Economia Mista e a Nova Lei das Sociedades Anônimas, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 17, p. 70.

14. Na medida em que a PETROBRÁS deixou de exercer o monopólio previsto pela Lei nº 2.004 (art. 2º, II), em virtude da Emenda Constitucional nº 9, de 9.11.1995, e da Lei nº 9.478, de 6.8.1997, passou a ser uma sociedade equiparada às demais empresas comerciais, tendo inclusive o legislador afastado expressamente a incidência da Lei nº 8.666, para fazer depender as suas aquisições de bens e serviços de processo simplificado (art. 67 da Lei nº 9.478/97).

15. É interessante mencionar que a atribuição de maior flexibilidade à PETROBRÁS, para permitir que possa competir com as demais empresas do setor, foi a preocupação dominante do Governo, desde a elaboração do projeto que se transformaria na Lei nº 9.478. Essa posição do Poder Executivo, depois abraçada pelo legislador, se destina a garantir que a sociedade possa funcionar com “um espírito empresarial”, considerado como essencial para modernizar e “reinventar o Governo”.⁷

16. Assim, na Exposição de Motivos ministerial nº 23, de 25.4.1996, foi salientado que:

“Os dois últimos Capítulos do Anteprojeto cuidam da situação da PETROBRÁS, que é mantida com os seus objetivos originais, como agente estatal do monopólio, já agora não mais com a exclusividade que lhe conferiu a Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, mas em caráter de livre competição com outras empresas, estatais ou privadas. Mantendo o controle acionário da União sobre a PETROBRÁS, a nova Lei proporcionará à estatal brasileira maior flexibilidade de atuação no novo cenário, permitindo-lhe, para isso, criar, transformar, fundir ou cindir subsidiárias para exercer as atividades relacionadas com seu objeto social, além da possibilidade de adotar procedimento licitatório simplificado, segundo normas próprias previamente aprovadas pelo Ministro de Minas e Energia e publicadas no Diário Oficial.

Emancipada da tutela do monopólio, conservará, entretanto, a PETROBRÁS, suas funções genuínas de braço exe-

7 David Osborne e Ted Gaebler, Reinventando o Governo. Como o Espírito Empreendedor está Transformando o Setor Público, 3ª ed. da tradução brasileira, São Paulo, MH Comunicação, 1994.

cutivo da política nacional para o setor, passando a exercitar-se em regime concorrencial aberto, com os predicados técnicos e de qualidade de gestão reconhecidos pela comunidade internacional da indústria do petróleo. Na verdade, a PETROBRÁS possui, hoje, maturidade e competência que lhe permitem compartilhar e concorrer com outras empresas do setor, no país e no exterior, nas oportunidades negociais que estão postas à sua frente”.

17. Está, pois, presente no projeto de lei, desde os seus inícios, a preocupação de flexibilizar a empresa, permitindo-lhe realizar associações de toda espécie.

18. O texto da Lei nº 9.478 e especialmente os seus artigos 61 a 65 atendem plenamente à preocupação do Poder Executivo de garantir a maior liberdade de atuação à PETROBRÁS, a fim de permitir a criação de subsidiárias, nas quais tenha posição majoritária ou minoritária, e de realizar parcerias ou consórcios sob todas as formas legalmente permitida.

19. Efetivamente esclarecem os mencionados artigos que:

“Art. 61. A PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.

§ 1º. As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela PETROBRÁS em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei.

§ 2º. A PETROBRÁS, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, associada ou não a terceiros, poderá exercer, fora do Território Nacional, qualquer uma das atividades integrantes de seu objeto social.

.....

Art. 63. A PETROBRÁS e suas subsidiárias ficam autorizadas a formar consórcios com empresas nacionais ou estrangeiras, na condição ou não de empresa líder, objetivando expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar investimentos aplicados à indústria do petróleo.

Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a PETROBRÁS autorizada a constituir subsidiárias, às quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas.

Art. 65. A PETROBRÁS deverá constituir uma subsidiária com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, ficando facultado a essa subsidiária associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas”.

20. Sendo evidente a correlação e a afinidade existentes entre a exploração do petróleo e do gás e a indústria petroquímica, nenhuma dúvida existe quanto à liberdade da PETROBRÁS de contratar associações e parcerias com terceiros.

21. Assim, não há como alegar a inconstitucionalidade do acordo objeto da consulta, com base no art. 37, XXI, que tem a seguinte redação:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

22. Evidentemente que, no caso de associação ou parceria, não se tratando nem de obras, nem de serviços, nem de compras, nem de alienações, não incide a norma constitucional, que, aliás, prevê a exclusão da sua incidência nos casos especificados na legislação. Há, outrossim, mesmo em relação aos contratos regidos pela Lei nº 8.666, um regime especial para a PETROBRÁS, à qual não se aplica o mencionado diploma legal, como vimos ao analisar o art. 67 da Lei nº 9.478.

23. Também se alegou ⁸ que haveria violação do inciso XX do art. 37 da Constituição, de acordo com o qual:

“XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada”.

24. Ora, verifica-se que existe autorização legal específica para a PETROBRÁS criar subsidiárias, ou seja, para participar em outras empresas, acrescentando o art. 64 acima transcrito que tal participação tanto pode ser majoritária, quanto minoritária (caso em que não se trata de subsidiária, mas de participação acionária).

25. O inciso XX do art. 37 da Constituição, ao referir-se a cada caso, pretende evitar que o Executivo possa criar uma subsidiária ou autorizar uma participação que não tenha sido autorizada de modo específico pelo Poder Legislativo para uma determinada empresa e com finalidades legalmente previstas. A expressão cada caso significa que não pode haver autorização genérica, para todas as empresas e em qualquer hipótese. Tratando-se de autorização, para criar subsidiária, visando atender às finalidades sociais da PETROBRÁS, que foi dada pela Lei nº 9.478, não há necessidade de lei específica para a associação com a OPP, pois a autorização já existe e não se trata de realização pelo Estado de atividade não prevista pelo legislador.

26. A este respeito já tivemos o ensejo de escrever, na vigência da Constituição anterior, mas interpretando os arts. 236 e 237, § 1º, da Lei das Sociedades Anônimas, que tinham redação análoga ao atual texto constitucional:

8 Correio Brasiliense de 24.9.97, p. 16.

“Como o § 1º do artigo 237 não esclarece se a lei autorizativa deve ser geral ou especial, nada impede que a faculdade de criar subsidiárias ou de modificar as finalidades sociais conste, desde logo, da lei que autorizou a criação da empresa. (...) Queremos dizer que o texto legal não deve ser interpretado como exigindo um casuísmo absoluto, com lei autorizativa para cada caso. Embora o artigo 237 caput se refira às atividades previstas na lei que autorizou a constituição da companhia, é evidente que qualquer lei pode alterar ou autorizar a modificação das finalidades da sociedade de economia mista, pois a lei que autorizou a constituição é do mesmo nível que qualquer outra e não pode ter qualquer prevalência sobre as leis posteriores. O que o legislador federal pretendeu proibir foi alteração do objeto pelos estatutos sem autorização legislativa. Desde que tal autorização exista, seja ela geral ou especial, pela lei criadora da empresa ou por outra posterior, nenhum óbice poderá surgir para realizar a modificação estatutária ou admitir a criação de subsidiárias.

É, aliás, preciso salientar que os próprios autores do anteprojeto admitem que não há necessidade de autorização específica para a criação de cada subsidiária, bastando a autorização genérica para que a sociedade de economia mista possa participar de outras”.⁹

27. Parece-nos, assim, que não tem fundamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.649, na qual se pretende considerar inválido o art. 64 da Lei nº 9.478, como aliás decidiu o Supremo Tribunal Federal ao indeferir a liminar pleiteada, pela unanimidade dos seus ilustres integrantes, em 29.10.1997.

II. OS CONTRATOS DE PARCERIA E A LEGISLAÇÃO ANTI-TRUSTE

⁹ Arnoldo Wald, *As Sociedades de Economia Mista e a Nova Lei das Sociedades Anônimas*, loc. cit., p. 77 e 78.

28. Tem sido alegado que a concessão do direito de preferência, em determinados contratos de associação, poderia constituir abuso do poder econômico, ensejando uma concentração, que propiciaria às empresas associadas um verdadeiro oligopólio. Na realidade, a situação da PETROBRÁS era monopolística no passado mas, com a nova legislação, passou a mesma a ser uma empresa que compete com as demais, especialmente em virtude da liberdade de importação. Assim, toda a política atual da PETROBRÁS consiste na realização de parcerias, tanto com empresas nacionais, como com as estrangeiras.

29. Por outro lado, já vimos que, no tocante ao setor petroquímico, surgiu, no mundo inteiro, uma espécie de oligopólio de fato, que deve ser examinado tendo em vista a economia mundial e não somente a situação brasileira. Essa nova visão da concorrência acaba de ser sedimentada, com a manifestação que os países europeus fizeram em relação à fusão entre a BOEING e a MCDONNELL DOUGLAS, examinando as posições das empresas nos diversos países e os contratos que tinham para fornecer aeronaves aos seus clientes no mundo inteiro, e não apenas nos Estados Unidos.

30. A doutrina tem salientado que qualquer controle pela autoridade administrativa deve ter em conta não só o mercado nacional mas também o do grupo econômico no qual o mesmo se insere - o Mercosul - e até, eventualmente, a situação, existente em outros países, tanto das empresas a que se associam como dos seus concorrentes.

31. Assim, ao lado dos interesses das partes e dos consumidores, também deve ser examinado o interesse público, que decorre da necessidade de fortalecimento de empresas nacionais ou sediadas no país, assegurando-lhes possibilidade de competição internacional, que atualmente pressupõe que tenham alcançado determinadas dimensões.

32. É evidente que o simples direito de preferência ou o dever de informação, de boa-fé, de planos de operações a serem realizadas na área na qual as empresas se associam, não pode constituir abuso do poder econômico, nem mesmo aquisição de posição dominante que possa ameaçar a livre concorrência.

33. Há cerca de quarenta anos, o Professor SAN TIAGO DANTAS já fazia a distinção entre o monopólio constituído pela atuação das partes e o monopólio natural, sendo que tais considerações se aplicam perfeitamente aos oligopólios existentes no setor petroquímico.

34. Escreva o ilustre jurista que:

“A oposição entre livre concorrência e monopólio não parece hoje tão irredutível. O monopólio, assim como pode ser criado artificialmente pelo Poder Público (monopólio legal) ou por um acordo de produtores (monopólio convencional) pode resultar de circunstâncias que o configuram como verdadeiro monopólio natural. É o que sucede, por exemplo, quando uma empresa detém a única fonte existente de certa matéria-prima, ou possui com exclusividade certa patente, ou ainda quando circunstâncias tecnológicas ou dificuldades de capital obstruem a entrada no mercado de fornecedores concorrentes. Em todos esses casos e em outros fáceis de apresentar, o mercado se acha sob condições monopolísticas, ainda que nenhuma norma legal ou convencional faça obstáculo à ampliação da concorrência.

Essas considerações (Cf. Joe S. Bain, Pricing, distributions and employment, ed. 1948, caps. 5º e segs.) levam à conclusão de que entre a livre concorrência e o monopólio não existe uma oposição antitética, mas uma diferença de grau. À medida que se reduz o número de fornecedores de um produto, e à medida que se agrava a dificuldade de entrada de novos fornecedores, a estrutura do mercado se torna mais e mais monopolística.”¹⁰

35. Na realidade, a partir da década de 70, a legislação ordinária brasileira reconheceu a importância crescente da concentração e da coordenação entre empresas como meios de fortalecer as empresas sediadas no país. Assim, a preocupação de evitar os abusos do poder econômico se apresenta mitigada pela necessidade de dar eficiência e dimensões adequadas às empresas nacionais, a fim de atender às necessidades do mercado interno e de enfrentar, eventualmente, os concorrentes no mercado internacional.

10 F. C. de San Tiago Dantas, Problemas de Direito Positivo, Rio de Janeiro, Forense, 1953, ps. 94 e 95.

36. Assim, já o Iº Plano Nacional de Desenvolvimento, aprovado pela Lei nº 5727, de 4.11.1971, cuidando da integração social, reconhece a existência de meta da política nacional no sentido de:

“impedir os abusos do poder econômico, pela contínua melhoria da distribuição de renda, sem prejuízo da eficiência que garanta às empresas o poder de competição”. (Seção V, inciso IIIº)

37. No IIº PND, aprovado pela Lei nº 6.151, de 6.12.74, são numerosas as referências à necessidade de concentração econômica, à criação de estruturas empresariais poderosas, inclusive no campo da comercialização, incentivando-se, especialmente, a formação de conglomerados, devendo ser dada às empresas sediadas no país a necessária escala para que obtenham ou mantenham o indispensável poder de competição. Mais ainda, modificando aparentemente o espírito e a letra da então vigente Lei nº 4.137, o IIº PND esclarece que a repressão aos abusos do poder econômico não mais deverá ocorrer mediante a utilização de remédios jurídicos, mas sim “através de instrumentos econômicos. Tais mecanismos são o crédito, os incentivos fiscais, regulados no sentido de evitar práticas oligopolistas, assim como o sistema de controle de preços, orientado na forma já citada”.

38. Na filosofia do IIº PND, a ênfase é dada à necessidade de ser assegurada maior produtividade às empresas nacionais e às sediadas no país, garantindo-se, assim, a “emergência de forte expressão de capacidade empresarial”. Se insistimos na visão econômica da época, é porque ela inspirou, como já vimos, a criação da indústria petroquímica brasileira, cuja estrutura básica se manteve no tempo, não obstante as mudanças legislativas, as alterações de composição acionária das sociedades que atuam no setor e o aumento da produção e do consumo no país e no exterior.

39. Os autores que analisaram a evolução do regime jurídico das empresas se referem, a partir daquela época, à existência de uma “concentração estimulada” pelo legislador, que atende à preocupação constitucional de assegurar o desenvolvimento econômico e a justiça social no país (art. 160 da Emenda Constitucional nº 1). Surge, assim, o princípio da chamada “economicidade”,

pelo qual deve ser definida “a linha da maior vantagem” na aplicação da política econômica¹¹, diminuindo o campo de incidência da legislação antitruste.

40. Os mecanismos de concentração ou de integração, plena ou parcial, de empresas deixam de ser, assim, necessariamente, condenáveis, para que neles se possa vislumbrar técnicas úteis ou necessárias ao próprio desenvolvimento nacional.

41. Por outro lado, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15.12.76) abriu novos horizontes aos mecanismos de associação e cooperação entre empresas, cuidando dos consórcios, das sociedades holdings, das coligadas, das subsidiárias e dos grupos societários. Assim sendo, a aparente ilegalidade dos “ajustes ou acordos entre empresas” e da “integração ou qualquer outra forma de concentração das empresas”, que defluía do disposto na então vigente Lei nº 4.137, ficou superada pela admissão dessas fórmulas, desde que nelas não se consagrasse um abuso de poder econômico destinado a assegurar o domínio do mercado a determinada empresa, em detrimento dos interesses dos concorrentes, dos consumidores e da própria coletividade. O legislador abandonou, pois, a sua posição negativista em relação aos ajustes de cooperação entre as empresas, para reconhecer a eventual utilidade dos mesmos.¹²

42. Em várias ocasiões, desde a sua criação, o Conselho Administrativo da Defesa Econômica reconheceu que os ajustes para a integração ou a concentração empresarial são lícitos desde que não constituam o meio de conseguir o domínio do mercado ou a eliminação da concorrência, mediante abuso do poder econômico.

43. Já no Processo Administrativo nº 1, julgado ainda em 1966, a ementa da decisão salientou que:

“O abuso do poder econômico caracteriza-se por meios que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

11 Washington Peluso Albino de Souza, O Regime Jurídico da Concentração de Empresa, artigo publicado na Revista de Direito Econômico, nº 9, abril de 1978, p. 16 e seguintes, especialmente p. 30.

12 Luiz Gastão Paes de Barros Leães, Sociedades Coligadas e Consórcios, in Revista de Direito Mercantil, nº 12, 1973, p. 137 e seguintes e Mauro Rodrigues Penteado, Consórcios de Empresas, S. Paulo, Livraria Pioneira, 1979, p. 24.

A eliminação da livre concorrência ou o emprego de meios para consegui-la é substancial à infração”.

44.Cinco anos depois, apreciando o Processo Administrativo nº 6, reiterou o plenário do CADE que:

“As práticas capituladas nas alíneas a e g do item I, do art. 2º da Lei do CADE são simples meios para a obtenção dos fins previstos no caput do mesmo item; se estes não forem alcançados - ainda que por outros meios - não podemos cogitar de violações autônomas às alíneas em questão. Somente uma titular do monopólio natural, ou de fato, pode ser agente da prática definida como abusiva no item II do art. 2º da Lei nº 4.137/62”.

45.Ainda em 1976, apreciando o Processo Administrativo nº 12, decidiu o CADE que a concessão de exclusividade para a comercialização de produtos não importa em abuso de poder econômico, salientando, na ocasião, que:

“A concessão de exclusividade para a comercialização de produtos, por si só, não constitui forma de abuso de poder econômico, sobretudo, quando a exclusividade é concedida a estabelecimentos em diversos pontos, diversos locais e variadas regiões.

Se o domínio do mercado ou a eliminação parcial da concorrência não ocorreu por meio da criação de dificuldades ao funcionamento de uma empresa ou por meio de agregação de empresas, não se caracteriza o abuso do poder econômico”.

46.Em outras decisões, reiteradamente, salientou-se que “na ausência de configuração legal nítida de abuso do poder econômico” impõe-se o arquivamento da representação, conforme já se verifica na decisão proferida, em 29.4.1964, no processo de averiguações preliminares nº 1/64.

47.Em várias das suas decisões, o CADE esclareceu que, nos termos da Constituição e da lei, as práticas enumeradas na então vigente Lei nº 4.137, em si mesmas, não constituíam irregularidade, só sendo suscetíveis de penalização

quando, em virtude delas, ocorressem situações ilegais e quando o resultado tivesse sido alcançado por meio abusivo. No acórdão proferido no Processo Administrativo nº 6, o relator teve o ensejo de salientar que, no entendimento daquela entidade:

“a lei antitruste brasileira não incriminava, como não incrimina, a formação de grupo econômico por agregação de empresas ‘per se’; mas tão-só e unicamente, quando o mesmo grupo se tenha formado e se venha mantendo por meio de qualquer das práticas abusivas”.¹³

48. Essa mesma jurisprudência administrativa se aplica, em nosso entender, aos textos análogos da atual Lei nº 8.884/94, que manteve os mesmos princípios, embora dispensando o dolo e a culpa, para que pudessem incidir as sanções legais.

49. O CADE também teve o ensejo de reconhecer, diversas vezes, que, para examinar a licitude ou não dos ajustes, devia-se invocar a “regra da razão”, consagrada no direito norte-americano¹⁴ e cujo sentido exato passaremos a analisar em seguida.

50. Mais recentemente, houve uma ampla discussão quanto ao papel do CADE, especialmente no tocante às fusões ou aos convênios de cooperação entre empresas estrangeiras e nacionais, prevalecendo a idéia de que a joint venture não deveria ser aprovada quando cada um dos associados ou acordantes pudesse, por si só, desenvolver adequadamente a sua atividade. A situação é evidente e absolutamente distinta da existente no caso da consulta, no qual a simbiose dos interesses enseja nova realidade e dota a empresa do nível que necessita para poder ser competitiva nacional e internacionalmente.

51. Alguns votos proferidos por conselheiros do CADE têm salientado, aliás, a importância de atender à política industrial do país, especialmente quando não há prejuízo para os consumidores.

52. Assim, no Ato de Concentração nº 58/95, foi lembrado por um dos eminentes conselheiros que:

13 Revista de Direito Econômico, nº 7, agosto de 1977, p. 129.

14 Revista citada, p. 127.

“A Lei 8.884/94 é explícita ao impor aos seus aplicadores a consideração de ocorrência de eficiências e estímulos ao desenvolvimento econômico.

Parece evidente, portanto, que a autoridade de defesa da concorrência deve otimizar sua atuação, procurando sinergias com as políticas públicas de estímulo ao investimento. Isto não significa subordinar a defesa da concorrência à política de governo. Trata-se antes de fazer aquilo que a sociedade reclama e o legislador estabeleceu: procurar equilíbrio e harmonia entre as diferentes ações do Estado em benefício do aumento de bem estar da população”.¹⁵

53. Por outro lado, a jurisprudência norte-americana, citada em decisões recentes do CADE, se refere a casos de empresas que pretendiam unir-se, mesmo podendo, isoladamente, ocupar o seu papel no mercado. Essa jurisprudência nos parece hoje parcialmente superada com a decisão no caso da empresa BOEING, no qual tanto ela quanto a MCDONNELL DOUGLAS tinham, em tese, condições de sobreviver, embora a realidade fática pudesse vir a ser outra.

54. Cabe, finalmente, lembrar que a própria Lei nº 8.884/94 cogita da matéria, dando-lhe a solução adequada, pois, no seu art. 20, inciso II, considera que constituem infração de ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto ou possam produzir o domínio do mercado, modificando, assim, a legislação anterior.

55. Além de não ocorrer tal hipótese, cabe lembrar que, no seu § 1º, o mesmo artigo esclarece que:

“§ 1º. A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II”.

56. Quanto à posição dominante no mercado, ela, por si só, não importa em infração econômica, como aliás não poderia acontecer dentro da sociedade capitalista, na qual sempre existem empresas com situações mais privilegiadas

15 Revista do IBRAC 4/148-9.

do que outras. O que se pune não é a obtenção da situação dominante, mas sim e tão-somente, o abuso da mesma (art. 20, inciso IV), criando-se uma responsabilidade agravada para quem domina o mercado, do mesmo modo que, na sociedade anônima, tem maior responsabilidade o acionista controlador.

57. De qualquer modo, verifica-se que, para o CADE, impõem-se as conclusões seguintes:

- a) os ajustes de integração ou de cooperação, por si só, não são ilegais;
- b) a sua ilegalidade só ocorre quando importa em abuso do poder econômico praticado com a finalidade de eliminar os concorrentes do mercado ou criar monopólio; e
- c) a legitimidade dos contratos deve ser apreciada tendo em conta a chamada “regra da razão”.

58. Inspirando-se no direito norte-americano, especialmente na Lei Sherman e na interpretação que lhe foi dada pela Suprema Corte norte-americana, a lei brasileira considerou que não devem prevalecer os ajustes ou acordos entre empresas que tenham a finalidade de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência. O que a lei veda é, na realidade, a restrição desrazoável da concorrência. A razoabilidade é critério que surgiu na jurisprudência norte-americana, devendo ser apreciada conforme o caso concreto e considerando a situação econômica do momento.

59. Num acórdão histórico, o Juiz BRANDEIS esclareceu que não é qualquer restrição à concorrência que torna ilegal o acordo entre as partes, mas, tão-somente, aquele que suprime ou elimina a concorrência. No mencionado caso, *Chicago Board of Trade versus United States*, o eminente magistrado salientou que:

“The legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that ques-

tion the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences”.¹⁶

60. Passando-se para o vernáculo, as conclusões do texto do acórdão norte-americano são as seguintes:

“.....

Para determinar a licitude de uma restrição do comércio, normalmente o tribunal deve considerar os fatos peculiares ao ramo de negócios ao qual a restrição se aplica; a condição deste ramo de negócios, tanto antes da imposição da restrição, como depois; a natureza da restrição e seus efeitos reais e prováveis. A história da restrição, o mal que se acredita existir, a razão que levou à adoção do remédio, a finalidade que se visava atingir - todas estas considerações são relevantes.....”.

61. A regra da razoabilidade se complementa pela necessidade da eficiência na produção, cabendo examinar, em cada caso, qual a relação entre a eventual restrição razoável à concorrência e o aumento de eficiência na produção que, nos seus reflexos finais, beneficia não só o fabricante ou comerciante, mas ainda o consumidor, ou seja, a comunidade no seu todo. A economia de escala, a especialização das empresas e a divisão do trabalho entre concorrentes podem, em certos casos, permitir o fortalecimento da economia nacional e, conseqüentemente, atender aos interesses sociais do país, como os referentes à diminuição do desemprego e à atribuição de uma melhor condição de vida a todos os cidadãos.

16 Ap. Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, Basic Books Inc., 1978, p. 43.

62. Este equilíbrio entre as necessidades de garantir a concorrência e de racionalizar a produção já se faz sentir no direito norte-americano, admitindo-se a licitude dos acordos de cooperação desde que não se apresentem abusivos. É ainda o Juiz BRANDEIS que chegou a afirmar que o Sherman Act não exige que a concorrência seja procurada cegamente (*American Column and Lumber Co. v. US*). Os tribunais norte-americanos esclareceram que não se deve confundir racionalização da produção com restrição à concorrência, embora a racionalização possa repercutir nas condições de concorrência existentes no mercado. Assim, no caso *Maple Flooring Mfrs. Association v. US*, decidiu a Corte que:

“Competition does not become less free because the conduct of commercial operation becomes more intelligent...”

A concorrência não sofre restrição pelo fato de ser a gestão comercial mais inteligente ...”¹⁷

63. Ao examinar o atual regime de parcerias da PETROBRÁS, não se pode deixar de ter em conta as condições especiais da indústria petrolífera e petroquímica nas quais existe um oligopólio natural decorrente da importância dos investimentos necessários e da constante modernização tecnológica constantes exigidas neste setor de atividade. Nas alianças estratégicas, não cabe, pois, presumir a violação da legislação antitruste mas, ao contrário, aplicar sempre o critério da racionalidade, tendo em vista a maior eficiência industrial e o interesse nacional no mundo da globalização no qual vivemos.

17 Ap. Jean Paul Maire, *Les Accords de Coopération entre Entreprises*, Lausanne, Éditions René Thonney, Dupraz, 1974, p. 144.

JURISPRUDÊNCIA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**Ato de Concentração nº 34/95**

Requerentes: Allergan-Lok Produtos Farmacêuticos e
Laboratórios Frumtost S. A . Indústrias Farmacêuticas
Conselheiro-Relator: Mércio Felsky

RELATÓRIO¹⁸**I) Introdução**

A parte inicial desse relatório, composta pelas duas seções seguintes, apresenta uma síntese das informações concernentes às requerentes e à operação.

Diferentemente da análise padrão de atos de concentração, resolvi iniciar a parte mais substantiva na seção IV deste relatório por uma digressão geral acerca das barreiras à entrada no setor farmacêutico como um todo. Na seção V, introduzo uma análise também mais geral sobre a metodologia utilizada no exercício de delimitação dos mercados relevantes da operação. Enfim, na seção VI procedo à delimitação dos mercados relevantes baseada na metodologia apresentada e, na mesma seção, quando for o caso de efeitos significativos da operação no grau de concentração, a avaliação das barreiras à entrada efetivas naquele(s) mercado(s) relevante(s) específico(s). São discutidas as eficiências da operação na seção VII. Nessa última são avaliados para quais mercados sujeitos a aumento de concentração e barreiras à entrada, haveria algum tipo de compensação a se considerar nas eficiências apresentadas. Na seção VIII, apresenta-se uma síntese das alternativas de decisão ao caso em tela, baseado na jurisprudência americana e na jurisprudência firmada pelo CADE. As seções remanescentes apresentam, sinteticamente, as conclusões dos pareceres das secretarias e da procuradoria.

Entendi que, em vista do fato de existirem vários mercados relevantes envolvidos na operação, onde as características mais gerais das barreiras à entrada do setor podem ser aplicadas de forma indistinta aos mesmos, esse procedimento se configurava como a forma mais simples e didática de realizar a exposição.

18 Agradecimentos ao auxílio técnico recebido de: Russel Pittman do DOJ/USA, Dr. Reus Coutinho da Unicamp, Dr. Dulcídio da Unicamp e Ministério da Saúde e Dr. Assad Rayes do Instituto da Visão Assad Rayes.

II) Da Operação

A operação consistiu na aquisição do controle acionário do Laboratório Frumtost S.A. Indústrias Farmacêuticas e da Perfusa Industrial S.A. pela Allergan, Inc. (SEAE fls. 161). O preço acertado pelas partes foi de R\$ 46, 5 milhões.

As justificativas da Allergan para a aquisição da Frumtost são as seguintes:

- necessidade estratégica de expansão no Mercosul e mesmo outros países da América Latina a partir da sua base no Brasil (SEAE, fls. 162);
- melhores condições de competitividade frente à ALCON (SDE, fls. 455);
- aproveitamento da ampla infra-estrutura de distribuição e manipulação de produtos da Frumtost (SDE, fls. 456);
- aproveitamento da imagem da Frumtost e suas boas relações com clínicos gerais, flebologistas, traumatologistas, ortopedistas e ginecologistas, que ainda por cima tornará possível o lançamento de uma linha genérica de produtos a preços menores (SDE, fls. 456);
- aproveitamento da infraestrutura da Frumtost na área de medicina geral, permitindo o lançamento dos produtos de ponta no tratamento de pele produzido pela Allergan no exterior e a que hoje os brasileiros não têm acesso (SDE, fls. 456);

III) Das Requerentes

A Allergan, Inc. (Allergan) é uma das maiores companhias do mundo no setor de medicamentos, especialmente produtos farmacêuticos oftalmológicos, tendo sua sede no Estado da Califórnia-EUA. O faturamento global do grupo em 1994 atingiu US\$ 947,2 milhões, sendo que 53% desses foram relativos a vendas fora dos EUA.

A Allergan vem operando basicamente na fabricação de 2 linhas de produtos: a linha farmacêutica (que engloba colírios) e a linha ótica (produtos para lentes de contato). Também comercializa outras duas linhas de produtos via importação: neuromuscular e cirúrgica (SEAE, fls. 162).

A Frumtost atua nas áreas de oftalmologia, otorrinolaringologia e medicina geral que representam 50%, 2,8% e 46,8%, respectivamente, de seu faturamento.

A Perfusa produz artefatos de plástico para produtos farmacêuticos, sendo 98% destinado à Frumtost. Tanto a Perfusa como a Frumtost gozam de boa situação financeira (SEAE, fls. 163).

IV) Barreiras à Entrada no Setor Farmacêutico

As barreiras à entrada no mercado farmacêutico não só brasileiro como mundial são muito dependentes da categoria em que se enquadra o medicamento. Segundo o Estudo da Competitividade da Indústria Brasileira (E-CIB) de 1993¹⁹, o mercado internacional de produtos farmacêuticos se divide em ético e não-ético.²⁰ Dentro do mercado ético, ao qual pertence a linha de produtos oftalmológicos alvo deste ato de concentração, ainda se verifica uma subdivisão entre patenteados e genéricos com a patente já expirada.

Na categoria de patenteados, que é obviamente a mais dinâmica do ponto de vista tecnológico e basicamente dominada por empresas estrangeiras, é que se verificam barreiras à entrada mais significativas. Pode-se dizer que o setor de medicamentos éticos patenteados apresenta três conjuntos de barreiras à entrada fundamentais, com profundas implicações para a política de concorrência:

a) Gastos com P&D:

- 1- nível elevado. Segundo o ECIB (1993), os gastos em P&D como proporção das vendas das empresas inovadoras tecnologicamente tende a ultrapassar 10% e até 15%. Acima de tudo, conforme este estudo, as atividades de P&D têm apresentado custos crescentes ao longo do tempo, o que torna ainda mais difícil a superação desta barreira à entrada. Conforme ainda aquele estudo, cada vez mais se

“impõe um limiar de recursos extremamente elevado para manter (e ainda maior para adquirir) uma capacidade inovativa mínima. Existe uma massa

19 MCT/FINEP/PADCT, Competitividade da Indústria de Fármacos, Nota Técnica Setorial do Complexo Químico, mimeo, 1993.

20 O mercado ético é o mercado de produtos sujeitos à venda sob prescrição médica; O mercado não-ético ou “over-the-counter” é o chamado mercado de remédio de venda livre, ou seja, medicamentos vendidos sem receita (fls. 459).

crítica, situada em torno de 200 a 300 pessoas, abaixo da qual um centro de pesquisa não é efetivo”

- 2- forte característica de *sunk-costs*. Segundo o estudo do ECIB (1993), ao longo das fases de pesquisa de um novo medicamento são testadas cerca de “10000 moléculas para dar origem a um único medicamento tecnicamente viável”. A não ser que boa parte dos resultados destes testes permita inferências para outras pesquisas, presume-se que boa parte dos gastos nos mesmos não sejam recuperáveis.
- 3- grande incerteza, especialmente pelo alto prazo de maturação. Segundo Scherer (1993)²¹, o período médio de desenvolvimento de uma droga nova do início dos testes clínicos até a aprovação pela FDA (Federal Drugs Administration) nos EUA excede 8 anos. Naquele País, mesmo após a expiração da patente de certos medicamentos, há exigências de testes clínicos para a aprovação de genéricos;

b) grande importância do sistema de propriedade industrial para os medicamentos recém-entrados no mercado e;

c) elevada lealdade à marca, especialmente por parte dos médicos, exigindo alto investimento em propaganda junto à classe médica. É importante frisar de qualquer forma que a lealdade à marca no setor farmacêutico é diferente de outros segmentos. Nesse caso, tendo em vista que o médico é que toma a decisão de consumo, como veremos em mais detalhe abaixo, à lealdade à marca se associa a lealdade à reputação de uma determinada empresa. Isso traz implicações muito importantes. No caso da decisão do Ato de concentração da Colgate/Kolynos (AC 27/94), por exemplo, onde a lealdade à marca foi identificada como a principal barreira à entrada, a força da marca Kolynos é grande, independente de qual empresa é proprietária da mesma. Já no caso de farmacêuticos, essa barreira é grande para qualquer empresa fora do grupo das empresas de maior reputação. Dentro do grupo das empresas de maior reputação, essa barreira é atenuada, pois associada a uma nova marca lançada, há uma companhia com reputação e acesso à classe médica daquela especialidade específica.

21 Scherer, F. M., “Pricing, Profits, and Technological Progress in the Pharmaceutical Industry, Journal of Economic Perspectives, vol. 7, number 3, Summer 1993, pp. 97-115.

Associando essas barreiras à entrada à elevada concentração no mercado farmacêutico por classes terapêuticas, conclui-se que essa categoria de medicamentos éticos patenteados é a mais propensa à existência de condutas abusivas.

No caso dos genéricos, conforme o estudo do ECIB (1993), “o marketing e a capacidade inovativa” tem menor importância, o que tende a reduzir as barreiras à entrada neste segmento.

No entanto, não se deve concluir por uma contestabilidade ampla e irrestrita nesta categoria de medicamentos com patentes expiradas. Mesmo nos EUA, onde é mais notabilizado o vigor concorrencial no segmento dos genéricos que detêm cerca de 30% do mercado, têm se verificado limitações importantes no sentido de se atenuar as barreiras à entrada e incrementar a concorrência.

Como já assinalado, no mercado de medicamentos éticos (com prescrição médica), o consumidor e o tomador da decisão de consumo são agentes diferentes. Efetivamente, quem toma a decisão de consumir tal ou qual medicamento é o médico e não o paciente. O problema é que o médico tende a ser muito menos sensível a preços do que o paciente consumidor. Mais do que isso, o médico tende a ser muito leal à marca e à empresa, independente da existência de substitutos perfeitos, genéricos ou não. Isso é verdade especialmente no Brasil onde há o natural temor da classe médica com os mecanismos de controle de falsificação de medicamentos, haja visto o recente caso do anti-concepcional Microvlar.

De acordo com Scherer (1993):

“the prescription drug consumer is often removed... from product decision making. The combination of physician decision-making, imperfect information makes drug demand stronger and less price-elastic than it might otherwise be, conferring considerable monopoly power upon the sellers of well-accepted drugs”.

Ademais, poucos médicos conhecem, de fato, todas as alternativas existentes, dado o amplo espectro de novas drogas que têm surgido no mercado, o que amplia o problema de assimetria de informação do mercado e, por conseguinte, a imperfeição deste mercado.

Este tipo de problema restringiu os benefícios decorrentes do *boom* de genéricos nos EUA na década de oitenta, acarretando uma segmentação dos mercados de medicamentos com patentes expiradas em dois: o mercado do medicamento com marca composto por consumidores pouco sensíveis a preço e o mercado genérico com consumidores de alta elasticidade. Muitas vezes a própria empresa detentora da marca, lança o seu próprio genérico para atuar também no segundo mercado em uma clássica estratégia de discriminação de preços de terceiro grau.

Em relação ao segmento baseado na lealdade à marca, a questão principal reside na natural baixa sensibilidade do tomador da decisão de consumo, o médico, a preços. Conforme Scherer (1993):

“Individual physicians tend to be risk-averse, insensitive to cost, and creatures of habit, prescribing drugs by brand name even when much less expensive generic substitutes exist”

Nos EUA, como resultado desta segmentação, conforme Scherer (1993), tende a haver, após a expiração da patente, estabilidade ou mesmo aumento dos preços da versão com marca do medicamento e uma significativa redução dos preços no mercado genérico em relação ao mercado com marca entre **40 e 70%**²².

No caso do Brasil, também se verifica um nível de barreiras à entrada mais atenuado para o caso de medicamentos com patentes expiradas relativamente aos patenteados. Segundo o estudo do ECIB (1993):

“Partindo de uma molécula já conhecida, o problema se resume ao estágio 2 (produção industrial do fármaco), muito menos exigente em termos de competência tecnológica e de investimento requeridos. Essa é uma área de atuação acessível às empresas brasileiras (e, naturalmente, às filiais de empresas estrangeiras), condição necessária para o movimento de ampliação da produção farmoquímica observado ao longo dos anos 80.”

Essas condições eram ainda mais facilitadas no passado recente, tendo em vista o não reconhecimento de patentes neste segmento, o que facilitava a

22 Cabe, no entanto, relativizar essa informação. Não é claro o quanto que essa redução de preços em relação ao medicamento com marca é fruto do vigor do novo ambiente concorrencial ou mero reflexo da incerteza acerca da eficácia do medicamento que o consumidor ou o médico atribui à versão genérica.

elaboração de cópias pela engenharia reversa. Acrescenta ainda o estudo para a categoria de medicamentos com patentes expiradas:

“Vários tipos de empresas nacionais participam dessa produção: empresas do setor químico que verticalizam sua produção para a frente, empresas do setor farmacêutico que verticalizam para trás, e empresas de outros setores que se diversificam em direção aos produtos químico-farmacêuticos”.

Ademais:

“Para atender os requisitos de preço e qualidade, fundamentais nesse segmento, não existem obstáculos de natureza estrutural como, por exemplo, escalas de operação ou tamanho do mercado”.

Ou seja, a categoria de genéricos também no Brasil não constitui segmento imune às pressões concorrenciais.

Por outro lado, é sabido que a concorrência através de genéricos de outras empresas no Brasil constitui fenômeno bem mais limitado que nos EUA, o que, inclusive, suscitou iniciativas do Poder Executivo de empreender uma política de genéricos mais ativa até que nos EUA através do Decreto nº 793/93. Este Decreto, no entanto, foi contestado judicialmente.

Uma diferença crucial é que nos EUA, há significativa cobertura dos planos de saúde com despesas de medicamentos, o que cria uma pressão natural daqueles em relação aos médicos conveniados em levar em consideração a variável preço na prescrição. Já no Brasil, isso, por enquanto, não ocorre, comprometendo essa fonte importante de concorrência nesse mercado.

Outro ponto que não é tratado no estudo ECIB é o fato de que a estratégia de cópia de medicamentos com patentes expiradas é naturalmente limitada às empresas menores. Como a capacidade de marketing dessas últimas frente à classe médica são bem menores que a das multinacionais, essa fonte de contestabilidade dos medicamentos de patentes expiradas não deve ser magnificada. No caso das grandes multinacionais, a estratégia de cópia é menos utilizada. Essas questões serão melhor trabalhadas na seção seguinte que discorre sobre a metodologia utilizada na delimitação dos mercados relevantes (possibilidade de influência da substituíbilidade da oferta).

O importante a destacar nessa seção é que, nesta categoria de medicamentos com patentes expiradas no Brasil, a barreira à entrada relacionada à

lealdade dos médicos às marcas no segmento ético com prescrição médica tende a ser ainda mais forte que nos EUA.

Um dos fatores que contam para aumentar a elasticidade-preço da demanda de medicamentos no Brasil é a alta incidência de automedicação que elimina a intermediação do médico na decisão de consumo. Obviamente que as consequências deste comportamento podem ser muito graves para a saúde do paciente, mas não é isso que está em questão. O fato é que os medicamentos com alta incidência de automedicação com maior elasticidade-preço da demanda acabam se tornando mercados mais contestáveis.

Há, de fato, uma fronteira tênue em alguns medicamentos éticos acerca de sua real classificação como éticos ou *over the counter* (sem receita médica), tendo em vista o comportamento efetivo dos compradores no mercado. O importante é que mercados relevantes cuja dinâmica for próxima à que caracteriza os *over-the counter*, tendem a ter barreiras à entrada relativamente menores.

V) Delimitação dos Mercados Relevantes: Metodologia Adotada

A definição do mercado relevante no setor farmacêutico apresenta peculiaridades bastante acentuadas, sendo que muitas delas já foram bem trabalhadas em outros atos de concentração examinados por esse E. Plenário. Reporto-me às análises desenvolvidas nos relatórios elaborados pelos Conselheiros Renault Freitas de Castro na apreciação do Ato de Concentração nº 36/95 (Glaxo do Brasil & Wellcome-Zeneca), Lúcia Helena Salgado no AC nº 32/94 (Smithkline Beecham & Sterling Winthrop), e Paulo Dyrceu Pinheiro na análise do Ato de Concentração nº 47/95 (Laboratórios Silva Araújo Roussel S/A & Merrell Lepetit Farmacêutica e Industrial Ltda.).

Uma das principais conclusões das análises procedidas nesses atos é que as possibilidades de substituição e o mercado relevante não podem ser confundidos apenas com classe ou sub-classe terapêutica. De fato, a classe terapêutica pode ser interpretada como uma primeira aproximação ao exercício de delimitação do mercado relevante, mas não a única. Em alguns casos, as possibilidades de substituição que caracterizam o exercício de mercado poderão ser descritas pela classe terapêutica, mas nem sempre. Nesse sentido, a relação de substituição nesse setor, mais que em qualquer outro, constituem

um dado muito complexo e estritamente individual para cada medicamento visto que:

- pode não ser recíproca, por exemplo, o produto A pode ser substituível pelo produto B, mas o produto B pode não ser substituível pelo produto A;
- pode não ser transitiva, por exemplo, o produto A pode ser substituível pelo produto B e o produto B por um produto C, mas não obrigatoriamente o produto A será substituível pelo produto C;
- pode não ser válida para todos os tipos de afecções, por exemplo, o produto A pode ser substituível pelo produto B nas doenças 1,2 e 3 e não o ser nas doenças 4,5 e 6 e vice-versa;
- pode não ser completa para pelo menos algum tipo de doença. Por exemplo, o produto A pode ser perfeito para as doenças 1,2 e 3, similar mas com resultado terapêutico, em média, inferior ao produto B para as doenças 4,5 e 6 e vice-versa. Assim, a substituição de um medicamento pelo outro pode ser completa (resultados idênticos para todos os tipos de afecções), incompleta (resultados similares, mas não idênticos) ou não substituíveis.

Outra dimensão importante do problema de delimitação de mercado relevante se refere ao fato de que grande parte dos medicamentos oftalmológicos demandam, pelo menos em tese, prescrição médica. Ou seja, trata-se de um ato de concentração que envolve, principalmente, o mercado ético. Nesse caso, o médico pode ser tomado como o “consumidor substituto”, sendo as possibilidades de substituição analisadas da perspectiva do mesmo, dado que a decisão de consumo, em última análise, é dele.

Também avaliei as possibilidades de substitubilidade do lado da oferta, especialmente pelo fato de que para todos os medicamentos em tela, à exceção do oflox, as patentes são expiradas em seu país de origem. Ademais, o Brasil não concedia patentes para farmacêuticos até há bem pouco tempo, de forma que o sistema de propriedade industrial não poderia ser considerado uma barreira à entrada para desenvolvimento local do produto (apesar de o ser no mercado do país de origem e nos países que já reconhecem patentes nesse setor há mais tempo no mercado relevante de princípios ativos).

De fato, é notório que as possibilidades de engenharia reversa são bastante acentuadas nesse mercado, porém nem sempre utilizadas. Tal prática é bastante concentrada nas pequenas empresas e não nas grandes. Como as pequenas empresas apresentam uma capacidade de marketing na classe médica bem menor que as grandes empresas, conclui-se que mesmo a facilidade de

engenharia reversa nesse setor não permite caracterizar substitubilidade da oferta no mercado ético. A capacidade de marketing das pequenas empresas apresentam abrangência geográfica restrita e muito concentrada nas próprias farmácias (a chamada “empurroterapia”).

No caso das grandes empresas multinacionais, a questão da possibilidade de cópia é muito peculiar. As pesquisas das empresas que operam dentro da mesma classe terapêutica tendem a ser muito próximas na procura de novas drogas dentro de uma mesma indicação. Além disso, são testadas várias melhorias em moléculas já descobertas de forma a que possam se caracterizar como uma nova patente. Mas essas pesquisas levam em torno de 5 anos, mesmo considerando que já partam de um conhecimento mais consolidado. A simples cópia disfarçada de um medicamento é prática incomum nesse mercado no que diz respeito a essas grandes transnacionais. Assim, se a pesquisa de uma molécula similar a outra não estiver próxima de ser lançada, é pouco provável esperar uma resposta rápida pelo lado da oferta em consequência a um aumento de preço em um determinado medicamento. Isso leva a crer que não há que se falar de substitubilidade do lado da oferta para delimitar mercados relevantes no setor.

Assim, no caso em tela, entendi como o mais adequado segmentar os mercados relevantes a partir das indicações específicas de cada medicamento. Ou seja, a análise da substitubilidade será realizada apenas do lado da demanda.

No caso de infecções, poderia-se pensar na segmentação do mercado relevante também de acordo com os microorganismos mais sensíveis, dado que um medicamento orientado para um não obrigatoriamente poderá ser adequado no tratamento de outro. Entretanto, dado que, conforme as requerentes em resposta a diligências efetuadas por mim em 30/06/98:

“na prática clínica, não se realizam culturas de secreções oculares para se identificar os agentes etiológicos dos processos infecciosos. O médico, nesses casos, escolhe a antibioticoterapia, baseando-se nos achados clínicos, em sua experiência com determinados grupos de drogas e na confiança que deposita no antibiótico escolhido”.

Concluí que não haveria a necessidade de efetuar essa segmentação adicional. Dessa forma, os medicamentos utilizados para microorganismos diferentes, mas direcionados à cura da conjuntivite bacteriana serão agregados para efeito de análise de mercado relevante do ponto de vista da demanda.

A análise dos mercados relevantes realizada no Parecer da SEAE/MF é feita a partir do desdobramento dos medicamentos em classes terapêuticas, conforme a Classificação Terapêutica Anatômica - “ATC”, aceita pela Organização Mundial de Saúde - “OMS”, mas restringindo-se às características de composição química e propriedades terapêuticas.

Já com a metodologia que adotei, foi possível, em alguns casos, a obtenção de vários mercados relevantes dentro de uma mesma classe terapêutica, se chegando a uma análise mais precisa dos mercados em questão, segundo a sua substitubilidade pelo lado da demanda.

No entanto, a questão da substitubilidade pode ser tida como um segundo passo (e o mais importante) após a segmentação por classes terapêuticas para a definição de mercado relevante, mas ainda não o definitivo. É preciso avaliar também os casos em que não há substitubilidade, mas há uma elasticidade-preço cruzada da demanda significativa²³. Para ilustrar essa possibilidade, suponha três medicamentos, A, B e C, produzidos por três empresas diferentes. O medicamento A trata das doenças 1 e 2, o medicamento B das doenças 2 e 3 e o medicamento C da doença 3, conforme o seguinte quadro:

| Doença/Medicamento | Medicamento A | Medicamento B | Medicamento C |
|--------------------|---------------|---------------|---------------|
| Doença 1 | X | | |
| Doença 2 | X | X | |
| Doença 3 | | X | X |

Se fossemos delimitar os mercados apenas com base na substitubilidade, teríamos três mercados relevantes:

- Doença 1 composto pelo medicamento A;
- Doença 2 composto pelos medicamentos A e B
- Doença 3 composto pelos medicamentos B e C

²³ Substitubilidade e elasticidade-preço cruzada da demanda não são considerados critérios diferentes também na jurisprudência americana. Ver Werden, G.: (1992). *The History of Antitrust Market Definition in the United States*”.

Nesse caso, suponha uma fusão das empresas que produzem A e B. O mercado relevante da doença 2 constituiria um monopólio após a fusão e suscitaria preocupações concorrenciais. Nesse caso é que poderíamos pensar em uma definição mais ampla do mercado relevante, considerando não apenas a substitubilidade, mas a elasticidade-preço cruzada da demanda, que não obrigatoriamente são coincidentes.

Suponha então que no caso em tela, em um exemplo extremo, a doença 3 represente 80% da frequência relativa das três doenças e também do faturamento global das três. Como não há como haver discriminação de pacientes por doença no momento da compra do medicamento na farmácia, os preços do medicamento B para pacientes com doença 2 e pacientes com doença 3 serão os mesmos. Nesse contexto, o mercado será governado pelo que acontece na doença 3. Assim, o monopólio adquirido na doença 2 com a fusão de A e B não tem a capacidade de impor preços mais altos pelo seu poder de monopólio na doença 2, pois de outra forma, o medicamento B perderia espaço para o medicamento C na doença 3, que representa a parte mais relevante de seu faturamento. Assim, o preço de B na doença 2 está naturalmente constrangido pelo medicamento C na doença 3.

O mesmo vale para a doença 1. Como o medicamento 2 não pode aumentar por causa do mercado da doença 3, o preço do medicamento 1 também não poderá aumentar, pois senão todos os consumidores se transferem para o medicamento 2. Nesse caso, a elasticidade -preço cruzada da demanda entre os três medicamentos acaba sendo alta, apesar de não haver qualquer relação de substitubilidade entre o medicamento 1 e 3. Nesses casos, vale agregar os mercados relevantes das 3 doenças em um só²⁴.

Esse recorte do mercado relevante pode ser analisado de forma concreta na classe terapêutica de anti-infecciosos oftalmológicos. Como a primeira aproximação do mercado relevante, definido como o de medicamentos para conjuntivite bacteriana, responde por 70% das indicações totais nessa classe

24 Na verdade sendo mais rigoroso, o medicamento 3 pode entrar nos mercados relevantes das doenças A e B. Se o seu preço aumentar, o preço de 2 aumenta, reduzindo a quantidade consumida de medicamento na doença 2. Além disso, o preço do medicamento 1 também pode aumentar porque o preço de 2 aumentou. Por outro lado, se o preço de 1 aumentar, o de 2 permanecerá imóvel, dado que o grosso de suas vendas ocorre no mercado da doença 3 onde o preço não aumentou. Ou seja, a elasticidade-preço cruzada da demanda dos medicamentos 1 e 2 em relação ao preço de 3 é alto, mas o contrário não é verdadeiro. Não será necessário aprofundar essa análise nesse ato de concentração.

terapêutica e, dadas as interrelações dos medicamentos desse mercado com os de outras doenças, pode-se agregar quase todos em um mercado só pela abordagem das elasticidades-preço cruzada da demanda.

Outro exemplo importante é o de mióticos e antiglaucomatosos. Nessa classe terapêutica específica, além das indicações, cabem recortes adicionais da delimitação de mercados, dadas as limitações que grupos de pacientes apresentam em ingerir determinados medicamentos. Nessa classe terapêutica, a questão da substitubilidade é muito condicionada pelas contra-indicações de cada paciente.

No entanto, na impossibilidade de discriminação de compradores, essas limitações só se tornam relevantes para efeito de uma segmentação adicional dos mercados relevantes se a mesma tiver uma frequência razoavelmente alta de forma a caracterizar um nicho separado de mercado. Entendi que o percentual adequado para que se segmente mercados por contra-indicação, seja uma frequência relativa da mesma próxima a 20%.

Assim, avaliaremos um a um os vários mercados relevantes delimitados em cada classe terapêutica, segundo esses critérios, calculando as várias participações de mercado com base nessa delimitação. Em várias classes terapêuticas, um medicamento aparece em vários mercados relevantes por apresentar várias indicações, o que é reflexo da relação individualizada de substitubilidade supracitada. No caso em que apenas um medicamento apresenta determinada indicação, o mercado relevante associado àquela é composto unicamente por ele mesmo.

Outros aspectos da metodologia adotada são importantes. Primeiro, utilizou-se os dados de faturamento para definição das participações de mercado. Esse procedimento parece mais apropriado, dado que a capacidade de produção não é uma limitação importante dessa indústria e haveria dificuldade em padronizar numerários de produtos vendidos em pomadas, comprimidos e colírios.

Segundo, cabe apontar uma limitação importante do procedimento. Como vários medicamentos participam de mais de um mercado relevante (várias indicações) e como é impossível conhecer a indicação para o qual ele está sendo prescrito de forma a obter-se uma medida correta de *market-share* em cada mercado, utilizou-se o faturamento total de cada medicamento. Certamente, tal procedimento pode implicar distorções significativas. Tendo em vista a virtual impossibilidade de uma maior desagregação dos dados, mas

conscientes dos possíveis limites, seguiremos a metodologia de calcular *market-shares* através do faturamento total de cada medicamento.

Considerou-se a possibilidade de uma segmentação adicional dos mercados relevantes entre medicamentos com marca e sem marca dentro da categoria dos medicamentos com patente expirada, inspirado na análise de Scherer citada na seção passada. Conforme já argüido naquela seção, esse tipo de segmentação não parece ser adequada à dinâmica concorrencial no mercado farmacêutico brasileiro como um todo, o que é confirmado pelas requerentes em resposta a diligências efetuadas por esse relator.

Com relação ao mercado geográfico da operação, considerou-se que o mesmo circunscreve-se ao âmbito nacional. Além de haver um baixo fluxo de comércio exterior de medicamentos, constata-se que as empresas multinacionais nesse segmento apresentam um padrão de comércio intra-indústria de longo prazo bem definido e sedimentado: As matrizes são responsáveis primordialmente pelas atividades de P&D e pela produção dos princípios ativos (cujo mercado relevante é o internacional). Enquanto isso, as filiais importam os princípios ativos e se encarregam de produzir o medicamento, o que configura o elo tecnologicamente menos dinâmico da cadeia produtiva do setor. Assim, se houver um pequeno, mas significativo e não transitório aumento em preços decorrente de uma fusão, não se espera que hajam importações competitivas dado que as empresas que poderiam fazê-lo são, normalmente, associadas das que também aqui operam.

Por fim, entendo que o cálculo dos *market-shares*, tendo em vista o tempo decorrido da operação, deve se concentrar nos valores obtidos mais atuais possíveis, que são aqueles constantes do faturamento das requerentes no mercado brasileiro em 1997. Dessa forma, os *market-shares* trabalhados pela SEAE/SDE, referentes a anos anteriores, serão desconsiderados.

Na próxima seção, apresentamos os mercados relevantes obtidos em cada classe terapêutica a partir da metodologia descrita.

VI) Mercados Relevantes: Delimitação

VI.1) Classe Terapêutica de Antiinfeciosos Oftalmológicos

Informa o Parecer da SEAE/MF (fls. 171) que nessa classe terapêutica, a concentração já era elevada, com a Alcon (41,34%) e a Frumtost (35,77%) totali-

zando 77,11% do mercado. Após a incorporação, a Frumtost deteria 42,15%, concentrando ainda mais o mercado. Esta classe corresponde a 8,73% no faturamento da Frumtost e 3,31% da Allergan.

Para a definição dos mercados relevantes dentro da classe terapêutica de anti-infecciosos oftalmológicos, foram inicialmente identificados, através de uma análise de substitubilidade nas indicações, 7 mercados candidatos a “mercados relevantes” :

1. Mercado de anti-infecciosos oftalmológicos indicados para úlcera de córnea;
2. Mercado de anti-infecciosos oftalmológicos para cerato-conjuntivites, blefaró-conjuntivites e dacriocistites
3. Mercado de anti-infecciosos oftalmológicos para infecções oculares superficiais
4. Mercado de anti-infecciosos oftalmológicos profilático para trauma ocular;
5. Mercado de anti-infecciosos oftalmológicos para a profilaxia de infecções após a cirurgia;
6. Mercado de anti-infecciosos oftalmológicos reepitelizantes;
7. Mercado de anti-infecciosos oftalmológicos indicados para conjuntivite bacteriana;

Os quadros de alteração estrutural nessa primeira abordagem dos mercados relevantes foram os seguintes:

| 1) Mercado de Antit infecciosos oftalmológicos indicados para úlcera de córnea | | | |
|---|-------------|--------------|-------------------|
| | Faturamento | Market-share | HHI ²⁵ |
| Frumtost | | | |
| Biamotil | 3830300,65 | 65,04 | 4230 |
| Allergan | | | |
| Oflox | 944762,01 | 16,04 | 257 |
| Frumtost + Allergan | 4775062,66 | 81,08 | 6574 |
| Alcon | | 0,00 | |

25 HHI é o Hirschmann-Herfindahl Index, que é usado nas Horizontal Merger Guidelines da FTC e DOJ (EUA), para medir o grau de concentração de um mercado.

| | | | |
|-----------------------|------------|--------|-------|
| Ciloxan | 1114248,23 | 18,92 | 358 |
| Total | 5889310,89 | 100,00 | 10000 |
| HHI antes da operação | | | 4845 |
| HHI após a operação | | | 6932 |
| Variação do HHI | | | 2087 |

2) Mercado de Antiféccios oftalmológicos para cerato-conjuntivites, blefaro-conjuntivites e dacriocistites

| | Faturamento | Market-share | HHI |
|-----------------------|-------------|--------------|-------|
| Frumtost | | | |
| Gentamicina | 482888,73 | 100 | |
| Total | 482888,73 | 100 | 10000 |
| HHI antes da operação | | | 10000 |
| HHI após a operação | | | 10000 |
| Variação do HHI | | | 0 |

3) Mercado de Antiféccios oftalmológicos infecções oculares superficiais

| | Faturamento | Market-share | HHI |
|-----------------------|-------------|--------------|----------|
| Frumtost | | | |
| Pertrim | 29134,01 | | |
| Sub-total | 29134,01 | 0,72 | 0,52 |
| Alcon | | | |
| Tobrex | 3992310,33 | 99,28 | 9855,63 |
| Total | 4021444,34 | 100,00 | 10000,00 |
| HHI antes da operação | | | 9856,16 |
| HHI após a operação | | | 9856,16 |
| Variação do HHI | | | 0,00 |
| | | | |

4) Mercado de Antiféccios oftalmológicos profilático para trauma ocular

| | Faturamento | Market-share | HHI |
|-----------------------|-------------|--------------|-------|
| Frumtost | | | |
| Pertrim | 29134,01 | | |
| Total | 29134,01 | 100 | 10000 |
| HHI antes da operação | | | 10000 |
| HHI após a operação | | | 10000 |
| Variação do HHI | | | 0 |
| | | | |
| | | | |

5) Mercado de Antifécciosos oftalmolégicos para profilaxia de infecção após a cirurgia

| | Faturamento | Market-share | HHI |
|-----------------------|-------------|--------------|-------|
| Allergan | | | |
| Oflox | 944762,01 | | |
| Total | 944762,01 | 100 | 10000 |
| HHI antes da operação | | | 10000 |
| HHI após a operação | | | 10000 |
| Varição do HHI | | | 0 |

6) Mercado de antiinfécciosos oftalmolégicos reepitelizantes

| | Faturamento | Market-share | HHI |
|-----------------------|-------------|--------------|----------|
| Frumtost | | | |
| Epitezan | 1410545,77 | 100,00 | 10000,00 |
| Total | 1410545,77 | | |
| HHI antes da operação | | | 10000,00 |
| HHI após a operação | | | 10000,00 |
| Varição do HHI | | | 0,00 |

7) Mercado de Antifécciosos oftalmolégicos para conjuntive bacteriana

| | Faturamento | Market-share | HHI |
|-----------------|-------------|--------------|---------|
| Frumtost | | | |
| Biamotil | 3830300,65 | 30,39 | |
| Cloranfenicol | 1320195,19 | 10,47 | |
| Gentamicina | 482888,73 | 3,83 | |
| Clorfenil | 288506,25 | 2,29 | |
| Sulnil | 418729,98 | 3,32 | |
| | | 50,30 | 2530,12 |
| Allergan | | | |
| Conjuntin | 129072,74 | 1,02 | |
| Oflox | 944762,01 | 7,49 | |
| | | 8,52 | 56,17 |
| MSD | | | |
| Chibroxin | 84521,63 | 0,67 | |
| | | 0,67 | 0,45 |
| Alcon | | | |
| Ciloxan | 1114248,23 | 8,84 | |

| | | | |
|----------------------------|-------------|-------|---------|
| Tobrex | 3992310,33 | 31,67 | |
| | | 40,51 | 1641,10 |
| Frumtost + Allergan | 7414455,55 | 58,82 | 3459,68 |
| Total | 12605535,74 | | |
| HHI antes da operação | | | 4227,84 |
| HHI após a operação | | | 5101,22 |
| Variação do HHI | | | 873,39 |

No entanto, a partir da informação prestada pelas requerentes de que a indicação de conjuntivite bacteriana representava mais de 70% do total, observa-se enorme influência da dinâmica desta última no funcionamento de quase todos os outros mercados dessa classe terapêutica. Todos os medicamentos utilizados em outras indicações são condicionados pelo que ocorre no grupo de conjuntivite bacteriana como um todo. Para o caso de úlcera de córnea, que representa menos de 5% das indicações na classe terapêutica total, não há como o Biamotil (Frumtost) e o Oflox (Allergan) exercerem poder de mercado após a concentração, independentemente do mercado de conjuntivite bacteriana. No caso das cerato-conjuntivites, blefaro-conjuntivites e dacriocistites, onde parece haver um virtual monopólio da gentamicina, também ocorre o mesmo, pois o medicamento também é utilizado em conjuntivites bacterianas.

O caso das infecções oculares superficiais é um exemplo de relação indireta. Apesar do Pertrim não ser prescrito para conjuntivites bacterianas, o Tobrex, seu concorrente direto nessa indicação o é, respondendo pela maior parte desse mercado. Essa mesma restrição contamina, de forma indireta, o mercado de profiláticos para trauma ocular, onde o pertrim da Frumtost contava com um virtual monopólio. O mercado para profilaxia de infecção após a cirurgia, também como monopólio do Oflox da Allergan, é influenciado de forma decisiva pelo que ocorre nas conjuntivites bacterianas.

Em relação ao oflox, há uma peculiaridade importante. É o único dos medicamentos analisados com patente não expirada. No entanto, como no Brasil essa patente não está em vigor, dado que a nova legislação permitindo a concessão nesse segmento é muito recente, e como esse medicamento está em um grupo onde todos os outros não tem patentes, a questão da patente se torna menos importante.

Assim, o único medicamento que não pode ser agregado em conjuntivites bacterianas foi o epitezan que, monopolista em seu segmento de reepitelizante e regenerador de tecidos oculares lesados, não apresenta nenhuma relação direta ou indireta com a conjuntivite bacteriana.

Por conseguinte, os dois mercados relevantes identificados nessa classe terapêutica foram os seguintes:

- 1) Mercado relevante de Antiinfecciosos Oftalmológicos (Excetuando-se Epitezan);
- 2) Mercado relevante de Antiinfecciosos Oftalmológicos com indicação para reepitelizante e regenerador de tecidos oculares lesados (apenas o epitezan).

As alterações estruturais processadas nos mesmos são analisadas a seguir:

| 1) MR de Antiinfecciosos oftalmológicos (s/ Epitezan) | | | |
|---|-------------|--------------|---------|
| | Faturamento | Market-share | HHI |
| Frumtost | | | |
| Biamotil | 3830300,65 | 30,39 | |
| Cloranfenicol | 1320195,19 | 10,47 | |
| Gentamicina | 482888,73 | 3,83 | |
| Clorfenil | 288506,25 | 2,29 | |
| Sulnil | 418729,98 | 3,32 | |
| Pertrim | 29134,01 | 0,23 | |
| Sub-total | | 50,53 | 2553,42 |
| Allergan | | | |
| Conjuntin | 129072,74 | 1,02 | |
| Oflox | 944762,01 | 7,49 | |
| Sub-total | | 8,52 | 56,17 |
| MSD | | | |
| Chibroxin | 84521,63 | 0,67 | |
| | | 0,67 | 0,45 |

| | | | |
|----------------------------|-------------|-------|---------|
| Alcon | | | |
| Ciloxan | 1114248,23 | 8,84 | |
| Tobrex | 3992310,33 | 31,67 | |
| | | 40,51 | 1641,10 |
| Frumtost + Allergan | 7443589,56 | 59,05 | 3486,92 |
| Total | 12634669,75 | | |
| HHI antes da operação | | | 4251,14 |
| HHI após a operação | | | 5128,47 |
| Variação do HHI | | | 877,33 |

| | | | |
|--|-------------|--------------|----------|
| 2) MR de Antiinfeciosos Oftalmológicos com indicação para reepitelizante e regenerador | | | |
| | Faturamento | Market-share | HHI |
| Frumtost | | | |
| Epitezan | 1410545,77 | 100,00 | 10000,00 |
| Total | 1410545,77 | | |
| HHI antes da operação | | | 10000,00 |
| HHI após a operação | | | 10000,00 |
| Variação do HHI | | | 0,00 |

Observa-se que no mercado relevante de oftalmológicos infecciosos (sem epitezan), a Frumtost já tem 50% do mercado, adicionando-se pouco mais de 8% da Allergan. A Alcon com o Tobrex e o Ciloxan atingem 40% desse mercado. Assim, constata-se que o aumento da concentração foi pequeno, atingindo oito pontos percentuais a mais de *market-share* e 877 pontos a mais no HHI. No caso, a Allergan, que apenas detinha 8%, comprou os outros 50% da Frumtost.

Cumpra observar que o Tobrex (31,7%) e o Ciloxan (8,8%) da Alcon surgem como alternativas vigorosas nesse mercado. Ademais, na margem desse mercado, estão presentes uma série de empresas nacionais menores que produzem o cloranfenicol, os quais se constitui em medicamento genérico bastante difundido e aceitos pelo princípio ativo.

Assim, entendo que a concorrência da Alcon nesse mercado e a presença de uma certa franja em alguns genéricos sugere que apesar do ato poder trazer a possibilidade de algum dano potencial ao mercado relevante em tela, a mesma é pequena.

Conforme bem aponta a Procuradoria às fls. 545, há inclusive posições opostas nos dois pareceres. Enquanto a SEAE não aponta a classe terapêutica de antiinfeciosos oftalmológicos como razão de preocupação, a SDE caracteriza o duopólio formado após a operação como razão para uma medida estrutural. Assim, acompanho o entendimento da SEAE nesse ponto.

O mercado relevante do epitezan , por sua vez, como já se constituía em um monopólio em seu mercado relevante antes da operação, não aumentou o poder de mercado da empresa.

Cabe de qualquer forma destacar que também se verificam dois novos entrantes da Ciba /Novartis nesse mercado relevante: o Okacin e o Cilclar.

VI.2 Classe Terapêutica de Corticóides Oftalmológicos

De acordo com o Parecer da SEAE/MF (fls. 172), a Allergan possuía 31,82% do mercado e a Frumtost 6,46%. Realizada a operação, a participação da Allergan passa a ser de 38,28%. contudo, a Alcon ainda continuaria como líder de mercado, com 61,72%. Segundo o Parecer, diante de tais dados, a operação não resultaria em problemática concentração no mercado relevante de corticóides oftalmológicos.

Dentro da metodologia proposta para a definição dos mercados relevantes dentro da classe terapêutica de CORTICÓIDES OFTALMOLÓGICOS, foram consideradas necessárias apenas as indicações de cada remédio. Foram definidos 5 mercados relevantes (MR):

1. MR de produtos corticóides oftalmológicos indicados para conjuntivites inflamatórias / alérgicas/ infecciosas.
2. MR de produtos corticóides oftalmológicos indicados para processos alérgicos.
3. MR de produtos corticóides oftalmológicos indicados para processos inflamatórios leves.
4. MR de produtos corticóides oftalmológicos indicados para processos inflamatórios superficiais.
5. MR de produtos corticóides oftalmológicos indicados para processos inflamatórios severos.

Os quadros de alteração estrutural nos mercados relevantes acima são os seguintes:

1)MR de produto corticóide oftalmologicos indicados para conjuntivites inflamatórias/alérgicas/infecciosas

| | Faturamento | Market-share | HHI |
|-----------------------|-------------|--------------|-------|
| Frumtost | | | |
| Dexa-Vastrictol | 118470,39 | | |
| Total | 118470,39 | 100 | 10000 |
| HHI antes da operação | | | 10000 |
| HHI após a operação | | | 10000 |
| Variação do HHI | | | 0 |

2)MR de produto corticóide oftalmologicos indicados para processos alérgicos

| | Faturamento | Market-share | HHI |
|-----------------------|-------------|--------------|-------|
| Frumtost | | | |
| Dexaminox | 299093,38 | 100 | |
| Total | 299093,38 | 100 | 10000 |
| HHI antes da operação | | | 10000 |
| HHI após a operação | | | 10000 |
| Variação do HHI | | | 0 |

3)MR de produto corticóide oftalmologicos indicados para processos inflamatórios leves

| | Faturamento | Market-share | HHI |
|-----------------------|-------------|--------------|----------|
| Frumtost | | | |
| Dexaminox | 299093,38 | 31,77 | 1009,50 |
| Alcon | | | |
| Minidex | 642263,79 | 68,23 | 4654,98 |
| Total | 941357,17 | 100,00 | 10000,00 |
| HHI antes da operação | | | 5664,48 |
| HHI após a operação | | | 5664,48 |
| Variação do HHI | | | 0,00 |

4) MR de produto corticóide oftalmologicos indicados para processos inflamatórios superficiais

| | Faturamento | Market-share | HHI |
|--|-------------|--------------|-----|
|--|-------------|--------------|-----|

| | | | |
|-----------------------|------------|--------|----------|
| Allergan | | | |
| Flumex | 536099,36 | 20,89 | 436,53 |
| Alcon | | | |
| Florate | 2029800 | 79,11 | 6257,88 |
| Total | 2565899,36 | 100,00 | 10000,00 |
| HHI antes da operação | | | 6694,41 |
| HHI após a operação | | | 6694,41 |
| Variação do HHI | | | 0,00 |
| | | | |

5)MR de produto corticóide oftalmológicos indicados para processos inflamatórios severos

| | Faturamento | Market-share | HHI |
|-----------------------|-------------|--------------|----------|
| Allergan | | | |
| Pred-fort | 1369581,65 | 61,62 | 3797,21 |
| Alcon | | | |
| Maxidex | 852989,96 | 38,38 | 1472,91 |
| Total | 2222571,61 | 100,00 | 10000,00 |
| HHI antes da operação | | | 5270,12 |
| HHI após a operação | | | 5270,12 |
| Variação do HHI | | | 0,00 |

Como pode ser observado, em todos os mercados relevantes analisados, não houve aumento do grau de concentração. São mercados com alto grau de concentração, os quais foram mantidos inalterados. Ademais, verifica-se ainda a entrada do infectoflam da Ciba/Novartis após a operação.

Assim, em conformidade com os pareceres da SDE e SEAE, considero que não houve qualquer efeito concorrencial nos 5 mercados relevantes definidos dentro dessa classe terapêutica.

VI.3) Classe Terapêutica de Preparados de Anti-Glaucoma e Mióticos

Através do seu Parecer (fls.173), a SEAE/MF informa que antes da operação, a Allergan detinha um *market share* de 10,72% do mercado, ao passo que a Frumtost possuía 21,94%. Após a incorporação, a participação dentro desta classe passaria a ser de 32,66%, sendo que a Alcon continuaria como líder do mercado, detendo 48,7%.

Conforme já destacado anteriormente, os mercados relevantes nessa classe também poderiam ser condicionados pelas contra-indicações existentes. Estabelecemos que contra-indicações que estejam presentes em percentuais próximos a 20% dos pacientes antiglaucomatosos gerariam um outro mercado relevante específico para pacientes nesse grupo. Nesse mercado relevante, estariam incluídos todos os antiglaucomatosos do mercado relevante para pacientes sem contra-indicações menos os medicamento contra-indicados para aqueles problemas.

Em resposta a diligências efetuadas às requerentes, observa-se que a grande maioria das contra-indicações responde por bem menos do que 20% dos casos, não podendo caracterizar uma segmentação adicional ou um nicho específico a configurar um mercado relevante específico. Incluem-se nesse grupo as contra-indicações de indução de miopia em jovens, indução de catarata com uso crônico, redução do campo visual pela miose, cefaléia pelo espasmo ciliar, descolamento de retina em altos míopes, alteração na retina periférica e irites, doença pulmonar obstrutiva crônica, cardiopatias com braquicardia sinusal ou bloqueio átrio-ventricular, cerato-conjuntivites e dacriocistites, insuficiência renal e glaucoma ângulo fechado

No entanto, no caso de ângulo da câmara anterior estreito e hipertensão, a resposta das requerentes sugere que a frequência é próxima a 20% ainda que menor. Nesses casos, efetuamos uma desagregação adicional: o mercado relevante específico dos pacientes com ângulo da câmara anterior estreito e com hipertensão. Tendo em vista que trata-se de apenas um medicamento, o propine, que apresenta os dois tipos de contra-indicação, entendeu-se ser pertinente agregar as duas contra-indicações.

Assim, pacientes hipertensos e com ângulo da câmara anterior estreito constituem um grupo de consumidores específico que caracterizam um mercado relevante particular. Além disso, delimitou-se especificamente um mercado de mióticos. Assim, foram definidos os seguintes três mercados relevantes nessa classe terapêutica.

1. MR de produtos preparados anti-glaucoma para pacientes que 1) não tenham ângulo da câmara anterior estreito e; 2) não sejam hipertensos,

2. MR de produtos preparados anti-glaucoma e mióticos indicados como antiglaucomatoso para pacientes que tenham ângulo da camara anterior estreito e sejam hipertensos,
3. MR de Mióticos.

As alterações estruturais nesses mercados podem ser visualizadas nos quadros abaixo:

| 1) MR de produto preparados anti-glaucoma para pacientes sem ângulo da câmara anterior estreito e não hipertensos | | | |
|---|-------------|--------------|---------|
| | Faturamento | Market-share | HHI |
| Frumtost | | | |
| Pilocarpina | 2959652,35 | 11,81 | |
| Timolol | 3440794,3 | 13,73 | |
| Sub- total | 6400446,65 | 25,54 | 652,24 |
| Allergan | | | |
| Betagan | 2086503,58 | 8,33 | |
| Propine | 472613,08 | 1,89 | |
| Sub-total | 2559116,66 | 10,21 | 104,27 |
| MSD | | | |
| Timoptol | 4415321,5 | 17,62 | |
| Trusoft | 5839257,45 | 23,30 | |
| Sub-total | 10254578,95 | 40,92 | 1674,25 |
| Alcon | | | |
| Isoptocarpine | 911312,98 | 3,64 | |
| Betopic S | 4936103,54 | 19,70 | |
| Sub-total | 5847416,52 | 23,33 | 544,39 |
| Frumtost + Allergan | 8959563,31 | 35,75 | 1278,08 |
| Total | 25061558,78 | | 0,00 |
| HHI antes da operação | | | 2975,15 |
| HHI após a operação | | | 3496,72 |
| Variação do HHI | | | 521,57 |
| | | | |

| | | | |
|--|--|--|--|
| | | | |
|--|--|--|--|

2) MR de produto preparados anti-glaucoma para pacientes com ângulo da câmara anterior estreito e hipertensos)

| | Faturamento | Market-share | HHI |
|----------------------------|-------------|--------------|---------|
| Frumtost | | | |
| Pilocarpina | 2959652,35 | 11,81 | |
| Timolol | 3440794,3 | 13,73 | |
| Sub- total | 6400446,65 | 25,54 | 652,24 |
| Allergan | | | |
| Betagan | 2086503,58 | 8,33 | |
| | | 0,00 | |
| Sub-total | 2086503,58 | 8,33 | 69,31 |
| MSD | | | |
| Timoptol | 4415321,5 | 17,62 | |
| Trusoft | 5839257,45 | 23,30 | |
| Sub-total | 10254578,95 | 40,92 | 1674,25 |
| Alcon | | | |
| Isoptocarpine | 911312,98 | 3,64 | |
| Betopic S | 4936103,54 | 19,70 | |
| Sub-total | 5847416,52 | 23,33 | 544,39 |
| Frumtost + Allergan | 8486950,23 | 33,86 | 1146,80 |
| Total | 24588945,7 | | 0,00 |
| HHI antes da operação | | | 2940,19 |
| HHI após a operação | | | 3365,44 |
| Variação do HHI | | | 425,25 |

3) MR de mióticos

| | Faturamento | Market-share | HHI |
|----------------------------|-------------|--------------|---------|
| Frumtost | | | |
| Pilocarpina | 2959652,35 | 76,46 | 5845,78 |
| Alcon | | | |
| Isoptocarpine | 911312,98 | 23,54 | 554,24 |
| Sub-total | 911312,98 | | |
| Frumtost + Allergan | 2959652,35 | 76,46 | 5845,78 |
| Total | 3870965,33 | | |
| HHI antes da operação | | | 6400,02 |
| HHI após a operação | | | 6400,02 |
| Variação do HHI | | | 0,00 |

Observe-se que os mercados relevantes de antiglucomatosos para pacientes sem contra-indicações, para pacientes com as contra-indicações de hipertensão e ângulo da câmara anterior estreito apresentavam antes da operação quatro grandes participações. No caso do primeiro mercado que compreende todo o segundo mais o propine, a Alcon detinha 23%, a Merck, Sharp & Dhome 41%, a Allergan 10% e a Frumtost 25%. Nesse caso, a Allergan, antes minoritária, consegue se aproximar da Merck, Sharp & Dhome (MSD), mas ficando ainda 6 pontos percentuais abaixo da mesma. As variações de HHI entre 400 e 525 pontos aproximadamente não são significativas para os padrões brasileiros. Na realidade, a depender da forma específica pela qual se dá a interdependência estratégica dos oligopolistas neste mercado, o fortalecimento de um *player* (a Allergan e a Frumtost) frente ao líder (MSD), pode inclusive apresentar características pró-concorrenciais.

De qualquer forma, cabe destacar que há uma série de novos entrantes nesses mercados relevantes após a operação:

- 2) o iopidine e o azopt da Alcon (em fase de lançamento);
- 3) o trusopt e o timoptol XE da MSD e;
- 4) o xalatan da Upjohn;
- 5) o rescula da Ciba /Novartis em fase de lançamento.

Assim, contrariamente aos pareceres dos órgãos instrutórios, entendo que não tenha havido qualquer dano à concorrência nos mercados relevantes dessa classe, podendo, a depender da dinâmica concorrencial do mesmo, ter inclusive, características pró-competitivas.

VI.4 Preparados para o Tratamento de Conjuntivites Não especificadas

Informa o Parecer da SEAE/MF (fls.174) que o mercado dessa classe é liderado pela empresa Merrell Lepetit, com o colírio Moura Brasil (33,55%). Em seguida está a Allergan-Lok, com o colírio Lerin (26,0%). Antes da operação, o *market share* desta empresa, na classe terapêutica em questão, era de 31,02%, passando a deter 43,33% com a aquisição da Frumtost.

Seguindo a metodologia proposta, foram identificados dois mercados relevantes, levando-se em consideração as indicações de cada medicamento:

- 6) MR de descongestionantes oculares;

7) MR de conjuntivites alérgicas.

Uma observação importante é que apesar das requerentes não terem apresentado o colírio Moura Brasil como concorrente no mercado relevante de descongestionante, contabilizaremos o mesmo nesse último, dada a sua posição de líder de mercado e consoante à análise da SEAE.

O quadro de alteração estrutural do Mercado Relevante nos mercados relevantes de descongestionantes e de conjuntivites alérgicas é o seguinte:

| MR de preparados para conjuntivites não específicas como descongestionantes | | | |
|---|-------------|--------------|------------|
| | Faturamento | Market-share | HHI |
| Allergan | 7253655,18 | 31,94 | 1020,06193 |
| Visodin | 506262,95 | 2,23 | |
| Zincolok | 168704,76 | 0,74 | |
| Argirol | 176334,54 | 0,78 | |
| Lerin | 6270959,35 | 27,61 | |
| Oxilin | 131393,58 | 0,58 | |
| Frumtost | 1354168,74 | 5,96 | 35,5515299 |
| Dinill | 1061741,21 | 4,67 | |
| Mirabel | 292427,53 | 1,29 | |
| Frumtost + Allergan | 8607823,92 | 37,90 | 1436,47964 |
| Alcon | 4282562 | 18,86 | 355,565851 |
| Claril | 3839537 | 16,91 | |
| Vislin | 443025 | 1,95 | |
| Merrel Lepetit | | | |
| Moura Brasil | 9821000 | 43,24 | 1869,92 |
| Total | 22711385,9 | 100,00 | |
| HHI antes da operação | | | 3281,10 |
| HHI após a operação | | | 3661,97 |
| Variação do HHI | | | 380,87 |

| MR de preparados para Conjuntivites Alérgicas | | | |
|---|-------------|--------------|------------|
| | Faturamento | Market-share | HHI |
| Frumtost | 2269030,04 | 37,31 | 1392,02249 |

| | | | |
|-----------------------|------------|--------|------------|
| Cromolerg | 1740092,8 | | |
| Naaxia | 528937,24 | | |
| Alcon | 2401559,71 | 39,49 | 1559,38207 |
| Alomide | 1917808 | | |
| Maxicrom | 483751,71 | | |
| Ciba vision | 1411000 | 23,20 | 538,294307 |
| Livostin | 1411000 | | |
| Total | 6081589,75 | 100,00 | |
| HHI antes da operação | | | 3489,70 |
| HHI após a operação | | | 3489,70 |
| Variação do HHI | | | 0,00 |

Apenas no caso do mercado relevante de descongestionante houve alguma alteração da concentração de mercado. No entanto, tal alteração é reduzida atingindo um aumento da participação de mercado da Allergan de cerca de 6 pontos percentuais, o que corresponde a 380,9 pontos no HHI. Por outro lado, observa-se a liderança inequívoca nesse mercado relevante da Merrel Lepetit com o colírio Moura Brasil que detém 43% do mercado. Nesse caso, a união das empresas Frumtost e Allergan pode ter contribuído para aumentar a concorrência nesse mercado ao aumentar a capacidade do segundo lugar em contestar as posições do primeiro. Assim, a operação nesse mercado, a depender de características específicas da dinâmica concorrencial no mesmo, pode ser pró-competitiva.

Cabe ainda aduzir um ponto fundamental que diferencia a análise desse mercado relevante de descongestionante dos outros mercados envolvidos nessa operação. Toda essa classe terapêutica concentra-se em medicamentos que, na prática, são menos utilizados através de receitas médicas (ou seja, pela decisão de consumir do médico) do que outros. Ou seja, apesar de estarem no mercado ético, os mesmos apresentam uma dinâmica concorrencial bem próxima aos chamados medicamentos “over-the-counter”, vendidos sem receita médica. Nesse caso, como já argumentado na seção passada, a marca constitui uma barreira à entrada bem menos proeminente que nos outros casos. Um exemplo é o do Dinill, que tem como uma das drogas ativas o ácido bórico ou mais coloquialmente, a água boricada que constitui-se como substituto próximo.

No mercado relevante de conjuntivites alérgicas, a Allergan simplesmente adquiriu o elevado market-share pré-existente da Frumtost. Assim, apesar do mesmo apresentar as mesmas barreiras à entrada dos outros merca-

dos relevantes da operação (à exceção de descongestionantes) e do mesmo ser concentrado, não houve qualquer impacto sobre o grau de concorrência. Observe-se ainda que nesse mercado relevante está sendo lançado o Patanol da Alcon. Segundo essa empresa, as perspectivas de crescimento das vendas desse medicamento são muito significativas, dado que o mesmo apresenta avanços terapêuticos não negligenciáveis no tratamento dos sintomas.

Assim, entendo que os dois mercados relevantes dessa classe não requerem necessidade de maior atenção por parte da autoridade antitruste.

VI. 5 Lubrificantes Oculares

Segundo a SEAE/MF (fls. 175), no mercado relevante desta classe terapêutica praticamente não existe a concorrência, e mesmo ocorrendo a operação, a Alcon continuaria liderando o mercado com 75,3% de participação.

Tendo por base as indicações de cada medicamento, esta análise constatou a presença de apenas um mercado relevante que, neste caso, coincide com a classe terapêutica.

1. MR de lubrificantes oculares com a Indicação de olhos secos e de umidificante durante o uso de lentes de contato rígidas.

| MR de lubrificantes oculares com a Indicação de olhos secos e de umidificante durante o uso de lentes de contato rígidas | | | |
|--|-------------|--------------|----------|
| | Faturamento | Market-share | HHI |
| Frumtost | | | |
| Filmcel | 532608,72 | 7,22 | 52,08 |
| Allergan | | | |
| Lacril | 878890,89 | 11,91 | 141,83 |
| Frumtost + Allergan | 1411499,61 | 19,13 | 365,81 |
| Alcon | | | |
| Lacrima Plus | 4251258,27 | 57,61 | |
| Lacrima | 1717170,48 | 23,27 | |
| Sub-total | 5968428,75 | 80,87 | 6540,57 |
| Total | 7379928,36 | 100,00 | 10000,00 |
| HHI antes da operação | | | 6734,49 |
| HHI após a operação | | | 6906,38 |
| Variação do HHI | | | 171,90 |

O aumento da concentração nesses mercados relevantes está na zona de alerta considerada na análise da merger guidelines da FTC e DOJ. Entretanto, a variação do HHI é muito pequena para os padrões brasileiros atingindo 171,9, havendo ainda uma presença muito mais forte da Alcon que conta com quase 80% deste mercado. Assim, não se vislumbra quaisquer problemas concorrenciais nesse mercado. Pelo contrário, juntando-se dois produtores menores que são a Allergan e a Frumtost neste mercado relevante, é presumível que a operação nesse mercado relevante amplie a concorrência. É como se estivéssemos passando de um regime de firma dominante com uma franja de mercado composta por Allergan e Frumtost e agora temos um duopólio.

VI. 6 Antiinflamatórios Oftalmológicos Não Esteróides

Dispõe a SEAE/MF (fls.175) que esta classe é liderada pela Allergan-Lok, com o produto Ocufer (32,62%) e pela Frumtost com o Still (27,38%) e com o Difen (21,90%). Realizada a operação, a Allergan terá uma participação de 81,91%, restando como único concorrente o Indocid, colírio da Merck Sharp & Dohme (MSD), com 18,10% de *market share*.

Após a operação, a Allergan introduziu o Acular que conseguiu, em pouco tempo, uma participação significativa nesse mercado. Segundo as requerentes, o Acular estaria atualmente com cerca de 34% dessa classe terapêutica. Em fevereiro de 1997 e fevereiro de 1998, a Alcon lançou o Procofen e o Fenacon, respectivamente, nessa classe terapêutica. Em breve, há a perspectiva de entrada do Voltarem oftálmico da CIBA (Novartis) que, segundo informações da empresa de 27/08/98, aguarda processo de registro na Secretaria de Vigilância Sanitária.

As informações obtidas acerca da questão da substitubilidade na classe terapêutica de antiinflamatórios oftalmológicos não-esteróides são as seguintes:

- o Ocufer e o Procofen e o Indocid são tidos como similares perfeitos. Os três são utilizados para o pré-operatório de catarata e edema macular cistóide;
- o Fenacon recém lançado no mercado (fevereiro de 1998) é muito próximo ao Difen, Still e Acular. Esses são utilizados como antiinflamatórios não-esteróides;

- o voltarem oftálmico (ainda para ser lançado) também é similar perfeito do Fenacon sendo, portanto, concorrente também do Difen, Still e Acular.

A relação de substitubilidade entre os dois grupos é muito baixa, o que justifica segmentar a classe terapêutica em dois mercados relevantes:

- a) o MR de pré-operatório de catarata e edema macular cistóide que inclui o Ocufen, o Procofen e o Indocid;
- b) o MR de antiinflamatório não-esteróide que inclui o Difen, o Still, o Acular e o Fenacon.

As alterações estruturais nos dois mercados podem ser visualizadas a partir do quadro abaixo:

| 1) MR de Não-esteróides para Pré-Operatório de Catarata e Edema macular cistóide | | | |
|--|-------------|--------------|------------|
| | Faturamento | Market-Share | HHI |
| Allergan | | | |
| Ocufen | 787719,35 | 61,77 | 3816,05046 |
| Alcon | | | |
| Procofen | 171526 | 13,45 | 180,938506 |
| MSD | | | |
| Indocid | 315914 | 24,77 | 613,774478 |
| Total | 1275159,35 | 100 | |
| HHI antes da operação | | | 4610,76344 |
| HHI após a operação | | | 4610,76344 |
| Variação do HHI | | | 0 |

| 2) MR de Antiinflamatórios oftálmicos não-esteróides | | | |
|--|-------------|--------------|------------|
| | Faturamento | Market-Share | HHI |
| Frumtost | 1063137,77 | 45,06 | 2030,82494 |
| Difen | 403848,26 | | |
| Still | 659289,51 | | |
| Allergan | 1296000 | 54,94 | 3017,89 |
| Acular | 1296000 | 54,94 | |
| Allergan + Frumtost | 2359137,77 | 100,00 | 10000,00 |

| | | | |
|-----------------------|------------|--------|----------|
| Total | 2359137,77 | 100,00 | |
| HHI antes da operação | | | 5048,71 |
| HHI após a operação | | | 10000,00 |
| Varição do HHI | | | 4951,29 |

A análise estática dos efeitos da operação no grau de concentração a partir dos dados de 1997 sugerem que não houve nenhum impacto no mercado relevante de pré-operatório de catarata e edema macular cistóide. A Allergan que já detinha 62% desse mercado relevante, continuou com o mesmo, já que a Frumtost não tinha medicamento nesse mercado relevante.

No caso do Difen e do Still, no momento da operação, a Allergan não possuía produtos substitutos. No entanto, logo após surgiu o Acular dessa mesma empresa que conseguiu açambarcar parte substancial desse mercado atingindo 55% do mercado em 1997. Isso reforça o ponto realçado na seção IV de barreiras à entrada de que a lealdade à marca no mercado de farmacêuticos está muito relacionada com a própria lealdade à empresa detentora da marca. Em pouco tempo, a Allergan, firma com excelente reputação no setor farmacêutico, conseguiu introduzir marca de sua própria criação. Ou seja, se a lealdade fosse muito concentrada na marca e menos na empresa, haveria mais dificuldades para a marca conquistar tanto mercado em tão pouco tempo.

De qualquer forma, tendo em vista que, no momento da operação, o Acular já deveria estar em estágio bem adiantado de desenvolvimento, conclui-se que a operação viabilizou a manutenção do monopólio que antes era da Frumtost e passou a ser da Allergan. Ou seja, é como se um concorrente futuro tivesse sido eliminado (no caso, a própria Allergan). Ou seja, se a Frumtost tivesse sido comprada por outra, haveria um duopólio nesse mercado relevante e não um monopólio. Raciocinando dessa forma com base nos dados de 1997, a redução do HHI que deixou de acontecer por causa da operação foi de quase 5000 pontos.

Junta-se a isso o fato de a dinâmica concorrencial desse mercado relevante ser típica dos medicamentos éticos: As vendas são realizadas apenas sob prescrição médica e o médico é, de fato, o consumidor substituto. Ou seja, a barreira à entrada representada pela marca é significativa. Esses dois fatores, analisados isoladamente, sugeririam a necessidade de uma pronta resposta da autoridade de defesa da concorrência através de medidas estruturais remediadoras.

No entanto, é fundamental levar em consideração que as transformações correntes desse mercado, ainda não captadas nos dados de faturamento de 1997, parecem significativas. Quatro ponderações acerca de medicamentos entrantes e recém-entrados nesse mercado relevante podem ser realizadas:

- As perspectivas do Fenacon são muito boas. Lançado em fevereiro de 1998, o crescimento das vendas desse medicamento foi significativo, devendo já ter chegado a cerca de 8% a 10% do mercado total de não esteróides (agrupando os dois mercados relevantes dessa classe), o que sugere uma participação ainda maior no mercado relevante específico entre 12 e 14%. A Alcon tem boas perspectivas no que tange à performance do Fenacon, podendo contestar as posições dos medicamentos líderes, especialmente por apresentar superioridade em seu veículo em relação aos medicamentos mais tradicionais. A Alcon acredita que possa atingir 10% do mercado da classe terapêutica total de corticóides não-esteróides em unidades e 25% em valores (que é a unidade que estamos utilizando).
- As perspectivas do Voltarem oftálmico são também positivas. Conta-se nesse caso com todo o peso da marca Voltarem que pode ser estendida para o segmento oftalmológico²⁶. Além disso, o marketing do produto na classe médica já está ocorrendo adiantado, o que sugere que, após a aprovação de seu registro, o mesmo não tardará a entrar no mercado. Há, no entanto, incerteza acerca da capacidade da Ciba de quebrar o predomínio das duas grandes Allergan e Alcon. Segunda informações dessa empresa, a mesma conta com apenas 24 profissionais responsáveis pelo marketing direto à classe médica, o que é muito pequeno em relação ao que a Allergan e a Alcon dispõem. Mesmo assim, a questão principal não é se o Voltarem oftálmico vai, de fato, conseguir contestar as posições da Allergan ou da Alcon, mas se a Ciba tem condições para concorrer em condições similares à Alcon e à Allergan, dado que ela certamente está para lançar o Voltarem oftálmico. Efetivamente, a Ciba não tem a mesma tradição da Alcon e Allergan no segmento específico de oftalmológicos, mas já não é completamente novata, tendo entrado com o Okacin, o Viscotears, o Livostin, o Infectoflam, o Aosept e o Cilclar, estando ainda em lançamento do resula além do voltarem. O público alvo desses medicamentos é o

26 A Alcon acredita que há boa perspectiva de entrada do Voltarem oftálmico em razão da marca.

mesmo: os médicos oftalmologistas. Ou seja, há uma certa economia de escopo na confiabilidade dos profissionais de marketing nessa área. Além disso, a Novartis que controla a Ciba é uma empresa com boa capacidade de, se assim o desejar, construir uma boa rede de profissionais de marketing de medicamentos na área oftalmológica. Ou seja, não parece que a barreira da forte reputação da Allergan e Alcon no segmento oftalmológico seja decisiva para impedir a entrada do Voltarem oftálmico por si só. Há a possibilidade óbvia de que o medicamento não seja tão bom quanto os outros e por isso não consiga ganhar uma fatia de mercado significativa, mas isso se refere ao próprio mérito da empresa e não ao conceito de barreiras à entrada usualmente utilizado na análise antitruste.

É fundamental destacar que o grupo de medicamentos existente das empresas no momento da operação que são o Difen, o Ocufer e o Still, apresentam uma nítida tendência declinante no mercado. Enquanto os mesmos contavam com quase 82% do mercado da classe terapêutica em 1995, a participação dos mesmos caiu para 51% em 1997 e, segundo as requerentes, continua caindo em 1998, chegando em 40% atualmente. Chega-se até a falar no desaparecimento completo do Difen frente ao grande sucesso do Acular nesse mercado relevante.

Esses números revelariam um claro momento de transição, onde os medicamentos mais antigos desse mercado estão sendo progressivamente substituídos por medicamentos mais novos das próprias empresas (Acular da Allergan) e de outras (Fenacon da Alcon e, posteriormente, Voltarem da Ciba).

Assim, o ambiente atual de perspectiva de entrada mais significativa do Fenacon e do Voltarem oftálmico sugerem que esse mercado mudou de forma significativa após as análises das secretarias.

VII) Avaliação das Eficiências

Como visto, há no setor farmacêutico internacional uma elevada competição através de gastos em P&D na pesquisa de novas moléculas, bastante salutar do ponto de vista do bem estar social. Não é à toa que a questão da propriedade industrial é tão sensível neste tipo de indústria no plano internacional. Se por um lado, a patente representa uma barreira à entrada crucial, comprometendo por certo período a concorrência, é essa mesma barreira que gera os incentivos para a contínua geração de novos medicamentos. Conforme Baumol e Ordo-

ver (1988) é o conflito entre difusão da inovação e apropriabilidade com exclusão que se traduz no *trade-off* entre eficiência estática e dinâmica.

A questão importante é que poderia argüir-se que este mesmo conflito estaria presente na avaliação do Ato de Concentração em tela. A Frumtost que era uma empresa menor não apresentava atividade de P&D, não exercendo pressão, via concorrência, para aumento das atividades de P&D no setor. A Allergan, por outro lado, está entre as mais dinâmicas empresas estrangeiras do ponto de vista da geração de novas tecnologias nas classes terapêuticas oftalmológicas. A fusão das duas empresas poderia ter um efeito positivo no volume de investimentos em P&D da Allergan. Na realidade seria mais uma empresa para alavancar recursos para o esforço global de investimentos em P&D da Allergan, além de ensejar o aumento da apropriabilidade do retorno das inovações, tendendo a incrementar a taxa de inovação no setor.

O efeito da eficiência estática, com um ambiente mais concorrencial, sobre a eficiência dinâmica, traduzida em uma taxa de inovação mais alta, de qualquer forma, pode ser visto como ambíguo. Viscusi (1995) reproduz Scherer e Ross quanto à relação entre concentração de mercado e taxa de inovação:

“What is needed for rapid technical progress is a subtle blend of competition and monopoly, with more emphasis in general on the former than the latter, and with the role of monopolistic elements diminishing when rich technological opportunities exist”.

Em diligências efetuadas à empresa, pôde-se obter um maior grau de informação da atividade da Allergan em P&D. No ano de 1997 foram aprovados os seguintes produtos, como resultados de pesquisas:

1. Alphagan;
2. Tazorac;
3. Amo Array;
4. Botox;
5. Acular.

Além disso, a Allergan informou que:

“a fase III dos testes clínicos do Cyclosporine, para severa secura de olhos, começaram em julho. As fases I e II de testes clínicos do Mementine, para neuroproteção em glaucoma, começaram em outubro.

A fase III de testes clínicos do Tazorac (formulação creme do Tazotorene) para psoríases foi iniciada em dezembro de 1997”, e que,

“Em setembro, a Allergan e a Acadia Pharmaceuticals estabelecerão um acordo de colaboração em pesquisa, para conduzir pesquisas e desenvolvimento de cinco potenciais remédios, incluindo-se o ‘Prostanoid’ e o ‘alpha adrenergic receptors’”, com a utilização da tecnologia de exames altamente desenvolvida pela Acadia.

E ainda:

“Em novembro, nós organizamos a Allergan Specialtry Therapeutics, INC (ASTI), um novo empreendimento na indústria de biotecnologia, para conduzir pesquisas e desenvolvimento de potenciais produtos farmacêuticos baseados nas tecnologias da Allergan em retinóides e neuroprotetores”.

No entanto, em se tratando da incorporação de uma empresa nacional média por uma grande empresa transnacional, é razoável postular que a aquisição da Frumtost traz um incentivo muito modesto para o incentivo a inovar eficiências.

No caso da operação em tela, as requerentes alegam o maior interesse da Allergan em instalar uma base de desenvolvimento tecnológico em território nacional após a operação. A empresa cita como exemplo a destinação de US\$ 100 mil para a Escola Paulista de Medicina, Unicamp e Faculdade de Medicina da Santa Casa de Misericórdia visando o desenvolvimento de pesquisas na área de glaucoma.

De fato, uma estrutura local mais forte da empresa permite a essa uma maior capacidade de transferência dos ganhos da inovação do exterior para o País. Assim, não importaria apenas a taxa de inovação, mas a capacidade de difusão da mesma pelos Países, sendo que esse fator depende de toda a estrutura da multinacional dentro do País. No caso em tela, os indícios são de que essa capacidade de transferência deve ter se incrementado. Conforme as requerentes:

“...após a aquisição da Frumtost, e até para recepcionar novos produtos, tecnologias e desenvolvimentos, a Allergan do Brasil passou a contar com 15 técnicos, sendo 5 deles com nível de mestrado”.

Antes da operação haviam apenas 2 técnicos na Allergan e 1 na Frumstost. Ainda dentro dessa política, a Allergan pretendia conceder bolsas de estudo e destinar verbas para aplicação em laboratórios e equipamentos.

Isso dá uma dimensão diferente da analisada até agora no que tange às eficiências da operação. Não apenas a atividade inventiva global da empresa é importante, mas a estrutura de transferência desses desenvolvimentos para o mercado brasileiro se torna mais forte e esse não pode ser um fator negligenciável.

Esse tipo de eficiência poderia servir para compensar um pequeno aumento da concentração, no qual se constata alguma possibilidade, mesmo que remota, de dano à concorrência. Acredito que esse seja o caso do mercado relevante de anti-infecciosos oftalmológicos onde houve um aumento de 8 pontos percentuais e 877 pontos de HHI no grau de concentração. No caso de corticóides não-esteróides análise similar pode ser realizada. Um grande aumento da concentração, mas a constatação de um bom movimento corrente de entrada no setor (Fenacon da Alcon e Voltarem oftálmico da Ciba), permitem concluir que a possibilidade de dano à concorrência pode ser contrarrestada por essas pequenas eficiências. Apesar de já não entender, a partir dos dados sobre aumento da concentração e barreiras à entrada, nesses mercados, que poderia haver dano à concorrência, a pequena probabilidade associada desse evento ocorrer seria devidamente compensada por esse tipo de eficiência.

VIII) Síntese dos Pareceres das Secretarias

a) Parecer da SEAE/MF

A SEAE destacou que “do ponto de vista econômico, a operação, na forma apresentada, implicará elevação do poder de mercado nos preparados anti-glaucoma mióticos tópicos e de anti-inflamatórios tópicos não esteróides, sem que se tenha identificado ganhos de eficiência que resultem benefícios para o consumidor”. Assim, entende que “sua aprovação deverá ser condicionada a compromissos de desempenho que modifiquem esta situação”.

b) Parecer da SDE/MJ

A SDE entende que a operação implicará elevação do poder de mercado nos segmentos de preparados anti-glaucoma mióticos tópicos, anti-inflamatórios tópicos não esteróides e anti-infecciosos oftalmológicos (fls. 472). Ou seja, a

SDE acrescenta a classe terapêutica de anti-infecciosos oftalmológicos nas classes terapêuticas passíveis de Compromisso de Desempenho. Acrescenta às fls. 474 que as eficiências “*não foram demonstradas de forma convincente e detalhada*”, sendo “*superficiais e genéricas*”. Ademais, “*os benefícios equitativos ao consumidor não estão configurados, ou seja, as eficiências apresentadas não compensam a concentração*”.

Aquela Secretaria sugere, portanto, como alternativas de compromissos a serem cumpridos pelas requerentes nos segmentos onde se verificam problemas anticoncorrenciais venda ou licenciamento compulsório de marcas (fls. 475).

IX) Síntese do Parecer da Procuradoria do CADE

A Procuradoria do CADE, em conformidade aos pareceres dos órgãos instrutórios entendeu que “*a operação para ser aprovada deverá estar condicionada ao cumprimento pelas requerentes de compromisso de desempenho*” (fls. 569).

É o relatório.

MÉRCIO FELSKY
Conselheiro-Relator

VOTO

1. Estrutura vs. Conduta

Os pareceres da SEAE e da SDE, apesar de fornecerem a matéria-prima fundamental do entendimento deste relator quanto ao ato de concentração em tela, não contavam com a informação mais atualizada sobre o movimento de entrada de novos ofertantes nos mercados relevantes desta operação.

Incorporando esses novos elementos, vislumbra-se um ambiente mais concorrencial naqueles mercados relevantes onde a operação causou maior impacto no grau de concentração. Para esses mercados, — três dentre os vinte e dois em que foram desagregadas as classes terapêuticas —, houve, inclusive, indicação dos órgãos instrutores para que a aprovação do Ato só se desse com aplicação de medidas estruturais, ou seja, aprovação sob condições. Esses

mercados, conforme demonstrou a análise do relatório, são: o dos **antiinfeciosos oftalmológicos (exceto Epitezan)**, o dos **anti-glaucomatosos** e o dos **corticóides não-esteróides antiinflamatórios**.

O mercado relevante de **antiinfeciosos oftalmológicos (exceto Epitezan)** apresentou um aumento de participação de mercado pouco significativo (50% da Frumtost mais 8% da Allergan). Este mercado, além de contar com um novo entrante —Ciba/Novartis, com os produtos Okacin e Cilclar —, também a concorrência forte de um grande laboratório que é a Alcon, com os produtos Ciloxan e Tobrex.

Os mercados relevantes de **anti-glaucomatosos** (com e sem contra-indicação) mais ainda do que os outros não requerem qualquer tipo de intervenção, dado que houve um fortalecimento do vice-líder, o que pode até mesmo acirrar a concorrência com a líder Merck Sharp & Dhome, que detém 40% do mercado. Mesmo com a operação, a Allergan passa a ter o segundo lugar, com cerca de 35% do mercado. Além disso, é nesse mercado que houve e está havendo o maior número de novos lançamentos de medicamentos.

O terceiro mercado relevante, o dos **corticóides não-esteróides antiinflamatórios** é um pouco mais delicado. À época da operação, e tendo em vista a divisão dos mercados relevantes de acordo com a metodologia por mim adotada, não haveria qualquer problema de concentração, já que a Allergan teria comprado o monopólio pré-existente da Frumtost com o Difen e o Still. No entanto, pouco tempo depois, a própria Allergan lança um novo produto —o Acular—, que açambarcaria boa parte desse mercado. Ou seja, a operação eliminou um concorrente potencial que se transformaria em efetivo, de forma líquida e certa em período muito breve.

Neste último caso, o dos **corticóides não-esteróides**, fazendo-se o cálculo dos *market-shares* a partir dos dados de 1997 quando o Acular já havia entrado, mas os produtos da Alcon (Fenacon) e da Ciba (Voltarem) ainda não, chega-se à conclusão de que a operação trouxe um grande dano à concorrência. Entretanto, a análise de defesa da concorrência não pode se limitar aos concorrentes atuais. Poderíamos, por exemplo, estimar as novas participações de mercado em futuro próximo considerando as marcas entrantes da Alcon e da Ciba. Preferimos, no entanto, seguir a metodologia de manter o cálculo dos *market-shares* com base nos dados concretos de faturamento de 1997 e, a partir daí, levar em consideração as novas informações acerca do movimento de entrada dos novos concorrentes na interpretação desses mesmos dados.

Esse tipo de abordagem está, inclusive, amparado na metodologia seguida pelas Diretrizes de Atos de Concentração Horizontais da FTC e DOJ (USA), de 1992. Segundo essa metodologia,

“As informações sobre concentração e participação no mercado são baseadas em evidências históricas. Entretanto, mudanças recentes, ou ainda em andamento no mercado, podem indicar que os índices correntes de participação de uma determinada empresa em particular podem estar sendo subestimados ou superestimados, do ponto de vista de seu efeito concorrencial no futuro próximo. Por exemplo, se uma nova tecnologia, considerada importante para a viabilização a longo prazo da competitividade em um setor, está disponível para outras empresas do mercado, mas não está para alguma em particular, a Agência pode concluir que a participação histórica de mercado dessa empresa superestima a importância de sua futura participação no mercado. A Agência, ao interpretar os dados de concentração e de participação no mercado, irá considerar os efeitos previsíveis dessas recentes mudanças ou daquelas que estão ainda ocorrendo nas condições de mercado” (tradução livre).²⁷

Assim, à análise estática dos índices de concentração de 1997 deve-se juntar a avaliação mais dinâmica do movimento corrente de entrada nesse mercado. Cabe ainda mencionar que o Difen e o Still são medicamentos em rápida trajetória decrescente no mercado de sua classe terapêutica, o que tornaria sem sentido compromissos estruturais envolvendo esses produtos. Esse novo conjunto de informações, de fato, elimina a necessidade de implementar medidas estruturais neste Ato de Concentração.

27 “Market concentration and market share data of necessity are based on historical evidence. However, recent or ongoing changes in the market may indicate that the current market share of a particular firm either understates or overstates the firm's future competitive significance. For example, if a new technology that is important to long-term competitive viability is available to other firms in the market, but is not available to a particular firm, the Agency may conclude that the historical market share of that firm overstates its future competitive significance. The Agency will consider reasonably predictable effects of recent or ongoing changes in market conditions in interpreting market concentration and market share data” (U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, Issued: April 2, 1992; Revised: April 8, 1997, p. 17).

Além disso, conforme foi detalhado no relatório (pág. 4), além do problema de concentração econômica existente na maioria dos mercados relevantes do setor de medicamentos, outra variável que afeta enormemente a concorrência neste setor é a **assimetria de informações**, entre os consumidores, de um lado, e os produtores e comerciantes, de outro. Na verdade, o mercado de produtos farmacêuticos tem características de tal forma peculiares que não basta, ou, nem sempre é o caminho mais indicado, do ponto de vista dos custos e benefícios sociais, a imposição das chamadas medidas estruturais, como desconstituição da operação, ou aprovação com restrições. Conforme o Parecer da SEAE (fls. 166),

“A Indústria Farmacêutica é exemplo de que os conceitos de indústria e mercado são de pouca utilidade na avaliação dos fenômenos como o da concentração. A necessidade de produtos definidos para doenças determinadas e o grau de substituição praticamente inexistente entre os mesmos evidenciam a existência de muitos mercados. (...) O verdadeiro mercado é composto pelas diferentes classes terapêuticas. Até os produtos que compõem a mesma classe, raramente são substitutos perfeitos, inclusive o mesmo produto pode ter posologia diferente quando administrado em outras formas farmacêuticas, ou seja, via oral (para tratamento normal) ou injetável (para tratamento em crise). O parque industrial farmacêutico nacional, embora conte com mais de 400 produtores, é fortemente concentrado em várias classes terapêuticas. Assim, pode-se afirmar que, neste contexto de classes terapêuticas, a Indústria Farmacêutica possui uma estrutura oligopolizada [às vezes, até monopolizada, acrescento] e a demanda de medicamentos é inelástica, em função de uma característica particular desse mercado —mais especificamente do chamado mercado ético—, onde são distintos os consumidores que escolhem o produto (os médicos) e os que desembolsam e compram (os pacientes) ...”.

Como se pode perceber, em casos como este, a autoridade de defesa da concorrência se defronta com mercados cujas condições básicas para que os mesmos funcionem com eficiência não estão presentes. Duas destas condições, genericamente chamadas pelos economistas, em seus modelos, de **falhas de mercado**, se aplicam neste caso: as **falhas de competição** e as **falhas de informação**. As do primeiro tipo, estão, naturalmente, ligadas à baixa competição existente em alguns mercados, e interessam, de perto, aos órgãos de defesa da concorrência. As do segundo tipo, tem a ver com o baixo grau de informação dos consumidores e ocorrem quando o mercado, por si mesmo,

não é capaz de suprir essas informações adequadamente para que os consumidores exerçam o seu direito de escolha. Tais mercados também requerem a atuação governamental, mas, não necessariamente no sentido de medidas de caráter estrutural, de natureza antitruste. Os objetivos de melhoria de bem-estar para o consumidor pode, nestes casos, serem atendidos com um “blend” de diversas formas de políticas públicas, que, em geral, requerem a atuação conjunta não só dos órgãos de defesa da concorrência, mas também destes com outras áreas de governo, num ambiente de elevada cooperação institucional. Em outros países, muitas destas falhas são corrigidas, com a Regulação. Corroborando este entendimento, a revelação recente ao grande público do sistema de fraudes de medicamentos, possibilitada pela falta de uma agência estatal específica.²⁸ Nos EUA, p. ex. a Federal Trade Commission e a Food and Drug Administration têm, ambas, adotado boa quantidade de regulações concernentes a rótulo, divulgação de conteúdo etc. (Stiglitz, J. E., *Economics of the Public Sector*, 1996, 2.ª Edição, p. 79).

Nas circunstâncias do presente caso, qualquer proposta isolada de intervenção no sentido de modificar a estrutura desse mercado, como p. ex., a determinação de alienação ou licenciamento para a exploração comercial de determinados medicamentos, certamente não teria o efeito desejado que é melhorar o bem-estar do consumidor. Por outro lado, pode-se dizer que o baixo grau de concorrência em mercados que não apresentam, naturalmente, as condições para a livre concorrência, ocorre não apenas por que é da lógica dos agentes privados evitar a concorrência e buscar sempre o monopólio. Muitas vezes ocorre por causa da ação ou inação de órgãos públicos criados para suprir as falhas de mercado, oferecendo bens ou serviços, chamados “bens públicos”. Portanto, a falta de concorrência pode ter origem também no setor público e, nestes casos, não é suficiente, e às vezes, nem necessário, que o órgão antitruste mande desfazer ou restringir um ato privado. Se assim não fosse, não teria a Lei 8.884/94 previsto em seus dispositivos que ela (a Lei) se aplica “às *personas físicas ou jurídicas de direito público ou privado ...*” (art. 15), e nem dado ao CADE e à SDE e as competências previstas no art. 7º, inciso X, e art. 14, inciso XIII, respectivamente.

Por todo o exposto e, considerando que nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94 o ato sob exame não pode limitar nem de qualquer forma prejudicar a livre concorrência e nem resulta na dominação de mercados relevantes

28 Veja, a propósito, artigo de Pedro Dutra, publicado na Revista do IBRAC, v. 5, nº 7.

de bens ou serviços, entendo que **a operação deve ser aprovada sem quaisquer condicionalidades.**

Estou convencido de que, em mercados como estes aqui analisados, com alta concentração e com posições dominantes protegidas por diversos tipos de barreiras e falhas de mercado, a *repressão* ao abuso do poder econômico assume um papel importante. Em processos de investigação de conduta, é preciso deixar bem claro que em qualquer abuso de posição dominante, devidamente comprovado nos termos do processo legal, este colendo Colegiado agirá prontamente, dentro da sua competência legal, e punirá de maneira exemplar, na forma do art. 23 e 24 da lei nº 8.884/94, inclusive, se necessário, com a pena máxima prevista no inciso V deste último que é a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato, de forma a tornar não-compensatória a conduta infrativa.

Conforme já se manifestou o Sr. Presidente do CADE em outra oportunidade, “o CADE, enquanto órgão julgante, sempre pode se valer de recursos potestativos que a lei lhe outorga, como por exemplo, a imposição de “penalidades”, para fazer valer o respeito à lei concorrencial”.²⁹ Este Conselheiro acrescenta que o CADE não apenas pode, mas deve, porque este é um **poder-dever** do CADE dado que os interesses públicos, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “[o] próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los — o que é também um dever — na estrita conformidade do que predispu- ser a ‘intentio legis’”³⁰.

2. Advocacia da concorrência e a agenda de políticas públicas

Cabe indagar (e fazer um balanço) sobre qual é a situação do conjunto de medidas que os órgãos do Ministério da Fazenda (SEAE) e Ministério da Justiça (SDE), inspirados na boa prática da advocacia da concorrência, estavam desenvolvendo com a participação das autoridades do Ministério da Saúde. Tais medidas, reportadas ao Conselheiro-Relator Antonio Fonseca por

29 CADE, 41ª Reunião do Fórum Permanente de Defesa da Concorrência, Pronunciamento de Abertura pelo Sr. Presidente do CADE, Gesner Oliveira, Sumário Executivo.

30 Cf. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 1996, p. 31.

ocasião da apreciação e *referendum* do Termo de Compromisso de Cessação de Prática no P.A. nº 08000.015339/97-73 tinham o escopo de reduzir as falhas de mercado no setor.³¹ Na ocasião, então, o eminente Conselheiro, debruçando-se com o informe da SEAE de que aquelas medidas de caráter estrutural para o mercado de medicamentos estavam sendo articuladas, teve atenuadas suas preocupações com as imperfeições nesse mercado e não avançou, em seu voto, na proposição de outras medidas corretivas, porque acreditou no “*comprometimento da Administração em buscar meios regulatórios alternativos*”. As falhas detectadas e as medidas propostas, eram, em síntese, as seguintes:

*I - Genéricos*³²

Os genéricos, no mercado nacional, apresentam graves distorções em função da chamada “empurroterapia”. Estes (os genéricos) somente implicarão em algum benefício à competição, quando o médico incluí-lo no seu receituário, permitindo ao consumidor/paciente a oportunidade de comparar preços. A aplicação do Decreto nº 793/93, em que se tentou ampliar a participação desses medicamentos, encontra-se suspensa em virtude de questionamentos judiciais. O Ministério da Saúde iniciou discussão para o aperfeiçoamento das disposições daquele Decreto. Indicou-se algumas importantes ações da alçada do Ministério da Saúde, principalmente a respeito da:

- a) qualidade do genérico disponível no comércio;*
- b) entrada de novos laboratórios no comércio de genéricos;*
- c) divulgação junto à classe médica (com vistas a incluir, efetivamente, o genérico no receituário) e à população sobre a existência de uma alternativa segura e mais barata;*

31 O Processo em referência foi aberto pela SDE contra a Hoechst Marion Roussel S/A, ante representação da SEAE/MF, por aumento abusivo de preços. A SDE, após baixar uma Medida Preventiva, firmou com a Representada um Termo de Compromisso de Cessação para que a mesma se abstinhasse da prática investigada, voltando a operar com os preços praticados em 31.12.96. Ao ser apreciado pelo CADE, para o devido *referendum*, o Plenário, por unanimidade acompanhou o voto do Relator. As demais informações foram extraídas do Voto do Conselheiro Antonio Fonseca, naquele Processo.

32 É chamado de genérico o medicamento cuja patente já expirou e sua comercialização é realizada sem marca comercial, apenas com o nome do princípio ativo. O genérico pode se constituir numa opção mais barata para o consumidor, mas, no Brasil, nem sempre eles representam opção de menor preço.

No tocante a este último item o Ministério da Fazenda informou que iniciaria estudos com o Ministério da Saúde para a elaboração de um caderno de produtos, priorizando o nome genérico, que facilitasse a comparação dos preços pelo consumidor.

II - Vendas de produtos anódinos em supermercados

A Medida Provisória nº 542/94 e suas reedições deu nova redação aos dispositivos da Lei nº 5.991/73 que tratam da comercialização e dispensação de medicamentos, visando desregulamentar este segmento através da liberação da venda de medicamentos anódinos em supermercados, armazéns, empórios, lojas de conveniência e “drugstores”.

*A liberação das vendas dos medicamentos anódinos fora das farmácias e drogarias enquadra-se nos objetivos do Plano Real, **eliminando a reserva de mercado, aumentando a competitividade do setor e a disponibilidade destes produtos, com conseqüente redução de preços.** A relação de anódinos é elaborada com critérios técnicos pelo Ministério da Saúde e a experiência prática demonstra que a venda de anódinos dispensa especialização dos estabelecimentos encarregados de sua comercialização. A Lei nº 5.991/73 já autorizava aos hotéis e estabelecimentos similares venderem a seus hóspedes medicamentos anódinos e, no período de mais de 20 anos, não se tem notícia de problemas associados à comercialização de tais medicamentos.*

O governo encaminhou Projeto de Lei ao Congresso objetivando autorizar a venda de anódinos nos citados estabelecimentos comerciais.

III - O monopólio dos hospitais

O fornecimento de medicamentos, quaisquer que sejam, pelos hospitais, confere-lhes efetivamente um poder de monopólio, onde o consumidor não tem qualquer direito de escolha ou substituição de produto/fornecedor.

A rede hospitalar, em regra, pratica preços máximos ao consumidor, sem o oferecimento de descontos praticados nas farmácias. Ademais, a concentração de médicos nos hospitais motiva os departamentos comerciais dos laboratórios a fomentar a colocação de suas linhas de

medicamentos nestes estabelecimentos, através de oferta de descontos mais elevados.

O monopólio dos medicamentos nos hospitais proporciona margens superiores a 100% para estes estabelecimentos, e, segundo entendimentos da SEAE, não há justificativa para os governos federal, estaduais e municipais terem seus custos onerados em função destas margens. Esta discussão estava sendo desenvolvida junto ao Ministério da Saúde.

IV - Compras governamentais e experiência internacional

Como resultado de entendimentos com o Ministério da Saúde, estava sendo empreendido um esforço conjunto na realização de estudos para a aquisição de medicamentos chamados “excepcionais”, pelo Governo Federal, bem como, pelos programas estaduais, a um preço compatível com suas participações no mercado (por exemplo, com a exclusão de margem da farmácia, da distribuição etc.).

Mencionou-se ainda a realização, pela SEAE, de estudos sobre a experiência internacional nessa área, através de contatos com países da Europa Ocidental, e com representantes da FTC (EUA), neste último caso, através de esforço conjunto com o CADE e a SDE.

Por outro lado, no Fórum Permanente da Concorrência promovido pelo CADE, em sua 41ª Reunião realizada em 15 de janeiro deste ano, cujo tema foi: “Informação e Concorrência no Setor de Medicamentos”, as seguintes teses, em resumo, foram apresentadas, as quais cito porque podem servir de referência para as ações que o Plenário porventura possa deliberar que sejam tomadas:

- 1. Não há dúvida de que um dos grandes gargalos do segmento de medicamentos é a **assimetria de informações** que domina esse mercado, sendo, portanto, um grande desafio atenuar essa distorção. Disponibilizar e aumentar o número de informações no mercado (como, p. ex., a iniciativa do Conselho Regional de Farmácia do Distrito Federal, que elaborou uma listagem de medicamentos, visando oferecer maiores informações aos consumidores) contribuem para a concorrência, não só na produção, mas também na comercialização. A propósito deste último ponto, a venda de anódinos em supermercados parece salutar do ponto de vista concorrencial.*

2. *Aliado à maior disponibilidade informacional, é importante a redução do tempo necessário ao registro de novos medicamentos, pois a demora em obtê-lo, é, sem dúvida, um entrave à concorrência no setor.*
3. *No Brasil, o registro de medicamentos é feito por similaridade, mediante a simples remessa de um relatório às autoridades sanitárias competentes, não havendo testes que confirmem tratar-se, realmente, de um genérico, que, aliás, nem sempre é garantia de um produto mais barato (p. ex., a dipirona). A relevância da discussão não deve se centrar apenas sobre preço. A qualidade é que deve ser o cerne do debate e a viabilização do acesso a medicamentos de 60 milhões de brasileiros.*
4. *Os remédios são caros porque, nessa indústria, o produto deve ser nivelado por cima, em qualidade. Se em outros mercados, admitem-se produtos de diversos padrões de qualidade, no mercado em tela, não podem haver remédios que não curem ou curem pela metade. É preciso apenas definir o limite entre o lucro e a ganância. A elevação de preços em alguns dos medicamentos comercializados, por vezes denunciada, é uma decorrência da distorção provocada por 40 anos de controle de preços.*
5. *Deve-se buscar novas formas de se pensar a política nacional de saúde. O Brasil é o segundo contingente farmacêutico mundial e o mais anárquico deles. Faz-se necessário uma importante agência coordenadora da política de medicamentos.*

Acho oportuno, portanto, que o CADE continue envidando esforços no sentido de se somar aos diversos órgãos da Administração Pública e da sociedade civil envolvidos com a saúde e com a defesa da concorrência, para um esforço conjunto de ações que efetivamente respondam ao interesse público. As iniciativas aqui reportadas precisam ter continuidade para que a concorrência no setor seja robustecida e resulte em benefício aos consumidores. Somente após ampla discussão com todos os segmentos da sociedade é que se poderia vislumbrar a existência de um mercado mais competitivo neste segmento que, além do lucro, vise também, o bem-estar do cidadão.

O CADE, como ente integrante da Administração Pública e como principal advogado da concorrência no Brasil, não pode e não deve ficar à margem das discussões quando está em jogo o interesse da coletividade ou a disciplina do mercado, seja na área de medicamentos, seja na de privatização, Regulação ou Comércio Exterior. Se este Tribunal Administrativo não for provocado por qualquer ente ou indivíduo que se sentir lesado por infração à

ordem econômica, ele mesmo deve agir de moto próprio e acionar os demais órgãos de governo competentes para que tais práticas sejam questionadas e investigadas em suas implicações concorrenciais. A propósito, a Lei de Propriedade Industrial, recentemente aprovada pelo Congresso Nacional, tanto pode facilitar este trabalho, quanto possibilitar que novas áreas com produtos exclusivos possam abusar do poder econômico, o que também é proibido pela mesma lei, cuja pena é o licenciamento obrigatório da patente para outra empresa.

Como conclusão das análises dos diversos atos já apreciados por este Conselho e, em especial do estudo do presente Ato de Concentração, proponho ao Plenário deste E. Colegiado que:

1. sejam adotadas medidas concretas de acompanhamento das políticas acima reportadas, com a criação de grupo de trabalho no CADE, para acompanhar os processos administrativos em curso nos órgãos instrutores, bem como as políticas em discussão, junto aos demais órgãos de Governo;
2. as preocupações do CADE com a concorrência neste setor seja passada aos Ministérios da Saúde, da Fazenda e da Justiça; às Comissões de Assuntos Econômicos - CAE e de Assuntos Sociais - CAS, do Senado; à Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias - CDCMAM e Comissão de Economia, Indústria e Comércio - CEIC, da Câmara dos Deputados; ao Ministério Público Federal e ao INPI, com o envio do presente relatório, voto e decisão deste Colegiado.

É o voto.

Brasília, 30 de setembro de 1998.

MÉRCIO FELSKY
Conselheiro-Relator

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 93/96**

Requerentes: TI Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Alcan Alumínio do Brasil S.A.

Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva

RELATÓRIO

DA OPERAÇÃO

TI Brasil Indústria e Comércio Ltda., doravante denominada simplesmente TI, e Alcan Alumínio do Brasil S.A., doravante denominada simplesmente Alcan, submetem à apreciação do CADE, com fundamento na Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, nos termos do art. 2º da Resolução CADE nº 5/96, transação que envolve a compra pela TI de todo o negócio da Alcan referente à Divisão de Componentes de Refrigeração, responsável pela fabricação e comercialização de evaporadores de alumínio, do tipo Roll Bond, utilizados pela indústria de refrigeração, bem como foram firmados contratos de locação das instalações fabris e de fornecimento de chapas de alumínio.

O negócio foi concretizado em 30 de agosto de 1996, tendo sido o valor da operação de R\$ 24 milhões.

Segundo as Requerentes, tal transação não trará qualquer alteração na estrutura concorrencial do mercado em que atuam, já que não fabricam os mesmos produtos. A TI é fabricante de condensadores e a Alcan produz evaporadores de alumínio, do tipo Roll Bond, produtos que exercem funções diferenciadas no sistema de refrigeração. A par deste entendimento submetem a operação à apreciação do CADE, em função do faturamento bruto da controladora da TI - TI Group PLC - e da Alcan ultrapassar o parâmetro legal previsto no § 4º do art 54, da Lei 8.884/94 (1). Alegam as Requerentes que a transação proporcionará ganhos de competitividade para a TI uma vez que, seguindo a tendência mundial, a indústria brasileira de refrigeração vêm demandando dos fabricantes de peças e componentes o fornecimento de "sistemas completos" e a prestação de serviços para o desenvolvimento de projetos em conjunto. Além disso, os benefícios advindos de gastos com desenvolvimento tecnológico podem ser maximizados, melhorando, assim, a qualidade dos produtos oferecidos e reduzindo o seu custo.

Nesse sentido, asseguram que para fazer face ao crescimento da indústria de refrigeração a TI prevê investir nos próximos dois anos US\$ 4,5 milhões, visando aumentar a capacidade produtiva e atualizar tecnologicamente a linha de produção de evaporadores de alumínio, do tipo Roll Bond, sendo que esta previsto para este ano a realização da maior parte dos investimentos - US\$ 3,0 milhões.

Por sua vez, a Alcan em função da política global do grupo de redirecionamento de seus negócios, buscando a concentração em seu "core business", não possuía mais interesse em continuar atuando no segmento de mercado de componentes para refrigeração. A operação de venda de sua Divisão de Refrigeração vem de encontro a essa política, que em busca de ganhos de competitividade vem priorizando sua atuação no segmento de alumínio primário e de laminados. Cabe notar, que a produção e comercialização de evaporadores de alumínio, do tipo Roll Bond representou 6,3% do faturamento obtido pela empresa no exercício de 1995.

DOS PARECERES

A SEAE/MF (fls.75:80) delimitou o mercado relevante como sendo o de evaporadores de alumínio, do tipo Roll Bond, enquanto a SDE/MJ (fls.101:114) incluiu em sua definição o produto condensador, produzido apenas pela TI. Em termos de conclusão consideraram a operação passível de aprovação por este Colegiado, dado não terem sido identificadas importantes barreiras à entrada de novos produtores e consideradas as eficiências apresentadas e as manifestações favoráveis dos clientes e dos concorrente(s) contidas nos autos. A dimensão geográfica do mercado tal como definida nos dois pareceres foi o mercado nacional, considerada a alíquota de importação de 18% e a insignificância das importações do produto.

A Procuradoria do CADE, em parecer 15/97, emitido pela Procuradora Karla Margarida M. Santos e ratificado pela Procuradora-Geral (fls 127/131), posiciona-se favoravelmente a aprovação do ato, apenas ressaltando que não foi localizado nos autos manifestação da empresa TI em que conste os valores a serem investidos, no período de 1996/97, bem como em transformar a unidade adquirida em centro exportador de sistemas completos (2).

VOTO

DO MERCADO RELEVANTE

Como se sabe, a definição do mercado relevante, na dimensão de produto e na dimensão geográfica, é da maior importância para avaliar os impactos efetivos ou potenciais que a concentração de mercado possa causar sobre a concorrência. De modo que sua correta delimitação define o âmbito em que deva ser avaliado o poder de mercado do agente em causa, bem como permite identificar seu grau de controle sobre a produção, distribuição ou venda de determinado bem ou serviço e sua influência sobre os preços. No que diz respeito à operação em questão, deve-se salientar que as Requerentes não disputam o mesmo mercado, uma vez que não fabricam as mesmas linhas de produtos, além de servirem a finalidades diferentes. Trata-se de produtos complementares utilizados como partes do circuito de refrigeração de freezers e refrigeradores de uso doméstico e industrial.

De acordo com as informações constantes dos autos, um circuito de refrigeração por onde circula o gás refrigerante é constituído por três componentes que exercem funções diferenciadas: evaporador, condensador e compressor. O evaporador localiza-se na parte interna e sua função é a de retirar o calor do interior dos refrigeradores, enquanto o condensador (3), fabricado a partir de tubos de aço de pequeno diâmetro sobre os quais são soldados arames especiais, localiza-se na parte externa traseira dos refrigeradores e sua função no circuito é a de trocar o calor com o ambiente externo. O compressor mantém o gás refrigerante circulando permanentemente por este circuito. Os evaporadores utilizados em refrigeradores e freezers são produzidos, basicamente, a partir de três tipos de tecnologia: evaporadores de alumínio do tipo Roll Bond, evaporadores de alumínio fixado em chapas alumínio ou aço - modelo este considerado ultrapassado, sendo utilizado, atualmente, apenas em freezers horizontais - e evaporadores do tipo frost free fabricados a partir do conceito de tubos e aletas de alumínio, esse modelo exige alterações de projetos e inclui outros componentes, tais como ventilador para degelo e sistema de proteção - a principal vantagem dessa tecnologia é a de não requerer o descongelamento do refrigerador para limpeza, todavia apresenta um custo de 50% a 70% superior ao do sistema Roll Bond. É de uso comum nos E.U.A. e Europa, enquanto que no Brasil são utilizados apenas nos modelos top de linha, que representam 5% dos refrigeradores fabricados, chegando a custar de 2 a 3 vezes mais que os refrigeradores comuns. Consultada a TI sobre a substituíbilidade na oferta, ou seja, sobre a possibilidade de que a mesma planta, com adaptações marginais, pudesse produzir tipos diferentes de evaporadores, o que alargaria o mercado relevante, obtivemos a resposta de que tal flexibilidade não existe, o que é evidenciado pelos esforços que vem realizando a empresa para realizar

contrato de transferência de tecnologia para que, futuramente, venha a produzir evaporadores também do tipo frost free.

Considerando que a operação apenas transfere à TI capacidade produtiva e as condições necessárias para fabricação de uma nova linha de produto, já que apesar de atuar no segmento de refrigeração, não o faz através do produto evaporador e sim do condensador e considerando que não há flexibilidade na oferta, entendo ser os evaporadores de alumínio, do tipo Roll Bond o produto relevante em questão.

É importante salientar que não há alteração na estrutura do mercado resultante da operação em exame. A situação de duopólio, representada até a operação pela oferta do produto pela Alcan e Alcoa Alumínio S.A. - responsáveis, respectivamente, por 60% e 40% das quantidades comercializadas em 1995 - permanecerá estável, até que se dê nova entrada. Vale mencionar que a Alcoa ingressou nesse mercado há pouco mais de 3 anos (1993) e detém expressiva participação de mercado, o que é um indicador da relativa facilidade de entrada.

A estrutura da demanda pelo produto é constituída pela indústria de refrigeradores e freezers, oligopólio composto por 3 empresas (4), que representa um evidente contraponto à estrutura concentrada da oferta de evaporadores de alumínio, do tipo Roll Bond. Acrescente-se que a dinâmica tecnológica e o ritmo de expansão da demanda são determinados exogenamente à indústria de partes e peças, através da demanda pelos bens finais correspondentes e da introdução do progresso técnico, determinada por sua vez pela engenharia do produto final. Tais fatores neutralizam substancialmente a possibilidade de exercício de poder de mercado no caso considerado.

Em termos de substituíbilidade no consumo, os evaporadores de alumínio do tipo Roll Bond, dada suas características e especificações, não podem ser substituídos por outro tipo de condensador, estando portanto, a escolha do usuário restrita a esse tipo de equipamento. Quanto a este aspecto, esclareceu a TI que as características e especificações presentes em cada projeto de refrigeração somente permitem a substituição dos evaporadores de alumínio do tipo Roll Bond por outro tipo de evaporador quando da fase de engenharia do produto. Ou seja, somente os fabricantes de refrigeradores podem promover a substituição do evaporador por outro modelo, através da adaptação do sistema de refrigeração e isto apenas na fase do desenvolvimento do projeto construtivo do refrigerador ou freezer.

Assim, o proprietário de um refrigerador que utiliza os evaporadores de alumínio do tipo Roll Bond, caso precise substituí-lo por outro, não possui alternativa, visto que o refrigerador ou freezer foi projetado especificamente para aquele tipo de evaporador.

Quanto ao mercado de reposição, cabe mencionar que segundo informação da TI a vida útil dos componentes do circuito de refrigeração é equivalente à do refrigerador ou à do freezer, sendo abastecido através dos fabricantes de refrigeradores que distribuem as peças através de suas redes de assistência técnica. Estima-se que o mercado de reposição para condensadores representa cerca de 1% dos refrigeradores produzidos anualmente e em termos de faturamento em torno de R\$ 400.000,00, de acordo com esclarecimentos prestados pela TI. No que respeita à dimensão geográfica, depreende-se que embora os fabricantes do produto relevante estejam fixados no Estado de São Paulo e a grande maioria dos consumidores (indústria de refrigeradores e freezers) estejam localizados na região Sudeste e Sul, entendendo que não se reflete em uma especialização regional, dado que os sistemas de distribuição dos fabricantes permitiriam ofertar o produto a consumidores em todo o país.

Assim, considero que o mercado relevante, em termos geográficos, abrange todo o território nacional, entendendo não ser o caso de expandi-lo para o mercado externo, visto que não se registra intercâmbio comercial do produto relevante com outros países, ressalvado algum volume de exportação realizado pela Alcan.

CONCLUSÃO

A operação reflete a reordenação dos negócios das empresas envolvidas; de um lado a Alcan desfaz-se de uma linha de produtos secundários a seu core business - alumínio primário e laminado - e de outro a TI incorpora uma linha de produto complementar à que atualmente opera, refletindo a preferência da demanda - constituída pela indústria de refrigeradores e freezers - de adquirir sistemas completos de seus fornecedores e estimular a parceria desde a fase de desenvolvimento de projeto. A operação, por conseguinte, apresenta potencial de geração de eficiências de natureza transacional, por reduzir os custos envolvidos nas relações entre clientes e fornecedores. Da mesma forma, há, em potencial, sinergias a serem geradas na fabricação dos produtos complementares.

Em decorrência da operação, não ocorre alteração na estrutura de mercado existente, dado que apenas são transferidas atividades de uma empresa para outra. Ademais, como já se observou, é reduzida aí a capacidade de exercício

de poder de mercado, em face da estrutura concentrada da demanda e da natureza secundária da dinâmica de expansão desse mercado.

Um indicador importante é que as empresas demandantes, a despeito da ausência de importações de evaporadores de alumínio do tipo Roll Bond, adotam como referencial para compra os preços internacionais. Não foram identificadas barreiras significativas à entrada, posto que o produto relevante tem um processo produtivo de pouca complexidade, sendo que a necessidade de investimentos de R\$ 15 milhões e escala mínima de eficiência na produção de 1.500.000 peças/ano não podem ser interpretados como fatores impeditivos à entrada.

Nos termos apresentados, a operação cumpre integralmente os requisitos necessários à aprovação sob o amparo do art.54 da Lei 8.884/94. Entendo não ser necessário exame exaustivo sobre as eficiências geradas ou potenciais, associadas à economia de escala e ampliação da capacidade produtiva e desenvolvimento tecnológico do produto relevante, bem como aos aspectos transacionais envolvidos, dado que não se esta diante de riscos à competição. São os fatos que me levam a aprovar a operação.

Brasília, 19 de março de 1997

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

(1) Os pareceres emitidos pela SEAE (fls. 76:77) e SDE (fls. 108:111) apresentam, devidamente, síntese do perfil das empresas TI e Alcan, no que concerne à composição acionária e societária, bem como sobre as respectivas áreas de negócios.

(2) Esta Conselheira realizou diligências junto a TI, a fim de complementar as informações (fls. 139:144). Correspondem aos dados de investimentos e exportações referidos no texto.

(3) Este mercado também é formado por apenas duas empresas, TI (70%) e a MULTIBRÁS (30%), sendo esta última é detentora das marcas Brastemp, Consul e Semer e, inclusivel, é fornecedora de condensadores para as suas concorrentes.

(4) BNDES, Área de Operações Industriais 2 - Relato Setorial "Bens de Consumo Duráveis - Linha Branca", junho de 1995.

DECISÃO DA COMISSÃO

de 30 de Julho de 1997

que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE

Processo IV/M.877 - Boeing/McDonnell Douglas

(Apenas faz fé o texto em língua inglesa)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(97/816/CE)

Jornal oficial no. L 336 de 08/12/1997 P. 0016 - 0047

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,
Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE) e, nomeadamente, o n.º 1 do seu artigo 57.º,

Tendo em conta o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas¹, alterado pelo Acto de Adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia, e, nomeadamente, o n.º 2 do seu artigo 8º,

Tendo em conta o Acordo entre as Comunidades Europeias e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à aplicação dos respectivos direitos da concorrência², e, nomeadamente, os seus artigos II e VI,

Tendo em conta a decisão da Comissão de 19 de Março de 1997 de dar início a um processo neste caso,

Tendo dado às empresas em causa a oportunidade de apresentarem as suas observações sobre as objecções levantadas pela Comissão,

1 JO L 395 de 30.12.1989, p. 1, e JO L 257 de 21.9.1990, p.13 (versão rectificada).

2 JO L 95 de 27.4.1995, p. 47.

Tendo em conta o parecer do Comité Consultivo em Matéria de Concentrações³,

Considerando o seguinte:

(1) Em 18 de Fevereiro de 1997, a Comissão recebeu a notificação de um projecto de concentração nos termos do artigo 4º do Regulamento (CEE) nº 4064/89 (regulamento das concentrações), através da qual a Boeing Company (Boeing) adquire, na aceção do nº 1, alínea b), do artigo 3º do regulamento das concentrações, o controlo da totalidade da McDonnell Douglas Corporation (MDC).

(2) Após análise da notificação, a Comissão decidiu, em 7 de Março de 1997, manter a suspensão da concentração até tomar uma decisão final. A Comissão, por conseguinte, concluiu que a concentração projectada é abrangida pelo âmbito de aplicação do regulamento das concentrações e levanta sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum, tendo por decisão de 19 de Março de 1997 dado, por conseguinte, início a um processo nos termos do nº 1, alínea c), do artigo 6º do regulamento das concentrações.

I. AS PARTES

(3) A Boeing é uma empresa americana cujas acções são negociadas na bolsa. Opera em duas áreas principais: a aviação comercial e o sector militar e espacial. As operações relativas à aviação comercial envolvem o desenvolvimento, a produção e a comercialização de aviões comerciais a jacto e a prestação de serviços de apoio conexos ao sector comercial das companhias aéreas a nível mundial. As operações de carácter militar e espacial envolvem a investigação, o desenvolvimento, a produção, a alteração e o apoio a aviões e helicópteros militares e sistemas conexos, sistemas espaciais e sistemas de mísseis, motores para foguetões e serviços de informação.

(4) A MDC é uma empresa americana cujas acções são negociadas na bolsa. A MDC opera em quatro áreas principais: a aviação militar, os mísseis, os sistemas espaciais e electrónicos, e a aviação comercial e serviços financeiros. As operações nos dois primeiros sectores envolvem a concepção, o desenvolvimento, a produção e o apoio aos seguintes grandes produtos: aviões milita-

3 JO C 372 de 9.12.1997

res de transporte, aviões de combate e sistemas de treino; helicópteros comerciais e militares e munições; mísseis; satélites; veículos de lançamento e componentes e sistemas para estações espaciais: lasers e sensores; e sistemas de comando, controlo, comunicações e informação. No sector da aviação comercial, a MDC concebe, desenvolve, produz, altera e vende aviões comerciais a jacto e respectivas peças sobresselentes. A MDC opera igualmente nos sectores do financiamento de aviões e locação de equipamento comercial e no mercado imobiliário comercial por sua própria conta e para a sua clientela.

II. A OPERAÇÃO

(5) Em 14 de Dezembro de 1996, a Boeing e a MDC concluíram um acordo através do qual a MDC se tornará uma filial a 100 % da Boeing.

III. A CONCENTRAÇÃO

(6) A operação constitui uma concentração na acepção do artigo 3º do regulamento das concentrações, uma vez que a Boeing adquire, na acepção do nº 1, alínea b), do artigo 3º do regulamento, o controlo da totalidade da MDC.

IV. A DIMENSÃO COMUNITÁRIA

(7) A Boeing e a MDC têm um volume de negócios total combinado a nível mundial que ultrapassa 5 000 milhões de ecus (a Boeing 17 000 milhões de ecus e a MDC 11 000 milhões de ecus). Cada uma delas tem um volume de negócios a nível comunitário superior a 250 milhões de ecus [a Boeing [. . .]⁴, e a MDC [. . .]] não atingindo no entanto ambas mais de dois terços do seu volume de negócios agregado a nível comunitário num único Estado-membro. Por conseguinte, a operação notificada tem uma dimensão comunitária.

4 Na versão da presente decisão destinada a publicação, determinadas informações foram suprimidas nos termos do n.º 2 do artigo 17.º do regulamento das concentrações relativa à não divulgação de segredos comerciais.

V. O IMPACTO DA OPERAÇÃO NO ESPAÇO ECONÓMICO EUROPEU

(8) A operação não só tem uma dimensão comunitária na acepção do regulamento das concentrações (secção IV supra), mas tem igualmente um impacto económico significativo no mercado dos grandes aviões comerciais a jacto do EEE, tal como será demonstrado na secção VII infra «Apreciação em termos de concorrência».

(9) O mercado relevante para efeitos de apreciação da operação é o mercado mundial dos grandes aviões comerciais a jacto. O EEE constitui uma parte integrante e significativa deste mercado mundial, sendo a sua estrutura em termos de concorrência muito semelhante. Segundo o «Current Market Outlook» de 1997 da Boeing, as companhias aéreas europeias representarão cerca de 30 % da procura mundial cumulada prevista nos próximos dez anos. As partes de mercado médias da Boeing e da MDC no EEE nos últimos dez anos foram de 54 % e 12 %, respectivamente (61 % e 12 %, respectivamente, a nível mundial). No que diz respeito à actual frota em serviço no EEE, a Boeing detém uma parte de cerca de 58 %, a MDC de cerca de 20 % e a Airbus de cerca de 21 % ⁵ (os valores correspondentes a nível mundial são de 60 %, 24 % e 14 %).

(10) Por conseguinte, afigura-se evidente que a operação tem um grande significado no EEE, tal como no mercado mundial de que o EEE constitui uma parte importante.

VI. COOPERAÇÃO COM AS AUTORIDADES AMERICANAS

(11) Em conformidade com o Acordo entre as Comunidades Europeias e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à aplicação dos respectivos direitos da concorrência («o acordo»), a Comissão Europeia e a omissão Federal do Comércio têm efectuado todas as notificações necessárias. Em conformidade com o artigo VI do acordo, a Comissão Europeia procurou uma forma apropriada para tomar em consideração os interesses nacionais importantes dos Estados Unidos da América, em especial os decorrentes da consolidação do sector da defesa americano. Além disso, em conformidade com o artigo VI do acordo, a Comissão Europeia notificou às autoridades americanas, em 26

5 Fonte: Ministério do Comércio e da Indústria britânico.

de Junho de 1997, as suas conclusões preliminares e preocupações, tendo solicitado à Comissão Federal do Comércio que tomasse em consideração os interesses importantes da União Europeia a nível da salvaguarda da concorrência no mercado dos grandes aviões civis. O Presidente Pitofsky da Comissão Federal do Comércio respondeu por carta no próprio dia, tendo referido que a Comissão Federal do Comércio tomaria em consideração os interesses das Comunidades Europeias expressos, quando tomasse a sua decisão. Em 1 de Julho de 1997, a Comissão Federal do Comércio chegou a uma decisão por maioria no sentido de não se opor à concentração.

(12) Em 13 de Julho de 1997, em conformidade com os artigos VI e VII do acordo, o Departamento da Defesa e o Departamento da Justiça americanos, em nome do Governo americano, informaram a Comissão Europeia das seguintes preocupações: i) uma decisão que proibisse a concentração projectada poderia prejudicar importantes interesses americanos no sector da defesa; ii) apesar de eventuais medidas que a Comissão possa impor a um terceiro comprador, uma alienação da Douglas Aircraft Company (DAC) seria susceptível de não conseguir preservar a DAC enquanto produtor autónomo de novos aviões, dando origem a uma medida ineficaz em relação a quaisquer operações de produção de novos aviões por parte da DAC que poderiam potencialmente ser recuperadas pela Boeing e à perda de postos de trabalho nos Estados Unidos da América, e iii) qualquer alienação da DAC a um terceiro que não utilizasse a DAC enquanto produtor de novos aviões seria anticoncorrencial, na medida em que criaria uma empresa com interesse e meios para aumentar os preços e diminuir os serviços relativamente ao fornecimento de peças sobresselentes e de serviços à frota da DAC em serviço, grande parte da qual pertence às companhias americanas. A Comissão tomou em consideração as preocupações referidas numa medida coerente com o direito comunitário. Em especial, no que diz respeito aos interesses americanos no sector da defesa, a Comissão limitou de qualquer modo o âmbito da sua acção ao domínio civil da operação, uma vez que não estabeleceu que a operação projectada daria origem ao reforço ou à criação de uma posição dominante no sector da defesa. A Comissão não deu qualquer novo seguimento às preocupações que referiu na comunicação de objecções relativamente ao efeito da concentração no mercado internacional de aviões de combate. Quanto à DAC, a Comissão, pelas razões indicadas infra, não considerou que uma alienação solucionaria os problemas de concorrência criados pela concentração.

VII. APRECIÇÃO EM TERMOS DE CONCORRÊNCIA

A. MERCADOS DO PRODUTO RELEVANTES

(13) A concentração afecta tanto o mercado dos grandes aviões comerciais a jacto como o sector militar e espacial.

1. Os grandes aviões comerciais novos

(14) Do lado da procura, um cliente toma em geral uma decisão de compra em várias fases, tomando em primeiro lugar em consideração os critérios de exploração, seguidamente as necessidades técnicas e finalmente os aspectos económicos e financeiros. Os critérios de exploração incluirão as rotas a servir (densidade de tráfego e distância), o número optimizado de lugares sentados ou de carga e a frequência dos voos (compromisso entre a realização de um número reduzido de voos com os maiores aviões e inversamente) e a disponibilidade das faixas horárias nos aeroportos. As características técnicas abrangem o raio de acção, a capacidade, o desempenho e a fiabilidade, a similitude das características das frotas (ou seja, o grau de facilidade com que os novos aviões podem ser integrados nas frotas existentes) e as redes de manutenção e de serviços. Finalmente, a alternativa de compra de um outro avião será avaliada com base no valor líquido actualizado de acordo com o preço de compra, as receitas e custos de exploração previsto e o valor residual.

(15) É amplamente aceite que o mercado regional dos aviões a jacto (incluindo, por exemplo, os modelos Fokker, Bombardier e British Aerospace) é um mercado distinto do mercado dos grandes aviões comerciais a jacto, em que a Boeing, a MDC e a Airbus desenvolvem actividades. Nenhum destes três últimos fabricantes possui qualquer produto inferior aos limiares de 100 lugares/1 700 milhas náuticas de raio de acção máximo considerados como constituindo aproximadamente os limites superiores combinados para as necessidades específicas das transportadoras regionais. Na sua maior parte, os aviões a jacto regionais são incompatíveis com as famílias de grandes aviões a jacto em termos de raio de acção, de características de exploração, transporte de carga, etc. As grandes companhias aéreas que compram aviões a jacto regionais utilizam-nos para fins específicos de carácter regional ou em filiais (o que é ilustrado pelos exemplos da British Airways e da Swissair/Crossair).

(16) É igualmente amplamente aceite que os únicos aviões em causa são os aviões construídos no Ocidente, uma vez que os aviões não ocidentais (tais

como o Ilyushin russo) não podem entrar em concorrência por razões de ordem técnica nas suas versões actuais, por motivos de fiabilidade, serviço pós-venda e imagem pública.

A parte notificante identificou o mercado do produto relevante como «aviões comerciais a jacto de fuselagem estreita e larga». A investigação da Comissão revelou que existem opiniões divergentes por parte dos fabricantes e dos clientes quanto à segmentação do mercado global que é conveniente utilizar. A segmentação do mercado dos grandes aviões comerciais a jacto não poderá ser definitiva tendo em conta a complexidade dos critérios de compra do lado da procura que foram já referidos. A distinção entre fuselagem estreita (ou com um corredor central) e fuselagem larga (ou com dois corredores) proposta pela parte notificante parece geralmente aceite como uma segmentação inicial válida. Os aviões com fuselagem estreita têm, como características de exploração, um raio de acção de cerca de 2 000 a 4 000 milhas náuticas e uma capacidade de lugares destinada a acolher cerca de 100 a 200 passageiros, enquanto os mesmos parâmetros para os aviões com fuselagem larga estão compreendidos entre 4 000 e 8 000 milhas náuticas e mais e entre 200 e 400 passageiros e mais. Uma outra segmentação dos mercados de fuselagem estreita e de fuselagem larga é apresentada infra (considerando 38).

Por conseguinte, conclui-se que existem dois mercados relevantes distintos no âmbito do mercado global dos grandes aviões comerciais a jacto: o mercado dos aviões de fuselagem estreita e o mercado dos aviões de fuselagem larga. No âmbito de cada um destes mercados, podem identificar-se vários segmentos. Uma vez que a estrutura dos mercados de fuselagem estreita e fuselagem larga é a mesma e que os problemas de concorrência decorrentes da concentração prevista são os mesmos para os dois mercados, a Comissão apreciará seguidamente os efeitos da concentração nestes dois mercados em conjunto.

2. Aviões usados

(17) Tal como já foi referido, o mercado do produto global é composto por grandes aviões comerciais a jacto. Registam-se vendas importantes destes aviões usados. Estima-se que cerca de 30 % dos aviões de passageiros entregues mudam de companhia aérea continuando a ser utilizados para o transporte de passageiros. Mais de dois terços da procura total de aviões de carga é satisfeita pela transformação de aviões de passageiros usados. No entanto, em conformidade com a prática anterior da Comissão [Decisão 91/619/CEE da Comissão, de 2 de Outubro de 1991, no processo IV/M.053 - Aerospaciale-

Alenia/de Havilland ⁶], é conveniente considerar o mercado dos aviões usados como um mercado distinto do mercado dos aviões novos.

(18) Em primeiro lugar, deve referir-se que, de qualquer modo, é conveniente distinguir as limitações devidas à duração de vida inerente dos produtos em questão das limitações de preços decorrentes das pressões concorrenciais devidas à oferta de novos produtos por outros fornecedores de origem. No sector dos grandes aviões comerciais a jacto, em que a duração de vida dos produtos pode ultrapassar vinte anos, a existência de uma grande frota em serviço imporá ipso facto limitações (provavelmente cíclicas) sobre as oportunidades de os fabricantes venderem aviões novos, com efeitos inevitáveis sobre os níveis dos preços: por outro lado, as vendas de aviões usados entre clientes terão apenas uma importância marginal a longo prazo.

(19) No que diz respeito ao mercado efectivo de segunda mão dos grandes aviões comerciais a jacto, as suas características indicam que este mercado é distinto do mercado dos aviões novos. Os preços dos aviões usados são mais baixos, enquanto os custos de funcionamento tendem a ser mais elevados e os aviões desse tipo têm nitidamente um período de vida mais curto. A investigação da Comissão revelou que os aviões em segunda mão podem constituir uma alternativa viável para as companhias aéreas de pequenas dimensões, cujos recursos financeiros limitados as obrigam a adquirir outro equipamento. Quanto às grandes companhias aéreas, geralmente não podem ser adquiridos aviões usados em número suficiente ou com características comuns de modo a satisfazer requisitos de longo prazo; ainda que os aviões usados possam por vezes satisfazer necessidades específicas de curto prazo, têm tendência para servir como complemento e não como substitutos dos aviões novos. Por conseguinte, as vendas de aviões usados devem ser consideradas como constituindo um mercado distinto e separado do mercado dos aviões novos em que a Boeing e a MDC operam. O mercado dos aviões usados não será, por conseguinte, tomado em consideração seguidamente.

B. MERCADO GEOGRÁFICO RELEVANTE

(20) Os grandes aviões comerciais a jacto são vendidos e utilizados em todo o mundo em condições semelhantes de concorrência. Os custos de transporte relativos de entrega são negligenciáveis. Por conseguinte, a Comissão considera que o mercado geográfico para os grandes aviões comerciais a jacto a ser tomado em consideração é o mercado mundial.

6 JO L 334 de 5.12.1991, p. 42.

C. EFEITOS DA CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DOS GRANDES AVIÕES COMERCIAIS A JACTO

I. Estrutura actual do mercado dos grandes aviões comerciais a jacto

1. Os concorrentes
- 2.

(21) Existem actualmente três concorrentes no mercado mundial dos grandes aviões comerciais a jacto: a Boeing, a Airbus e a MDC.

(22) A Boeing é uma empresa aeroespacial plenamente integrada, presente em todos os sectores da indústria aeroespacial: comercial, militar e espacial (ver supra). A Boeing é a principal empresa no mercado mundial dos grandes aviões comerciais a jacto, cujas vendas representam cerca de 70 % das suas receitas.

(23) A MDC é uma outra companhia aeroespacial plenamente integrada, igualmente presente em todos os sectores da indústria aeroespacial (ver supra). A MDC ocupa a terceira posição mundial entre os construtores dos grandes aviões comerciais a jacto, é o líder mundial dos fabricantes de aviões militares e a segunda empresa mundial da indústria militar. Cerca de 70 % do seu volume de negócios de 1996 provinha de actividades ligadas aos domínios militar e espacial, encontrando-se o restante associado aos grandes aviões comerciais a jacto.

(24) A Airbus Industrie é o segundo fabricante mundial de grandes aviões comerciais a jacto. Foi criada em Dezembro de 1961 sob a forma de um agrupamento de interesse económico (AIE) ou um consórcio de interesses económicos. Os membros do grupo Airbus são a empresa alemã Daimler-Benz Aerospace Airbus (DASA) (37,9 %) e a British Aerospace (20 %), respectivamente, a empresa francesa Aerospatiale (37,9 %) e a empresa espanhola CASA (4,2 %), ambas empresas públicas. Esta parceria é única no sentido em que cada membro funciona no âmbito da legislação do país em que se encontra constituído em sociedade. Os parceiros financiam a sua própria investigação, desenvolvimento e fabrico de aviões, enquanto a Airbus Industrie supervisiona a comercialização e a manutenção corrente dos aparelhos. São fabricadas em diferentes locais da Europa secções inteiramente equipadas de aviões Airbus, seguidamente transportadas para França ou para a Alemanha para montagem final. A título de exemplo, a Aerospatiale fabrica a cabine de comando, a DASA produz as secções de fuselagem e as asas são fabricadas pela

British Aerospace. O trabalho é distribuído segundo as competências de base de cada um dos parceiros.

2. Os clientes

(25) Os clientes que adquirem grandes aviões comerciais a jacto são as companhias aéreas (incluindo as companhias aéreas regulares e não regulares) e as empresas de locação financeira. Foram identificadas 561 companhias aéreas que utilizam aparelhos ocidentais fabricados por construtores ainda presentes no mercado, das quais 246 utilizam mais de cinco aviões. No entanto, são raras as que compram aviões num determinado ano. Mesmo a mais longo prazo, a procura tem tendência para permanecer concentrada entre algumas companhias de grandes dimensões; por exemplo, durante o período de 1992-1996, os cinco maiores clientes da Boeing representaram mais de [. . .] das suas vendas em relação a cada um destes anos. Para além disso, estima-se que metade da frota dos aviões comerciais a jacto mundiais é explorada pelas 12 maiores companhias aéreas. As empresas de locação financeira representam cerca de 20 % da procura.

(26) No sector da aviação civil, a procura de grandes aviões a jacto é determinada pela procura do transporte aéreo, que tem vindo a aumentar de forma cíclica e mais estável desde o seu início nos finais dos anos 50. Entre os principais factores mais recentes que contribuíram para o crescimento deste sector é conveniente sublinhar o processo de liberalização dos transportes aéreos no âmbito da Comunidade e a procura suplementar proveniente da China e do antigo bloco de Leste.

(27) O mercado está em expansão e prevê-se um acentuado aumento da procura, ainda que esta seja condicionada pela natureza cíclica do sector. Na edição de 1997 do seu «Current Market Outlook» (Perspectivas Actuais do Mercado), a Boeing prevê que durante os próximos dez anos, o potencial total do mercado representa 7 330 aviões ou o equivalente a 490 mil milhões de dólares (em dólares dos Estados Unidos de 1996). A maior parte desta procura corresponderá a três principais zonas regionais: Ásia-Pacífico (1750 aviões), América do Norte (2 460 aviões) e Europa⁷; prevê-se que os clientes desta última zona adquiram 2 070 aviões, ou seja, o equivalente a 137 mil milhões de dólares dos Estados Unidos. Por outras palavras, os clientes da União Eu-

⁷ No relatório da Boeing, esta situação refere-se à Europa Continental, excluindo a antiga União Soviética e incluindo a Turquia.

ropeia representarão mais de 28 % da procura cumulada. Caso esta percentagem permaneça estável, em 20 anos (18 segundo a MDC), o valor das aquisições europeias elevar-se-á a 307 500 milhões de dólares, num potencial de mercado total que atingirá 1,1 biliões de dólares.

3. As partes de mercado

(28) No que diz respeito ao cálculo das partes de mercado, a notificação não propõe qualquer método específico de cálculo mas fornece valores, relativamente a cada um dos dez últimos anos, sobre a carteira de encomendas, as novas encomendas firmes e as encomendas líquidas, tanto em termos de valor como em termos de unidades. Os valores relativos à carteira de encomendas são, em grande medida, considerados como o melhor indicador da posição de mercado neste sector; para ter uma panorâmica completa do mercado, é conveniente avaliar a evolução deste indicador nos últimos dez anos. A carteira de encomendas anual reflecte a evolução das encomendas líquidas (número de novas encomendas firmes menos o número de encomendas anuladas) durante um determinado período. É igualmente conveniente basear a análise na carteira de encomendas em termos de valor e não de unidades, a fim de tomar em consideração as diferenças de preços e a dimensão dos diversos tipos de aviões. Tal afigura-se necessário uma vez que, para calcular as partes de mercado, não pode ser dado o mesmo peso, por exemplo, a um Boeing 737-300, cujo preço varia entre 38 e 44 milhões de dólares dos Estados Unidos e a um Boeing 747-400, cujo preço varia entre 156 e 182 milhões de dólares dos Estados Unidos. As partes de mercado em termos de valor são calculadas em dólares dos Estados Unidos, uma vez que os preços, neste mercado, são expressos nesta divisa.

(29) Segundo os dados fornecidos na notificação e pela Airbus, as partes de mercado mundiais no mercado global dos grandes aviões comerciais a jacto, em termos do valor da carteira de encomendas em 31 de Dezembro de 1996, são as seguintes (ver anexo I):

| | (em %) |
|--------|--------|
| Boeing | 64 |
| Airbus | 39 |
| MDC | 6 |
| Total | 100 |

(30) Ainda que a notificação refira a linha de produtos British Aerospace RJ e o Fokker 70/100 no segmento dos aviões de fuselagem estreita, a Comissão considera que estes tipos de aviões pertencem a um mercado diferente (ver supra). De qualquer modo, a inclusão ou não dos aviões British Aerospace ou

Fokker no mercado dos grandes aviões comerciais não faria uma grande diferença, dada a posição marginal que ocupam. Do mesmo modo, os actuais aviões russos (tais como o Ilyushin) não devem igualmente ser incluídos neste mercado, uma vez que, ainda que tenham atingido um certo grau de desenvolvimento técnico, se afigura que não constituem ainda uma verdadeira alternativa, por razões de fiabilidade, serviço pós-venda e imagem.

(31) No que diz respeito ao período de 1987 a 1996, as partes de mercado médias da carteira de encomendas eram as seguintes:

| (em %) | |
|--------|-----|
| Boeing | 61 |
| Airbus | 27 |
| MDC | 12 |
| Total | 100 |

(32) Tal como o demonstra o quadro do anexo I e o gráfico do anexo II, a parte de mercado da Airbus aumentou, tendo passado de cerca de 24 % em 1987 para cerca de 27 % em 1989. Desde 1989, permaneceu mais ou menos estável. A parte da Boeing diminuiu em 1989, antes de aumentar durante os anos seguintes até 1996 (de 57 % para 64 %). Pelo contrário, a parte da MDC não deixou de baixar, tendo passado de cerca de 19 % em 1988 para cerca 6 % em 1996.

(33) A evolução, tanto do mercado das «fuselagens largas» como do das «fuselagens estreitas», foi semelhante à do mercado global (ver o anexo I e os gráficos dos anexos III e IV). Em 1989, assistiu-se, no mercado das «fuselagens largas», a um aumento significativo - de 13 % para 31 % - da parte detida pela Airbus, em grande medida devido às encomendas de novos modelos A 330 e A 340; esta evolução foi seguida de um nível mais ou menos estável da ordem dos 30 %. No mesmo ano, a Boeing registou uma redução significativa da sua parte de mercado, para cerca de 50 %, seguida de um aumento contínuo para mais de 70 %. Quanto à parte de mercado detida pela MDC, esta não deixou diminuir, tendo passado de cerca de 20 % para cerca de 2 %. No mercado das «fuselagens estreitas», desde 1989 que a Airbus tem vindo a aumentar a sua quota de mercado, que atinge um valor superior a 30 %. A parte detida pela Boeing era mais ou menos estável, em cerca de 55 %, e a da MDC diminuiu de 19 % para 11 %.

(34) A estrutura do mercado no âmbito do EEE apresenta sensivelmente as mesmas características que as do mercado mundial (ver anexo V), tal como o demonstra o quadro seguinte:

| Carteira de encomendas | 31.12.1996 | Média 1987/1996 |
|------------------------|------------|-----------------|
| Boeing | 61 | 54 |
| Airbus | 37 | 34 |
| MDC | 2 | 12 |
| Total | 100 | 100 |

(35) Tal como o demonstram os quadros do anexo V e os gráficos dos anexos VI, VII e VIII no EEE, a evolução do mercado global e dos mercados das «fuselagens largas» e «fuselagens estreitas» é semelhante à do mercado mundial. Desde 1989, a Boeing não deixou de aumentar a sua parte no mercado global, tendo esta passado de cerca de 50 % para mais de 60 %. Após um aumento significativo, de 20 % para 33 % em 1989, a parte de mercado da Airbus registou uma ligeira redução, enquanto a da MDC não deixou de diminuir desde 1988, tendo passado de cerca de 20 % para 2 %. Entre 1987 e 1989, o mercado das «fuselagens largas» registou um aumento acentuado da parte detida pela Airbus, de cerca de 11 % para cerca de 36 %, seguida de uma estabilização a um nível da ordem dos 30 %. Em 1989, a Boeing registou uma queda acentuada para cerca de 51 %, seguida de uma subida contínua para cerca de 69 %. A parte de mercado da MDC, por seu lado, registou uma queda ininterrupta, tendo passado de cerca de 19 % em 1990 para aproximadamente 1 % em 1996. No mercado das «fuselagens estreitas», a Airbus aumentou, desde 1989, a sua parte de mercado para cerca de 47 %, enquanto a da Boeing se manteve mais ou menos estável em cerca de 50 % e a da MDC diminuiu de cerca de 19 % para 2 %.

(36) A apreciação global a nível mundial leve-nos à conclusão de que, após ter registado uma acentuada melhoria no final dos anos 80 e no início dos anos 90, a Airbus manteve a sua posição no mercado dos grandes aviões comerciais ao mesmo nível. A Boeing aumentou a sua parte de mercado durante os anos 90, tendo atingido mais de 60 %, enquanto a MDC viu a sua parte de mercado diminuir de forma contínua, nomeadamente no mercado das «fuselagens largas». A parte de mercado cumulada da Boeing e da MDC desde 1989 permaneceu mais ou menos estável, em cerca de 70 %.

(37) O nível muito elevado das partes de mercado detidas pela Boeing constitui já um sinal de uma posição forte no mercado global dos grandes aviões comerciais bem como nos dois mercados propostos na notificação. Para além disso, após ter feito uma incursão na posição da Boeing nos anos 80, a Airbus não conseguiu melhorar significativamente a sua posição durante os anos 90, enquanto a Boeing, que partia já de um elevado nível, conseguiu aumentar a sua parte de mercado de uma forma mais ou menos contínua durante esse período. Esta situação constitui no mínimo um indício de que era difícil para a Airbus atacar a posição da Boeing no mercado, mesmo após ter ganho uma parte de mercado de cerca de 30 % nos anos 80. Esta situação é igualmente reflectida pelo facto de a Airbus não ter conseguido fornecer de forma significativa a maior parte da frota dos dez principais operadores (ver quadro do considerando 69). O poder de mercado da Boeing, que lhe permite numa medida apreciável operar independentemente dos seus concorrentes, constitui um indício de posição dominante, tal como definido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no seu acórdão proferido no Processo 322/81, Michelin contra Comissão ⁸.

4. Os segmentos de mercado

(38) No âmbito do mercado global dos grandes aviões comerciais a jacto, podem distinguir-se vários segmentos. O quadro que se segue ilustra os montantes decorrentes de um consenso aproximativo no âmbito do sector⁹ neste segmento.

Segmentos da aviação comercial

| Número aproximado de lugares | Fuselagem estreita | | Fuselagem larga | | |
|------------------------------|--------------------|--|--------------------|--------------------|---------|
| | 100-120 | 120-200 | 200-320 | 320-400 | 400+ |
| Boeing | 737-500 737-600 | 737-300 737-400 737-700 737-800 757-200 757-300 | 767-200 767-300 | 777-200 777-300 | 747-400 |
| MDC | MD-95 | MD-80 MD-90 | | MD-11 | |
| Airbus | | A 319 | A 310 | A 330-200 | |

⁸ Colectânea 1983, p. 3461.

⁹ Incluindo a própria Boeing ("Current Market Outlook" 1997).

| | | | | | |
|--|--|----------------|-------|-------------------------------------|--|
| | | A 320 A 321 | A 300 | A 340-200 A 330-300 A 340-300 | |
|--|--|----------------|-------|-------------------------------------|--|

De acordo com observações apresentadas pela MDC à Comissão, apesar de existir um certo grau de flexibilidade entre segmentos, esta situação tem tendência para ser determinada por considerações de custos resultantes das características comuns da frota; é o que acontece em relação a cerca de 70 % dos aviões, que são utilizados de forma a validar a segmentação indicada supra. Em especial, o segmento dos aviões de 100-120 lugares de fuselagem estreita só pode ser substituído por aviões de 120-200 lugares de fuselagem estreita (numa medida muito limitada) devido aos custos de funcionamento mais elevados por viagem destes últimos. Na outra extremidade, no segmento das fuselagens largas, encontra-se apenas o Boeing 747-400. Além disso, afigura-se que em algumas rotas de longo curso muito frequentadas, tais como as ligações a partir da Europa ou dos Estados Unidos da América para o Japão, não existe actualmente qualquer alternativa ao Boeing 747, que alia a maior capacidade ao raio de acção mais longo de todos os aviões existentes. O mesmo acontece em certas rotas domésticas com uma densidade de tráfego muito elevada e grandes restrições a nível das faixas horárias.

De acordo com a notificação da Boeing, as companhias aéreas tomam cada vez mais decisões a nível da compra de aviões com base em «famílias de aviões»; a companhia aérea, após ter seleccionado uma determinada família, selecciona seguidamente o modelo. Mesmo apesar de a Boeing alegar que quer a Airbus quer ela própria estariam em condições de oferecer essas famílias, é evidente, do quadro apresentado supra, que apenas a Boeing beneficia das vantagens resultantes da capacidade de oferecer uma família completa de aviões, devido à sua presença em todos os segmentos, ao contrário da Airbus.

(39) Um outro segmento no mercado global dos grandes aviões comerciais é o dos aviões de carga. Apesar de os aviões de carga terem definições de concepção de base semelhantes às dos modelos de transporte de passageiros, devem ser adaptados para poderem ser instaladas grandes portas de carga na ponte principal, reforços da estrutura para a carga acrescida e sistemas de carregamento e de cabine adaptados. Do ponto de vista da procura, as configurações dos aviões de carga dos grandes aviões comerciais não podem ser substituídas por configurações para passageiros. No entanto, a Comissão considera que os aviões de carga não constituem um mercado relevante distinto, dado o elevado grau de flexibilidade do lado da oferta entre os aviões de passageiros e os aviões de carga. Os aviões novos e os aviões transformados po-

dem ser fornecidos a curto prazo sem custos ou riscos suplementares significativos.

5. A frota em serviço

(40) A Boeing, tal como ela própria afirma no seu relatório anual de 1995, foi o líder mundial na produção de aviões comerciais durante mais de três décadas e construiu mais aviões a jacto do que todos os outros construtores em conjunto. Dada a longa duração de vida útil que caracteriza estes produtos, a Boeing possui de longe a maior clientela, o que lhe confere uma vantagem concorrencial decisiva face aos seus concorrentes.

(41) Estima-se que a Boeing detém uma parte equivalente a cerca de 60 % da frota mundial actualmente em serviço no que diz respeito aos grandes aviões de transporte de passageiros de fabrico ocidental. A parte detida pela MDC situa-se em cerca de 24 % e a da Airbus manteve-se apenas em cerca de 14 % mesmo mais de 25 anos após o início das operações da Airbus. Os restantes 2 % pertencem aos aparelhos Lockheed ainda em serviço; ora, a Lockheed deixou de desenvolver actividades na produção de aviões comerciais desde 1984. É verdade que a existência de uma grande frota em serviço não significa uma garantia de êxito para um fornecedor de aviões comerciais, principalmente se este fornecedor oferece apenas uma gama limitada de tipos de aviões. No entanto, se a uma frota em serviço importante se juntar uma ampla gama de produtos, a frota em serviço actual pode constituir um elemento chave frequentemente capaz de determinar as decisões tomadas pelas companhias aéreas em matéria de planeamento da sua frota ou em matéria de aquisições. As economias decorrentes da semelhança das características técnicas, tais como a existência de materiais técnicos de substituição e as qualificações da tripulação, exercem uma influência decisiva sobre as decisões de uma companhia aérea em matéria de escolha dos tipos de aviões e podem frequentemente dar origem à aquisição de um certo tipo de aparelho, ainda que o preço dos produtos concorrentes seja mais baixo. Todas as companhias que responderam às questões colocadas pela Comissão relativamente a este aspecto sublinharam a importância da frota actualmente em serviço para a escolha de novos aviões.

(42) Neste contexto, é conveniente sublinhar que a Boeing não só possui de longe a maior frota em serviço mas também de longe a maior gama de produtos e oferece uma família de aviões que abrange todos os segmentos imagináveis dos grandes aviões comerciais.

6. Os acordos de exclusividade

(43) A Boeing concluiu recentemente acordos exclusivos de fornecimentos de grandes aviões comerciais a jacto com a American Airlines (American), com a Delta Airlines (Delta) e com a Continental Airlines (Continental). Em Novembro de 1996, a American e a Boeing acordaram numa associação a longo prazo que dará à Boeing a exclusividade do fornecimento de aviões a jacto à American até 2018. A American fez encomendas firmes relativas a 103 aviões, dos quais 75 da família de aviões a jacto dos 737 da nova geração, doze 777-200, doze 757 e quatro 767-300ER. Com base nos preços de catálogo da Boeing, esta encomenda está avaliada em cerca de 6 600 milhões de dólares. A American obteve igualmente direitos de opção de compra acompanhados de uma cláusula de protecção em matéria de preços para 527 aviões a jacto suplementares, que pode exercer durante o período de exclusividade, que se estende a mais de 20 anos. Estes direitos de opção de compra permitem à American determinar em que momento pretende exercer os seus direitos de opção para comprar aviões apenas com um pré-aviso que não ultrapasse 15 meses antes da entrega de aviões de fuselagem estreita e 18 meses antes da entrega de aviões de fuselagem larga, em vez do prazo de entrega habitual de 18 a 36 meses. A American, diz-se, não teve que pagar nada por estes direitos, mas tê-los-ia recebido contra o compromisso de comprar apenas aviões a jacto da Boeing. Simultaneamente, afigura-se que a Boeing ofereceu reduções de preços retroactivas sobre os aviões comprados pela American aquando de campanhas precedentes.

(44) Em 20 de Março de 1997, a Boeing concluiu um segundo acordo exclusivo a longo prazo com uma grande companhia aérea, enquanto a Delta aceitou comprar apenas aviões Boeing durante os próximos 20 anos. A Delta fez 106 encomendas firmes de aviões até 2006, dos quais dez 767-300ER, cinco birreactores 757-200, setenta 737 da nova geração e vinte e um 767-400ERX. A encomenda total está avaliada em 6 700 milhões de dólares. O projecto inclui igualmente 124 opções, num valor estimado de 8 300 milhões de dólares, bem como 414 opções deslizantes para a compra de aviões até 2018. Em 10 de Junho de 1997, uma vez mais, a Continental efectuou em princípio 35 encomendas firmes e acordou novas opções de compra com a Boeing, na condição de a Continental satisfazer todas as suas necessidades de abastecimento em termos de grandes aviões junto da Boeing nos próximos vinte anos.

(45) O facto de três das maiores companhias aéreas do mundo se terem vinculado através de um acordo de fornecimento válido por vinte anos a um único fornecedor indica já fortemente que a Boeing detém já uma posição domi-

nante no mercado dos grandes aviões comerciais. Além disso, é provável que esses três acordos tenham sido facilitados pela concentração projectada (tal como explicado infra). Ainda que, tal como foi referido, os clientes venham a retirar vantagens económicas destes acordos, é provável que estas sejam mais do que compensadas pela rigidez imposta pelo facto de estarem vinculadas a um único fornecedor durante um período tão longo, durante o qual os preços dos concorrentes poderão ser mais interessantes e a sua tecnologia e serviços conexos superiores.

(46) Os acordos de exclusividade existentes concluídos entre a Boeing e as três companhias aéreas em causa terão importantes efeitos de encerramento no mercado mundial dos grandes aviões comerciais a jacto durante os próximos vinte anos. Estima-se que serão entregues no mundo inteiro, entre 1997 e 2016, 14 400 aviões novos, dos quais cerca de 2 400 foram objecto de uma encomenda firme junto da Boeing, da MDC ou da Airbus. Resta, por conseguinte, um mercado potencial de cerca de 12 000 aviões. No entanto, os acordos exclusivos da Boeing, incluindo as opções e os direitos de opção de compra, representam cerca de 13 % deste mercado potencial (ou mais de 30 % do mercado americano).

7. Futuro crescimento do mercado

(47) As partes alegaram que o fornecimento de aviões usados e o poder de compra das companhias aéreas restringem já e continuarão a restringir o poder de mercado da Boeing.

O ponto de vista da Comissão de que os aviões usados não são em geral verdadeiros substitutos dos aviões novos foi já explicado (ver supra). Esta situação é especialmente susceptível de se verificar nos próximos vinte anos, quando se prevê que a procura de aviões aumente mais de 80 %. Os aviões usados só poderão provavelmente satisfazer uma fracção desta procura crescente, em especial devido ao facto de uma elevada proporção (mais de 80 %) da actual frota mundial em serviço necessitar de ser retirada e substituída durante o mesmo período.

O crescimento do mercado previsto enfraquecerá igualmente o eventual poder de compra que as companhias aéreas possam exercer. Durante um período em que se prevê que a procura de transporte aéreo aumente muito significativamente (prevê-se uma taxa anual de 5 %), as companhias aéreas, ao tentarem satisfazer esta procura, encontrar-se-ão numa certa medida em concorrência entre si a fim de obterem novos aviões, o que as colocará numa posição de negociação menos favorável face os fornecedores. Para além disso, o poder de

compra das companhias face à Boeing é, de qualquer modo, limitado devido ao monopólio da Boeing no maior segmento das fuselagens largas e, pelo menos após a concentração projectada, no menor segmento das fuselagens estreitas.

8. Concorrência potencial

(48) Na sua notificação, a Boeing afirma que existem novos candidatos potenciais no mercado dos grandes aviões comerciais a jacto, nomeadamente companhias situadas na Rússia, na Índia e no Extremo Oriente (China, Japão, Coreia do Sul e Indonésia).

(49) Todavia, a própria Boeing reconhece efectivamente que existem obstáculos muito importantes à entrada neste mercado. Os custos de desenvolvimento e os custos de investimento iniciais são colossais (mais de 10 mil milhões de dólares para desenvolver um novo avião a jacto de fuselagem larga, segundo a Boeing). O próprio processo de produção caracteriza-se por efeitos de curva de aprendizagem muito acentuados e por fortes economias de escala e de gama, que um novo operador deve atingir se pretender permanecer verdadeiramente competitivo ao longo do tempo. É imperativo respeitar normas de segurança muito estritas existentes nos Estados Unidos, na Europa e noutros países.

(50) Do mesmo modo, na notificação apresentada pela Boeing, os novos candidatos potenciais identificados serão, segundo todas as possibilidades, susceptíveis de operarem principalmente no mercado dos aviões de transporte regional a jacto e, como tal, não competirão no mercado dos grandes aviões comerciais a jacto (ver supra a secção definição do mercado). Tal é confirmado pelas respostas enviadas à Comissão (por exemplo) pelas companhias do Extremo Oriente; estas operam no mercado dos aviões de transporte regional a jacto ou são subcontratantes da Boeing para programas de construção de grandes aviões a jacto.

(51) Por conseguinte, pode excluir-se a eventualidade de uma concorrência potencial ter efeitos importantes, num futuro previsível, sobre a actual situação concorrencial.

9. Conclusão

(52) Tendo em conta as diversas características da estrutura actual dos mercados dos grandes aviões comerciais a jacto, que foi descrita supra, e nomea-

damente as partes de mercado actualmente detidas pela Boeing, a dimensão da sua frota em serviço, a conclusão recente de acordos de fornecimento exclusivos a longo prazo com clientes muito importantes e a ausência de novos candidatos potenciais, a Comissão chegou à conclusão preliminar de que a Boeing detém já uma posição dominante no mercado global dos grandes aviões comerciais bem como nos mercados dos aviões de fuselagem estreita e de fuselagem larga.

II. Reforço da posição dominante da Boeing

(53) O presente projecto de concentração reforçaria a posição dominante da Boeing no mercado dos grandes aviões comerciais pelas duas razões seguintes:

- a capacidade concorrencial da MDC no sector dos grandes aviões comerciais viria juntar-se à que a Boeing possui já neste mercado,
- o aumento importante dos recursos totais da Boeing e das suas actividades no sector militar e espacial teria repercussões não negligenciáveis sobre a sua posição no sector dos grandes aviões comerciais e torná-la-ia ainda mais forte.

1. Impacto das actividades da MDC no domínio dos aviões comerciais

(54) Os efeitos imediatos do projecto de concentração serão os seguintes:

- a) A parte da Boeing no mercado global dos grandes aviões comerciais aumentaria de 64 % para 70 %;
- b) Ao adquirir as actividades da MDC, a Boeing passaria no futuro apenas a confrontar-se com um único concorrente neste mercado;
- c) A parte da frota em serviço da clientela da Boeing aumentaria de 60 % para 84 %;
- d) A Boeing desenvolveria a sua capacidade no domínio dos aviões comerciais, nomeadamente em termos de mão-de-obra qualificada;
- e) A Boeing aumentaria a sua capacidade de incentivar as companhias aéreas a concluírem acordos de exclusividade, encerrando assim mais o mercado.

a) Aumento das partes de mercado

(55) A parte que a Boeing detém no mercado global dos grandes aviões comerciais (em termo da actual carteira de encomendas) passaria de 64 % para 70 %. A sua parte de mercado dos aparelhos de fuselagem larga passaria de 71 % para 73 % e a do mercado dos aparelhos de fuselagem estreita de 55 % para 66 %.

(56) Para além disso, a Boeing deterá, para além do monopólio de que beneficia já no segmento superior das fuselagens largas, um outro monopólio no segmento inferior dos aparelhos de fuselagem estreita, com uma capacidade de 100 a 120 lugares. Este segmento é particularmente importante, uma vez que é utilizado em grande medida pelas grandes companhias aéreas para alimentarem os seus aeroportos centrais e realizar lucros nas rotas pouco frequentadas em que é difícil substituir aviões com uma capacidade de 100-120 lugares por grandes fuselagens estreitas tais como os Airbus 319, cujo custo de exploração por viagem é superior. No momento, os únicos aviões concorrenciais do segmento inferior das fuselagens estreitas são os Boeing 737-500 e 737-600 e o MD-95. Deve referir-se que, ainda que a Airbus tenha mantido discussões com a China e outros fabricantes asiáticos sobre o desenvolvimento de um avião de 100 lugares, estas negociações encontram-se ainda numa fase inicial e a decisão em termos de investimento dependerá do mercado e dos cenários de desenvolvimento; por conseguinte, este projecto não é susceptível de ter qualquer influência no mercado num futuro previsível. A Boeing encontrar-se-ia igualmente numa situação de quase monopólio no segmento dos aviões de carga. No que diz respeito às entregas de novos aviões de carga no período de 1990-1996, a parte anual média do mercado mundial detida pela Boeing e pela MDC foi de 67 % e 23 %, respectivamente, ou seja, uma parte de mercado cumulada de 90 %.

(57) No entanto, uma vez que, tal como sublinhado infra, a MDC deixou de constituir uma força real no mercado dos aviões comerciais e na ausência de um outro potencial comprador das suas actividades no domínio dos aviões comerciais, é provável que a Boeing tivesse obtido, ao longo do tempo, um monopólio no segmento dos 100-120 lugares e um quase monopólio no segmento dos aviões de carga mesmo sem a actual concentração.

b) Potencial da MDC em termos de concorrência

i) A influência competitiva da MDC no passado é mais importante do que o reflecte a sua parte de mercado

(58) Ainda que, tal como referido anteriormente, a parte de mercado da MDC não tenha deixado de diminuir, a parte que esta detém no mercado global (6 %) e em especial no dos aparelhos de fuselagem estreita (11 %) continua a ser significativa. Afigura-se, para além disso, que o impacto da MDC nas condições de concorrência no mercado dos grandes aviões comerciais era mais acentuado do que o reflectido pela sua parte de mercado em 1996.

A Comissão recebeu respostas de 31 companhias aéreas que compraram todas nestes últimos cinco anos grandes aviões comerciais novos. Duas delas compraram aviões construídos pela MDC. Das 29 companhias restantes, 20 declararam que quando tinham feito encomendas à Boeing ou à Airbus, a MDC tinha apresentado uma proposta relativamente a uma parte ou ao conjunto destas encomendas. Destas 20 companhias, 13 declararam que a concorrência exercida pela MDC tinha tido uma incidência sobre o resultado das suas negociações com o adjudicatário permitindo-lhes obter um preço mais vantajoso ou condições de compra mais favoráveis. Duas empresas declararam que esta influência tinha sido decisiva, três consideraram-na reduzida e sete outras não negligenciável.

Tal é confirmando por um estudo elaborado pela Lexecon Ltd para a Airbus e apresentado na audição, em que foram analisados 52 concursos para fornecimento de aviões entre 1994 e 1996, comparando os concursos em que participou a MDC com os em que não participou. Neste estudo, verificou-se que a presença da MDC conduziu a uma redução superior a 7 % no preço final, em comparação com os preços de tabela no que diz respeito às encomendas feitas à Airbus.

ii) Contudo, actualmente a MDC deixou de constituir uma força real no mercado da venda de novos aviões numa base autónoma

(59) A Douglas Aircraft Company (DAC), que explora as actividades da MDC no domínio dos aviões comerciais, realizou em 1996 receitas de funcionamento no valor de 100 milhões de dólares dos Estados Unidos em comparação com 39 milhões e 47 milhões de dólares em 1995 e 1994, respectivamente. Além disso, a DAC tem ainda uma carteira de encomendas firmes de 7 mil milhões de dólares. Contudo, afigura-se que as receitas de funcionamento da DAC diziam essencialmente respeito às actividades da DAC de peças sobresselentes e apoio aos produtos e não à venda de aviões novos. Em contraste com as famílias de aviões mais amplas e mais modernas oferecidas pela Boeing e pela Airbus, a DAC oferece actualmente apenas três tipos de aviões de

fuselagem estreita e um tipo de avião de fuselagem larga, que, segundo a Boeing, não apresentam características comuns significativas e que são todos derivados dos primeiros modelos Douglas e não modelos inteiramente novos. Afigura-se serem estas as principais razões para o contínuo declínio das partes de mercado da DAC. Além disso, a actual carteira de encomendas cobre apenas um período limitado da futura produção. Desde o cancelamento do programa MDXX em Outubro de 1996, a DAC quase não recebeu quaisquer novas encomendas firmes, o que reflecte a percepção por parte das companhias aéreas de que a MDC deixou de estar envolvida em actividades no domínio dos aviões comerciais, podendo a prazo abandonar o mercado. Neste contexto, revela-se igualmente importante o facto de a DAC ter perdido nos últimos nove meses os seus principais clientes Amercian, Northwest Airlines, Delta e Continental, os quatro maiores operadores dos aviões DAC. A perda destes «principais» clientes aéreos, que constituem pontos de referência para outros clientes e um dos quais, a Delta, foi mesmo o cliente de lançamento do MD90, deu mais um sinal ao mercado de que a DAC não teria quaisquer perspectivas no mercado dos grandes aviões comerciais. Nestas circunstâncias, deve concluir-se que a DAC deixou de constituir actualmente uma força real no mercado numa base autónoma.

iii) É improvável que um terceiro adquira as actividades da MDC no domínio dos aviões comerciais

(60) Em teoria, sem a concentração, a DAC poderia ter sido adquirida por outras empresas aeroespaciais [. . .]. Contudo, a posição da DAC no mercado deteriorou-se drasticamente em 1997. Estudos exaustivos de mercado realizados pela Comissão evidenciaram que na prática é altamente improvável que um terceiro adquira a DAC. Afigura-se que tal se deve nomeadamente à deterioração da situação da DAC. Nem a Airbus, o único concorrente ainda presente no mercado no sector dos grandes aviões comerciais, nem uma das suas empresas-mãe revelaram interesse na aquisição da DAC. Além disso, nenhuns outros compradores potenciais estavam interessados em entrar no mercado dos grandes aviões comerciais através da aquisição da DAC.

Afigura-se contudo, que, dada a actual situação competitiva da DAC, apenas a Boeing se encontra preparada para adquirir as actividades da MDC no sector dos aviões comerciais.

iv) O potencial competitivo das actividades da MDC no sector dos aviões comerciais pode, contudo, constituir um factor significativo no mercado após a sua integração no grupo Boeing

(61) A Boeing declarou que só poderia decidir manter ou suspender as linhas e produtos da DAC depois de ter tido acesso aos dados internos da DAC. Segundo a Boeing, tal decisão dependeria, além disso, de alguns factores diversos incluindo considerações sociais e políticas. Existem, no entanto, indicações de que a Boeing poderia, apesar da actual situação difícil da DAC, decidir continuar todas ou algumas das linhas de produtos da DAC, pelo menos durante algum tempo. No caso de a Boeing continuar a produção de aviões DAC, a actual percepção negativa das perspectivas da MDC poderia desaparecer. Tal poderia igualmente eliminar, numa certa medida, a relutância por parte das companhias aéreas de comprarem aviões DAC resultante da incerteza sobre o futuro das suas actividades no sector dos aviões comerciais. Enquanto parte do grupo Boeing, os aviões DAC poderiam ser comercializados juntamente com aviões Boeing e a Boeing poderia decidir sobre o momento de apresentar os aviões DAC a um determinado concurso.

Se, pelo contrário, a Boeing vier a decidir pôr termo, a mais ou menos longo prazo, à produção da totalidade ou de um parte dos aviões DAC, estará em melhor situação do que a Airbus para conquistar as partes de mercado que se virão a libertar. Através de uma acesso preferencial à actual vasta clientela da DAC, tal como sublinhado infra, a Boeing encontrar-se-á numa posição vantajosa para substituir a prazo os aviões DAC actualmente em serviço.

c) Frota em serviço

(62) A parte que a Boeing detém nas frotas actualmente em serviço passaria de 60 % para 84 % (em oposição a apenas 14 % da Airbus); desenvolveria assim com a clientela relações duradouras e implantar-se-ia mais solidamente no mercado de assistência à clientela. A sua clientela aumentaria igualmente de forma muito significativa. Afigura-se que das 561 companhias aéreas que exploravam aviões Boeing, MDC e Airbus no final de 1996, 75 utilizavam apenas aviões MDC e 10 aviões MDC e Airbus. Para além das 316 companhias que exploram unicamente aviões Boeing, 50 companhias exploram aviões Boeing e aviões MDC, 62 exploram aviões Boeing e Airbus e 26 exploram aviões Boeing, MDC e Airbus (apenas 22 companhias exploram exclusivamente aviões Airbus), a Boeing teria igualmente acesso a 85 outras companhias que não exploram actualmente aviões Boeing.

(63) A possibilidade de desenvolver contactos mais estreitos com estas companhias graças aos serviços de assistência actualmente prestados poderia oferecer à Boeing no futuro a oportunidade de concluir vendas permitindo-lhe influenciar as necessidades da clientela. Contudo, deve reconhecer-se que a

Boeing possui já contactos estreitos com um grande número de companhias através dos seus próprios serviços de assistência.

(64) Em geral, a aquisição das actividades de peças sobresselentes e manutenção da MDC pode conferir à Boeing uma influência suplementar muito significativa sobre os actuais utilizadores de aviões MDC, cujas frotas MDC combinadas constituem, tal como já referido, 24 % da totalidade da frota mundial.

d) Utilização da capacidade da MDC

(65) A Boeing utiliza apenas as suas instalações de produção a [. . .]; as capacidades disponíveis são de [. . .]. Afigura-se contudo que estes valores dizem apenas respeito à capacidade de produção propriamente dita e não à mão-de-obra existente. A Boeing, segundo parece, procura em especial ter acesso aos engenheiros da MDC para o desenvolvimento e produção dos seus próprios aviões comerciais. O Relatório Anual de 1996 da MDC menciona a propósito de um projecto de construção de um avião comercial a jacto que várias centenas de engenheiros da MDC começaram a trabalhar neste projecto, por conta da Boeing, em Dezembro de 1996.

(66) A Comissão admite que é relativamente difícil transferir engenheiros que trabalham no fabrico de aviões de combate para o fabrico de aviões comerciais. Tal não coloca contudo problemas significativos para os engenheiros que trabalham em aviões de transporte militar. Com efeito, a MDC reconhece que, tendo em conta flutuações que afectaram os programas de construção de aviões comerciais e de aviões de transporte militar (programa C17), os trabalhadores do sector da produção têm por vezes passado de um programa para o outro.

(67) No sector aeronáutico, a flexibilidade de utilização das capacidades, por outras palavras, a possibilidade de aumentar ou diminuir facilmente a produção constitui um factor importante. Para as companhias aéreas, é evidente que um construtor em condições de proceder a entregas nos prazos exigidos em períodos de rápido crescimento da procura é claramente vantajoso. Uma das condições principais do rápido crescimento das capacidades é a existência de uma mão-de-obra qualificada, que seria aumentada para a Boeing através do acesso à mão-de-obra da MDC.

e) Acordos de exclusividade

(68) Devido a este projecto de concentração, a capacidade da Boeing de concluir acordos tais como os que foram negociados com a American, com a Delta e com a Continental seria consideravelmente aumentada. Refira-se que essas companhias aéreas se encontram entre as maiores do mundo e são consideradas «clientes de lançamento» em relação a novos modelos de aviões, ou seja, são na realidade as únicas companhias aéreas com recursos suficientes para adoptarem modelos ou famílias de aviões inteiramente novos. Em especial, no que se refere às companhias aéreas que exploram actualmente em simultâneo aviões da Boeing e da MDC, a Boeing poderia, no âmbito de um acordo de exclusividade, também oferecer outros aviões MDC bem como serviços de peças sobresselentes e assistência técnica para os aparelhos MDC mais antigos. Por outro lado, se as companhias aéreas que encomendaram aviões MDC pretendessem racionalizar a sua frota, a Boeing, ao controlar a MDC, anularia pura e simplesmente estas encomendas e as sanções que as companhias aéreas deveriam normalmente pagar em caso de anulação de encomendas seriam simbólicas. A Boeing teria, no âmbito do acordo de exclusividade, proposto adquirir os MD90 já entregues à Delta Airlines e anular as encomendas existentes de outros aparelhos deste tipo. Contudo, quando a Comissão interrogou a Boeing sobre esta questão, esta não confirmou nem desmentiu a existência de tais acordos.

(69) Como exemplo da relação, efectiva e potencial, entre a dimensão da actual frota da MDC em serviço de grandes companhias aéreas e a maior oportunidade de a Boeing, na sequência da concentração, concluir novos acordos exclusivos de fornecimento com essas companhias, é conveniente notar que a American, a Delta e a Continental, com as quais existem já acordos de fornecimento exclusivos¹⁰, são a primeira, terceira e quarta companhias, respectivamente, no que diz respeito à dimensão das suas frotas MDC em serviço:

Frota mundial - Os 10 principais operadores

| <i>Companhia aérea</i> | <i>Boeing</i> | <i>DAC</i> | <i>Airbus</i> | <i>Total(*)</i> |
|------------------------|---------------|------------|---------------|-----------------|
| American | 242 | 311 | 35 | 663 |
| United | 505 | 52 | 36 | 591 |
| Delta | 336 | 150 | | 539 |
| US Airways | 250 | 99 | | 423 |

¹⁰ Os acordos com a Delta e a continental foram anunciados após a concentração e o acordo com a American apenas algumas semanas antes da concentração.

| | | | | |
|-----------------|-----|-----|----|-----|
| Northwest | 126 | 229 | 50 | 405 |
| Continental | 183 | 119 | 4 | 306 |
| Southwest | 243 | | | 243 |
| British Airways | 203 | 7 | 10 | 228 |
| Lufthansa | 123 | | 92 | 215 |
| TWA | 79 | 111 | | 204 |

(*) Os valores totais incluem 86 aviões Lockheed, 130 Fokker e 7 Concorde.

Fonte: Airbus

É igualmente conveniente notar que, antes desses acordos, nunca haviam sido concluídos acordos de exclusividade no sector dos grandes aviões comerciais e que o seu próprio período de validade não tem precedentes.

(70) De forma mais geral, a gama de produtos mais vasta da Boeing após a concentração, os seus recursos financeiros e a sua elevada capacidade que lhe permite dar resposta às necessidades das companhias aéreas para entregas a curto prazo, em combinação, aumentariam significativamente a capacidade de a Boeing incentivar as companhias aéreas a concluírem acordos de exclusividade. Note-se que seria impossível que a Airbus oferecesse acordos de exclusividade, uma vez que a Airbus não pode oferecer uma «família» completa de aviões.

(71) O efeito potencial de acordos de exclusividade com as dez principais companhias aéreas mundiais seria o de bloquear mais de 40 % do mercado mundial (com base na actual frota em serviço dessas companhias enquanto proporção da frota mundial). Um cenário deste tipo é bastante plausível, uma vez que se poderia verificar um efeito de arrastamento em consequência do qual outras grandes companhias aéreas não queriam perder as aparentes vantagens de que beneficiam os seus concorrentes, que já concluíram acordos de exclusividade. Daí poderia resultar uma divisão do mercado mundial, em que as maiores companhias com as maiores frotas seriam exclusivamente controladas pela Boeing na sequência da concentração, passando apenas a existir concorrência relativamente ao fornecimento de aviões às companhias aéreas de menores dimensões.

Além disso, esses acordos são susceptíveis de ter efeitos que se prolongam para além da sua já muito longa duração, tendo em conta o período de vida muito longo típico dos produtos deste sector. Assim, a Boeing considera que os aviões concebidos após 1980 podem ter um período de funcionamento entre 28 e 31 anos. Tal implica de facto que, por exemplo, os aviões adquiri-

dos nos últimos anos do acordo - menos se este não for renovado - poderá cobrir as necessidades da companhia até 2045-2047. Para além disso, é igualmente razoável considerar que após um período tão longo de aquisições exclusivas à Boeing, as companhias aéreas estivessem provavelmente pouco dispostas a suportar os custos da mudança para uma outra família de aviões.

2. Efeitos globais resultantes das actividades da MDC no sector militar e espacial

(72) A aquisição das actividades da MDC no sector militar e espacial reforçaria a posição dominante da Boeing devido à sua incidência global em termos de:

- a) Aumento dos recursos financeiros totais da Boeing;
- b) Aumento do acesso da Boeing à I & D financiada pelo Estado e à carteira de propriedade intelectual;
- c) Aumento do poder de negociação da Boeing face aos seus fornecedores;
- d) Possibilidades de compensação e de «transacções subordinadas».

a) Recursos financeiros

(73) Na sequência da concentração, a Boeing tornar-se-á a maior companhia aeroespacial integrada do mundo, com um volume de negócios estimado em 1997 em mais de 48 mil milhões de dólares dos Estado Unidos. Segundo os valores de 1995, as operações da Boeing no sector dos aviões comerciais representavam cerca de 70 % do conjunto das suas actividades. No que diz respeito à MDC, a percentagem é inversa: cerca de 70 % do conjunto das suas actividades eram exercidas no sector militar e espacial. Sem ter em conta a aquisição recente da Rockwell Defence and Aerospace, o projecto de aquisição da MDC permitirá à Boeing triplicar aproximadamente as suas actividades no domínio militar e espacial. A Boeing estará assim melhor posicionada para fazer face às flutuações conjunturais no sector dos aviões comerciais, dado que, apesar das restrições orçamentais destes últimos anos, as receitas resultantes do sector militar e espacial parecem bastante mais estáveis do que as geradas pelo do sector comercial.

(74) Dado que a Airbus é um «agrupamento de interesse económico» (AIE) e que nessa qualidade não publica as suas próprias contas financeiras, não é

possível uma comparação pormenorizada dos resultados da Airbus, da Boeing e da MDC. O volume de negócios total destes três grupos em 1996 dá contudo uma ideia do seu peso respectivo:

(em dólares dos Estados Unidos)

| | |
|--------|----------------|
| Airbus | 8 900 milhões |
| Boeing | 22 700 milhões |
| MDC | 13 800 milhões |

O volume de negócios no sector aeroespacial de cada um dos quatro parceiros da Airbus em 1996 foi o seguinte:

(em dólares dos Estados Unidos)

| | |
|-------------|----------------|
| Aerospatale | 10100 milhões |
| BAC | 11 600 milhões |
| DASA | 8 800 milhões |
| CASA | 900 milhões |

Contudo, apesar dos argumentos em contrário apresentados pela Boeing, não se afigura adequado incluir o volume de negócios dos quatro parceiros Airbus no volume de negócios da Airbus. Quanto ao volume de negócios das actividades militares aeroespaciais, é importante notar que os quatro parceiros Airbus não constituem em conjunto uma entidade com actividades integradas como acontece com a Boeing e a MDC, que são sociedades individuais autónomas. Além disso, o único parceiro da Airbus com actividades significativas não aeroespaciais conexas é a DASA, que faz parte do grupo Daimler-Benz. É evidente que a Daimler-Benz não consideraria economicamente racional utilizar as suas outras actividades (principalmente o fabrico de veículos automóveis) para subsidiar a Airbus numa medida significativa, em especial, uma vez que a sua participação é apenas de cerca de 37 % (ver supra).

(75) A solidez da estrutura financeira da Boeing tal como a da MDC é comprovada pelos seus rácios endividamento/fundos próprios (que é respectivamente, em milhares de milhão de dólares dos Estados Unidos de 4,1 / 10,5 e 3,4 / 3,0)¹¹.

¹¹ Fonte: Relatórios anuais da Boeing e da MDC de 1996.

(76) Os resultados de exploração para 1996 que figuram infra indicam (em milhares de milhão de dólares dos Estados Unidos (12)¹² a plataforma financeira de cada uma das duas empresas, Boeing e MDC, e o seu peso cumulado:

| | Boeing | MDC | Peso acumulado |
|--|-----------------------|-----------------|-----------------------|
| Lucros | 1,4 | 0,79 | 2,19 |
| Cash flow (resultado do início do ano mais evoluções = saldo de fim de exercício) | 3,73 + 0,64 = 4,37 | 0,8 + 0,3 = 1,1 | 4,53 + 0,94 + 5,47 |

(77) Segundo as previsões da Lehman Brothers, após a integração da MDC, os lucros brutos de exploração da Boeing passariam de 4 400 milhões de dólares dos Estados Unidos em 1997 para 7 300 no ano 2000, sobre vendas que atingirão nesse ano 54 800 milhões de dólares dos Estados Unidos. No que diz respeito às disponibilidades detidas, poderia, ainda segundo a Lehman Brothers, ter, até ao final do decénio, 15 mil milhões de dólares dos Estados Unidos no seu balanço e no início do próximo século aproximadamente 20 mil milhões¹³.

(78) As contas da Boeing e da MDC não são transparentes no que diz respeito à margem de lucro resultante dos seus diferentes modelos de aviões. Segundo os cálculos dos peritos financeiros, existem diferenças importantes entre as margens de lucro que a Boeing realiza nos seus diferentes modelos. Em especial, as margens são, segundo as suas estimativas, bastante mais elevadas (cerca de 30 %) nos modelos 737 e 747 (que pertencem respectivamente aos segmentos inferior e superior) do que nos modelos 757 e 767 (segmento dos aparelhos de capacidade média), em que as margens são estimadas em cerca de 18 %¹⁴. Tal reflecte provavelmente a posição praticamente monopolística da Boeing nos segmentos superior a inferior (ver supra a rubrica consagrada à definição do mercado dos aviões de transporte de passageiros). Por conseguinte, a Boeing está provavelmente em condições de apoiar as vendas dos aviões de capacidade média, segmento em que a concorrência é mais forte

12 Fonte: Relatórios anuais da Boeing e da MDC de 1996

13 Fonte: Lehman Brothers, 22 de Abril de 1996

14 Fonte: Lehman Brothers, 22 de Abril de 1996

graças às margens mais elevadas que obtém nos segmentos inferior e superior em que a concorrência é menor, ou mesmo inexistente. Por conseguinte, pode esperar-se que com os produtos da MDC a Boeing poderá, quando considerar apropriado, fixar preços sem lucro ou a níveis abaixo dos custos no segmento dos aparelhos de capacidade média, graças às margens de lucro mais elevadas obtidas nos segmentos inferior e superior. Além desta combinação de volume de negócios, meios disponíveis e lucros, a duplicação do financiamento estatal para I & D militar e a triplicação das receitas gerais da Boeing geradas nos sectores militar e espacial aumentarão as possibilidades de proceder a subvenções cruzadas das vendas da Boeing no sector da aviação comercial nos casos em que a Boeing pretenda contrariar uma concorrência específica (tal como no segmento de aparelhos de capacidade média do mercado das fuselagens largas).

(79) A Boeing desenvolveu já tais práticas de preços, por exemplo nos 737. Deste modo, lê-se no Washington Post¹⁵ relativamente a uma encomenda relativa a novos aviões comerciais a jacto feita pela Scandinavian Airline Systems (SAS) em Março de 1995 que refere:

«O comité de avaliação interno da SAS tinha recomendado a compra de 50 novos aviões a jacto MD-95 de 100 lugares propostos pela Douglas, ao preço unitário de 20 milhões de dólares dos Estados Unidos. Em vez disso [o presidente da SAS] declarou que a SAS encomendaria 35 novos Boeing 737 - aparelho cuja reputação estava já feita - ao preço unitário de cerca de 19 milhões de dólares dos Estados Unidos, ou seja, uma redução acentuada em relação à tabela fixada pela Boeing. "A estratégia da Boeing, recorda um dos vendedores envolvidos no negócio, era manifestamente de impedir a Douglas de lançar o MD-95".».

(80) Segundo as informações fornecidas pela Boeing, o preço mais baixo publicado em 1996 para um 737 de 100 lugares teria sido de 32 milhões de dólares dos Estados Unidos. Se se presumir que os cálculos dos peritos financeiros que davam uma margem de lucro de cerca de 30 % sobre um Boeing 737 são relativamente exactos¹⁶, o preço efectivo de 19 milhões de dólares dos Estados Unidos fixado à SAS parecia indicar que a Boeing não teria reali-

15 Fonte: Washington Post, 5 de Abril de 1997

16 Fonte: Lehman Brothers, 22 de Abril de 1996

zado o menor lucro nesta transacção (32 milhões de dólares dos Estados Unidos menos 30 % = cerca de 22 milhões de dólares dos Estados Unidos).

(81) É evidente que, tal como já foi referido, os produtos da MDC (em especial aparelhos MD-95 do segmento inferior) e o nítido aumento dos seus recursos totais, darão à Boeing a oportunidade de desenvolver tais práticas de preços, tendo em conta em especial a situação já sólida e cada vez mais florescente da sua tesouraria (ver supra).

(82) Pode verificar-se um exemplo anterior da predisposição da Boeing para utilizar a sua força global em termos de recursos para pressionar não apenas os seus concorrentes mas também os clientes, através de uma carta dirigida a uma companhia aérea japonesa de locação financeira aquando da assinatura de uma encomenda de aviões Airbus, tal como referido na audição:

«É preciso que saibam que a Boeing Company toma uma decisão dessas . . . extremamente a sério. Não só constitui um choque para mim e para os meus colegas, mas também terá certamente um impacto negativo no futuro das relações de longo prazo que as nossas duas empresas desenvolveram durante muitos anos».

«. . . Mais significativamente, poderá ter implicações indesejáveis para a cooperação Japão-América no sector aeroespacial».

(assinada por Ronald Woodard. Boeing Commercial Airplane, presidente do grupo, 17 de Dezembro de 1996).

b) Acesso à I & D financiada pelo Estado

(83) Graças ao acentuado aumento das suas actividades militares e espaciais, a Boeing beneficiará de um acesso acrescido à I & D financiada pelo Ministério Americano da Defesa (DoD), da National Aeronautics and Space Administration (NASA) ou de outros organismos públicos. É o que acontece, em especial, no que diz respeito à I & D no domínio dos aviões militares.

i) Nos Estados Unidos da América, a I & D no sector aeroespacial é, em grande medida, financiada pelo Estado

(84) Segundo as estatísticas elaboradas pela Associação Americana das Indústrias Aeroespaciais, nos Estados Unidos da América, o conjunto da I & D (financiada pelo Estado e pelas empresas) realizada pela indústria representa

em média 3 % a 4 % do volume de negócios líquido das empresas do sector transformador. No sector aeroespacial em contrapartida, o conjunto da I & D industrial nos Estados Unidos da América representa 12 % a 14 % do volume de negócios líquido. No conjunto do sector, as empresas financiam cerca de 80 % de todas as actividades de I & D industrial, representando o financiamento do Estado Federal cerca de 20 %. No sector aeroespacial, a percentagem é completamente diferente: cerca de 60 % do conjunto da I & D industrial é financiada pelo Governo americano e apenas 40 % pelas próprias empresas.

(85) Em 1994, o financiamento concedido pelo Estado federal à I & D industrial no conjunto do sector aeroespacial elevou-se a 8 800 milhões de dólares dos Estados Unidos. Deste montante, cerca de 8 mil milhões foram consagrados ao desenvolvimento sendo o restante afectado à investigação de base e aplicada. O Ministério da Defesa (DoD) e a Administração Nacional de Aeronáutica e do Espaço (NASA) concederam a parte essencial do financiamento de I & D industrial. O orçamento total afectado pelo DoD à I & D no sector aeronáutico (para aviões e equipamentos conexos) representou 6 800 milhões de dólares americanos e o da NASA 1 500 milhões. Os valores para 1995 foram respectivamente de 7 100 e 1 300 milhões de dólares dos Estados Unidos. Os principais contratos celebrados pelo DoD para investigação, desenvolvimento, ensaios e avaliação (IDE & A) no sector aeronáutico representaram 5 800 milhões de dólares dos Estados Unidos em 1994 e quase o mesmo em 1995.

(86) De uma forma geral, as despesas de I & D do DoD são bastante mais importantes do que as dos seus homólogos europeus: em 1996, o conjunto dos créditos afectados pelo DoD à I & D elevaram-se a 34 800 milhões de dólares dos Estados Unidos, enquanto o pacote total consagrado à I & D pelos Ministérios da Defesa da Comunidade representou 11 700 milhões de dólares dos Estados Unidos (excluindo a Áustria, a Suécia e a Finlândia). Deste montante, 10 600 milhões de dólares dos Estados Unidos foram pagos pelos ministérios da defesa francês, alemão e britânico, os países dos principais parceiros do consórcio Airbus. No que diz respeito às actividades espaciais, a relação é da mesma ordem: em 1996, o orçamento total da NASA atingiu 13 800 milhões de dólares dos Estados Unidos. Em contraste, a contribuição dos Estados-membros para o orçamento da Agência Espacial Europeia (AEE), que representa de longe a parte essencial do pacote afectado às actividades espaciais na Comunidade, foi de 3 100 milhões de dólares dos Estados Unidos. Além disso, estes dados, claramente desproporcionados, não podem mesmo ser compa-

ráveis, uma vez que os Ministérios da Defesa da Comunidade não coordenam necessariamente o seu comportamento.

ii) Nos Estados Unidos da América, a I & D no sector militar e no sector espacial públicos é, regra geral, financiada integralmente pelo Estado

(87) Ao contrário dos programas de produção ou de fornecimento, que são em geral executados no âmbito de contratos a preços firmes, o programas de desenvolvimento no sector militar e espacial são normalmente desenvolvidos no âmbito de contratos custo-reembolso. Os principais contratos no domínio da I & D são os que dizem respeito à engenharia e ao desenvolvimento do fabrico; servem para financiar a concepção e o desenvolvimento do fabrico de um sistema antes do lançamento da fase de produção do programa. Trata-se em geral de contratos de tipo custo mais prémio (cost plus award fee - CPAF) ou de contratos de tipo custo mais incentivo (cost plus incentive fee - CPIF).

(88) Os contratos CPAF são de tipo custo-reembolso mais um prémio em função da realização de um programa negociado no momento da celebração do contrato. Os contratos CPIF são contratos de tipo custo-reembolso mais um incentivo em função dos resultados ou do calendário. Em certos casos, pode acontecer que uma empresa contratante tenha investido os seus próprios fundos na I & D nas fases iniciais de um programa militar. Estes custos iniciais de I & D são em geral incluídos nos custos totais do programa quando é posteriormente atribuído à empresa pelo DoD um contrato tendo em vista o fabrico de um determinado produto. Para além disso, o programa de I & D do DoD (reembolso dos custos de investigação e desenvolvimento independentes) permite às empresas escolhidas pelo DoD recuperar uma parte dos custos da I & D que desenvolveram, de forma independente, internamente, sendo reembolsadas através da pagamentos globais por todos os contratos de despesas controladas celebrados com o DoD. Desde 1991, a definição dos projectos autorizados de I & D independentes inclui todos os projectos susceptíveis de apresentarem interesse para o DoD. Sucede que a maior parte da I & D relativa aos produtos militares, ou tendo eventuais aplicações no domínio militar, é financiada pelo DoD. Do mesmo modo, a I & D relativa a programas militares, tecnologias e programas no domínio espacial beneficia frequentemente de um financiamento integral, em especial, se o principal cliente do programa for o Governo americano.

iii) O projecto de concentração permitirá em especial à Boeing aumentar o número dos seus contratos de I & D no sector militar

(89) Nestes últimos cinco anos, a Boeing obteve em média receitas anuais dos contratos de I & D celebrados com o Governo federal de cerca de [. . .]. Em média, [. . .] destas receitas foram geradas pela I & D relativamente a programas espaciais da NASA (em especial a «International Space Station». Ainda que actualmente a Boeing construa apenas alguns aviões militares (A-WACS, avião-tanque KC-135) e nenhum avião de caça, o segundo grande segmento de onde retira as receitas de I & D é o dos aviões militares. Em média, este segmento proporcionou à Boeing [. . .] das suas receitas de I & D no âmbito de contratos com o Governo americano. Tal explica-se pela participação da Boeing em importantes programas de desenvolvimento de aviões militares, tais como o caça F-22, o avião de ataque inter-exércitos (Joint Strike Fighter) e o avião V-22 de rotores basculantes. Quanto às receitas anuais médias da MDC, estas situaram-se, nestes últimos cinco anos, entre [. . .] e [. . .]. O segmento dos aviões militares representou cerca de [. . .] destas receitas. Por conseguinte, na sequência do projecto de concentração, das receitas retiradas pela Boeing da I & D desenvolvida no segmento dos aviões militares serão mais ou menos duplicadas.

(90) Notar-se-á que a entidade resultante da concentração participará, em diversos graus, em todos os actuais programas do DoD que beneficiam dos orçamentos de I & D mais elevados. Estes programas e respectivos orçamentos de I & D são os seguintes:

Orçamento

(milhões de dólares dos Estados Unidos)

| | 1995 | 1996 | |
|----------------------|-------|-------|--|
| F-22 | 2 281 | 2 165 | dois terços da Lockheed um terço Boeing |
| F/A - 18 | 1 249 | 824 | MDC |
| V-22 Osprey | 453 | 737 | Boeing |
| RAH- 66 Comanche | 475 | 292 | Boeing |
| B-2 | 366 | 589 | Chefe de fila: Northrop Grumman com participação minoritária da Boeing |
| JSF | 182 | 193 | Boeing e Lockheed em concorrência |
| C-17 Globemaster III | 184 | 71 | MDC |

(91) Afigura-se que os programa mais importantes de construção de aviões num futuro previsível sejam os que dizem respeito ao avião de ataque inter-

exército (JSF), o F-22 e o F/A-18. A MDC é o chefe de fila dos sistemas relativos ao F-18; a Lockheed e a Boeing trabalham ambas no desenvolvimento do F-22. A Boeing e a Lockheed encontram-se em concorrência para a obtenção do contrato final de construção do JSF. A Comissão considera que a nova entidade estará, após a concentração, melhor posicionada para obter o contrato de desenvolvimento do JSF, graças à combinação dos meios tecnológicos da Boeing e da MDC.

iv) O desenvolvimento significativo das actividades de I & D militar da Boeing conferirá algumas vantagens competitivas gerais à empresa

(92) Tal como referido infra, a I & D militar pode proporcionar a um construtor de aviões comerciais uma vantagem evidente, através das possibilidades de transferência, para o sector comercial, de tecnologias desenvolvidas graças a fundos públicos. No entanto, a vantagem não se limita às transferências de tecnologias. A participação maciça de sociedades privadas em projectos de I & D militar de elevada tecnologia contribui para a formação do pessoal técnico destas empresas, e alarga, por conseguinte, o seu saber-fazer. A I & D militar financia igualmente equipamentos de base, por exemplo, instrumentos muito especializados, que podem seguidamente ser utilizados em aeronáutica comercial. Certas infra-estruturas, como os laboratórios e instalações de ensaio, podem igualmente servir tanto para actividades militares como comerciais. Mesmo quando um projecto de I & D militar não confere qualquer avanço tecnológico especial (ou seja, em caso de fracasso do programa), pode ter uma utilidade comercial para a empresa que o realizou, indicando-lhe os impasses a evitar em matéria de investigação.

(93) Tais aumentos no saber-fazer geral ocorrerão, em especial, no processo de concepção e de fabrico. Por exemplo, o Ministério da Defesa americano apoia um programa importante relativo à utilização de uma tecnologia de concepção em ambientes artificiais que associa os sistemas avançados CAD/CAM com a modelagem e simulação do produto e que reduzirá significativamente o tempo e os riscos envolvidos na produção de um novo avião. Estas técnicas são igualmente aplicáveis a programas civis. Outros exemplos são o saber-fazer para a aplicação de novas tecnologias de materiais compósitos em programas militares tais como o V-22, o F-22 e o B-2, que proporcionam os conhecimentos necessários à concepção e fabrico de estruturas de materiais compósitos actualmente utilizados para o B-777, ou o «Design Manufacturing and Producibility Simulation», um sistema de engenharia desenvolvido pela MDC durante o seus programas militares, que conduz a uma redução signifi-

cativa do tempo do ciclo geral de concepção e serviu de modelo para o desenvolvimento do MD-XX. Neste contexto, refira-se que a Boeing, na sua resposta à comunicação de objecções prevista no artigo 18º, declarou que utilizava saber-fazer em aplicações de informática e respectivos programas, instrumentação avançada, fabrico e automação no fabrico de produtos electrónicos resultantes dos seus programas comerciais em programas militares tais como o V-22, o F-22 e o RAH-66. Apesar de a Boeing não considerar que existem quaisquer vantagens significativas para o sector comercial do saber-fazer obtido em programas militares, estes exemplos demonstram, contudo, um intercâmbio positivo do saber-fazer entre os sectores comercial e militar.

v) A concentração projectada reforçará consideravelmente os benefícios retirados pela Boeing da transferência da tecnologia militar para o sector da aviação comercial.

(94) A maior parte das tecnologias desenvolvidas no sector militar podem ser aplicadas no domínio da aviação comercial. O desenvolvimento das actividades de I & D militar da Boeing dirá principalmente respeito aos aparelhos militares, e em especial, aos aviões de combate. Ainda que a tecnologia relativa a estes últimos não seja susceptível de ser integralmente transferida, devido à maior miniaturização dos sistemas, as possibilidades de transferência são significativas. A lista que se segue fornece uma estimativa fornecida pela Lockheed Martin das percentagens de sistemas ou de tecnologias que entram no fabrico de aviões de combate e que podem ter aplicações comerciais:

| | |
|--|-----------|
| - apoio à navegação | (100 %) |
| - aviónica geral | (30%) |
| - instrumentos de cabine de comando | (100%) |
| - processos informatizados de aviónica | (80%) |
| - subsistemas de tecnologia | (90%) |
| - subsistemas de material informático | (10%) |
| - técnicas de comando de voo | (60%) |
| - materiais compósitos | (60-100%) |
| - materiais metálicos de estrutura avançados | (100%) |

(95) É verdade, tal como referiram a Boeing e a MDC, que um beneficiário de financiamento estatal para I & D militar pode frequentemente subcontratar uma parte significativa do trabalho envolvido. Contudo, tal não diminui a

possibilidade de um contratante principal, como a Boeing ou a MDC, beneficiar plenamente do saber-fazer e da experiência tecnológica gerada por esses programas, uma vez que o contratante principal terá sempre acesso a todos os pormenores do trabalho de I & D realizado. É de qualquer modo questionável em que medida e com que frequência o trabalho de I & D com financiamento estatal é subcontratado. Por exemplo, a MDC referiu que os materiais compósitos são normalmente desenvolvidos por fornecedores de material e não pela Boeing ou pela MDC. Contudo, no âmbito do programa «tecnologia de produção» financiado pelo Ministério da Defesa, o desenvolvimento de materiais compósitos de baixo custo foi adjudicado à Boeing para aplicações de fuselagem e à MDC para aplicações das asas. Esse programa de tecnologia de produção constituiu a parte mais importante do orçamento do Ministério da Defesa para 1996 no que diz respeito a iniciativas de transferência de tecnologia relativamente às quais foi solicitado um total de 1 768 milhões de dólares dos Estados Unidos.

(96) Para além da sua posição de líder no domínio dos aviões de combate, a MDC faz igualmente parte dos principais construtores de aviões de transporte militar. Ora, afigura-se que a tecnologia desenvolvida neste sector pode ser plenamente utilizada em aplicações comerciais. A MDC anunciou recentemente a sua decisão de produzir uma versão comercial do seu aparelho de transporte militar C-17. Neste contexto, é conveniente recordar o exemplo histórico do Boeing 747 que tinha sido concebido, inicialmente, para entrar em concorrência com um aparelho de transporte militar.

(97) No que diz respeito às aplicações comerciais da tecnologia militar, a âmbito declarou que desde 1993, em conformidade com o acordo bilateral de 1992 entre a Comunidade e os Estados Unidos da América relativo ao comércio das aeronaves civis de grande capacidade, os seus programas militares e outros programas destinados ao governo americano não lhe tinham conferido qualquer vantagem identificável para a realização dos seus programas comerciais. Contudo, a Boeing, numa declaração efectuada na audição de 13 de Junho de 1997, admitiu a existência de pelo menos uma grande parte de características comuns entre as aplicações de investigação militar e comercial. A Boeing alegou que essas características comuns beneficiam toda a indústria e não apenas empresas individuais, como a Boeing. No entanto, tal parece ser altamente improvável, devido ao facto de os contratos de investigação militar estarem sujeitos a regras de confidencialidade e segurança. Em especial, a NASA utilizou as denominadas «disposições limitadas em matéria de direitos exclusivos», que prevêm a protecção de informações de partes não governa-

mentais que participam em acordos com a NASA. Por exemplo, muitos programas HSCT (High Speed Civil Transport), o projectado sucessor do Concorde, são protegidos em relação à divulgação pública por pelo menos cinco anos.

(98) Relativamente a este aspecto, a Comissão sublinha que a presente decisão não considera o debate da noção de «apoio indirecto» constante do artigo 5º do acordo supramencionado, mas de proceder a uma análise económica para efeitos do regulamento das concentrações. Quanto a esta questão, não é indispensável saber se, durante os três últimos anos, a Boeing beneficiou de uma redução de custos perceptível relativamente a um dos seus programas comerciais actuais. Para efeitos de um processo ao abrigo do regulamento das concentrações, o que é relevante é o aumento considerável das actividades de I & D militar da Boeing que pode, tal como acima referido, a prazo, conferir-lhe uma nítida vantagem concorrencial sobre o único concorrente ainda existente em relação aos aviões comerciais de grande capacidade.

(99) A Comissão considera tal ser o caso, uma vez que nos Estados Unidos da América a fronteira entre os programas militares e os programas civis é muito menos nítida do que na União Europeia, consistindo a política dos Estados Unidos da América em manter ligações estreitas entre as tecnologias militar, espacial e comercial. Assim, o Conselho nacional das Ciências e Tecnologias (National Space and Technology Council) declarava, em Agosto de 1995:

«A grande semelhança técnica que existe, basicamente, entre os produtos e serviços aeronáuticos militares e os destinados à aviação civil deve ser explorada para aumentar a produtividade e a eficácia das nossas actividades de I & D. Tal presuppõe que o governo e os construtores, trabalhando conjuntamente, se esforcem por definir objectivos tecnológicos comuns para as aplicações civis e militares. (. . .) O Ministério da Defesa, a Direcção da Aviação Federal (FAA) e a NASA devem intensificar os seus esforços para incentivar o exame atempado, desde o início dos programas de desenvolvimento tecnológico, das possibilidades de aplicações duais».

Uma vez mais num relatório do serviço de investigação do Congresso de Dezembro de 1995 se declarava: «No Ministério da Defesa, foi sublinhado o desenvolvimento da tecnologia dual para expandir a base comercial de produção para o fabrico de produtos militares e para ajudar a explorar a tecnologia militar para fins civis».

Esta situação pode ser ilustrada pelo ênfase colocado pelas administrações americanas na tecnologia dual; se não existisse transferência entre as aplicações militares e as civis no sector aeroespacial, uma política de aplicação dual deste tipo não faria qualquer sentido.

Na realidade, existem muitos exemplos de transferência directa de produtos finais de aplicações militares para aplicações comerciais, por exemplo:

- o B52 (aerodinâmica) e o KC135 (asas, cabine de comando e concepção do motor) contribuíram para o desenvolvimento do B707, e mais tarde do B727, B737 e B757,
- o B777 beneficiou de tecnologias de integração de sistemas obtidas com o desenvolvimento da AWACS,
- a linha de produção do MD11 beneficia do KC10.

O impacto mais significativo a nível de transferência de aplicações militares para aplicações civis resulta, contudo, de efeitos a nível da tecnologia subjacente, que conduz a aumentos importantes da produtividade e poupanças dos custos.

(100) Pode objectar-se que as vantagens resultantes para a Boeing dos trabalhos de I & D realizados nos domínios militar, espacial e civil graças a fundos públicos, bem como o reforço dessas vantagens após a concentração, deverão ser comparadas com os auxílios estatais que poderão ser concedidos ao seu único concorrente, a Airbus, para o desenvolvimento de aviões comerciais. No que diz respeito à I & D militar e espacial, existe e continua a existir em benefício da Boeing, tal como acabámos de verificar, uma diferença considerável entre os montantes que lhe são atribuídos nos Estados Unidos da América e na Europa. Quanto à I & D civil, não existe qualquer dúvida de que o nível de financiamento concedido pelo Governo americano, e em especial pela NASA, é e continuará a ser em grande medida superior ao nível de financiamento concedido na Europa para actividades semelhantes. Por exemplo na Alemanha, o país de um dos principais parceiros do Airbus, o orçamento federal para I & D em aeronáutica civil elevou-se em 1995 a 142 milhões de marcos alemães (cerca de 90 milhões de dólares dos Estados Unidos). No mesmo ano, o orçamento da NASA para I & D em aeronáutica civil elevou-se a 1 300 milhões de dólares dos Estados Unidos. Existiu igualmente em 1995 um or-

çamento federal de 208 milhões de marcos alemães (cerca de 130 milhões de dólares dos Estados Unidos) para investigação em aviação em geral. Este valor deve, contudo, ser comparado com o orçamento de 2 200 milhões de dólares dos Estados Unidos da Administração Federal da Aviação dos EUA para investigação, engenharia e desenvolvimento. Inúmeras declarações de funcionários do Governo americano, e em especial da NASA, sublinham igualmente o esforço crescente que é desenvolvido para facilitar as aplicações comerciais destas actividades de I & D, e tal exclusivamente em proveito da indústria americana. Esta conclusão é igualmente válida para a aviação subsónica e para o HSCT, que beneficia já de programas de I & D específicos, amplamente financiados pelas entidades públicas. Tudo isto sem qualquer obrigação de reembolso.

Em contrapartida, o Acordo de 1992 entre a Comunidade e os Estados Unidos da América relativo ao comércio das aeronaves civis de grande capacidade impõe, nomeadamente, limites e condições de reembolso precisas que é e continuará sem dúvida a ser, no domínio da aeronáutica, a forma de contributo público mais frequente na Europa, ou seja, a concessão de empréstimos sujeitos a reembolso mediante o pagamento de direitos. Estes empréstimos não podem ultrapassar um terço das despesas totais relativas ao desenvolvimento de um avião civil de grande capacidade e estão sujeitos ao pagamento de juros e reembolso.

(101) Esta desproporção entre os níveis de apoio público à I & D existia já antes do projecto de concentração, mas os seus efeitos eram atenuados, pelo menos em parte, devido ao facto de as vantagens decorrentes da I & D financiada pelo Governo americano se repartirem entre duas empresas concorrentes e, no caso da MDC, dizerem apenas respeito a um aspecto comercial limitado. Após a concentração, o conjunto das actividades de I & D da Boeing e da MDC financiadas pelos poderes públicos serão agrupadas numa única entidade que será, de longe, o principal construtor de aviões comerciais do mundo.

vi) Propriedade intelectual

(102) Num sector de alta tecnologia como o fabrico de aviões comerciais, a propriedade intelectual, quer protegida por patentes quer sob a forma de saber-fazer não patenteado, é absolutamente determinante para a competitividade das empresas. A combinação do construtor mundial de aviões comerciais e do principal construtor de aviões militares dará origem à concentração de duas importantes carteiras de direitos de propriedade intelectual. Nesta fase, a Boeing possuiria mais de 500 patentes publicadas que podem apresentar interesse

para a aeronáutica comercial e a MDC possuiria, segundo as estimativas, cerca de 150 ¹⁷.

Afigura-se que 86 das patentes da Boeing e 26 das patentes da MDC poderão, no futuro, restringir o acesso a importantes tecnologias, nomeadamente, nos seguintes domínios:

- estruturas dos aviões, domínio em que foram desenvolvidos esforços consideráveis em matéria de I & D a fim de produzir materiais mais ligeiros e mais resistentes, que permitam aumentar o raio de acção, a velocidade e a carga comercial dos aparelhos, bem como de aumentar o período de vida dos aviões e reduzir os custos de manutenção. Afigura-se que a Boeing e a MDC depositaram ambas patentes a fim de poder explorar em exclusividade alguns destes resultados,

- materiais compósitos, ou seja, uma associação de pelo menos dois materiais diferentes e que melhoram muito consideravelmente o desempenho das estruturas dos aviões, tornando-as mais leves, especialmente sólidas e rígidas, melhorando a sua resistência à utilização e oferecendo maior liberdade na concepção (por exemplo, as asas B-2 da Boeing, inteiramente fabricadas com materiais compósitos),

- aerodinâmica, domínio em que inovações recentes permitiram diminuir o consumo de combustível, bem como os ruídos na descolagem e na aterragem, aumentar o raio de acção e a velocidade dos aviões e encurtar os ciclos de desenvolvimento,

- controlos de voo, que fazem parte dos domínios em que os progressos técnicos foram mais espectaculares nos últimos anos. A Boeing e a MDC participaram activamente nesta área, nomeadamente no âmbito do programa de tecnologia subsónica avançado da NASA (Advanced Subsonic Technology Program), e a Boeing fez já patentear tecnologias no domínio dos comandos optoelectrónicos,

- electricidade e electrónica, essenciais para a segurança e o controlo dos custos e em que a Boeing e a MDC desenvolveram ambas importantes actividades de I & D, nomeadamente no âmbito de contratos celebrados com agências federais.

(103) Em resumo, a Comissão considera que a combinação do saber-fazer e das carteiras de patentes da Boeing e da MDC contribuirá para reforçar a posição dominante da Boeing no mercado dos aviões comerciais de grande capacidade.

¹⁷ Fonte: observações apresentadas pela Airbus à Comissão.

c) Poder de negociação face aos fornecedores

(104) Os construtores de aviões dependem de inúmeras empresas terceiras para o fornecimento de diferentes bens e serviços desde os materiais e componentes a sistemas mais complexos, passando por partes da fuselagem e pelos motores. Frequentemente estes fornecedores, em especial os fabricantes de fuselagens, concluem por vezes com os construtores de aviões acordos de partilha de receitas e de riscos.

i) O projecto de concentração aumentará consideravelmente o poder de aquisição da Boeing

(105) Segundo as estimativas, um construtor de aviões abastece-se junto de terceiros em pelos menos 50 % das suas actividades. Em 1996, o volume de negócios da Boeing no domínio da aeronáutica atingiu cerca de [. . .] e o da MDC cerca de 11 mil milhões de dólares dos Estados Unidos. É evidente que a combinação dessas actividades aeronáuticas reforçará consideravelmente o poder de aquisição da Boeing face aos seus fornecedores. A Boeing apresentou uma lista de fornecedores que realizaram pelo menos 10 milhões de dólares dos Estados Unidos do seu volume de negócios com a Boeing Commercial Airplane Group, dando relativamente a cada um uma estimativa da percentagem das suas vendas à Boeing, à MDC e à Airbus em relação ao seu volume de negócios total. Dos [. . .] fornecedores em relação aos quais a Boeing forneceu uma estimativa, [. . .] empresas abastecem simultaneamente a Boeing e a MDC e [. . .] delas realizam com estes dois construtores pelo menos 50 % do seu volume de negócios total ou do seu volume de negócios relativo ao conjunto do sector aeroespacial ou mesmo, em certos casos, em relação ao ramo comercial. No entanto, o número de fornecedores que realizam pelo menos 50 % das suas vendas com a Boeing e com a MDC deve, na realidade, ser significativamente superior, uma vez que a Boeing não integrou nos seus cálculos todas as vendas relativas à defesa e ao espaço. Por conseguinte, apenas uma pequena parte das entregas destinadas à importante actividade militar da MDC foi tomada em consideração. Neste contexto, é conveniente igualmente referir que a maior parte dos fornecedores do sector aeroespacial interrogados pela Comissão indicou que a perda da Boeing/MDC enquanto cliente lhes seria muito prejudicial.

ii) O reforço do poder de compra da Boeing poderá enfraquecer

(106) A concentração teria nomeadamente por efeito reforçar o poder de compra da Boeing face a inúmeros fornecedores de peças para aparelhos civis

e militares. Ao consolidar a posição já forte da Boeing no mercado dos aviões comerciais, o poder de compra da MDC, nomeadamente no sector militar, poderia aumentar a dependência dos fornecedores face à Boeing e obrigá-los a dar à Boeing prioridade sobre a Airbus. A Boeing poderia exercer pressões sobre inúmeros fornecedores a fim de os dissuadir de trabalhar com a Airbus, a partir

de agora o seu único concorrente, ou de os levar a lhe conceder sistematicamente a preferência sobre esta última em termos de afectação de recursos.

(107) Existem indícios de que o poder de compra actual da Boeing influenciou a capacidade de a Airbus se associar a fornecedores no âmbito de acordos de partilha de riscos. Deste modo, é do conhecimento público que no início do ano a empresa Northrop Grumman recusou participar no desenvolvimento do A3XX na base de um acordo de partilha de riscos. Após esta recusa, esta mesma empresa anunciou que a Boeing lhe tinha adjudicado um subcontrato de 262 milhões de dólares dos Estados Unidos relativo ao aperfeiçoamento do radar AWACS. Recentemente, a Boeing celebrou ainda com a Northrop Grumman um contrato de 400 milhões de dólares dos Estados Unidos para o fornecimento de portas para passageiros e carga destinados aos Boeing 737, 757 e 767. Relativamente a esta questão, é conveniente igualmente referir que as entregas à Boeing representam, de longe, a maior parte das actividades da Northrop Grumman do domínio da aeronáutica comercial. Após a concentração, estas entregas seriam agrupadas com as destinadas ao ramo militar da MDC, que em valor absoluto são ainda superiores às actuais entregas comerciais à Boeing.

(108) De forma geral, é evidente que o aumento do poder de compra da Boeing poderia enfraquecer muito sensivelmente a posição concorrencial da Airbus, o que por seu turno viria a reforçar a posição da Boeing.

d) Operações de compensação e transacções subordinadas

(109) As operações de compensação constituem um mecanismo no âmbito do qual uma empresa fornece a um país, em contrapartida da compra do seu produto, tecnologias ou instalações de produção. Fala-se de compensação directa quando a produção ou a tecnologia está associada ao produto vendido. Na compensação indirecta, a contrapartida não tem qualquer relação com o produto, mas refere-se geralmente a um domínio tecnológico conexo.

(110) As operações de compensação são menos frequentes nas vendas de aviões comerciais do que nas vendas de aviões militares, em que constituem a

regra. No sector da aviação comercial, as compensações são igualmente limitadas, em parte, por um acordo internacional. Contudo, desempenham um papel não negligenciável neste sector, principalmente nos países que possuem uma companhia aérea nacional. Para citar dois exemplos recentes, em 1996, a Malaysian Airlines encomendou 25 aviões à Boeing no âmbito de um programa de compensação destinado a ajudar a Malásia a desenvolver as suas próprias actividades nos domínios da aviónica e dos materiais compósitos; na África do Sul, o Ministério do Comércio e da Indústria, teria, segundo a imprensa, imposto recentemente uma compensação de 50 % sobre todos os contratos de aquisição públicos a longo prazo. Esta nova política aplicar-se-á igualmente à South African Airways, que teve de suspender as suas negociações relativas à compra de sete novos aviões à Boeing até à adopção formal de novas regras de compensação. A própria empresa Boeing declarou que tinha, no passado, concluído vários acordos deste tipo no sector comercial.

(111) De forma mais geral, parece que a possibilidade de concluir acordos de compensação confere já uma nítida vantagem concorrencial aos construtores americanos do sector aeroespacial civil. No relatório da União dos Construtores (Manufacturers Alliance) de Fevereiro de 1997 relativo à compensação nas vendas de material militar e civil ao estrangeiro, pode ler-se a seguinte declaração do director do Gabinete Aeroespacial Office of Aerospace) do Ministério americano do comércio:

«A administração verifica que, tal como em relação aos contratos de defesa, o facto de poder mais facilmente oferecer uma compensação confere aos construtores americanos uma nítida vantagem sobre a concorrência.

Assim, é difícil à Airbus, que associa quatro governos diferentes, abastecer-se em componentes em países terceiros, uma vez que se pressupõe que o trabalho seja partilhado entre os quatro países. Graças à sua maior flexibilidade neste domínio, a Boeing e a McDonnell Douglas tiveram mais êxito, por exemplo, nos mercados do Extremo Oriente».

(112) A Boeing beneficia já de uma capacidade de compensação importante, tendo em conta a amplitude das suas actividades de aeronáutica comercial. A combinação das actividades militares da MDC reforçaria nitidamente esta capacidade, o que conferiria ainda à Boeing uma vantagem suplementar sobre a concorrência. Do mesmo modo, a concentração multiplicaria as possibilidades de transacções subordinadas em determinados países, permitindo à Boeing comercializar o conjunto dos seus aparelhos comerciais e os aparelhos militares da MDC.

VIII. CONCLUSÃO

(113) Pelas razões que acabam de ser referidas, a Comissão chegou à conclusão de que a concentração projectada daria origem ao reforço de uma posição dominante que teria como consequência entrar de forma significativa uma concorrência efectiva no mercado comum na acepção do nº 3 do artigo 2º do regulamento das concentrações.

IX. SOLUÇÕES

A. COMPROMISSOS APRESENTADOS PELA BOEING

(114) Tendo em vista a supressão dos problemas suscitados em termos de concorrência, a Boeing apresentou à Comissão os seguintes compromissos:

(115) Proposta da Boeing para melhorar a base instalada da DAC

1. A Boeing compromete-se a oferecer a seguinte solução estrutural: a Boeing manterá por um período de dez anos a DAC como entidade jurídica distinta e apresentará à Comissão um relatório certificado por um auditor independente, que descreva o desempenho e resultados comerciais com base em condições comerciais normais em relação às actividades comerciais da DAC. O relatório estará igualmente à disposição do público em geral.

Nestas condições, a Boeing terá o direito de gerir plenamente a entidade jurídica distinta e tomar todas as decisões comerciais que considerar adequadas. O período referido supra pode ser reduzido com o acordo da Comissão, no caso de a Boeing não manter dois ou mais dos programas para aviões DAC.

2. A Boeing compromete-se a prestar assistência aos clientes dos aviões DAC ao mesmo elevado nível de qualidade do que a prestada aos aviões Boeing. Tal inclui todos os serviços tradicionais da Boeing disponibilizados pontualmente aos aviões Boeing (que incluem actualmente a rede global de representantes no terreno, uma linha aberta 24 horas para os serviços técnicos, todos os aspectos de apoio em termos de peças sobresselentes, incluindo o envio no dia seguinte, apoio AOG eficaz e manutenção a nível mundial e formação de voo). A Boeing aplicará igualmente as mesmas orientações e procedimentos Boeing à disponibilização e fixação de preços para peças sobresselentes e garantirá níveis adequados de assistência em engenharia.

3. A Boeing concorda em não retirar ou ameaçar retirar a assistência aos aviões DAC (incluindo as peças sobresselentes) ou penalizar ou ameaçar penalizar um operador no que diz respeito à assistência aos seus aviões DAC (por exemplo, aumentando os preços ou o prazo de entrega de peças sobresselentes), no caso de o operador pretender adquirir um avião a outro fabricante. A Boeing compromete-se a continuar a disponibilizar publicamente as informações (incluindo os preços) que constam actualmente do catálogo de peças sobresselentes da DAC.

4. A Boeing não utilizará o seu acesso privilegiado à actual frota em serviço dos aviões DAC para melhorar as suas oportunidades para persuadir os actuais operadores DAC a comprarem aviões Boeing. Em especial, a Boeing não fornecerá a alguns operadores DAC peças sobresselentes e assistência ao produto em condições mais favoráveis do que a outros, a fim de os persuadir a comprarem aviões Boeing.

(116) Proposta da Boeing relativa os acordos de exclusividade

A Boeing não concluirá quaisquer acordos de exclusividade adicionais até 1 de Agosto de 2007, excluindo os casos em que um outro fabricante se tenha proposto a concluir um acordo de exclusividade.

A Boeing não aplicará os seus direitos exclusivos previstos nos acordos concluídos com a American, a Delta e a Continental anunciados em 21 de Novembro de 1996, 20 de Março de 1997 e 10 de Junho de 1997, respectivamente.

Entende-se por acordo de exclusividade para efeitos do presente compromisso, um compromisso contratual em que um cliente não adquire nem aluga um avião a jacto comercial a qualquer outro fabricante de aviões ou no âmbito de uma gama específica de capacidade máxima de peso bruto na descolagem nem adquire uma percentagem fixa de aviões a um fabricante.

(117) Proposta da Boeing relativa às patentes

A Boeing licenciará, a pedido de um fabricante de aviões comerciais, numa base não exclusiva e com royalties razoáveis, qualquer «patente financiada pelo Estado», que possa ser utilizada no fabrico ou venda de aviões comerciais a jacto. A Boeing licenciará igualmente o saber-fazer relativo a essa patente necessário a uma sua exploração plena, efectiva e rápida.

Entende-se por «patente financiada pelo Estado» qualquer patente relativa a uma invenção concebida ou posta realmente em prática pela primeira vez pela Boeing na realização de um ou mais dos seus contratos com o Governo americano e que a Boeing possa legalmente licenciar.

A Boeing licenciará igualmente, numa base não exclusiva e com royalties razoáveis, qualquer patente de bloqueio, incluindo o saber-fazer relativo a essa patente, tal como definido no primeiro parágrafo, a um outro fabricante de aviões que concorde com condições semelhantes para o licenciamento cruzado das suas patentes de bloqueio.

Caso a Boeing e o outro fabricante de aviões comerciais não cheguem a acordo sobre a royalty ou se a patente for uma «patente financiada pelo Estado», que possa ser utilizada no fabrico ou venda de aviões comerciais a jacto ou se a patente for uma patente de bloqueio, tal desacordo será submetido a arbitragem independente em condições e segundo os procedimentos acordados mutuamente entre a Boeing e o outro fabricante.

A Boeing apresentará à Comissão um relatório anual, por um período de dez anos ou até a Comissão concordar que informações semelhantes podem ser fornecidas nos termos de acordos governamentais bilaterais ou até que se tenha verificado uma alteração significativa no quadro competitivo incluindo na parte de mercado ou na linha de produtos, relativo às actuais patentes válidas, relativas a uma invenção concebida ou posta efectivamente em prática pela primeira vez pela Boeing na realização de um ou mais dos seus contratos com o Governo americano.

(118) Proposta da Boeing relativa à transparência dos projectos de I & D

A fim de dar maior transparência aos projectos de I & D do Governo americano no sector da aeronáutica em que a Boeing participa, a Boeing apresentará à Comissão um relatório anual por um período de dez anos ou até a Comissão concordar que informações semelhantes podem ser fornecidas nos termos de acordos governamentais bilaterais ou até que se tenha verificado uma alteração significativa no quadro competitivo incluindo na parte de mercado ou na linha de produtos, que inclua as seguintes informações relativamente a projectos de I & D no sector da aeronáutica não classificados (ou seja, projectos não classificados nos termos da legislação e regulamentação nacionais de segurança do Governo dos Estados Unidos):

- designação do projecto,
- descrição do projecto adequada/que permita uma compreensão da natureza da I & D a realizar,
- autoridade contratante do projecto,
- descrição da participação da Boeing no projecto,
- valor do contrato da Boeing,
- descrição da aplicação dos resultados desse ano incorporados ou que a Boeing tenciona incorporar em grandes aviões comerciais. Em relatórios posteriores, a Boeing indicará à Comissão os resultados de projectos de I & D identificados em relatórios anteriores incorporados ou que a Boeing tenciona incorporar em grandes aviões comerciais. A pedido da Comissão relativamente a um determinado projecto de I & D identificado num relatório anterior, a Boeing referirá se está a estudar a viabilidade da aplicação dos resultados para incorporação em grandes aviões comerciais,
- descrição de patentes obtidas pela Boeing nesse ano em relação a uma invenção concebida ou efectivamente posta pela primeira vez em prática pela Boeing na realização do seu contrato.

Mediante pedido da Comissão, a Boeing apresentará uma outra versão do relatório, que cumpra toda a legislação e regulamentação aplicável nos Estados Unidos da América relativamente à divulgação de informações que a Comissão possa fornecer a outros fabricantes de aviões.

(119) Proposta da Boeing relativa aos fornecedores

A fim de resolver as preocupações da Comissão de que a Boeing poderia aproveitar as suas relações de fornecimento para discriminar outros fabricantes de grandes aviões comerciais, a Boeing apresenta os compromissos que se seguem.

1. A Boeing não exercerá nem tentará exercer qualquer influência indevida ou imprópria sobre os seus fornecedores, directa ou indirectamente, prometendo um aumento dos fornecimentos ou das actividades de I & D subcontratadas, ameaçando diminuir os fornecimentos ou as actividades de I & D subcontra-

tadas, ou aproveitando de qualquer outro modo as suas relações enquanto fornecedor, a fim de que estes fornecedores:

- recusem manter ou procurar relações de abastecimento com outros fabricantes de grandes aviões comerciais,
- recusem aumentar as suas relações de abastecimento com outros fabricantes de grandes aviões comerciais,
- recusem celebrar subcontratos com outros fabricantes relativamente a investigação ou desenvolvimento para grandes aviões comerciais,
- recusem entrar em associações de partilha de riscos com outros fabricantes de grandes aviões comerciais,
- atrasem actividades de I & D ou fornecimentos para outros fabricantes de grandes aviões comerciais,
- concedam um tratamento preferencial à Boeing em termos de prazos para fornecimentos ou prioridade para actividades de I & D subcontratadas pela Boeing sem uma razoável justificação em termos comerciais.

2. A Boeing mantém o seu direito de seleccionar os seus fornecedores, aplicar os seus contratos no que diz respeito aos preços, calendário, qualidade e entrega e de proteger as suas informações protegidas.

B. APRECIACÃO

(120) Os problemas de concorrência verificam-se em duas áreas:

- o potencial competitivo suplementar da MDC na aviação comercial (efeitos horizontais),
- o grande aumento das actividades militares e espaciais da Boeing (efeitos globais).

(121) Apesar de a DAC, que explora as actividades comerciais da MDC, ter deixado de constituir uma força real no mercado, a concentração conduziria mesmo assim a um reforço da posição dominante da Boeing no sector dos

grandes aviões comerciais. Como consequência dos compromissos apresentados pela Boeing:

- a maior possibilidade de a Boeing concluir acordos exclusivos tornar-se-á irrelevante no futuro próximo, uma vez que a Boeing não poderá no futuro concluir acordos de exclusividade por um período de dez anos. Além disso, o abandono dos direitos exclusivos nos actuais três acordos suprimirá o encerramento do mercado resultante da exclusividade,

- as vantagens competitivas do acesso da Boeing à frota da DAC em serviço são ainda reduzidas pelos compromissos de a Boeing não aproveitar a assistência ao produto em relação à frota da DAC no que respeita à compra de novos aviões,

- o risco de a Boeing, ao continuar as linhas de produção da DAC, poder utilizar os aviões da DAC como aviões de «desconto» é reduzido, caso a DAC funcione enquanto entidade jurídica distinta com obrigações de apresentação de relatórios públicos anuais certificados por um auditor independente.

(122) No que diz respeito ao reforço da posição dominante da Boeing resultante do seu grande aumento das actividades militar e espacial, os compromissos apresentados pela Boeing têm as seguintes consequências:

- o compromisso relativo às patentes dá a outros fabricantes de aviões acesso à propriedade intelectual obtida com a I & D financiada pelo Estado e igualmente, em relação às patentes de bloqueio, dá resposta às preocupações gerais respeitantes ao aumento da carteira de patentes da Boeing,

- o compromisso relativo à transparência contribui para uma maior disciplina na I & D financiada pelo Estado e torna a transferência da I & D militar e espacial para o sector civil mais transparente,

- os compromissos relativos às relações de fornecimento reduzem o risco de a Boeing poder abusar do seu grande poder de negociação a fim de afastar concorrentes através nomeadamente de contratos de exclusividade com fornecedores.

(123) A Comissão tomou em consideração dois aspectos específicos do presente processo. Em primeiro lugar, após a concentração existirão no mercado dos grandes aviões comerciais apenas dois operadores, a Boeing e a Airbus. Na ausência de qualquer interesse por parte da Airbus de adquirir a DAC, mas

igualmente na ausência de qualquer interesse por parte de outras companhias de entrarem neste mercado através de uma aquisição da DAC, é altamente improvável que se possa encontrar um comprador para a DAC. Um compromisso relativo a uma alienação não teria, por conseguinte, resolvido os problemas de concorrência resultantes dos efeitos horizontais. Em segundo lugar, os efeitos de transferência das actividades militares e espaciais para as actividades civis são pela sua própria natureza difíceis de quantificar ou mesmo de identificar. Estas questões são difíceis de resolver plenamente no contexto do presente processo no âmbito do regulamento das concentrações. Além disso, no âmbito do Acordo entre o Governo dos Estados Unidos da América e as Comunidades Europeias relativo à aplicação dos respectivos direitos da concorrência, a Comissão tomou igualmente em consideração os interesses importantes dos Estados Unidos de que a Comissão foi informada pelo Departamento da Defesa e pelo Departamento da Justiça americanos, em nome do Governo americano (ver considerando 12).

O pacote de compromissos apresentados pela Boeing inclui uma combinação de elementos estruturais e comportamentais. Nas circunstâncias específicas referidas supra, relativas em especial à manifesta ausência de qualquer eventual comprador para a DAC, a Comissão aceita esta combinação de compromissos, que devem ser tratados como um todo, e considera que, globalmente, resolvem adequadamente os problemas de concorrência identificados na presente decisão e eliminam as preocupações relativas a um reforço da posição dominante da Boeing no mercado dos grandes aviões comerciais. A fim de garantir o pleno cumprimento destes compromissos por parte da Boeing, em aplicação do nº 2, segundo parágrafo, do artigo 8º, a Comissão controlará este cumprimento. Em especial, a Boeing autorizará a Comissão, ou qualquer perito por ela nomeada, a ter acesso a dados internos relevantes para a execução deste controlo, e, quando a Comissão o solicitar, deverá estar preparada para discutir o seu cumprimento dos compromissos.

X. CONCLUSÃO FINAL

(124) Por conseguinte, a Comissão conclui que, desde que sejam plenamente cumpridos os compromissos apresentados pela Boeing, tal como referido nos considerandos 114 a 119, a concentração projectada não criará nem reforçará uma posição dominante em resultado da qual seria significativamente impedida uma concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste,

ADOPTOU APRESENTE DECISÃO:

Artigo 1º

Desde que a Boeing cumpra plenamente as condições e obrigações incluídas nos compromissos tal como referidos nos considerandos 114 a 119 da presente decisão e com a obrigação de se sujeitar ao controlo do seu cumprimento, tal como referido no considerando 123, a operação de concentração através da qual The Boeing Company adquire o controlo da totalidade da McDonnell Douglas Corporation é declarada compatível com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE.

Artigo 2

É destinatária da presente decisão:

The Boeing Company
7755 East Marginal Way South
Seattle, WA 98108 USA
Feito em Bruxelas, em 30 de Julho de 1997.

Pela Comissão
Karel VAN MIERT
Membro da Comissão

ANEXO I

IV/M.877 - Boeing/MDC

Grandes aviões comerciais a jacto

Evolução das partes de mercado da carteira de encomendas por valor -
1987/1996 - a nível mundial

1. Partes de mercado - Total

| | 1987 | 1988 | 1989 | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | em % Média 1987 - 1996 |
|--------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------------------------------|
| Total Boeing | 62 | 61 | 57 | 59 | 62 | 62 | 62 | 59 | 64 | 64 | 61 |
| Total MDC | 14 | 19 | 16 | 16 | 12 | 10 | 9 | 8 | 8 | 6 | 12 |
| Boeing + MDC | 76 | 80 | 73 | 75 | 74 | 72 | 71 | 67 | 71 | 70 | 73 |
| Total Airbus | 24 | 20 | 27 | 25 | 26 | 28 | 29 | 33 | 29 | 30 | 27 |

2. Partes de mercado - Fuselagem estreita

| | 1987 | 1988 | 1989 | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | em % Média 1987 - 1996 |
|--------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------------------------------|
| Total Boeing | 50 | 55 | 61 | 60 | 64 | 64 | 62 | 56 | 54 | 55 | 58 |
| Total MDC | 19 | 20 | 16 | 15 | 11 | 11 | 11 | 11 | 14 | 11 | 14 |
| Boeing + MDC | 69 | 75 | 77 | 75 | 75 | 75 | 73 | 67 | 68 | 66 | 72 |
| Total Airbus | 31 | 25 | 23 | 25 | 25 | 25 | 27 | 33 | 32 | 34 | 28 |

3. Partes de mercado - Fuselagem larga

| | 1987 | 1988 | 1989 | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | em % Média 1987 - 1996 |
|--------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------------------------------|
| Total Boeing | 74 | 68 | 53 | 59 | 60 | 60 | 62 | 61 | 70 | 71 | 64 |
| Total MDC | 8 | 19 | 16 | 16 | 13 | 10 | 7 | 6 | 3 | 2 | 10 |
| Boeing + MDC | 83 | 87 | 69 | 75 | 73 | 70 | 69 | 67 | 73 | 73 | 74 |
| Total Airbus | 17 | 13 | 31 | 25 | 27 | 30 | 31 | 33 | 27 | 27 | 26 |

ANEXO II

Fuselagem estreita + fuselagem larga em valor (a nível mundial)

ANEXO III

Fuselagem estreita em valor (a nível mundial)

ANEXO IV

Fuselagem larga em valor (a nível mundial)

ANEXO V

IV/M.877 - Boeing/MDC

Grandes aviões comerciais a jacto

Evolução das partes de mercado da carteira de encomendas por valor -
1987/1996 - EEE

1. Partes de mercado - Total

| | em % | | | | | | | | | | Média 1987 - 1996 |
|--------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|----------------------|
| | 1987 | 1988 | 1989 | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | |
| Total Boeing | 63 | 59 | 51 | 50 | 53 | 52 | 45 | 48 | 58 | 61 | 54 |
| Total MDC | 10 | 21 | 16 | 18 | 14 | 13 | 15 | 12 | 4 | 2 | 12 |
| Boeing + MDC | 73 | 80 | 67 | 67 | 67 | 64 | 59 | 61 | 62 | 63 | 66 |
| Total Airbus | 27 | 20 | 33 | 33 | 33 | 36 | 41 | 39 | 38 | 37 | 34 |

2. Partes de mercado - Fuselagem estreita

| | em % | | | | | | | | | | Média 1987 - 1996 |
|--------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|----------------------|
| | 1987 | 1988 | 1989 | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | |
| Total Boeing | 48 | 48 | 52 | 51 | 52 | 51 | 33 | 35 | 50 | 50 | 47 |
| Total MDC | 12 | 24 | 19 | 16 | 13 | 10 | 10 | 8 | 5 | 2 | 12 |
| Boeing + MDC | 60 | 72 | 70 | 67 | 65 | 61 | 44 | 43 | 55 | 53 | 59 |
| Total Airbus | 40 | 28 | 30 | 33 | 35 | 39 | 56 | 57 | 45 | 47 | 41 |

3. Partes de mercado - Fuselagem larga

| | em % | | | | | | | | | | Média 1987 - 1996 |
|--------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|----------------------|
| | 1987 | 1988 | 1989 | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | |
| Total Boeing | 81 | 76 | 51 | 48 | 54 | 52 | 50 | 56 | 65 | 69 | 60 |
| Total MDC | 8 | 16 | 13 | 19 | 14 | 15 | 16 | 15 | 3 | 1 | 12 |
| Boeing + MDC | 89 | 92 | 64 | 67 | 68 | 66 | 66 | 71 | 68 | 70 | 72 |
| Total Airbus | 11 | 8 | 36 | 33 | 32 | 34 | 34 | 29 | 32 | 30 | 28 |

ANEXO VI

Fuselagem estreita + fuselagem larga em valor (EEE)

ANEXO VII

Fuselagem estreita em valor (EEE)

ANEXO VIII

Fuselagem larga em valor (EEE)

ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOUTRINA

| | | |
|--|---|--------------|
| Araujo Jr, Tavares de., José Tineo, Luis | Integração Regional e Política de Concorrência | Vol. 4 n.º 6 |
| Arruda Sampaio, Onofre | Considerações a respeito de processo administrativo | Vol. 3 n.º 6 |
| Bangy, Azeem R. | Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal | Vol. 4 n.º 6 |
| Bastos, Alexandre A. Reis | Informação e defesa da concorrência | Vol. 4 n.º 3 |
| Bello, Carlos Alberto | Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana | Vol. 4 n.º 3 |
| Benjó, Isaac | A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro | Vol. 4 n.º 4 |
| Bogo, Jorge | Privatizaciones Y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina. | Vol. 4 n.º 6 |
| Bourgeois, H. J | European community competition policy: the impact of globalization | Vol. 3 n.º 5 |
| Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de | Apuração de práticas restritivas à concorrência | Vol. 1 n.º 4 |
| Castañeda, Gabriel | The mexican experience on antitrust | Vol. 3 n.º 6 |
| Conrath, Craig W. | Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It | Vol. 4 n.º 6 |
| Costa, Maurício de Moura | Breves observações sobre o compromisso de desempenho | Vol. 4 n.º 2 |
| Costa, Maurício de Moura | O princípio constitucional de livre concorrência | Vol. 5 n.º 1 |
| Costa, Maurício de Moura | Apresunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lie 8.884/94 | Vol. 5 n.º 6 |
| Cysne, Rubens Penha | Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência | Vol. 4 n.º 6 |
| Dobler, Sônia Maria Marques | Infração à ordem econômica: preço predatório | Vol. 3 n.º 5 |
| Donald J. Johnston | Competition Policy and Economic Reform Conference | Vol. 4 n.º 6 |
| Dutra, Pedro | A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE | Vol. 4 n.º 1 |
| Dutra, Pedro | A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94, | Vol. 3 n.º 8 |
| Dutra, Pedro | Defesa da concorrência e globalização | Vol. 3 n.º 6 |
| Dutra, Pedro | Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações | Vol. 4 n.º 3 |
| Dutra, Pedro | O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência | Vol. 3 n.º 5 |
| Dutra, Pedro | O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal | Vol. 4 n.º 1 |
| Dutra, Pedro | Poder Econômico: concentração e reestruturação | Vol. 4 n.º 2 |
| Dutra, Pedro | Preços e polícia | Vol. 4 n.º 4 |

| | | |
|---|---|--------------|
| Dutra, Pedro | Regulação: O desafio de uma nova era | Vol. 5 n.º 2 |
| Dutra, Pedro | Regulação: segurança jurídica e investimento privado | Vol. 5 n.º 3 |
| Dutra, Pedro | A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração | Vol. 5 n.º 4 |
| Dutra, Pedro | Reforma do estado: avanço e memória | Vol. 5 n.º 5 |
| Dutra, Pedro | A saúde da regulação | Vol. 5 n.º 6 |
| Dutra, Pedro | Agência de vigilância sanitária | Vol. 5 n.º 7 |
| Fagundes, Jorge | Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência? | Vol. 5 n.º 6 |
| Faria, Werter R. | Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações | Vol. 3 n.º 8 |
| Farina, Elizabeth | Globalização e concentração econômica | Vol. 3 n.º 6 |
| Farina, Elizabeth | Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação | Vol. 3 n.º 8 |
| Farina, Laércio | Do processo administrativo da natureza do ato | Vol. 3 n.º 6 |
| Fernando Henrique Cardoso | Discurso do Presidente da República no III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA | Vol. 4 n.º 6 |
| Ferraz Jr, Tércio Sampaio | Discrecionariedade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração | Vol. 4 n.º 6 |
| Ferraz, Tércio Sampaio | Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo | Vol. 3 n.º 6 |
| Ferraz, Tércio Sampaio | Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida | Vol. 4 n.º 1 |
| Ferraz, Tércio Sampaio | Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração | Vol. 5 n.º 2 |
| Fonseca, Antonio | Concorrência e propriedade intelectual | Vol. 5 n.º 7 |
| Fonseca, João Bosco Leopoldino | Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência | Vol. 4 n.º 5 |
| Franceschini, José Inácio Gonzaga | As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94) | Vol. 3 n.º 6 |
| Franceschini, José Inácio Gonzaga, Pereira, Edgard Antonio Lagroteria Da Silva, Eleni | Denúnciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos | Vol. 4 n.º 6 |
| Garcia, Fernando | Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência | Vol. 3 n.º 5 |
| Gheventer, Alexandre | A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante | Vol. 5 n.º 6 |
| Grinberg, Mauro | A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência. | Vol. 5 n.º 1 |
| Grinberg, Mauro | Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda | Vol. 3 n.º 8 |
| Grinberg, Mauro | O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial | Vol. 3 n.º 5 |
| Grinberg, Mauro | O Estado, suas empresas e o direito da concorrência | Vol. 4 n.º 2 |
| Howe, Martin | The British experience regarding the defence of competition | Vol. 3 n.º 8 |
| Jobim Filho, Paulo | Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo | Vol. 4 n.º 6 |
| Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia | Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória | Vol. 4 n.º 4 |
| Lafer, Celso | Sistema de solução de controvérsias da Organização | Vol. 3 n.º 9 |

| | | |
|--|---|--------------|
| | Mundial do Comércio | |
| Leidenz, Claudia Curiel | Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 - 1997 | Vol. 4 n.º 6 |
| Londoño, Alfonso Miranda | El Derecho de La Competencia en el Sector de Las Telecomunicaciones | Vol. 4 n.º 6 |
| Magalhães, C. Francisco de | Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros) | Vol. 3 n.º 6 |
| Malard, Neide Teresinha | Integração de empresas: concentração, eficiência e controle | Vol. 1 n.º 4 |
| Mattos, Cesar | O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos | Vol. 4 n.º 4 |
| Mattos, Cesar | Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear | Vol. 5 n.º 5 |
| Mattos, César | The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition | Vol. 4 n.º 6 |
| Meziat, Armando | A defesa comercial no brasil | Vol. 3 n.º 8 |
| Meziat, Armando | A Defesa Comercial no Brasil | Vol. 4 n.º 6 |
| Nellis, John | Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter - But it Does | Vol. 4 n.º 6 |
| Oecd | Suggested Issues for Discussion III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i> | Vol. 4 n.º 6 |
| Oliveira, Gesner | Discurso de Abertura do III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i> | Vol. 4 n.º 6 |
| Oliveira, Gesner de | Programa de trabalho para o CADE | Vol. 3 n.º 6 |
| Oliveira, Gesner de | Regimento interno do CADE e segurança jurídica | Vol. 5 n.º 4 |
| Oliveira, Gesner de | Discurso de posse 1998 | Vol. 5 n.º 6 |
| Pereira, Edgard Antonio | Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste | Vol. 3 n.º 5 |
| Pereira, José Matias | A defesa da concorrência no Mercosul | Vol. 1 n.º 4 |
| Possas, Mário Luiz | Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência | Vol. 3 n.º 5 |
| Possas, Mário Luiz e Schuartz, Luís Fernando | Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência | Vol. 5 n.º 3 |
| Rainer Geiger | Opening Statement ao III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i> | Vol. 4 n.º 6 |
| Rivière Marti, Juan Antonio | Comissão das comunidades europeias xxv relatório sobre política de concorrência | Vol. 3 n.º 5 |
| Rocha, Bolivar Moura | Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência | Vol. 5 n.º 7 |
| Rodrigues, José R. Penomian | Dumping em serviços | Vol. 5 n.º 3 |
| Rowat, Malcolm | Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation | Vol. 4 n.º 6 |
| Salgado, Lucia Helena | Aspectos econômicos na análise de atos de concentração | Vol. 4 n.º 1 |
| Salgado, Lucia Helena | discurso de posse - 1998 | Vol. 5 n.º 6 |
| Santacruz, Ruy | Preço abusivo e cabeça de bacalhau | Vol. 5 n.º 2 |
| Sayeg, Ricardo Hasson | A proteção do consumidor contra o monopólio | Vol. 3 n.º 5 |
| Schuartz, Luis Fernando | As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94 | Vol. 3 n.º 5 |
| Schymura, Luiz Guilherme | As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro | Vol. 4 n.º 6 |
| Solon, Ary | Diferenciação de preços | Vol. 3 n.º 8 |

| | | |
|--------------------------------------|--|--------------|
| Steptoe, Mary Lou | Current antitrust issues in U. S. federal enforcement | Vol. 3 n.º 5 |
| Steptoe, Mary Lou e Wilson, Donna L. | Developments in exclusive dealing | Vol. 4 n.º 1 |
| Takahashi, Iwakazu | Competition Policy and Deregulation | Vol. 4 n.º 6 |
| Vaz, Isabel | Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade | Vol. 4 n.º 6 |

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

| | | |
|-----------------------|--|---------------|
| A.C. 12/94 | RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO | Vol. 2 n.º 3 |
| A.C. 12/94 | RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO (2ª PARTE) | Vol. 2 n.º 3 |
| A.C. 11/94 | YOLAT - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA E CILPE - COMPANHIA DE INDUSTRIALIZAÇÃO DE LEITE DO ESTADO DE PERNAMBUCO | Vol. 2 n.º 3 |
| A.C. 06/94 | ETERNIT S. A. E BRASILIT S.A. | Vol. 2 n.º 3 |
| A.C. 01/94 | ROCKWELL DO BRASIL S. A. E ÁLBARUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO | Vol. 2 n.º 4 |
| A.C. 20/94 | CBV INDÚSTRIA MECÂNICA | Vol. 2 n.º 4 |
| A.C. 07,08,09,e 10/94 | HANSEN FACTORING - SOCIEDADE DE FOMENTO COMERCIAL LTDA; HANSEN MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA; TRANSPORTADORA RODOTIGRE LTDA; TCT - GERENCIAMENTO EMPRESARIAL LTDA | Vol. 2 n.º 4 |
| A.C. 16/94 | SIDERÚRGICA LAISA S.A. (GRUPO GERDAU) E GRUPO KORF GMBH (CIA SIDERÚRGICA PAINS) | Vol. 2 n.º 4 |
| A.C. 16/94 | REAPRECIAÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº16/94 - GRUPO GERDAU - CIA SIDERÚRGICA PAINS | Vol. 3 n.º 3 |
| A.C. 05/94 | CARBORUNDUM DO BRASIL LTDA. E NORTON S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO | Vol. 3 n.º 4 |
| A.C. 43/95 | FEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS EXPORTADORES DE CAFÉ | Vol. 3 n.º 4 |
| A.C. 04/94 | HLS DO BRASIL SERVIÇOS DE PERFILAGEM LTDA. (HALLIBURTON SERVIÇOS LTDA.) | Vol. 3 n.º 4 |
| A.C. 56/95 | JOVITA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. | Vol. 3 n.º 4 |
| A.C. 14/94 | BELGO MINEIRA, DEDINI | Vol. 3 n.º 7 |
| A.C. 33/96 | COPLATEX. CALLAS TÊXTIL | Vol. 3 n.º 7 |
| A.C. 15/94 | VELOLME ISHIBRAS S.A.. | Vol. 3 n.º 7 |
| A.C. 27/95 | K & S AQUISIÇÕES LTDA. E KOLINOS DO BRASIL S/A | Vol. 3 n.º 10 |
| A.C. 41/95 | HOECHST DO BRASIL, QUÍMICA E FARMACÊUTICA E RHODIA S.A. (FAIRWAY) | Vol. 4 n.º 1 |
| A.C. 38/95 | BASF. S. A. | Vol. 4 n.º 3 |
| A.C. 42/95 | ÍNDICO PARTICIPAÇÕES | Vol. 4 n.º 3 |
| A.C. 29/95 | PRIVATIZAÇÃO DA MINERAÇÃO CARAÍBA | Vol. 4 n.º 3 |
| A.C. 58/95 | COMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA, MILLER BREWING COMPANY E MILLER BREWING M 1855, INC. | Vol. 4 n.º 4 |
| A.C. 83/96 | COMPANHIA ANTÁRTICA PAULISTA INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS E CONEXOS, ANHEUSER BUSH INTERNATIONAL INC. – ABII, ANHEUSER BUSH INTERNATIONAL HOLDINGINC. – ABIH | Vol. 4 n.º 5 |

| | | |
|----------------------------|--|--------------|
| A.C. 83/96 reapreciação | CIA ANTÁRTICA PAULISTA INDÚSTRIA DE BEBIDAS E CONEXOS, ANHEUSER BUSH INTERNATIONAL INC. | Vol. 5 n.º 1 |
| A.C. 02/94 | ULTRAFÉRTIL S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES E FERTILIZANTES FOSFATADOS S.A. – FOSFÉRTIL | Vol. 5 n.º 2 |
| A.C. 62/95 | ELETROLUX LTDA. E OBERDORFER S.A. | Vol. 5 n.º 2 |
| A.C. 71/96 | ELETROLUX LTDA. E UMUARAMA PARTICIPAÇÕES S.A. | Vol. 5 n.º 3 |
| A.C. 54/95 | COPEL, OPP PETROQUÍMICA, OPP POLIETILENOS E IPIRANGA PETROQUÍMICA | Vol. 5 n.º 4 |
| A.C. 54/95 II | COPEL, OPP PETROQUÍMICA, OPP POLIETILENOS E IPIRANGA PETROQUÍMICA | Vol. 5 n.º 5 |
| A.C. 58/95 | COMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA, MILLER BREWING COMPANY E MILLER BREWING M 1855, INC (REAPRECIACÃO) | Vol. 5 n.º 7 |

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

| | | |
|-------------|--|--------------|
| P.A. 15 | <i>PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X LABORATÓRIO SILVA ARAÚJO ROUSSEL S/A</i> | Vol. 1 n.º 1 |
| P.A. 19 | <i>PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X KNOLL S.A PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS</i> | Vol. 1 n.º 1 |
| P.A. 17 | <i>PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X LABORATÓRIOS PFIZER LTDA. S.A.</i> | Vol. 1 n.º 1 |
| P.A. 20 | <i>PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X GLAXO DO BRASIL</i> | Vol. 1 n.º 1 |
| P.A. 18 | <i>PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X MERREL LEPETIT FARMACÊUTICA LTDA.</i> | Vol. 1 n.º 1 |
| P.A. 02 | <i>SDE EX OFICIO X WEST DO BRASIL COM E IND. LTDA, METALÚRGICA MARCATTO LTDA., RAJ COM E IND DE TAMPAS METÁLICAS LTDA</i> | Vol. 1 n.º 1 |
| P.A. 38 | <i>SECRETARIA DE JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA DO ESTADO DE SÃO PAULO X SHARP ADMINISTRAÇÃO DE CONSÓRCIOS S/C LTDA. E SHARP DO BRASIL S/A INDÚSTRIA DE PRODUTOS ELETRÔNICOS</i> | Vol. 1 n.º 2 |
| P.A. 12 | <i>PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X ACHÊ LABORATÓRIOS</i> | Vol. 1 n.º 2 |
| P.A. 29 | <i>SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL X ACHÊ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S.A</i> | Vol. 1 n.º 2 |
| P.A. 13 | <i>PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X PRODOME QUÍMICA FARMACÊUTICA LTDA</i> | Vol. 1 n.º 2 |
| P.A. 109/89 | <i>ELMO SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C X SINDICATO DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DO EST. DE SÃO PAULO E OUTROS</i> | Vol. 1 n.º 2 |
| P.A. 07 | <i>SERPRO - SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS X TICKET - SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO S/C LTDA. E OUTRAS</i> | Vol. 1 n.º 2 |
| P.A. 30/92 | <i>SEARA AGRÍCOLA COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA X ICI BRASIL S/A.</i> | Vol. 2 n.º 1 |
| P.A. 23/91 | <i>REPRO MATERIAIS E EQUIPAMENTOS DE XEROGRAFIA LTDA. E OUTRAS X XEROX DO BRASIL LTDA</i> | Vol. 2 n.º 1 |
| P.A. 01/91 | <i>INTERCHEMICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. X SHARP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA</i> | Vol. 2 n.º 1 |
| P.A. 31/92 | <i>TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S/A X FIAT AUTOMÓVEIS S/A</i> | Vol. 2 n.º 1 |
| P.A. | <i>FOGAREX - ARTEFATOS DE CAMPING LTDA X LUMIX QUÍMI-</i> | Vol. 2 n.º 1 |

| | | |
|------------------------|---|---------------|
| 10/91 | CA LTDA | |
| P.A. 32 | SDE X VALER ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA E ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE SUPERMERCADOS-ACATS | Vol. 2 n.º 2 |
| P.A. 53/92 | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE X ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SERGIPE - AHES | Vol. 2 n.º 2 |
| P.A. 34/92 | COSMOQUÍMICA S/A - INDÚSTRIAS E COMÉRCIO X CARBOCLORO S/A - INDÚSTRIAS QUÍMICAS | Vol. 2 n.º 2 |
| Consulta 03/93 | ABRAFARMA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FARMÁCIAS E DROGARIAS. | Vol. 2 n.º 2 |
| Consulta 01/93 | ANCOR-ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS CORRETORAS DE VALORES, CÂMBIO E MERCADORIAS | Vol. 2 n.º 2 |
| P.A. 15 | PRESIDENTE DA REPÚBLICA X LABORATÓRIO SILVA ARAÚJO ROUSSEL S/A | Vol. 3n.º 11 |
| P.A. 121/92 | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO X SIEEESP | Vol. 3n.º 11 |
| P.A. 40/92 | REFRIO LTDA X COLDEX S/A | Vol. 3 n.º 11 |
| P.A. 20/92 | DEP. EST. (SP) CÉLIA C. LEÃO EDELMUTH X EMPRESA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DE CAMPINAS | Vol. 3 n.º 11 |
| P.A. 35/92 | MP DO ESTADO DO PARANÁ X OUTBOARD MARINE LTDA, HERMES MACEDO | Vol. 3 n.º 12 |
| P.A. 211/92 | EULER RIBEIRO X DISTR. DE GÁS DO MUNICÍPIO DE BOCA DO ACRE | Vol. 3 n.º 12 |
| P.A. 45/91 | SDE X SHARP IND. E COM. | Vol. 3 n.º 12 |
| P.A. 62/92 | DPDE X ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO | Vol. 3 n.º 12 |
| P.A. 76/92 | DAP X AKZO - DIVISÃO ORGANON | Vol. 3 n.º 12 |
| P.A. 38/92 | PROCON - SP X SHARP ADM. DE CONSÓRCIOS | Vol. 3 n.º 12 |
| P.A. 61/92 | FEDERAÇÃO NACIONAL DE EMPRESAS DE SEGUROS PRIVADOS E CAPITALIZAÇÃO X ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA | Vol. 3 n.º 12 |
| P.A. 49/92 | LABNEW IND. E COM. LTDA X BECTON E DICKSON IND. CIRÚRGICAS LTDA. | Vol. 4 n.º 2 |
| P.A. 148/92 | Recurso Voluntário KRAFT SUCHARD | Vol. 4 n.º 2 |
| P.A. 68/92 | MEFP X ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA. | |
| Representação 83/91 | MEFP X ABIGRAF | Vol. 4 n.º 2 |
| P.A. 155; 159 a 172/94 | DPDE X SINDICATO DOS LABORATÓRIOS DE PESQUISA E ANÁLISES CLÍNICAS DE BRASÍLIA | Vol. 4 n.º 3 |
| P.A. 03/91 | RECURSO DE OFÍCIO DEPARTAMENTO DE ABASTECIMENTO DE PREÇOS DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO X GOODYEAR DO BRASIL-PRODUTOS DE BORRACHA LTDA; PRELIPNEUSSA; IND. DE PNEUMÁTICO HRESTON LTDA; CIA BRASILEIRA DE PNEUMÁTICOS MICHELIN IND. COMÉRCIO | Vol. 5 n.º 1 |
| P.A. 21/91 | DPDE, EX-OFFÍCIO X SINDICATO DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO DE MINÉRIOS E DERIVADOS DE PETRÓLEO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE DERI- | Vol. 5 n.º 1 |

| | | |
|----------------------------|--|--------------|
| | VADOS DE PETRÓLEO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO | |
| P.A. 155/94 e 164/94 | DPDE/SDE EX OFFICIO X SINDICATO DOS LABORATÓRIOS DE PES- QUISAS E ANÁLISES CLÍNICAS DE BRASÍLIA - P.A. Nº 155/94; LABORA- TÓRIO DE ANÁLISES MÉDICAS - P.A. Nº 164/94 | Vol. 5 n.º 1 |
| P.A. 156/94 | DPDE/SDE EX OFFICIO X ASSOCIAÇÃO MÉDICA DE BRASÍLIA | Vol. 5 n.º 1 |
| P.A. 157/94 | DPDE/SDE EX OFFICIO X ASSOCIAÇÃO DOS MÉDICOS DOS HOSPI- TAIS PRIVADOS DO DISTRITO FEDERAL | Vol. 5 n.º 1 |
| P.A. 158/94 | DPDE/SDE EX OFFICIO X SINDICATO DOS MÉDICOS DO DISTRITO FEDERAL | Vol. 5 n.º 1 |
| P.A. 96/89 | ABRADIF X FORD BRASIL LTDA. | Vol. 5 n.º 2 |

REPRESENTAÇÕES

| | | |
|----------------|---|--------------|
| R.E. 006/94 | Cópias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda | Vol. 5 n.º 1 |
| R.E. 79/93 | Bio Inter Industrial E Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A. | Vol. 5 n.º 1 |
| R.E. 89/92 | Recurso De Ofício Indicato Rural De Lins X Quimio Produtos Químicos Comércio E Indústria S/A. | Vol. 5 n.º 1 |
| R.E. 102/93 | Recurso De Ofício Ligue Fraldas Comércio E Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria E Comércio Ltda. | Vol. 5 n.º 1 |
| R.E. 160/91 | Recurso De Ofício Dnpde X Refrigerantes Arco Iris Ltda | Vol. 5 n.º 1 |
| R.E. 267/92 | Recurso De Ofício Clf - Administração E Projetos Ltda. X Sharp S/A Equipamentos Eletrônicos | Vol. 5 n.º 1 |

LEGISLAÇÃO

| | |
|---|--------------|
| HORIZONTAL MERGERS GUIDELINES (edição bilingue) Tradução John Ferençz Mcnaughton | Vol. 3 n.º 1 |
| CLAYTON ACT - CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (edição bilingue) Tradução e comentários Pedro Dutra | Vol. 3 n.º 2 |
| REGULAMENTO DO CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS (EEC) 4064/89 SOBRE CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (edição bilingue) Tradução e comentários Pedro Dutra | |
| DECRETO N.º 1355 DE 30 DE DEZEMBRO DE 1994 - Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT | Vol. 3 n.º 9 |
| DECRETO N.º 1.488 DE 11 DE MAIO DE 1995 - Medidas de salvaguarda - Regulamentação | |
| LEI RELATIVA À PREVENÇÃO DE MONOPÓLIOS PRIVADOS E À PRESER- VAÇÃO DE CONDIÇÕES JUSTAS DE COMÉRCIO DO JAPÃO – LEI Nº 54, DE 14 DE ABRIL DE 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra | Vol. 4 n.º 1 |
| LEI MEXICANA DE REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER DOMINANTE - REGULAMENTO INTERIOR DA <i>COMISSION FEDERAL DE COMPETENCIA</i> | Vol. 4 n.º 1 |
| LEI ARGENTINA: LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA | Vol. 4 n.º 2 |
| PORTARIA 144 DE 03/04/97 – REGIMENTO INTERNO DA SDE | Vol. 4 n.º 3 |
| PROTOCOLO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL | Vol. 4 n.º 3 |

| | |
|---|--------------|
| ACÓRDÃOS E DESPACHOS | Vol. 4 n.º 3 |
| LEI PERUANA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. | Vol. 4 n.º 4 |
| LEGISLAÇÃO PORTUGUESA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DECRETO-LEI N.º 371/93 DE 29 DE OUTUBRO | Vol. 5 n.º 1 |
| LEGISLAÇÃO PORTUGUESA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA PORTARIA N.º 1097/93 DE 29 DE OUTUBRO | Vol. 5 n.º 1 |
| LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DAVENEZUELA LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA, DE 13 DEDICIEMBRE DE 1991; REGLAMENTO N.º 1 DE LA LEY PARA PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA; DECRETO N.º 1311, DE 2 DE MAYO DE 1996. REGLAMENTO N.º 2 DE LA LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA; INSTRUCTIVO N.º 1 DE LA SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA; INSTRUCTIVO N.º 2 DE LA SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA | Vol. 5 n.º 2 |
| LEI CHILENA | Vol. 5 n.º 3 |
| LEI COLOMBIANA | Vol. 5 n.º 3 |
| LEI PANAMENHA | Vol. 5 n.º 3 |
| REGIMENTO INTERNO DO CADE | Vol. 5 n.º 4 |
| PROPOSTA DE REGIMENTO INTERNO DO CADE | Vol. 5 n.º 5 |
| NEGOCIANDO COM A COMISSÃO (Dealing with the Commission, notifications, complaints, inspections and fact finding powers under articles 85 e 86 of the EEC Treaty) - tradução | Vol. 5 n.º 6 |
| COMO A FTC INSTAURA UMA AÇÃO (HOW FTC BRINGS AN ACTION – A BRIEF OVERVIEW OF THE FEDERAL TRADE COMMISSION’S INVESTIGATIVE AN LAW ENFORCEMENT AUTHORITY) | Vol. 5 n.º 7 |

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

| | | | |
|--|---|---|-------------|
| Eugênio de Oliveira Fraga Marcos Vinícius de Campos José Del Chiaro F. da Rosa José Inácio G. Franceschini Lázara Cotrin | Mauro Grinberg, Carlos F. de Magalhães Neide Malard Tércio Sampáio Ferraz Ubiratan Mattos | <i>SIMPÓSIO</i> <i>“PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO ANTI-TRUSTE”</i> | Vol.1 n.º 3 |
| Carlos F. de Magalhães Guilherme Duque Estrada Mauro Grinberg Pedro Camargo Neto Pedro Wongtschowski | Edmondo Triolo Tércio Sampaio Ferraz Leane Naidin Ubiratan Mattos | <i>SIMPÓSIO</i> <i>“DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA”</i> | Vol.1 n.º 3 |
| Luiz Olavo Baptista Michel A. Alaby Werter R. Faria | <i>SIMPÓSIO</i> <i>“CONCORRÊNCIA NO</i> | Vol.1 n.º 3 | |

| | | | |
|---|--|--|-------------|
| Maria Isabel Vaz | <i>MERCOSUL</i> " | | |
| Carlos Francisco de Magalhães Ruy Coutinho Neide Malard José Del Chiaro Tércio Sampaio Ferraz | José Inácio Franceschini Laércio Farina Elizabeth Farina Jorge Gomes de Souza. | <i>SIMPÓSIO "CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RE- SOLUÇÃO N.º 1 DO CADE"</i> | Vol.3 n.º 1 |
| Gesner de Oliveira Gabriel Castanheda Elizabeth Farina Pedro Dutra Onofre C. de Arruda Sampaio | Carlos Francisco de Magalhães Laércio Farina José Inácio G. Franceschini Tércio Sampaio Ferraz. | <i>TRANSCRIÇÃO DAS PALESTRAS DO II SEMINÁRIO INTER- NACIONAL DA CON- CORRÊNCIA</i> | Vol.3 n.º 6 |

**www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br**