

# REVISTA DO IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO  
volume 3 nº 1 - Janeiro 1996

---

## ***CADERNO DE TEXTOS***

- ***SIMPÓSIO ‘CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO Nº 1/95 DO CADE’***
  - ***RESOLUÇÃO Nº 1/95 DO CADE***
  - ***TRADUÇÃO DO ‘HORIZONTAL MERGER GUIDELINES’ DE 1992***

• SIMPÓSIO '*CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO N°  
1/95 DO CADE*'

• RESOLUÇÃO N° 1/95 DO CADE

• TRADUÇÃO DO '*HORIZONTAL MERGER GUIDELINES*' DE  
1992

São Paulo  
Janeiro de 1996

**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) 872 2609 / 263 6748**

**Fax.: (011) 872 2609**

**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, Werter Rotundo Faria, Ubiratan Mattos.

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

Catálogo

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

CDU 339.19 / 343.53

As exposições cujos textos transcrevemos neste número, deram-se no simpósio promovido pelo IBRAC em 26 de junho de 1995, e que teve por finalidade estimular a discussão sobre a Resolução nº 1/95 baixada pelo CADE, que definiu as regras suplementares, aplicáveis aos casos de concentração, sujeitos ao controle desse órgão.

Também neste número, o IBRAC oferece aos leitores, em tradução do Dr. John Ferençz Mcnaughton, o texto integral do “Horizontal Merger Guidelines”, baixados pelo Ministério da Justiça e pelo órgão de defesa da concorrência norte-americano, em 1992.

Pedro Dutra

Editor

## SUMÁRIO

CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO Nº 1 DO CADE .....	1
Dr. Carlos Francisco de Magalhães .....	1
Dr. Ruy Coutinho Nascimento .....	3
Dra. Neide Malard .....	4
Dr. Pedro Dutra .....	12
Dr. José Del Chiaro .....	15
Dr. Tércio Sampaio Ferraz .....	19
Dr. Franceschini .....	23
Dr. Mauro Grinberg.....	26
Dr. Magalhães.....	27
Dr. Laércio Farina .....	30
Dr. Ruy Coutinho .....	30
Dra. Neide Teresinha Malard .....	33
Dra. Elizabeth Farina.....	41
Dra. Neide Teresinha Malard .....	43
Dr. Ruy Coutinho .....	45
Dra. Neide Teresinha Malard .....	47
Dr. Ruy Coutinho .....	48
Dr. Jorge .....	49
Dra. Neide Teresinha Malard .....	52
Dra. Neide Teresinha Malard .....	54
RESOLUÇÃO Nº 1, DE 7 DE JUNHO DE 1995 (*) .....	62
DIRETRIZES PARA FUSÕES.....	74
NÚMEROS DA <i>REVISTA DO IBRAC</i> JÁ PUBLICADOS .....	170

## CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO Nº 1 DO CADE

*Dr. Carlos Francisco de Magalhães*

Antes de tudo, gostaria de agradecer a presença dos Srs. para a discussão de um tema bastante específico que é este das concentrações econômicas, dos atos de restrição à concorrência.

Ao verificarmos a presença de tantos interessados sobre questão tão específica da legislação antitruste como essa, percebemos que realmente estamos avançando a passos largos no estudo da matéria antitruste. De fato, há alguns anos, se realizássemos um seminário ou debate sobre um tema tão circunscrito, tenho certeza que não teríamos no auditório mais do que meia dúzia de debatedores e hoje vemos aqui algumas dezenas de interessados, juristas, economistas e empresários do maior gabarito, que vem trazendo problemas e considerações de alta indagação a respeito dessas questões e que, pelo que se antevê, com um aprofundamento do tema que somente em países de alta tradição na aplicação da legislação antitruste poderíamos exigir.

Acho que isso já é resultado do trabalho que vem sendo desenvolvido pelo IBRAC no sentido de criar em nosso país uma cultura jurídica e econômica sobre o desenvolvimento das relações de concorrência de empresas, para cujo estudo nosso Instituto vem realizando os melhores esforços, dentro do objetivo de que o Brasil venha realmente a praticar uma verdadeira economia de mercado, sem os vícios e as distorções que naturalmente surgem quando não existe uma regulamentação para prevenir e corrigir atos abusivos do poder econômico.

Todavia, esse trabalho não teria sido profícuo sem a aprovação pelo Congresso Nacional da Lei nº 8.884/94 e sem que os organismos encarregados da aplicação da Lei, entre os quais se destaca o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, não viesse realizando de forma tão séria esse trabalho primordial de balizar a conduta dos agentes econômicos e também o trabalho de divulgação e discussão das normas jurídicas atinentes.

Isso demonstra que nossas autoridades não só vem desenvolvendo um correto trabalho preventivo e repressivo no aplicar a lei, mas também um esforço educativo e de esclarecimento no sentido de tornar palpáveis à sociedade os princípios da legislação. Tal esforço não poderia passar sem registro por parte do IBRAC, que neste momento represento.

O tema em discussão nesta tarde, insere-se na função estatal de prevenir abusos nas relações de concorrência, que particularmente a mim, desde 1.979 quando apresentei um trabalho a respeito, a pedido do Instituto de Pesquisas, Estudos e Assessoria do Congresso - IPEAC, que veio a se transformar em projeto de lei, sempre assomou como o mais importante na intervenção no domínio das atividades dos agentes econômicos, isto por que através dessa função, o Estado, examinando para aprovar ou não atos de concentração econômica, está já no nascedouro de eventuais infrações decorrentes da concentração econômica ou restrição à concorrência, examinando, as condutas dos agentes do mercado, balizando-as evitando assim que seja forçado posteriormente a intervir, repressivamente, quando a nocividade dessas condutas anticoncorrenciais já se tenham manifestado sobre a sociedade, às vezes irreparavelmente.

Agradecendo o comparecimento do Dr. Ruy Coutinho do Nascimento e da Dra. Neide Terezinha Malard, o primeiro na qualidade de presidente do CADE e a segunda na qualidade de redatora da Resolução nº 1,

que regulamentou o procedimento de concentrações econômicas junto ao órgão e também do ilustre procurador em exercício do CADE, Dr. Jorge Gomes de Souza, que muito nos honram com o atendimento ao convite para este debate, passo a palavra aos mesmos nessa ordem, para que procedam a uma exposição inicial, ao fim da qual ouviremos alguns especialistas da matéria que já se inscreveram para esse debate, realizando em seguida a segunda parte desse evento após um intervalo, quando aguardaremos pedidos de esclarecimentos e participação de todos que tenham interesse na elucidação de questões oriundas da Resolução referida.

Então, sem demora, passo a palavra ao Dr. Ruy Coutinho do Nascimento.

### ***Dr. Ruy Coutinho Nascimento***

Eu queria em primeiro lugar, agradecer mais uma vez ao IBRAC, na pessoa de seu presidente, seus diretores, por essa parceria com o CADE, que já vem exercitando há mais de 2 anos, no sentido do debate dos pontos relevantes da nova legislação, dos aspectos filosóficos que envolve o direito da concorrência e principalmente agora, num debate sobre da Resolução 1 do CADE, que estabelece instrumento ao meu ver, extremamente democrático e translúcido; estabelece não apenas os *Guidelines* para os casos de ato de concentração, bem como introduz alguns mecanismos modernos, como por exemplo, a fase negocial e a possibilidade de reapreciação, obedecidas determinadas condições, dos casos que eventualmente tenham sido negados.

Eu acho que já estamos com a hora bastante adiantada, eu gostaria de posteriormente voltar a conversar um pouco mais com os Srs., mas para já aproveitar o tempo, eu passaria já a palavra de volta ao Sr. Presidente, que



naturalmente irá passá-la a Dra. Neide Malard, que foi a relatora dessa Resolução nº 1, amplamente debatida durante vários meses e que agora gostaria de receber dos Srs., não apenas tirar com os Srs. as dúvidas existentes, mas receber também um *feed back*, de como o mercado está recebendo este documento. Eu voltaria abusar da palavra um pouco mais a frente nesta reunião, muito obrigado.

**Dr. Magalhães**

Dra. Neide Malard, então já fica consigo a palavra para a exposição geral à respeito da Resolução nº 1, vamos então em frente.

***Dra. Neide Malard***

Boa tarde, senhores membros da mesa, advogados, empresários e demais presentes.

A Resolução CADE nº 1 surgiu da necessidade de um esquema, de uma metodologia de trabalho para o Conselho. A preparação dos atos de concentração na Secretaria de Direito Econômico nem sempre contemplava a totalidade dos elementos concorrenciais necessários à decisão do CADE.

É importante que se tenha em mente que o CADE é um órgão de Estado, encarregado de defender a concorrência, para a qual é fundamental a questão da estrutura dos mercados. Se não houvesse mercados concentrados, não haveria problemas concorrenciais, e não estaríamos preocupados em aprovar ou desautorizar determinados atos de concentração. Então, partindo-se do princípio de que era necessária uma metodologia de trabalho e importante tornar transparentes para a sociedade e para as partes interessadas os critérios utilizados pelo CADE na aprovação dos atos de concentração,

editou-se a Resolução nº 1. Dá-se, assim, conhecimento do trabalho que se faz no CADE, indicando-se às partes os elementos que serão considerados no exame do pedido de autorização do ato de concentração, muito embora o CADE possa ainda pedir informações complementares.

À primeira vista, a quantidade de informações e de documentos pode assustar. Na verdade, porém, essas informações são imprescindíveis à análise do pedido. A própria ordem em que devem ser entregues já baliza o critério de apreciação de toda a documentação.

Eu dividiria essas informações, por razões meramente didáticas, em quatro grupos. O primeiro seria constituído pelo Capítulo I, que se refere ao modo de entregar a documentação. Os requisitos do inciso I são aqueles exigidos no §3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Precisamos de saber o faturamento e a participação relativa das requerentes no mercado relevante para o enquadramento do ato no referido dispositivo. A numeração dos documentos, de acordo com a ordem da Resolução facilita a elaboração do trabalho das requerentes e o exame pelo Conselheiro-Relator.

A apresentação do requerimento deverá ser feita, preferencialmente, em conjunto pelas empresas requerentes; se assim não for, pode ser feita também por apenas uma delas, desde que seja apresentada a pessoa responsável para prestar todas as informações necessárias e fazer os contatos com o CADE. Assim, o Capítulo I da Resolução trata da forma de apresentação da documentação para se cumprir os requisitos da lei.

No artigo 9º, que constitui o segundo grupo, temos o quadro das requerentes. Queremos saber quais são as pessoas jurídicas, as controladoras e as controladas, e qual delas exerce o controle efetivo. Daí os requisitos das alíneas do inciso III. No inciso II, queremos saber quem são os verdadeiros donos, os controladores das empresas requerentes, enquanto que no inciso III, queremos saber o controle que as requerentes exercem sobre outras empresas.

E por que é importante saber isso? Porque é o controle efetivo que vai balizar a concorrência no mercado, pois se duas empresas pertencem à mesma controladora, a cujas políticas estão sujeitas, é evidente que não são concorrentes. Então, as respectivas participações no mercado são somadas, já que não podem ser consideradas concorrentes.

De qual controle estamos falando? Trata-se do controle que a empresa exerce efetivamente, podendo traçar as estratégias a serem seguidas pela controlada. Naquelas sociedades em que há uma pulverização de acionistas, pode-se, muitas vezes, deter o controle acionário com apenas 5% das ações, que é o percentual daquele sócio que participa das assembleias, que vota, que decide e que nomeia diretores e administradores, e que de fato controla a empresa. Então, o que se busca com essas informações é o controle efetivo das requerentes.

No tocante às informações relativas às fusões e incorporações, regidas pela lei das sociedades anônimas, pede-se tudo aquilo que deve ser apresentado para a operação, na forma da Lei 6.604. Pede-se também que sejam apresentados ao CADE os documentos de que a empresa já dispõe ou aqueles que estejam sendo preparados para a operação, na forma da lei. São documentos relativos à saúde financeira das empresas, pois muitas vezes uma das razões por que a empresa está sendo vendida, e que o CADE não necessariamente tem de levar em consideração - é bem importante que se diga isso - é a má saúde financeira da adquirida. Achamos, é claro, que a empresa que está em má saúde financeira deva realmente procurar vender os seus ativos, buscando, de preferência, uma compradora que ainda não esteja no mercado.

A saúde financeira da empresa, tanto da requerente quanto da requerida, deve ser levada em consideração, verificando-se a possibilidade de

serem cumpridas as eficiências alegadas no pedido, conforme especificado no artigo 2º da Resolução.

Tem-se, assim, o quadro jurídico das empresas e a sua situação financeira. Já se sabe quem são os controladores, quem são os controlados, e quem faz parte do grupo ao qual pertencem as requerentes.

Feito esse quadro, passa-se, então, à análise do mercado relevante, através das informações que compõem o terceiro grupo.

Tais informações, que se encontram no Capítulo III, podem ser divididas em informações específicas sobre o mercado relevante, principalmente no tocante ao produto, e informações gerais. As informações gerais dizem respeito à demanda e à oferta e, às vantagens relativas de que dispõem as empresas existentes no mercado em relação às possíveis entrantes. Eu diria, então, na seguinte ordem: que o inciso I diz respeito aos mercados locais e regionais, onde as empresas atuam, no âmbito do Brasil e no Mercosul. Isto porque estamos trabalhando com concentrações econômicas que visam um mercado maior, que é Mercosul. Os agentes que operam no âmbito do Mercosul já terão como concorrentes não só as empresas brasileiras, mas também as que atuam nos mercados do países que compõem aquele mercado regional. É preciso discriminar produtos, quantidades vendidas e preços praticados nos últimos três anos. Pode-se verificar que as informações aqui solicitadas se referem a um período de três, cinco ou dez anos. Esses períodos têm uma razão de ser, tendo sido estabelecidos ou em função do dinamismo do mercado ou de investimentos projetados para um futuro mais distante, como é o caso dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento e novas tecnologias.

Os incisos II e III tratam do produto relevante. Dai precisarmos saber as características do produto e sua utilização. As concentrações econômicas ocorrem em mercados que tratam desde comprimidos - refiro-me

não ao grau de importância do produto, mas a seu tamanho - a navios. Então, precisamos saber o que é cada produto, para que serve, como é utilizado, principalmente quando se trata de matéria-prima. Queremos saber se é um produto novo, se é um produto maduro ou em declínio, porque a evolução do produto afeta a concorrência. Muitas vezes, a integração de empresas em mercados de produto em declínio decorre da falta de interessados em entrar num mercado em que a curva de retorno do investimento já está descendente.

No inciso IV queremos saber a composição do produto relevante; quais são as matérias primas, as peças, as partes e componentes que o integram.

A partir do inciso V, começamos a colher informações gerais sobre o mercado. As primeiras informações são específicas do mercado relevante; a partir do inciso V, temos eu informações mais gerais do mercado relevante. Nós queremos saber como é que está funcionando aquele mercado em termos de importações, pois às vezes as próprias empresas alegam que não existem barreiras para o produto estrangeiro, que concorre com o nacional. Então é necessário saber o grau de concorrência entres esses produtos.

É muito importante que se leve em consideração que a concentração econômica não é ilegal. Uma concentração econômica que ocorre em um mercado onde não existem barreiras não traz problemas à sua aprovação. O que leva à não aprovação de um ato de concentração não é a sua ilegalidade, mas o fato de ser o mercado altamente concentrado e resistente à entrada de novos concorrentes, por uma série de fatores. As informações solicitadas pelo CADE servirão para fundamentar uma decisão favorável ou não à concentração.

O CADE poderá ser acusado, por exemplo, de autorizar um ato de concentração entre duas empresas que chegam a deter 60% no mercado. Bem, quem conhece um pouco o Direito da Concorrência sabe muito bem que as

estruturas são dinâmicas; elas não ficam estagnadas ao longo do tempo. Onde houver possibilidade do empresário entrar e fazer o seu lucro, ele vai se arriscar. Então, é pequena a possibilidade de uma empresa atribuir a seu produto um preço muito elevado quando opera em um mercado que não tem barreiras. A teoria econômica nos ensina que a empresa em um mercado concentrado sempre manterá um nível de preço para desencorajar concorrentes novos, quando não existirem barreiras, pois quer manter a sua posição. Se cobrar um preço muito elevado no mercado onde não existem barreiras, a concorrente potencial vislumbrará a possibilidade de bons negócios e entrará. Essa entrada tende a reduzir o lucro da empresa pré-existente.

Por não ser a concentração ilegal per se, e pelo fato de que determinados mercados concentrados possibilitam uma razoável concorrência, ainda que potencial, somente a análise desses elementos possibilitará a caracterização do mercado relevante e o impacto sobre ele do ato de concentração.

Às empresas não está sendo pedido nada sem uma razão específica. Não se está pedindo qualquer informação inútil. Ao contrário, são informações de grande utilidade, cuja organização e análise facilita até a justificação das eficiências.

No que diz respeito à demanda, queremos saber como ela tem-se comportado no mercado interno, nos últimos três anos; qual a avaliação que as próprias requerentes fazem quanto à expansão ou retração da demanda. Portanto, é importante a identificação, por setor econômico, dos compradores de cada produto, pois muitas vezes é preciso analisar o que está acontecendo com o setor econômico que consome o produto. No caso, por exemplo de auto-peças, é muito importante saber o perfil dos compradores; se são compradores nacionais ou estrangeiros; se o produto se destina ao mercado

de reposição ou ao de montadoras. O perfil da demanda é muito importante para se estabelecer o mercado de concorrência.

Depois, temos os quesitos que dizem respeito à competitividade internacional. Sabe-se que numa economia global - e este tem sido um dos grandes argumentos que as empresas têm apresentado ao CADE -é importante crescer para se ter competitividade internacional. Então, o que nós queremos saber é exatamente como que essa empresa está se comportando no mercado internacional; o quanto ela exporta e a que preço. Podemos, então, comparar seus preços nos mercados interno e externo, estudando as eventuais discrepâncias que possam existir, até mesmo para autorizar uma concentração e levar ao conhecimento das autoridades encarregadas das políticas tarifárias os problemas concorrenciais que as tarifas possam estar causando. Enfim, essas informações são importantes até para os próprios formuladores de política econômica no País.

Verificam-se, também, as vantagens que as empresas que já estão no mercado detêm em relação a seus concorrentes potenciais. E como se pode fazer isto? Examinando-se o grau de verticalização das empresas e dos serviços que contratam com terceiros.

Também no sistema de distribuição e de vendas, ou nos descontos podemos encontrar problemas concorrenciais de natureza vertical, em relação à concorrente potencial. Todos esses elementos são por nós levados em consideração na análise de barreiras.

A partir do inciso XVI, passa-se à questão das eficiências. Uma das eficiências que a lei coloca diz respeito ao desenvolvimento tecnológico. Esse desenvolvimento tecnológico é aferível a partir da situação do produto no mercado nacional comparada àquela do mercado externo. Vamos ver se realmente a empresa está disposta a efetuar investimentos em tecnologia ou em melhorar a sua performance tecnológica, a partir das informações

requeridas nos incisos XVII, XVIII, XIX e XX. São informações que dizem respeito ao desenvolvimento ou à performance da empresa no campo tecnológico, em termos de pesquisa e desenvolvimento. O mesmo pode ser dito quanto aos requisitos dos incisos XXI e XXII. Verificam-se não só as tecnologias que as empresas detêm, mas ainda como elas fazem uso dessa tecnologia; se é explorada ou cedidos os direitos de exploração a outra empresa; qual o grau de concorrência que existe entre as empresas que recebem essa tecnologia; até que ponto a empresa cessionária recebe essas tecnologias sem restrições para poder explorá-las, promovendo o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

A informação pedida no inciso XXIII refere-se ao contexto mundial. O que queremos saber é o que está acontecendo com o mesmo setor no contexto global. Muitas vezes as requerentes alegam que há uma tendência concentracionista. É importante, então, verificar se tal tendência existe realmente, para alinhar o Brasil com o resto do mundo, possibilitando que as nossas empresas se tornem competitivas numa economia global.

No inciso XXIV queremos saber a história do mercado, o que tem acontecido no mercado durante um período razoável, que é de cinco anos.

Daí até o final, nós fazemos uma das análises mais importantes, que diz respeito aos elementos relativos a barreiras à entrada de novos concorrentes, que compõem o quarto grupo. O que nós queremos saber do inciso XXV até o XXXI é se há possibilidade de entrada de novas concorrentes no mercado. Se se trata de um mercado concentrado sem barreiras, estamos diante de um mercado potencialmente concorrencial e, nesse caso, não há razão para se negar um ato de concentração.

Pode-se afirmar que as informações estão estruturadas para, num primeiro momento, se aferir o produto relevante, o mercado relevante, o grau de substitutibilidade. Depois, faz-se a avaliação do mercado onde poderia



ocorrer o problema concorrencial. Em seguida, verificando-se a questão das tecnologias e eficiências. E, finalmente, as questões relativas às barreiras.

Eu não sei se os Senhores teriam alguma dúvida em relação aos procedimentos. Eu acho que eles estão claramente definidos, mas se houver alguma dúvida, sugiro que seja dirimida por ocasião dos debates.

Muito obrigada pela sua atenção.

### **Dr Magalhães**

Muito obrigado a Dra. Neide Malard pelos esclarecimentos. Dando seqüência passo a palavra ao Dr. Pedro Dutra.

### ***Dr. Pedro Dutra***

Sr. Presidente do CADE, Ilustre Conselheira, Ilustre Procurador Geral, meus colegas do IBRAC e demais colegas advogados. Eu não vou fazer observações específicas sobre as normas que esse regimento vem estabelecer, mas gostaria de tentar delinear o quadro em que esse regimento veio se inscrever.

O legislador ao dispor na Lei 8.884/94 as normas principais da concorrência, como não poderia deixar de ser, não se preocupou em detalhar os procedimentos que fazem parte do mundo jurídico do direito de concorrência. Esses procedimentos ficaram a cargo do órgão máximo de defesa da concorrência, que é o CADE, estabelecer, e este regimento, que tomou o número 1, é o primeiro exemplo disso. Quando se fala em algum regimento, em regulação exercida por órgão público - e o CADE é um órgão público - a primeira reação sentida é de temor, temor que acrescenta a nossa negativa tradição burocrática. Assim, não é de se espantar que tenha havido,

que possa ter havido, algum temor à vista de mais um regulamento, à vista de mais um conjunto de normas baixado por um órgão público.

No meu entender - e eu vou me ater a esse ponto - não se pode, não há razão para haver temor ante esse regimento, que nós hoje estamos aqui reunidos para analisar. Ao contrário, é de se louvar a edição do regimento que vem de ser baixado pelo CADE: primeiro, porque ele inova, na matéria que trata, o direito brasileiro da concorrência; e, depois, porque o faz pela melhor forma. Os órgãos de defesa da concorrência norte-americanos, aí incluída a associação dos procuradores da república daquele país, entre 1982 e 1992 baixaram quatro atos específicos regulando a submissão aos órgãos de defesa da concorrência dos atos de concentração; somente o último desses atos, baixado em conjunto pelo *Department of Justice* (Ministério de Justiça) e pela *Federal Trade Commission*, soma vinte e três laudas compactas de instruções que as empresas devem seguir, ao submeterem atos à apreciação daqueles órgãos.

Hoje nós estamos assistindo a uma exposição sobre um ato brasileiro, baixado por um órgão público brasileiro de defesa da concorrência, que é muito mais sintético, muito mais apropriado do que o ato baixado por seu congênere norte-americano. E nos Estados Unidos o que se deu, mesmo tendo-se lá uma norma complexa? O que se deu é que tais atos, que vêm sendo sucessivamente baixados, como guardam coerência entre si, permitem - mesmo com a complexidade que exibem - aos consulentes ter aquilo que se espera de um ato baixado por um órgão público com poderes de fiscalização: segurança. Ora, se lá nos Estados Unidos isso se alcançou, mesmo com atos de grande complexidade, no nosso caso não há razão para que nós tenhamos não haver segurança igual, em face do regulamento n. 1.

Acredito que esse regimento é transparente, ele é claro, e a exposição da Dra. Neide o deixou ainda mais claro, e isso nos dá, aos

advogados e aos empresários que dele vão fazer uso, uma grande segurança. Essa segurança deduz-se da forma do regimento: o órgão público diz aquilo que ele quer do administrado e estabelece como deve o administrado proceder para cumprir a exigência. Essa prática é sempre reconfortadora no direito administrativo brasileiro. A transparência é justamente isto: que o órgão público exista para proteger o administrado, inclusive do Estado ao qual ele, órgão, pertence. Essa é a tradição sadia dos órgãos públicos, ou seja, eles protegem o cidadão contra o Estado e contra outros cidadãos, sem prejuízo do exercício de seu dever legal. Nós temos visto recentemente na administração pública brasileira alguns órgãos públicos procederem de forma oposta: baixam eles atos que são herméticos, que são fechados e que acabam por colocar o administrado numa posição de insegurança perante a administração pública. No regimento n.1 estão identificados todos os documentos que precisam ser arrolados, todas as informações a serem prestadas. Esse fato é extremamente positivo, ainda que se saiba que o regimento não evitará dúvidas, não resolverá todas questões antecipadamente; mas isso não poderia ser feito porque, diversamente de outros ramos do direito, é no direito econômico que encontramos um dinamismo extraordinário, tanto conceitual, digamos, quanto factual, porque o próprio direito econômico, com sua tipificação aberta, roda em torno do dinamismo dos empresários, e considera, a sua vez, cada caso em si, mesmo dentro de iguais mercados, pois cada empresa tem a sua peculiaridade, cada empresa tem os seus traços que imprime à sua atividade e aos seus produtos e serviços. Então, por mais detalhado que tenha sido, por melhor que este ato seja, e eu creio que é muito bom, ele não pode resolver todas as questões.

Para concluir: primeiro, é um ato que me parece de boa qualidade técnica e de grande oportunidade de política administrativa, da boa política administrativa, ou seja, aquela que segue lisamente os princípios

constitucionais, entre outros o que vincula a administração pública a dar publicidade a seus atos; nesse sentido este ato cumpre à perfeição esse princípio constitucional. E, depois, com esse ato o órgão público aproxima-se do administrado, ao claramente dizer o que quer e para que quer, assegurando ao administrado uma ação sem sobressaltos. E o que se espera do Estado? É que ele dê ao administrado, ao contribuinte enfim, tranqüilidade e não sobressaltos.

A história brasileira está cheia de sobressaltos causados aos cidadãos e aos contribuintes pelo Estado por intermédio de seus órgãos; parece que agora, de uma maneira geral, caminha-se no sentido inverso. O Estado, por meio de seus órgãos administrativos, passa a ser um instrumento de segurança dos cidadãos.

Portanto, a minha avaliação dessa norma baixada pelo CADE é de tranqüilidade, de transparência e de estímulo à economia de mercado, que é um princípio constitucional e não uma ideologia transitória. Era isso o que eu tinha a dizer. Muito obrigado.

**Dr. Magalhães**

Muito obrigado pela exposição. Chamaremos então o Dr. José Del Chiaro.

***Dr. José Del Chiaro***

Sr. Presidente do CADE, Dr. Ruy Coutinho, Sra. Conselheira Dra. Neide Terezinha Malard, Dr. Jorge, senhores colegas do IBRAC, senhores advogados.

Eu pretenderia falar um pouco menos do ato, mas mais do que o ato baixado pelo CADE representa para nós.

Nesse momento em que nós estamos hoje, no Brasil de uma efetiva transição, de uma economia dirigida para uma economia de mercado, a falta de vivência com relação à intervenção que é dada pelos órgãos, poderíamos dizer regulatórios da economia do mercado, surge bastante complicada.

De um lado tivemos o renascer dessa legislação antitruste, pós um período no qual os empresários tinham os seus preços acordados no CIP e que o próprio governo estimulava as concentrações de empresa, em órgãos como o COFIR, um renascer, não decorrente de uma vontade de implementar uma política concorrencial, mas advindo de uma intenção de deturpar a finalidade da legislação antitruste, como um medida legítima de se intervir numa economia para controlar preços. O papel principal da tutela e da orientação da legislação antitruste, permissiva da intervenção para avaliar se aqueles atos seriam danosos ou não ao mercado, estava assim escapando da sua finalidade maior, e a interpretação dada por todos, era essa lei veio para controlar preços, ela faz parte de um pacote, ela pega!

E o fato é que com o trabalho que vem sendo desenvolvido, tanto pela SDE, como muito especialmente pelo CADE, uma jurisprudência e uma doutrina vêm se firmando e a maturidade dessa matéria começa despontar exatamente pelos votos que aconteceram, pelas decisões que surgiram, que para muitos espantou mas que na realidade para aqueles que estão acostumados a uma vivência de economia de mercado, um país liberal, numa economia moderna, ela na realidade nada mais é do que a decorrência natural.

No atinente a esse ato, propriamente dito, seria importante verificar que na mesma medida em que esse ato solicita informações dando realmente as diretivas que devem ser observadas num ato de consulta, ele também informa o âmbito da análise, o universo da análise que pretende ser

empreendida pelo CADE. Nesse sentido quando se solicita informações relativas a mercado internacional, a forma de operação desses mercados no exterior, a condição de importação ou não de mercadorias, a chamadas barreiras técnicas, ou barreiras político “técnicas”, aquelas formas de atuação do mercado, está o CADE reconhecendo que o escopo da sua análise também deverá ser maior do que o próprio mercado brasileiro. Nós temos aqui de fato um reconhecimento através desta decisão do Conselho que aprovou o ato de que hoje existe uma economia global!

Na medida em que os atos e informações que devem ser transmitidos ao CADE, eles são de fato atos e informações não apenas do mercado brasileiro, mas eles alcançam fatos de mercado alienígena, dando de fato dimensão e a importância da análise para o CADE. Tanto para proteger a indústria nacional, como para proteger o mercado.

Outro aspecto que eu acho que deve ser bastante ressaltado é que nós estamos falando muito em concentração econômica e esse ato disciplina o artigo 54 como um todo, que é mais do que um ato de concentração e sobre isso eu acho que é bastante importante, depois os senhores conselheiros poderem tecer alguma consideração. Sejam esses atos meros contratos de distribuição, sejam esses atos contratos de prestação de serviço, qualquer ato em si, que possa direta ou indiretamente, como diz o caput do artigo 54, alcançar a liberdade de mecanismo de mercado.

Já que estamos citando alguns aspectos, eu acho que merecem uma elucidação, seria importante depois obter esclarecimentos com relação a dependência ou não na questão da distribuição das consultas, quando o CADE for distribuir esta consulta aos Conselheiros, se já estiver ocorrendo um processo administrativo e alguma análise relativa a um ato de concentração, tiver que ser colocada ?

Seria interessante também obter um esclarecimento maior, um detalhamento com relação à atos pretéritos, o que pretende especificamente o CADE analisar, quais os atos que ele busca anteriores, aos cinco anos anteriores ao momento de formulação da consulta.

Nós estamos tratando daquele mercado relevante específico ou nos referimos a todo um contexto de uma empresa, que pode ser uma empresa atuando em “n” mercados relevantes. Acho que também comportaria um maior esclarecimento, a questão das penas para quem não fizer a consulta, ou o que fazer uma empresa que de fato concentrou ou teve atos que deveriam ter sido submetidos e não o fez, se ela pode, deve fazer a consulta ou deve permanecer silente e isto indiretamente esta caracterizando uma potencial, para usar um termo da área, barreira a futuras concentrações por não ter “regularizado a situação pretérita”.

Sentiria também necessário alguns esclarecimentos com relação a segurança das informações que são prestadas no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, informações estas, na maioria delas que isoladamente são públicas, sejam mediante notas fiscais, sejam mediante outras declarações, mas que no instante em que colocadas de uma forma harmônica e sistematizada podem representar para o concorrente desta empresa, ou terceiros interessados em informações da essência do negócio de seu concorrente, uma ferramenta bastante útil e perigosa à empresa consulente.

É uma questão da confidencialidade, eu acho que deveria também comportar algum esclarecimento, algum detalhamento. Mas o que fica aqui o que é mais importante, para encerrar e atender a pedido Dr. Magalhães é um voto de confiança, confiança que a legislação antitruste vem se consolidando, confiança de que o CADE vem desempenhando o seu papel com maturidade e com seriedade e que este ato de fato demonstra que a política da concorrência

é algo que veio para ficar e não apenas para instrumentalizar um plano econômico, como parte de um pacote que vem e que vai, muito obrigado.

**Dr. Magalhães**

Obrigado, Dr. Del Chiaro, pela participação, pela colocação de temas de muita importância que deverão ser discutidos na segunda parte. Passo a palavra para Dr. Tércio Sampaio Ferraz.

***Dr. Tércio Sampaio Ferraz***

Os meus cumprimentos à mesa. Pretendo encaminhar rapidamente algumas observações.

Chamaria a atenção inicialmente para um dado que foi mencionado pela Dra. Neide, mas que me parece digno de um relevo especial, relativo aos procedimentos. Nos procedimentos criamos uma possibilidade de análise preliminar sobre as transações (artigo 12 da Resolução) com base em documentação entregue, da qual se dará vista aos demais Conselheiros, ao Procurador Geral e às requerentes. Quando o relator se manifestar no prazo que lhe for assinalado, isso me parece algo que tenderá a modificar provavelmente o sentido dos procedimentos e fará com que o CADE, em relação aos atos de concentração, por exemplo, venha aos poucos assumir uma posição um pouco diferente da que, por conta da própria fineza da Lei, acabava assumindo, certamente, em muitos casos, a contra gosto.

O processo de concentração não é um processo em que, a meu ver, o Conselho se coloque em relação aos administrados como uma espécie de juiz; quer dizer, não há propriamente um julgamento. Existe no final, obviamente,



como se trata de um Conselho, a coleta de votos a respeito do ato em vista de uma decisão que vai ser tomada colegiadamente, mas não há propriamente um julgamento “stricto sensu”. Quer dizer, não estamos tratando aqui de infrações, não existe em princípio, partes opostas. O que existe é o interesse do mercado e o interesse das partes que pretendem realizar um ato de concentração e que provocam o CADE para obter a sua autorização para um ato qualquer seja a organização de uma rede de distribuição, seja uma fusão, uma “joint venture” etc.

Neste sentido, essa abertura me parece extremamente positiva. Aliás, esse me parece o sentido da própria Lei nesse ponto, o dever de a autoridade pública abrir-se para o interesse do mercado e daqueles que estão dele participando, e naquele momento orientar a realização de algum ato. Nesse sentido, esse diálogo que pode ser estabelecido entre administração e administrado evita que os interessados procurem a autoridade, quase que como tentando adivinhar o que será que eles deveriam dizer para obter uma resposta positiva. Nestes termos, é importante haver essa clareza e esse diálogo disciplinado desta forma límpida como está no artigo 12. As coisas ficam claras, quer dizer, tudo se fará às claras, e se fará por força mesma de uma Resolução, o que trará uma renovação para os procedimentos relativos ao art. 54 da Lei nº 8.884/94.

Outra questão que me parece importante, mas aqui eu a trago como uma possibilidade de discussão, e, certamente, em parte endereçada ao nosso Procurador, refere-se à fórmula pela qual a Resolução estabelece as suas normas, e ao entendimento a que isto possa conduzir.

Obviamente, como se trata de normas, todas elas têm um sentido prescritivo, ostensivo: as requerentes deverão apresentar, o requerimento será apresentado, etc. Esta forma prescritiva ostensiva, pode levantar algumas dúvidas, agora do ponto de vista jurídico, a respeito do modo como a

autoridade pretende encarar essa forma prescritiva. É óbvio que haverá casos evidentes em que, por exemplo, esse rol de documentos não poderá ser apresentado totalmente. Portanto esta fórmula prescritiva (as requerentes deverão apresentar os documentos abaixo relacionados) vai levar implicitamente à possibilidade de um juízo, próximo à equidade, portanto a um balanceamento, sobre o que pode, eventualmente, ser dispensado. Mas, na forma como está aqui, pode também me levar ao inverso, entendendo-se que ou as empresas os apresentem, inclusive nesta ordem, nesta forma ou não será aceito. Trata-se da questão da formalidade do ato de requerimento e da sua repercussão administrativa.

Como é que a autoridade vai entender isto? Vai ser rígida e dizer não, tem que ser nesta ordem e com todos esses elementos ou nós vamos agir de tal maneira que alguns pontos serão relevados, em nome do que se poderá de fato oferecer, aceitando-se simplesmente uma declaração da empresa de que tal e tal informação não existe ou não há como ser obtida. As informações, às vezes, se referem ao mercado internacional, muitas empresas (empresas médias) não têm acesso a isso etc. Isso pode levar a uma dúvida a respeito de quais são os critérios para aceitar a palavra ou não da empresa, podendo tratar-se de informações que, aparentemente, seriam razoavelmente obtidos fora do país, por exemplo, mas que não há como obtê-las. Qual é o critério, de um ponto de vista jurídico, que pode ser usado para que a administração possa contemporizar. O critério será encontrado de caso para caso, ou isto vai ser conduzido por regras gerais? Essa é uma pergunta jurídica que pode ocorrer e se não ocorrer diretamente aos Conselheiros do CADE, já vem ocorrendo aos advogados que trabalham no setor, e que os próprios empresários formulam.

Ainda uma questão que me parece relevante nos procedimentos está ligado a alguns itens que o Dr. Carlos Francisco de Magalhães já levantou.

Existe obviamente alguma teoria, aliás na própria relação das informações, e alguma experiência que vem por de trás da sua elaboração. Quando se fala em 5% (art. 9º, III, “a” da Resolução), alguma coisa existe aí por de trás; quer dizer, acho que a pergunta de fato suscita não dúvidas, mas pelo menos alguma curiosidade. Por que a opção por esse, não por outros critérios? Conversava agora com o Dr. Pedro Dutra que me lembrava que, se, por exemplo, a questão é para apreciar a possibilidade de controle de fato, se eu tiver uma situação, uma empresa com 48%, a outra com 48%, a terceira, dependendo do acordo de acionistas, esta poderá perfeitamente ter domínio com o que resta.

Portanto os 5% para que servem? será que é para isso, ou existe alguma outra experiência, alguma outra teoria aí por de trás?

Na mesma linha provavelmente teremos da parte de empresários alegações de dificuldade em casos de perguntas que levam a uma extensão muito grande relativa aos relatórios, principalmente quando falamos em controladores que não estão no país. Muitas vezes tem-se impressão de que, se isto não seria problema para a empresa que está no país, as multinacionais têm no entanto dificuldades. Nem sempre a empresa que está no Brasil tem esses dados relativos à controladora e se nós olharmos de fora, vamos ver que mesmo lá esses dados não estão assim tão facilmente à mão. Isto pode realmente criar uma dificuldade, daí a minha pergunta. Quer dizer, entendo o objetivo, se isto fosse possível de se obter rapidamente, mas sei que isto certamente trará algumas dificuldades e algumas resistências inclusive, da parte dos empresários, e lembro nesse momento que advogado nenhum manda na empresa, ele tem que se ater a observações do tipo: eu não tenho, eu não posso arranjar, não posso fazer nada etc. e é difícil para o advogado às vezes exigir, porque a explicação falta. Neste sentido, pois, algumas das exigências podem trazer algumas dificuldades nessa direção. Muito obrigado.

## **Dr Magalhães**

Temos ainda o Dr. Franceschini.

### ***Dr. Franceschini***

Muitas das dúvidas que surgem no dia-a-dia já foram abordadas com muita propriedade. Assim, seria desnecessário rememorá-las; porém, vale a pena abordar algumas delas.

Em primeiro lugar, gostaria de salientar que o objetivo desta Resolução é muito louvável, pois é necessário que haja conhecimento por parte dos agentes econômicos e do empresariado quanto à forma como o CADE pretende agir, e mais do que isso, como ele pretende se pautar perante as fusões e incorporações.

A Resolução nº 1 (CADE) traz uma orientação de como a legislação antitruste deve ser aplicada nos casos de fusões e incorporações, trazendo ao empresariado os documentos essenciais a serem apresentados, para apreciação dos pedidos.

.....realidade do mercado, realidade histórica e econômica do país. O fato entretanto que eu me permito, Sra. Relatora e Sr. Presidente, a me fazer sugestões que poderão ou não ser de alguma utilidade, mas que eu tenho visto no empresariado como temor ou como dúvidas para um eventual cogitação. Evidentemente, o grande número de questões, informações que são exigidas nessa Resolução causam alguma perplexidade, em questionário que me parece que o CADE não estaria aguardando que o empresário apresente todas essas informações com a minúcia que elas exigem, muitas vezes, porque elas são verdadeiramente inaplicáveis, nós temos casos, isto é facilmente verificável nas hipóteses de empresas que tem dois, três mil itens de linhas de produção

das mil variedades comensurável, seria quase impossível apresentar todas essas informações sobre todas essas linhas com relação a empresas que fazem parte de conglomerados, apresentar as informações em relação a todas as empresas, mesmo aquelas que nada tenham a haver com o ato de concentração em si, ainda que implicitamente, de qualquer maneira, também muito menos aquelas informações se referem a concorrentes, porque na medida que a empresa tenha todas as informações que são exigidas sobre o concorrente, eu creio que o CADE imediatamente instauraria um processo por caracterização, porque isso seria a prova provada de que haveria um cartel. Mas talvez para uma segunda versão da Resolução se possam estabelecer os casos, por exemplo, os casos de isenção, caso existam evidentemente, casos de isenção, apresentação de pelo menos, senão todos, pelo menos de quase todas as informações, à exemplo do sistema norte-americano, por exemplo, nós poderíamos estabelecer duas fases, ao invés de se apresentar logo de início toda esta documentação, haveria uma solicitação uma documentação mínima, a partir de cujo exame, surgiria necessidade de uma complementação já prevista na própria Resolução, nos Estados Unidos nós temos o que se chamam de “*Second Request*”, se apresenta uma informação básica, principalmente quando aquela concentração exige um estudo mais aprofundado que demanda apresentação de documentação complementar. Pediria também uma consideração, como foi muito bem abordado pelo Dr. Del Chiaro, uma apreciação de casos de atos, condutas restritivas de mercado, e que evidentemente, não estão enquadradas nesta Resolução, o que tem causado uma certa dificuldade em muitos empresários, pediria também uma consideração de eliminação, talvez de alguns pequenos pontos que assustam o empresariado, como por exemplo, questões burocráticas que foram introduzidas, exigências de cópias autenticadas, procurações por instrumento público, traduções oficiais, há uma tendência natural no Brasil à uma

formalização, talvez excessiva, que pudesse ser contornada com facilidade e esta tendência ela se agrava com o tempo, eu tenho visto em casos concretos, em que o próprio Ministério da Fazenda à luz já da Resolução nº 1 está encaminhando às empresas consulentes, exigências com o seguinte teor, embora a documentação, as vezes, já esteja extensa, cumpra-se a Resolução nº 1. Ponto. Não se diz nem qual é a documentação que está sendo exigida, talvez um pouco de informação no próprio âmbito do Governo sobre a finalidade e objetivo desta lei. Já se antecipa, já se antecipa não, já se fala que o próprio Ministério da Fazenda está fazendo a sua própria “listinha”, que o Ministério da Justiça já está fazendo a sua própria “listinha”, talvez um esclarecimento sobre a necessidade de determinadas informações, as razões, as motivações, pudessem ser objeto de alguma consideração. Evidentemente, a questão da confidencialidade é algo que preocupa sobremaneira, fica aí uma sugestão de emprego da legislação, da metodologia da legislação do GATT, por exemplo, que estabelece a possibilidade de oferecer alguma documentação de natureza confidencial acompanhada de um resumo, por exemplo, de um resumo de dessas informações e das razões da confidencialidade destas informações, de tal forma que o empresário, eu tenho casos em que o empresário me diz: indicar a capacidade ociosa dos meus produtos no instrumento, num processo de natureza pública eu não farei jamais, porque isto é uma informação preciosa para a concorrência, isto causa uma certa preocupação. E um pequeno detalhe que eu sugeriria também é um esclarecimento quanto ao *cômputo* do prazo para início do processo, há uma grande dúvida no empresariado quando é que este prazo se inicia, seria quando as partes ainda estão numa fase de intenções, seria uma fase já de elaboração de algum contrato, ou seria uma fase do efetivo fechamento do negócio, a partir de que momento, porque isso tem uma repercussão pecuniária séria, especialmente para as empresas mais visíveis, isto traz

dificuldades muito grandes, na medida em que elas não tem condições, muitas vezes, de elaborar todo esse conjunto de informações num prazo exíguo de 15 dias, há não ser que se conte por exemplo, a partir do fechamento da operação. Mas isso são detalhes que eu pediria à atenção do CADE para que haja maior tranqüilidade do empresariado na apresentação desses processos e um maior esclarecimento dentro do próprio âmbito do Governo, como já salientei, processos que estão em andamento podem ter o seu curso sobrestado em função de uma falta de informação dentro do próprio âmbito do Governo. Isso que eu queria dizer, muito obrigado.

### **Dr. Magalhães**

Passo a palavra agora ao Dr. Mauro Grinberg que encerrará esta primeira parte.

### ***Dr. Mauro Grinberg***

Senhores. membros da mesa, senhores, eu quero trazer a lembrança aqui de um evento patrocinado pela *Fundação Adenauer*, em que um cidadão levantou-se e trouxe a recordação, pelo antigo CADE, de um ato de concentração de duas empresas. Esse ato de aprovação pelo CADE ocorreu na época em que eu tive a sorte de ser dele Conselheiro. Essa aprovação, porém, foi entendida não apenas pelos interessados como também por toda a sociedade de uma forma equivocada. Ante a recordação desse cidadão, o Dr. Rui Coutinho, integrante da mesa naquela ocasião, apontou para mim e indiretamente provocou a minha participação. Eu tive que fazer referência ao fato de que aquela associação na verdade havia sido feita com o objetivo único de exportar. Internamente elas continuariam a concorrer entre si, ou

pelo menos em tese é o que ficou dito no processo. Houve um grande mal-entendido de todos, da imprensa, dos advogados, dos economistas, das próprias empresas, e é este tipo de mal-entendido que se vai evitar com essa Resolução que está aqui. Se ela tem defeitos, eventualmente os tem, tem um grande mérito, uma grande qualidade, que é dar maior transparência ao processo.

Mas eu quero trazer aqui também uma perplexidade, que nem chega a ser uma dúvida, ligada às hipóteses de atos de concentração de empresas de vocação internacional, aquelas de cujos ramos existem poucas no mundo todo, empresas que necessitam de uma enorme escala para sua viabilidade. São empresas com vocação internacional e que tem ramificações em todo o mundo, sobretudo nos países do Mercosul. em matéria de atos de concentração econômica, qual o mercado relevante a ser analisado, será o brasileiro, será o internacional, será o do Mercosul, como nós escolheremos a autoridade que vai aprovar uma ato de concentração econômica? Nós poderemos preferir aprová-lo, por exemplo, no Paraguai. Esta é a perplexidade que eu trago aqui. Muito Obrigado

***Dr. Magalhães***

Antes de encerrar esta parte dos trabalhos desta tarde, gostaria de fazer algumas colocações para que a mesa leve em consideração nos debates da segunda parte do evento de hoje.

A primeira questão é sobre a extensão da Resolução nº 1, isto é, se a mesma visa apenas às concentrações econômicas, sejam horizontais ou verticais, ou se visa todos os atos de restrição à concorrência; coloco essa dúvida em face da forma como foram redigidas as exigências na Resolução, inclusive em vista do rol dos documentos necessários; gostaria de observar se



seriam necessárias tantas informações para exame de casos de atos restritivos à concorrência extremamente simples como cláusulas de exclusividade onde não há modificação estrutural da concorrência no mercado relevante ou mesmo em casos de concentrações de mercados relevantes regionais, como por exemplo de supermercados, farmácias, etc., abrangendo até bairros de uma cidade ou pequenos municípios, que porém constituem mercados relevantes em vista dos produtos distribuídos.

Outra dúvida que também gostaria de colocar é sobre a fase negocial que vem sendo bastante enfatizada pelos expositores: quando vai se dar, se numa primeira fase de saneamento do processo, na fase final de decisão ou apenas se for determinada uma desconstituição ou se decidir pela não aprovação. Ainda nesse tema, indago como é que se passaria essa fase de negociação, qual o seu âmbito e objetivo admissível, já que não me parece bastante claro o texto sob discussão nessa parte.

Outra questão surge quando se fala em levar ao CADE “os atos sob qualquer forma manifestados” : aí está se referindo a transações apenas ou a transações que objetivem a restrições econômicas ou restrições à concorrência; parece-me que no texto está elíptico, em seguida à “atos” a qualificação “restritivos à concorrência”.

Outra colocação: quando se fala em participação relativa de cada empresa no mercado, estaria a Resolução se referindo à participação com base em faturamento ou com base em volume físico ou quantidade; parece-me que o segundo critério é o mais correto e vem sendo universalmente aceito, uma vez que o critério de faturamento, nas mais das vezes, leva a inúmeras distorções, já pelo fato de que os líderes de mercado em geral tem preços mais altos que os demais concorrentes e, então se fosse se fazer a medição do *market share* através do faturamento este seria distorcido pois essa líder do mercado teria uma participação maior do que na realidade tem.

Enfim, a questão colocada pelo Dr. Franceschini, sobre serem públicas ou confidenciais as informações apresentadas, também me parece um tema que exige certa reflexão, visto que existem realmente algumas informações que me parecem pertencer ao arquivo íntimo do agente econômico e que deveriam ficar fechadas dentro do processo, ao alcance apenas das autoridades públicas que tem o dever funcional de sigilo. Lembro a propósito que na Comissão Europeia não são publicados dados de produção e participação de mercado de forma exata, visando resguardar essa confidencialidade. Nas revistas que contem decisões sobre concorrência da União Europeia se coloca com três pontos ou asteriscos esses dados ou então os mesmos são expostos, para se poder entender o contexto, “entre tal número e tal número” ou “entre tal percentual ou tal percentual”.

E, finalmente, gostaria de chamar a atenção dos presentes para a natureza dessa resolução ou seja, se consiste apenas em *guidelines* como entendemos ou se é uma verdadeira prescrição, questão muito bem colocada pelo Dr. Tercio na sua exposição; a questão é extremamente importante pois se se tratar de uma prescrição obrigatória, não a cumprindo o requerente nos 15 dias legais, estaria talvez até cometendo uma infração por não ter levado o pedido de registro devidamente fundamentado no prazo legal. Aliás, acho que é muito importante se colocar essa questão e discutir abertamente, porque há uma grande dificuldade em se obter certos dados previstos na Resolução especialmente em casos de menor importância, como por exemplo uma pequena concentração de supermercados, onde o agente não tem como saber qual seja o grau de concentração de empresas de distribuição de alimentos no exterior, ou de casos em que se trata de empresa genuinamente nacional que não tem acesso a informações do ramo fora do país.

São esses pontos, em especial, que gostaria de colocar à mesa, alguns deles já levantados em diferente ótica pelos colegas que me

antecederam, os quais me parecem oportunos serem examinados na segunda parte do evento.

***Dr. Laércio Farina***

Dr. Magalhães pediu que assumisse a mesa. Vamos dar a palavra, primeiramente ao Dr. Ruy Coutinho para que se manifeste sobre as observações feitas na tribuna e em seguida a Dra. Neide Malard e ato contínuo passaremos às perguntas dos Srs.

Antes porém eu gostaria de fazer um anúncio que após a realização deste evento o IBRAC deverá editar um número especial da revista do IBRAC no qual constarão os Mergers Guidelines do FTC e DOJ americanos em edição bilíngüe gentilmente traduzida para com o IBRAC pelo Dr. John Ferencz Mcnaughton aqui presente e também a transcrição deste evento, assim como a Resolução nº 1. Vamos então dar seqüência à segunda parte e eu passaria a palavra ao Dr. Ruy Coutinho para se pronunciar sobre as observações feitas na primeira parte.

***Dr. Ruy Coutinho***

Muito obrigado, Sr. Presidente.

Como prometi gostaria de enfocar aqui principalmente um ponto que considero importante, e que foi colocado aqui especialmente pelo Dr. José Del Chiaro. É um assunto sobre o qual eu já havia me proposto a falar hoje, porque é um assunto que está causando extrema preocupação ao CADE. Gostaria de dizer antes de mais nada, que embora tenhamos tido uma primeira

lei antitruste há mais de 30 anos, a lei 4137/62, que foi realmente uma lei primorosa sob o aspecto legislativo pela sua estrutura, pela sua própria densidade e também pela profundidade com que tratou o tema Defesa da Concorrência no Brasil. A realidade é que menos de dois anos depois, entramos num regime politicamente excepcional e a política de defesa da concorrência, como sabem bem os Srs., a partir daquela quadra deixou de ser um objetivo governamental, haja visto o espírito que presidiu a formulação, por exemplo, do primeiro e do segundo Plano Nacional de Desenvolvimento, primeiro e segundo PNDs, onde a conglomeração da economia passou a ser uma espécie de pedra angular nos programas econômicos governamentais, isso obviamente sem falar, o que já se fez aqui extensamente, sobre a existência do COFIE, do CIP, da própria política de crédito vigente aquela época. A liberalização da economia com a adoção de uma política concorrencial mais explícita propiciou ao contrário o surgimento de um elenco de diplomas legais e importantes. Pela ordem, o primeiro deles a Lei 8.137 de 90 que definiu os crimes contra à ordem tributária, à ordem econômica e as relações de consumo; a Lei 8.158 de 91, lei antitruste e reformulou alguns pontos da já referida Lei 4.137; o Código do Consumidor; e finalmente a lei 8.884 de 94, a nova lei antitruste. Obviamente que o que se pretende com todo esse aparato legal é a construção de uma ordem econômica fundada nos princípios da concorrência. É dentro deste espírito que a responsabilidade do CADE cresceu enormemente e tenho a absoluta certeza de que o CADE não será em nenhuma hipótese um órgão amorfo, um órgão omissivo. Digo isso porque, agora entrando na parte mais sincera da minha conversa, nós temos recebido notícias extremamente preocupantes de atos de concentração que se estão processando no Brasil e no exterior, que deveriam ser oficialmente informados ao CADE e isto não está acontecendo. A partir da própria Lei antitruste, prevê que a Comissão de Valores Imobiliários e o

Departamento Nacional de Registro de Comércio, através das suas Juntas Comerciais, parágrafo 10º do artigo 54, deverão informar ao CADE as operações. Além da previsão legal comunico aos Srs. que eu estou acionando também os órgãos de inteligência do Governo Federal, quero deixar isso bem claro, para que nos dêem essas informações de maneira bastante clara, bastante explícita, possivelmente uma listagem dessas empresas.

Eu devo informar também aos menos avisados que nós fazemos um follow-up através de jornais internacionais como o “Financial Times”, “Wall Street Journal”, etc, dos atos de concentração que estão se processando no exterior e que tenham reflexo no Brasil e portanto aqui deveriam ser avaliados, como prevê o próprio artigo 2º da lei antitruste. Informo também aos menos avisados e até aos mais avisados que nós vamos notificar essas empresas e instaurar processos administrativos via SDE, na forma do artigo 5º, do parágrafo 5º do artigo 54 da Lei 8.884. Para tanto nós estamos iniciando a elaboração também de uma regulamentação, via Resolução, do parágrafo 5º do artigo 54. A instauração do processo na forma do parágrafo 5º será informada ao Ministério Público para que este apure as responsabilidades destas empresas na forma do artigo 4º da Lei 8.137 de 90, que como eu já disse define os crimes contra à ordem econômica, tributária, etc. Portanto, é um assunto que terá desdobramentos, infelizmente, prevejo eu desagradáveis, devo esclarecer que a questão da omissão das informações às agências regulatórias foi um tema amplamente discutido em dois eventos aos quais o CADE esteve presente, o primeiro deles realizado em dezembro de 94 em Paris, num evento da OCDE onde o CADE foi representado pela Dra. Neide Malard e o último deles a Conferência do BUNDESKARTELLAMT há vinte dias atrás em Berlim ao qual eu estive presente pessoalmente. Em ambos os eventos, tanto a Dra. Neide quanto eu, acertamos uma ação coordenada com a Federal Trade Commission, com o BUNDESKARTELLAMT e com a própria

Comissão Européia, no sentido de um ampla troca de informações sobre os atos de concentração que estejam ocorrendo globalmente. E vamos exercitar plenamente os nossos poderes nesse campo.

Esta é a informação gostaria de trazer aos Srs. com todas as letras e de uma maneira muito sincera e eu acredito que eu tenha respondido a uma pergunta do Profº. Del Chiaro formulada no âmbito da sua fala, muito obrigado.

**Dr. Laércio Farina**

Gostaria de passar a palavra agora à Dra. Neide Malard, que se manifestará sobre a participação dos inscritos na primeira fase, por favor Dra. Neide.

***Dra. Neide Teresinha Malard***

Eu vou tentar responder as perguntas que me foram formuladas, compartilhando com os senhores a minha preocupação com algumas colocações que aqui foram feitas. Primeiramente, gostaria de dizer aos Senhores o que o CADE entende por ato de concentração, expressão que não está na lei. O artigo 54 fala em atos sob qualquer forma manifestados que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência. A Resolução nº1 disciplina o artigo 54. Portanto, não são apenas as fusões e incorporações que devem ser submetidas à apreciação do CADE, como também os atos, os acordos operacionais, os acordos entre acionistas e outros tantos, pois a concentração deve ser entendida "lato sensu". O que importa é o efeito do ato sobre o mercado, e não a sua forma. Os acordos entre acionistas, os acordos operacionais, os acordos entre dirigentes para

administração única de empresas, os acordos que importem administração conjunta ou adoção de estratégias semelhantes podem ser atos concentradores que afetam a concorrência e, na forma do artigo 54, devem ser submetidos à apreciação do CADE.

Esta Resolução busca atender as diversas situações concentracionistas. Nós não poderíamos fazer resoluções diferentes para mercados que tenham quatro concorrentes, cinco concorrentes, oito concorrentes, com participação de 5% ou de 50%. Seria impossível editar "n" resoluções. É certo que a apresentação da documentação tem uma forma mandatória. E nem poderia ser diferente, deixando-se a critério da empresa entregar o que quisesse. A grande maioria dos atos submetidos ao CADE é de notificações post facto, e não prévia. Acontece que, nesses casos, o domínio de mercado já ocorreu; os efeitos anticoncorrenciais já se fazem sentir no mercado. Se algum documento não puder ser entregue por alguma razão, deve ser dada uma explicação ao Conselheiro-Relator. Isso não significa que o Conselheiro vá abrir mão da documentação quando a empresa disser que é difícil obtê-la. Pode até ser difícil, mas não sendo impossível, deve ser apresentada, a não ser que o Conselheiro a julgue dispensável. Eu já tive um caso semelhante, em que me foi dito que o documento não estava no Brasil. Determinei que fosse buscado onde estivesse, pois era indispensável à aferição do controle efetivo. Se a empresa se recusar a mostrar ao CADE um documento necessário à análise, o Conselho pode obrigá-la a fazê-lo em juízo, pois o exame criterioso do ato já consumado, com possíveis prejuízos para o mercado, não vai deixar de ser feito porque a empresa não apresentou os documentos necessários. Se a operação ainda não se realizou, o problema é da empresa, pois ela não terá a autorização para celebrar o ato. Mas depois de realizada a transação, a apresentação de documentos é obrigatória. Nós pretendemos impor prazos para que estes documentos sejam apresentados.

Se, realmente ficar demonstrada a impossibilidade de se apresentar alguma informação, o CADE não criará dificuldades. Principalmente aquelas informações pertinentes às concorrentes, muito embora nós saibamos que, às vezes, os concorrentes sabem até mais do que a própria empresa. Eu já tive um caso em que as informações sobre os concorrentes me foram apresentadas, tendo eu perguntado como tinham sido obtidas. Responderam-me que se perguntava aqui e acolá. O certo é que a requerente sabia tudo que se passava com suas concorrentes. Quando solicitei as informações aos próprios concorrentes, a coincidência das respostas foi quase total. Então, não é verdade que as empresas nunca sabem o que está ocorrendo com suas concorrentes. Elas podem até dizer aos advogados que não pretendem informar certos dados, mas se o CADE os exigir, terão de fazê-lo. O mesmo ocorre em outros lugares, como na Comissão Européia e nos Estados Unidos. Se lá as grandes empresas multinacionais não se recusam a mostrar documentos ou fornecer informações, por que iriam se recusar aqui no Brasil? Se as empresas pensam que tal omissão não terá conseqüências, estão enganadas, pois a lei será cumprida em seus exatos termos, aplicando-se as penalidades cabíveis aos omissos.

É verdade que algumas informações podem ser flexibilizadas. Mas isso deve ficar a critério do Conselheiro na análise do caso concreto.

Outra questão que se colocou aqui foi a confidencialidade. Não creio que a capacidade ociosa seja informação confidencial. A capacidade ociosa pode constituir uma barreira à entrada de novas concorrentes. Uma empresa, por exemplo, que não esteja operando com sua capacidade total, em torno de 60%, está sinalizando para a concorrente potencial que, se ela entrar, os restantes 40% poderiam ser ativados. Como que uma situação que pode ser anticoncorrencial seria considerada confidencial? Nenhuma empresa se recusou até hoje a informar ao CADE a sua capacidade ociosa. Ademais, não



é necessário dizer qual é a capacidade ociosa, bastando informar qual é a capacidade instalada. Se sabemos quanto ela produziu, uma conta simples resolve o problema. Então, dizer que essa informação é confidencial é uma tolice.

Quando a Resolução nº 1 estava sendo elaborada, foi sugerido por um técnico que deveriam ser exigidos das requerentes os respectivos custos de produção. Eu quis saber sobre a utilidade de tal requisito em um ato de concentração. Responderam-me que o custo da empresa, segundo a teoria econômica, também seria uma barreira. Respondi que os custos constituem um instrumento fortíssimo para a competitividade e só devem ser examinados pelas autoridades da concorrência nos casos de conduta abusiva, em que se investiga o preço abusivo, o preço predatório ou as práticas de exclusão. O técnico observou, então, que a informação seria utilizada, quando preciso, em investigações futuras. Em primeiro lugar, não podemos partir do princípio de que a empresa vai delinquir, que vai abusar do poder econômico. Em segundo lugar, se tal ocorrer, a informação já poderá estar defasada. Então, não há motivo razoável para se saber os custos quando se examina um ato de concentração, a não ser que a concentração, altamente restritiva da concorrência, tenha como uma de suas principais eficiências a redução de custos. Como o ônus da prova recai sobre as requerentes, terão de demonstrar que os custos atuais serão significativamente reduzidos, prova que só será cabal se se compararem os custos atuais com as estimativas futuras.

Eu entendo que as informações sobre os custos da empresa, como fator preponderantemente concorrencial, são confidenciais, devendo ser requeridas apenas nas situações referidas.

É de se lembrar que o CADE entende que o processo instaurado por abuso de poder econômico tem de um lado o Poder Público e, do outro, o particular. Não há partes no sentido do processo judicial. É o Poder Público,

representando o interesse público, contra o representado. Então, o representante no CADE não tem direito a vista do processo. Ele apenas colabora, informando e dando conhecimento de tudo que está acontecendo no mercado. Mas não terá vista dos autos e acesso às investigações contra a representada, muitas vezes sua concorrente, pois poderia, depois, até usar as informações em processo judicial de seu interesse. Nós no CADE nos insurgimos muito contra o contencioso que se instaura na investigação, possibilitando ao representante ter vista de documentos do representado.

A questão da confidencialidade é muito complicada à medida em que estão envolvidos no processo três órgãos, dos quais dois são subordinados a autoridades do governo, que podem estar investigando uma determinada empresa por razões outras que não sejam concorrenciais, como infrações fiscais, por exemplo. No CADE a confidencialidade pode ser totalmente assegurada, pois os membros do Colegiado não estão sujeitos a pressões políticas e podem se recusar a prestar informações sobre os processos sob sua responsabilidade. Nos atos de concentração, por exemplo, as informações que dizem respeito a outras empresas são autuadas em separado. São informações confidenciais, às quais a outra parte não tem acesso. Nem as requerentes têm acesso às informações de suas concorrentes. Não é difícil assegurar a confidencialidade quando os documentos estão circulando em apenas um órgão, e apenas poucas pessoas as eles têm acesso.

Mas saibam os Senhores que esses documentos que estão sendo pedidos pelo CADE na Resolução nº 1 nada têm de confidenciais. Aliás, o quer for confidencial da empresa não nos tragam porque não queremos saber. Se quisermos, pediremos e asseguramos a confidencialidade..

O Prof. Tércio Sampaio Ferraz falou aqui sobre a questão da análise preliminar e a importância dessa análise para o interesse do mercado. Na verdade, o que se quer fazer com essa análise preliminar é abrir a

oportunidade de negociação com as empresas. Há quem afirme que os advogados são responsáveis pela instrução do pedido e que devem cumprir a lei, entregando toda a documentação. Mas eu pergunto: e se o advogado não cumprir a lei? Como é que fica o mercado? O mercado não é do advogado. O mercado é público; é o espaço da concorrência que nós temos de proteger. Então eu posso dizer ao advogado que volte e traga as informações, porque não é só o direito da empresa que está em jogo, pois o CADE não está protegendo A ou B, mas a concorrência. Há um interesse público em jogo, e é por conta desse interesse público que essa negociação foi aberta pela Resolução, porque, lamentavelmente, a lei foi omissa. A Lei nº 8.884/94, ao invés de corrigir os problemas das anteriores, trouxe outros mais. Um deles é a questão das isenções de que falou o Dr. Franceschini. Ocorre que o legislador, por descuido, ou até por ignorância, no sentido técnico da palavra, deixou de prever expressamente a possibilidade de isenção de alguns atos pelo CADE. Mas há uma competência genérica no inciso XVII do art.7º, que dá ao CADE poderes para responder consultas. Então, o que se pode fazer é aproveitar esse inciso para fazer uma regulamentação de atos de concentração - eu continuo chamando de atos de concentração, os acordos operacionais, franquias, etc. - mais simplificados, onde alguns documentos poderiam ser dispensados. Não seria propriamente um ato de isenção, pois a lei não deu competência ao CADE para tanto. Seria uma análise simplificada de determinados atos de concentração, como alguns tipos de exclusividade e outros tantos acordos que são importantes para que as empresas possam atingir certas eficiências. O CADE poderia fazer uma análise mais simples, dispensando uma boa parte desta documentação. Isto, porém, é algo que o Colegiado terá de ir fazendo aos poucos, de acordo com a experiência que for adquirindo, pois quando se procura regular uma nova lei exaustivamente, inclusive as situações que jamais foram vivenciadas, a probabilidade de

desacertos é muito grande. Então, na verdade, o que se deve fazer é ir regulamentando aos poucos.

Há realmente a possibilidade de isentar boa parte desses documentos em algumas operações e há também a possibilidade de, durante a negociação com o Conselheiro-Relator, deixar de exibir alguns documentos, não porque sejam difíceis de serem obtidos, mas porque talvez sejam considerados desnecessários em determinado caso. Se forem considerados imprescindíveis à análise, deverão ser trazidos. A requerente pode até deixar de prestar uma informação que estiver em poder do concorrente. Neste caso, o CADE notificará o concorrente para trazer o documento ou a informação, que não poderá deixar de vir aos autos, por ser imprescindível à análise da situação ou do mercado.

Falou-se aqui, também, sobre questão do percentual de 5%, mencionado no inciso III do artigo 9º. Tal percentual é aleatório. Algum percentual teria de ser estabelecido. Na verdade, nós já vimos controle real em alguns casos de 9%, 8% e 7%, mas estabeleceu-se, aleatoriamente, o percentual de 5%. A lei fixou também um valor aleatório em termos de faturamento, assim como o percentual de 20% para caracterizar o poder de mercado. Pode, no entanto, existir controle com apenas 5% das ações, no caso de pulverização de acionistas.

Falou-se aqui, ainda, sobre a dificuldade que têm os empresários de entender a Resolução. Cabe aos Senhores, na qualidade de seus advogados ou assessores econômicos, explicar-lhes que se procede assim no mundo inteiro e que, daqui para frente, aqui no Brasil, vai ser assim. A questão de dificuldade é relativa. O que é difícil de entender, diante de uma boa explicação é facilmente compreendido. Eu confio na competência e habilidade dos Senhores nessa tarefa.

Além disso, há de ser dito que o CADE tem de cumprir a lei, e a análise criteriosa é a única maneira de fazê-lo. No entanto, se os empresários quiserem mudar o modelo, para que se adote no País uma política concentracionista, como já ocorreu num passado não muito distante, aí o problema não é do CADE, e, sim, do Poder Legislativo, que deverá mudar a lei.

Bem, eu acho que as principais questões já foram respondidas, à exceção do problema do Mercosul, que o Dr. Mauro Grinberg há pouco levantou. Perplexa também estou eu com a situação. Eu acho que a perplexidade não é só nossa. Há, de fato, no Mercosul, uma possibilidade muito grande das concentrações serem realizadas no Paraguai, onde até hoje não há lei. Quando houver, vai demorar algum tempo até que se instale a cultura concorrencial, até porque o país não dispõe de um parque industrial para formar essa cultura. Então, as empresas brasileiras poderão promover essas fusões lá no Paraguai. Mas quanto a isso, não teremos problema para reprimir os efeitos maléficos que aqui no Brasil poderão ser produzidos. Pode-se instaurar processo com base a teoria dos efeitos, consagrada em nosso direito antitruste.

### **Dr. Laércio Farina**

Com os nossos agradecimentos, as sempre judiciosas palavras da Dra. Neide Malard, eu queria apenas uma observação passada agora a surpresa pela posição do Dr. Ruy Coutinho na tribuna e eu digo surpresa porque nós estamos acostumados nesses contatos entre os membros do CADE e do IBRAC, tratarmos normalmente as questões sobre o ponto de vista teórico, didático e de debate, o Dr. Ruy Coutinho hoje veio a tribuna colocar claramente a firme posição da nossa agência antitruste, uma posição de quem

pretende demonstrar e fazer conscientizar a classe empresarial que a nova legislação antitruste veio para ficar e a agência regulatória ou a agência antitruste, o nosso CADE está aí para fazer cumprir a lei. Vamos passar agora aos debates. Vou passar a palavra, em primeiro lugar, a Dra. Elizabeth Farina, por dois motivos, primeiro porque ela foi a primeira a se inscrever e segundo porque eu detesto dormir na sala ....

***Dra. Elizabeth Farina***

Bem, eu tenho algumas dúvidas, eu primeiro queria fazer uma observação, eu fiquei agradavelmente surpreendida, com este capítulo 3 sobre as informações. Acho que para um economista que trabalha com organização industrial e questões de concorrência, não poderia ter se feito melhor. Eu acho isso mostra um amadurecimento do CADE, uma procura de dar um embasamento técnico para aquilo que está sendo estabelecido em lei, e isso é muito positivo no meu entender. Entretanto eu gostaria de colocar algumas coisas que eu ainda me são poucos claras: a primeira coisa é ainda em relação as relações verticais, quer dizer, apesar de eu ter entendido claramente que a Dra. Neide falou que elas estão sob a égide do artigo 54, claramente toda essa relação de informações me parece mais pertinente à questões de relações horizontais, quer dizer, concentração, fusões de empresas concorrentes. Está se falando em aumentar a concentração num mercado determinado, se pensarmos em grau de concentração maior ou menor, genéricos que pouco tem de propriedade técnica, uma fusão vertical aumenta o grau de concentração geral na economia, porém ele pode não aumentar o grau de concentração de mercado de produto relevante. Como é tratado isso? Tem alguns itens aqui que claramente, estão relacionados a questão das fusões verticais, porém eu acho que eles atendem mais as questões de fusões

horizontais; e aí estou falando de fusões mesmo, podem ser atos de restrições verticais ou podem ser fusões mesmos, que não alteram as concentrações em nenhum dos dois mercados, porém tem efeitos a concorrência e pode ser que as empresas se quer pensem em levar ao CADE. Tá bom, não aumenta a concentração. Eu estou simplesmente trocando a propriedade, mas trocar a propriedade implica em alterar as relações de concorrência. Como é que é tratado isso? O segundo ponto que eu queria colocar é o seguinte: a Dra. Neide colocou a questão de que muitas empresas alegam em atos de fusão, a busca de competitividade internacional e que quanto maior, quer dizer, preciso crescer para ser competitivo no mercado internacional. Do ponto de vista meramente econômico ou de estratégia empresarial, eu posso crescer por fusão ou posso crescer por investimento interno. Penso que é mais do que explicar que ser grande é melhor no mercado internacional, é explicar que ser grande é ter que me fundir ao concorrente. Pode-se crescer de outras maneiras. Eu acho que visando as questões de concorrência, se exige mais do que dizer eu vou ganhar eficiência porque vou ser maior, mas porque que é essa a forma adequada de eu me tornar maior. Embora eu também concorde que não tem nada que ficar levantando os custos de empresas neste caso, tem algumas coisas no sentido de ganho de produtividade, que é uma das maneiras que eu posso justificar a minha fusão, por exemplo, que tenham a ver com ganhos de economia e escala e escopo, quer dizer, ganhos de custo mesmo, mostrar que a fusão vai ter maior eficiência. Como é que eu faço isso sem mostrar quais são esses ganhos de escala, de escopo, seja na produção, seja na distribuição, seja até no poder de negociação com fornecedores externos, por exemplo, que podem me levar a maior eficiência. Eu fico com dúvidas sobre como identificar isso. Só para completar eu queria dizer o seguinte: o que se exige da empresa, não tenho dúvida, eu acho que é mandatório, tem méritos, etc, mas não tenho dúvidas que um estudo setorial completo, traria maior

transparência e uma justiça de tratamento entre as empresas. Porém é uma coisa cara, não é fácil, não, para uma empresa fazer um levantamento desse, estudos setoriais costumam ser caros. Obrigado

**Dr. Laércio Farina**

É uma colocação, não uma pergunta. Então, Dra. Neide por gentileza.

***Dra. Neide Teresinha Malard***

A questão dos ganhos de produtividade é uma exigência que pode ser atendida alternativamente. Há outras que a empresa pode argüir. Se a empresa não for melhorar a qualidade dos produtos, ou se não pretende promover o desenvolvimento tecnológico, ou, ainda, se não objetiva propiciar qualquer outra eficiência que não seja o aumento de produtividade, então terá de abrir seus custos, provando a redução. É sobre ela que recai o ônus da prova. Se este é o seu único argumento para a concentração, então terá de prová-lo. Não se pode partir, porém, do princípio que este é o único argumento, porque, na verdade, não é. A empresa pode já ter custos baixos, dispondo-se a atingir outras eficiências. Talvez queira, por exemplo, alcançar um desenvolvimento tecnológico importante, que depende da tecnologia de uma concorrente. Suponhamos que o produto da concorrente pudesse ser aprimorado com o processo que ela detém, e que as duas se juntam para produzir em escalas muito maiores. O que a Senhora disse só vem reforçar o meu ponto de vista de que pedir os custos para as empresas, logo de início, não é necessário. Será necessário se os custos reduzidos forem o único



argumento oferecido para a concentração, devendo, então as requerentes provarem como os obterão, caso em que o CADE não precisará pedir, pois é de se pressupor que a demonstração acompanhará o requerimento.

Quanto às relações verticais, elas quase sempre são benéficas para a concorrência, porque almejam sempre ganhos de eficiência. Raramente, e é o caso das matérias-primas, a operação se torna relevante para a concorrência. A verticalização é benéfica até o ponto em que faz um ângulo reto, alcançando o concorrente. É o caso, por exemplo, da aquisição de fonte de matéria-prima. Em situações como esta, essas informações da Resolução nº 1 são importantes, até para se saber quais as outras opções que terá o concorrente. Ao entendimento de que a verticalização em geral é boa, e que ela só é prejudicial quando faz o ângulo reto, alcançando o plano horizontal, tem-se que a documentação exigida é muito importante e terá de ser examinada. Trata-se, porém, de uma daquelas situações em que a requerente deverá buscar o entendimento com o Conselheiro-Relator. Eu não vejo impedimento algum em se apresentarem alguns documentos, protestando, depois pela juntada da documentação complementar. É nessa ocasião que as requerentes deverão conversar com o Conselheiro a quem foi distribuído o processo e se informarem sobre a documentação que ele entende imprescindível à análise.

O Dr. Franceschini usou uma expressão muito interessante, a "listinha" que cada órgão vai elaborar. O CADE nada tem a ver com as "listinhas" dos outros órgãos. Aliás, essa Resolução foi feita para acabar com "listinhas", solicitando-se apenas documentos que interessam à questão em exame. A Resolução é, sem dúvida, a demonstração dos elementos que devem ser considerados pelo CADE na decisão. As "listinhas" tenderão a desaparecer, se é que elas vão existir depois da Resolução. Ademais, com a Resolução, o CADE poderá realizar o seu exame simultaneamente com os

outros órgãos. À medida em que a análise do CADE não exige documentos esdrúxulos das requerentes, não vejo como estes serão exigidos para a elaboração do parecer técnico.

Para finalizar, posso afirmar que a entrega da documentação pertinente às operações horizontais ou verticais admite negociação com o Conselheiro-Relator.

***Dr. Ruy Coutinho***

Uma mini intervenção, com relação as “listinhas” do Dr. Franchiscini, eu só diria o seguinte: eu recebi na sexta-feira uma minuta do secretário Aurelio Vander Bastos, Secretário de Direito Econômico, de uma portaria que deve estar baixando esta semana, que reproduz integralmente a lista de documentos exigidas pelo CADE.

***Dr. José Del Chiaro***

Eu queria fazer algumas considerações, esta Resolução do CADE, acredito eu, tenha como fundamento o poder legal que tenha o CADE de pedir informações para avaliar as consultas, inclusive, eu faço menção ao artigo 7º, inciso IX, da Lei 8884, que atribui competência legal ao plenário do CADE, para requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades, entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções, aqui eu faria algumas indagações, primeira, a cópia pura e simples, usando a definição do nosso colega Franchiscini, das “listinhas”, por parte do SDE ou outro órgão pressupõe por parte deles, idêntica competência para solicitar idênticas informações, a segunda questão

que eu gostaria de levantar, diz respeito também a como será balizado o sigilo legal e quais seriam as hipóteses em que seria o caso de entendê-lo como pertinente, isso seria em relação ao artigo 7º, outra questão que eu gostaria de reiterar, é aquela que diz respeito a distribuição dos processos aos conselheiros do CADE, quando um senhor conselheiro já estiver avaliando uma conduta ou um ato de concentração de uma das partes envolvidas na formulação daquela consulta. E finalmente, eu gostaria de um esclarecimento quanto ao artigo 23 na menção feita ao “dólar”, eu gostaria de saber qual o balizamento, o critério de dólar americano mas dólar compra, dólar venda, qual o parâmetro, dólar médio, dólar dia da operação, neste sentido eu acho importante uma informação também. Eu gostaria também de ressaltar uma ponderação da Dra. Elizabeth Farina, aliás oportuna como sempre, no sentido do custo de levantamento de algumas informações, é lógico que nem todas as empresas que estão fazendo a consulta tem o seu capital controlado por empresas do exterior, muitas vezes, empresas brasileiras podem estar tendo que lidar com o mercado internacional, e a informação quanto ao mercado internacional é de fato da maior importância, será que o próprio CADE justificada a razão, motivada, quer dizer não querendo desmerecer o caráter mandatório, teria condições de solicitar às agências de cartel, ou de controle da concorrência no exterior, informações detalhadas sobre esses mercados, no sentido de melhor balizar a informação, e até mesmo contribuir para com essas empresas, ainda não querendo em relação as informações solicitadas pelo artigo 10, eu acho que realmente demonstra a total coerência do que se solicita, e o CADE como bem disse a Dra. Neide não vai exigir uma obrigação impossível, uma comissão impossível, mas que também não deve se buscar através de uma simples e mera dificuldade querer dizer que aquela informação, aquele documento é impossível de ser localizado. Agora, ressaltar que nem todas as fontes de mercado são fontes que podem ter um critério de

balizamento real e verossímil, muitas entidades de classe devem informações para seus associados e com base nisso tem parâmetros e balizamentos, o grau de confiabilidade em tais informações pressupõe um certo questionamento, uma vez que não existe uma aferição, uma auditoria em cima daquelas informações colocadas, eu acho que são essas as colocações que eu gostaria de apresentar. Obrigada.

***Dra. Neide Teresinha Malard***

A questão do sigilo legal, conforme posta no inciso IX, decorre da própria lei. Sigilo legal, porém, não é o que a empresa acha que é sigiloso. A lei deve dizer qual é a matéria sigilosa.

No tocante à prevenção, entendo que é uma questão de conveniência e oportunidade. Estamos diante de um ato administrativo de controle das estruturas de mercado, não fazendo qualquer sentido distribuírem-se entre os conselheiros as concentrações que dizem respeito a um só grupo de empresas ou às operações pertinentes à reestruturação de determinado mercado. Creio que a tendência do CADE seria essa, até porque assim já foi decidido em um processo de conduta.

No tocante à taxa do dólar, deixo ao Dr. Ruy a explicação sobre o fato de não ter sido prevista a modalidade de conversão.

Quanto ao custo das informações, saibam os Senhores que nos Estados Unidos a notificação é paga e custa caro, cerca de 15 mil dólares. No Brasil é gratuita, e as empresas ainda se queixam que é caro obter as informações necessárias.

O ônus de prestar as informações é das requerentes e não pode ser transferido para o Poder Público. Advogo, por outro lado, que o Governo

deveria encaminhar um projeto de lei, criando uma taxa de serviço, pois, na verdade, a autorização é uma prestação de serviço que deve ser remunerada.

Precisamos acabar com essa visão do empresário "coitadinho", que terá custos adicionais ao pretender benefícios para o mercado. O CADE é o local de aprovação de grandes negócios, que não são realizados por "coitadinhos". Estes não precisam ir lá, pois não têm poder de mercado e não vão se concentrar. O que se espera das empresas é que se organizem na era da Internet, pois ninguém fará bons negócios se não estiver ligado com o mundo.

Isso vale, também, para os documentos oficiais, aqueles que dizem respeito à empresa, como as certidões passadas em outros países. Tais documentos devem ser traduzidos oficialmente, pois podem ser eventualmente levados ao Poder Judiciário. Ademais, os conselheiros não estão obrigados a dominar qualquer idioma estrangeiro. Quanto às demais informações, as próprias requerentes podem cuidar da tradução, declarando sua veracidade. Se a empresa está juntando documentos que comprovam suas informações e argumentos, é de seu interesse que sejam entendidos por aqueles que examinarão o caso. Se assim não for, estaremos recebendo documentos em japonês, chinês, etc..

### ***Dr. Ruy Coutinho***

O Dr. pergunta sobre a unidade monetária a ser utilizada nas informações, solicitada na Resolução. Será o dólar até 30 de junho de 94, nós tínhamos ainda imaginado colocar na própria Resolução, um maior detalhamento desta questão do dólar, mas por segurança, solicitamos a dois assessores nossos, provenientes do Banco Central, requisitados do Banco

Central e que estão ultimando hoje, segunda-feira, um documento com relação a uma forma mais segura de se fazer essas transição e eu asseguro aos Srs. que provavelmente na quarta-feira, eu já estarei enviando à imprensa nacional a Resolução nº 2/95 e que trará todos os esclarecimentos sobre a Resolução a esta transição.

***Dr. Jorge***

Eu tenho para mim que a importância do artigo 12 que foi ressaltada pelo Dr. Tércio. O artigo 12 da Resolução, introduz uma espécie de negociação. Esta negociação consiste basicamente em que o Conselheiro-Relator sinalize para as requerentes a cerca da viabilidade do seu pedido, indica que o pedido tem condições de ser atendido ou não. Nesse momento, se poderá também dizer sobre a documentação entregue. Observam que há um momento que se faz uma espécie de provocação das dificuldades ou dos acertos do pedido, isso é posto às partes de uma forma bastante clara e só a partir daí com esta sinalização do Conselheiro-Relator é que a Procuradoria irá se manifestar. Então, houve aí, uma espécie de invenção, e pronto que no processo administrativo, se estou lembrado, a Procuradoria se manifesta antes de todos, ao fazer publicar um parecer, e os procedimentos relativos ao ato de concentração, o Conselheiro-Relator dá a sinalização relativa ao processo, passando a seguir ao Procurador-Geral, é claro que nesse momento, poderá se falar a respeito da documentação, poderá se falar a respeito daquilo que foi sinalizado, mas basicamente o que vai importar à Procuradoria é o aspecto jurídico formal, era essa a observação que queria fazer.

**Heitor Faro de Castro - Vicente Nogueira Advogados**

Foi dito hoje aqui que a Resolução nº 1 vem de um reflexo, enfim de uma necessidade de um país estabelecer normas que se equivalam a um critério, a um conceito mundial, hoje, dessa necessidade, então, o Brasil, hoje, tem que se equipara a esse nível de exigência de investigação e preocupação com o mercado. Essa norma é muito recente, mas o primeiro impacto que ela tem trazido junto aos empresários, que a gente tem sentido é como o CADE se vê diante desta norma que ele próprio edita, no que tange a sua estrutura para digerir essa quantidade imensa de informações que vão despejadas sobre, enfim, para serem digeridas num curto espaço de tempo, a sua estrutura, digamos, operacional, realmente, para tocar esse assunto no mesmo plano e importância que se está dando hoje, no mundo. É esta a questão.

### **Dr. Ruy Coutinho**

Realmente, este é um assunto importante e preocupante, como sabem os Sr. o CADE foi transformado em autarquia em junho do ano passado, durante o segundo semestre, nós elaboramos o quadro de funções gratificadas, etc, do pessoal do CADE que deveria ser enviado ao Congresso Nacional, ainda no decorrer do ano passado e esse quadro extremamente enxuto de apenas 96 pessoas, será disparadamente a autarquia mais enxuta, talvez da América Latina. Entregamos ao Presidente da República três versões do mesmo documento, um que poderia ser enviado via projeto de lei, segundo como medida provisória e uma terceira versão que implicava, aí numa ação, eu diria mais tática do que estratégica que seria a transferência para o CADE de funcionários que fizessem parte dos Ministérios que estavam sendo extintos, de órgãos que estavam sendo extintos, por exemplo, LBA, Ministério de Integração Regional, etc, o Presidente Itamar Franco no final do ano, achou por bem não enviar ao Congresso esse documento, por se tratar de

fim de governo, achando que politicamente seria uma atitude incorreta. Esse mesmo documento foi entregue ao Ministro Jobim, no início deste ano e está tendo um tratamento mais global, à vista também de uma mudança estrutural que se procede no próprio Ministério da Justiça e estamos trabalhando usando uma prerrogativa da própria lei antitruste, que permite ao CADE requisitar em caráter irrecusável, funcionários de qualquer órgão da estrutura da administração federal, com isso estamos conseguindo montar um quadro razoável de técnicos provenientes, por exemplo do Banco Central como já disse isso aqui há pouco, do Ministério da Indústria e o Comércio, do Ministério das Relações Exteriores, do Serpro, etc.. É com essa estrutura ainda pequena que nós estamos operando, esperamos ampliá-la também através deste instrumento, durante esses próximos meses, até que se possa obter do Congresso Nacional a aprovação do nosso quadro. Será obviamente, pelo menos no primeiro momento, uma estrutura extremamente enxuta se compararmos isso a centenas de advogados, de economistas que funcionam nas agências internacionais, realmente isso pode parecer ridículo.

Mas evidentemente num quadro de restrições orçamentarias e de toda forma, com o que vive o país, evidentemente não podemos entrar com um programa mais grandiloquente que poderia inclusive despertar reações adversas da própria sociedade.

Mas eu tenho muita esperança em que possamos montar esse quadro pequeno, porém eficiente nos próximos meses. Eu não sei se respondi a sua pergunta integralmente, muito obrigado.

**Dr Jorge**

Em adendo, eu gostaria de fazer um adendo as palavras do Dr. Ruy, para dizer que a regulamentação, ao invés de complicar, vai facilitar a análise



do fato econômico. Basicamente vai facilitar, porque você terá todos os indicadores para fazer uma análise precisa.

***Dra. Neide Teresinha Malard***

Vou complementar também.

Todas as informações constantes da Resolução nº 1 já são hoje exigidas pelo CADE. Quem acompanha atos de concentração no CADE sabe disso. Todavia, não seguem uma ordem metodológica que facilite o exame. Não é raro ter de ler todo o processo para encontrar uma informação sobre o produto relevante. Quando a informação não é encontrada, notifica-se a empresa para prestá-la, suspendendo-se o prazo.

A Resolução representa uma sistematização e uma metodologia de trabalho para as requerentes e para o CADE. Aqueles que nunca prepararam uma notificação, ao fazê-lo, pela primeira vez, verão que, se seguirem esta ordem, será fácil justificar as eficiências e fundamentar o pedido. O processo já chega pronto para ser analisado pelo CADE, sem se perder tempo à busca de documentos e informações em vários volumes, perdidas no meio de outras tantas informações que não têm a menor utilidade, mas que devem ser lidas até para se chegar a tal conclusão. Sem a análise criteriosa dos elementos aqui pedidos não se pode dizer que uma fusão, uma incorporação ou um ato de concentração atende os requisitos da lei.

**Dr. Franchiscini**

Cabe aqui um esclarecimento quanto à confidencialidade, pois persiste uma dúvida.

Não se pretende negar ao CADE qualquer informação por ele solicitada, porém, há informações, como o caso da capacidade ociosa por exemplo, que representam um segredo de negócio, protegido por sigilo legal. E, pelo que ouvi dizer, o CADE pretende manter este sigilo, preservando a confidencialidade dos processos relativos a atos de concentração. Porém, a Resolução 9/94 estabelece o caráter não confidencial de todos os processos. É então que indago se se pretende preservar essa confidencialidade, o que, inclusive, estimularia, de certa forma o empresariado a apresentar seus pedidos. Seria o caso, então, de se revogar esta Resolução e prever a confidencialidade, tal como entende o CADE, segundo esta nova Resolução.

#### **Dra. Neide Teresinha Malard**

A Resolução do CADE que se refere à confidencialidade decorre de uma consulta feita pelo Secretário de Direito Econômico quanto ao tratamento confidencial a ser dado a certa transação. Uma empresa queria que determinada operação fosse examinada em segredo pelo CADE. O Colegiado decidiu que esses atos teriam que ser públicos, pois a lei não dispunha sobre o exame sigiloso. Não me lembro de qualquer outra decisão do CADE, pelo menos na nossa gestão, sobre confidencialidade. Decidimos, naquele caso, que as empresas que quisessem submeter atos à aprovação do CADE deveriam fazê-lo na forma dos artigos 54 e 59, este último ainda em vigor à época da decisão.

#### **D. Régis**

Meu nome é Régis, sou advogado da Dinamarco e Rossi Advogados.

Ouvimos dizer que alguns fatores que garantem um sigilo nos processos que correm no CADE, um pequenos número de pessoas que tem acesso a eles, em razão do entendimento correto, no meu ponto de vista e que o representante não é parte e portanto não deve ter acesso a copias, e acesso aos próprios autos do instrumento. No entanto, uma vez o processo instruído e todas as informações, que no entendimento do empresariado deve ser mantido em sigilo, esteja dentro dos autos, essa empresa representada pode vir a fazer um compromisso de cessação e desse compromisso de cessação, o CADE costuma dar vista ao representante. Como fazer então, uma vez que as informações sigilosas já estão nos autos, o que nós estamos querendo aqui, mais uma vez, como ressaltou aqui, o colega Dr. Franceschini corretissimamente, não é negar informações ao órgão e sim impedir que essas informações caíam nas mãos do concorrente, isso também seria um fator de degeneração do processo competitivo, muito obrigado.

***Dra. Neide Teresinha Malard***

O Senhor está se referindo a um processo do qual sou relatora. Não dei vista do processo, e sim do acordo. Ninguém teve acesso ao processo. Os interessados tiveram acesso ao acordo celebrado, pois o compromisso de cessação envolve matéria de interesse público, não podendo ser transacionado às escondidas da sociedade. Na verdade, o CADE deve ser o único órgão do mundo que transige com o interesse público fora do Poder Judiciário, o que, na minha opinião, constitui um erro da lei. O Ministério Público só pode transigir judicialmente. A Federal Trade Commission faz o acordo também judicialmente. Se o acordo celebrado com o CADE não for colocado à

apreciação da sociedade, o Colegiado tem sobre si uma responsabilidade muito maior, pois o compromisso não visa proteger o concorrente, mas um interesse público, que é a concorrência.

Não se deu vista do processo no CADE, mas sim do documento do acordo às pessoas que manifestaram o interesse em vê-lo.

Na verdade, aos processos do CADE só têm acesso os representados, a não ser que haja uma determinação judicial para mostrá-lo a terceiros, caso em que o juiz será o responsável pelas informações sigilosas que o concorrente possa obter.

Os compromissos de cessação contêm informações extraídas dos autos, mas não são sigilosas.

Quanto ao compromisso de cessação celebrado sob a minha relatoria, asseguro a lisura dos procedimentos que a ele conduziram, que foram transparentes, adjetivo, aliás, que usei em meu despacho publicado no Diário Oficial. Encontra-se no CADE à disposição de quem quer que seja. Os autos, porém, só serão vistos pelas empresas representadas.

### **Dr. Carlos Alberto Maris**

Carlos Alberto Maris, escritório de advocacia Goveia Vieira.

Antes da minha pergunta, eu gostaria de parabenizar o CADE pela brilhante atuação que vem desempenhando, que faz inclusive que nós estejamos aqui hoje presente, para tentar obter esclarecimentos e entendimento da lei.

Existe alguns órgãos, não órgãos, existe algumas empresas, alguns mercados que já são regulamentados pelo governo e que tenha órgãos específicos governamentais regulando eles. como é o caso dos Bancos, como é o caso das Seguradoras e outros mercados congêneres que também vem tendo algum tipo de inquietação pela atuação do CADE. Uma vez que apesar

de entenderem que não estão obrigados a ir consultar o CADE, no momento que faz uma fusão, uma incorporação, qualquer que seja, uma vez que existem órgãos setoriais específicos para essa finalidade, tem dúvida se o CADE poderia ir a frente, apesar de respaldada a suas alterações pelos órgãos governamentais específicos, poderia vir a ter a intervenção do CADE nesse tipo de fusão, incorporação ou quer que seja. Por exemplo não é fato, não irá ocorrer, mas digamos que um Banco Itaú viesse a ser incorporado pelo Bradesco e tivesse uma autorização do Banco Central para isso, existiria possibilidade do CADE intervir nesse processo, apesar de aprovado pelo Banco Central?

### **Dr Jorge**

Há bem pouco tempo eu fiz publicar uma ementa de parecer, em que eu dizia que o CADE não tinha competência para se manifestar em processo relativos a tarifas a preço de público. Entende a Procuradoria que, onde o governo entra para determinar preço, não há mercado competitivo. O mesmo raciocínio se aplica a essas empresas, ou esse grupo de empresas, como os Bancos que tem regulamentação própria, empresas de seguros que são regulamentadas pela SUSEP, diversos setores da economia tem regulamentação específica. Essa regulamentação específica afasta a concorrência, não há concorrência nos setores, são os setores regulamentados, eu creio ter respondido.

### **Dr. Carlos Neri**

Carlos Neri, advogado de São Paulo.

Eu queria aproveitar a chance de estar, por uma vez, na frente do legislador para entender a intenção dele. sobre uma coisa pequena vocabular talvez, mas que me preocupou ao ler a Resolução nº1.

Ao longe de toda ela a expressão utilizada é “as requerentes” por aí vai, aparecem praticamente em todo texto, eis que no artigo 18 ao falar na possibilidade de recurso o CADE usou a expressão “interessado”, eu sei que disse do interessado, se estivesse dito de interessado, eu estaria mais preocupado ainda, em todo caso, vou dar um exemplo concreto, para uma resposta imediata. Imaginemos uma situação de 5 empresas, ABCDE, AB querem se fundir a Resolução é positiva ou negativa, tanto faz, ela é publicada pode CD ou E, vir apresentar esse pedido de reapreciação, obrigado.

### **Dra. Neide Teresinha Malard**

Foi erro do legislador. Dou a mão à palmatória. É evidente que se trata do requerente.

### **Dr. Laércio Farina**

O Dr. Pedro Dutra tem uma pergunta.

### **Dr. Pedro Dutra**

Não propriamente uma pergunta, mas duas observações. A primeira, a propósito da manifestação da Prof<sup>ª</sup>. Elizabeth Farina, como sempre ilustrativa para o mundo jurídico, quando ela ponderou sobre a questão das fusões verticais. Lembraria o seguinte: o “Guidelines” baixado pelo FTC, em

1992, que, repito, é muito mais prolixo e confuso do que esse agora que estamos analisando, revogou o anterior, de 82, mas ressaltou o artigo 4º que trata de fusões e aquisições verticais; aliás, o título do “Guidelines” em vigor é “fusões e aquisições horizontais” Por quê tem ele esse título e por quê que ele incorporou, excluindo da revogação, o artigo 4º do “Guidelines” de 82? Porque as fusões verticais ocorrem em muito menor número, essa é a primeira razão. A segunda razão é como disse bem a Conselheira Neide, tais fusões não tem efeitos, em termos concorrenciais, a menos que se encontrem, em ângulo, com uma hipótese respectiva de concentração horizontal, porque do contrário não vai haver o desdobramento de efeitos para o plano da concorrência. Esse é o entendimento que vem sendo observado nos Estados Unidos, discutindo-se muito a inclusive a figura do “conglomerate merger”, que já houve na lei elaborada ao tempo do regime parlamentar, em 1962, a melhor lei a meu ver editada sobre matéria concorrencial, que tratava especificamente de compra de artigos e concentração acionária. A nova norma em vigor afastou essa possibilidade, justamente, porque nem sempre, quase nunca, ela projeta efeitos no plano concorrencial, a não ser como lembrou a Conselheira, quando há essa intercessão com uma conglomeração de natureza horizontal.

A segunda observação é a importância fundamental da capacidade de que o CADE tem de negociar no sentido estrito da palavra, no que diz respeito a documentação a ser apresentada pelas empresas no caso de ato de concentração. O Conselheiro-Relator, diz o artigo pertinente na Resolução, poderá apresentar um parecer. Eu espero que a prática substitua o sentido concessivo pelo sentido imperativo, isto é, o conselheiro deverá apresentar parecer, porque, na verdade, o controle do ato de concentração nasce do empenho do Conselheiro-Relator, ele é que é o “start” desse processo todo. E portanto a ele incumbe o papel de negociador, de efetuar essa negociação

preliminar na qual é avaliado se é devido ou não dispensar documentos que entenda não serem relevantes, ou em razão da natureza do ato sob exame, ou de ser difícil sua obtenção de alguns deles, ou ainda decidir se se trata de matéria confidencial, segundo os termos da Lei. Então, quanto à manifestação do relator entendo ser ela obrigatória e não concessiva, pois o papel do Conselheiro será fundamental para o exame do ato; mas, entendo, que, melhor do que ver estabelecida mais uma regra, de como o Conselheiro-Relator deverá agir, é confiar na discricção dos conselheiros, que ajam no sentido afirmativo, e assim a regra da obrigatoriedade do parecer vá se afirmando e pela prática se crie um “standard”. Essas são as observações que eu queria fazer.

### **Dra. Elizabeth Farina**

Eu queria um esclarecimento a respeito da resposta que você deu sobre os setores regulamentados, eu não entendo bem porque um setor que tem regulamentação do governo ou qualquer regulamentação específica, está fora do âmbito de análise do CADE. Eu imagino que se Itaú, o Bradesco e mais algum outro Banco gigante quiser fazer uma fusão, - eu acho que se tem pouca concorrência por conta da regulamentação será que não precisarão apresentar para o CADE, os motivos dessa fusão? Eu entendo que sim, gostaria de entender que sim. Um outro ponto é, se a gente olha historicamente, a idéia de uma economia muito regulamentada, realmente se contrapõe a uma forte aplicação da defesa da concorrência. Em geral os órgãos de defesa da concorrência acabam perdendo a guerra para política industrial ativa e para economias extremamente regulamentadas. Eu acho que se a gente está num período de desregulamentação, de abertura comercial, de valorização dos instrumentos de mercado, como regra básica do jogo



econômico no Brasil, é a hora desse órgão se firmar e eu vejo com muito prazer que ele está se fazendo isto. Eu também acho que as regulamentações específicas, não tiram do CADE o seu poder ou até seu dever de enfrentá-las, se a regulamentação do Banco Central permite que dois bancos desse porte sejam fundidos, sem nenhuma outra explicação, há não ser que eles querem se fundir, eu acho que o CADE deveria falar alguma coisa. Concordo que não tem nada a ver com a tarifa, uma tarifa pública não é discussão do CADE, porque isso é um setor regulamentado, eu também não estou falando de regulamentação de monopólio natural, mais não me consta que o setor nem financeiro, quer dizer, nem o bancário, nem de seguro, sejam monopólios naturais. Acho que tem que passar pelo CADE sim, eu acho que a concorrência é boa, é eficiente e é alguma coisa que tem que se perseguir.

Só para lembrar setores que foram desregulamentados nos Estados Unidos e que num período onde o FTC, foi muito pouco bem cuidado, no Governo Reagan, por exemplo, acabou fazendo com que se revertesse vários dos ganhos da desregulamentação, que foi o aumento de números de empresas concorrentes intensificação da concorrência e um processo de fusão muito rápido, que reconcentrou esses setores e hoje o FTC é acusado disso, de omissão. Era isso que eu queria dizer.

### **Dr. Laércio Farina**

Até parece ser um tema interessante para outro debate, a questão inclusive da legislação específica em função à legislação genérica e a sua projeção no tempo.

Estamos chegando ao fim e eu gostaria de passar a palavra ao Dr. José Del Chiaro que em nome do IBRAC deverá fazer o encerramento desse nosso encontro, no prazo improrrogável de 3 minutos, se fizer a gentileza.

**Dr. José Del Chiaro**

Dr. Ruy Coutinho, Dra. Neide, Dr. Jorge fica aqui o agradecimento do IBRAC e a todos os presentes pela participação, pela disposição de virem mais uma vez, se juntar ao setor privado, no sentido de ajudar a construir a doutrina da concorrência no Brasil, debatendo e discutindo cada um dos tópicos relativos a essa Resolução, Resolução essa que convém recordar. ela deve ser vista como um balizamento, como algo que vem dar celeridade ao processo e até mesmo sinalizar as empresas e aos advogados que estão dando assessoria a essa empresa, quanto as possibilidades ou não de uma aprovação do ato. Evidente que a análise completa do jeito que vem se fazer doravante, em razão das informações que estão definidas, poderão dar exatamente o enquadramento real da questão, até mesmo antes da colocação da consulta, até mesmo antes da realização do negócio, podendo inclusive orientar o empresário, quanto a forma de vir conduzir aquele seu negócio. Mais uma vez muito obrigado e parabéns pela decisão do colegiado do plenário do CADE, ao ter baixado a Resolução nº 1, muito obrigado.

## **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**

### **RESOLUÇÃO Nº 1, DE 7 DE JUNHO DE 1995 (\*)**

Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

O Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, no uso de suas atribuições legais, e tendo em vista o disposto no art. 36 de seu Regimento Interno, resolve:

#### **Capítulo I**

#### **Do Requerimento**

Art. 1º Nos requerimentos para autorização dos atos previstos no art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, a via que se destinar ao CADE será acompanhada da documentação e das informações relacionadas nesta Resolução.

§ 1º O Conselheiro-Relator poderá solicitar, a qualquer momento, outras informações e assinar prazo para a sua apresentação.

§ 2º Qualquer Alteração posterior, dos dados constantes do pedido inicial, deverá ser de imediato informada ao Conselheiro-Relator.

Art. 2º O requerimento será apresentado em conjunto pelas requerentes, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, dele constando a descrição resumida

da transação e a modalidade adotados. Em relação às partes envolvidas, serão esclarecidos:

I - a participação relativa de cada uma no mercado, os respectivos faturamentos brutos, de acordo com o último balanço anual, discriminando-se o percentual de cada produto no faturamento global;

II - o faturamento anual no Brasil, no Mercosul e mundial, nos últimos 3 (três) anos;

III - os financiamentos e demais suportes financeiros da operação, informando-se as condições e prazos;

IV - os setores econômicos envolvidos;

V - exposição detalhada de cada uma das condições e eficiências enumeradas nos §§ 1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994, que as requerentes pretendam alcançar, os prazos de sua implementação e as razões que tornam a transação indispensável aos objetivos visados.

Art. 3º Na impossibilidade de requerimento conjunto, a requerente deverá prestar todas as informações pertinentes à outra parte, indicando, ainda, o nome, qualificação, endereço e número do fax dos respectivos representantes.

Art. 4º Todos os documentos e informações deverão ser apresentados em língua portuguesa, sendo que os oficiais, se em idioma estrangeiro, traduzidos por tradutor juramentado.

Art. 5º A documentação deverá ser apresentada em rigorosa obediência à sequência numérica desta Resolução, de modo que cada bloco de informações citado no respectivo inciso componha um anexo.

Art. 6º As requerentes assinarão declaração, sob as penas da lei, de que as informações prestadas são verdadeiras.

Art. 7º No caso de notificação, prévia, as requerentes deverão declarar o firme propósito de realizar a transação.

Art. 8º Se concretizada a transação objeto da notificação prévia as requerentes deverão informá-la ao CADE, apresentando-lhe a documentação pertinente.

## **Capítulo II**

### **Da Documentação**

Art. 9º As requerentes deverão apresentar os documentos abaixo relacionados, no original ou em cópia autenticada:

I - estatuto ou contrato social atualizado da requerentes, de suas subsidiárias, controladas e controladoras;

II - relação dos sócios ou acionistas ( pessoas físicas e jurídicas) que detenham mais de 5% (cinco por cento) das ações com direito a voto, das requerentes e de suas controladoras, com as respectivas participações, devendo ser agregados os dados requerentes aos cônjuges e aos filhos menores, quando sócios ou acionistas; no caso de sócios ou acionistas estrangeiros, indicar o representante no Brasil com poderes expressos para receber citações, intimações ou notificações;

III - relação de todas as pessoas jurídicas nas quais as requerentes, seus acionistas e controladores:

a) detenham cotas ou ações com direito a voto, que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital votante, indicando a respectiva participação;

b) disponham do poder de indicar diretores, gerentes ou administradores; ou

c) aúfiram 50% (cinquenta por cento) ou mais dos lucros da empresa;

IV - atas das assembléias gerais relativas aos três últimos exercícios, inclusive aquelas realizadas até a data do requerimento, ainda que não levadas a registro;

V - atos sob qualquer forma manifestados nos últimos 5 (cinco) anos, entre empresas ou acionistas, realizados no Brasil ou no exterior, ainda que não registrados, informando o valor da transação, os investimentos efetuados e as eficiências obtidas; se não realizados os atos, as requerentes apresentarão a minuta daquele que pretendem concretizar;

VI - no caso de fusão ou incorporação:

a) o protocolo;

b) as atas das assembléias que deliberaram sobre a fusão ou incorporação;

c) o laudo de avaliação do patrimônio líquido das sociedades, especialmente elaborado para a transação;

VII - declaração sobre possíveis pendências ou contingências passivas com credores da empresa adquirida;

VIII - certidão de arquivamento do ato na Junta Comercial, ou a cópia do recibo do protocolo do respectivo pedido;

IX - publicação do ato;

X - as seguintes demonstrações financeiras das requerentes, dos 3 (três) últimos exercícios sociais, acompanhadas das notas explicativas, aprovadas pela assembléia geral:

a) balanço patrimonial;

b) demonstração de lucros ou prejuízos acumulados;

- c) demonstraco do resultado do exercício;
- d) demonstraco das origens e aplicaces dos recursos;
- e) relatório da administraco, no caso de sociedade annima de capital aberto, conforme publicado;

XI - relao de todos os administradores das requerentes, suas controladoras, controladas e subsidiárias, com indicao dos respectivos cargos, informando-se, ainda, aqueles eventualmente ocupados pelos referidos administradores em outras empresas, órgãos públicos, empresas públicas ou sociedades de economia mista;

XII - indicao do representante lega junto ao CADE, com poderes para fazer contatos e receber notificaes, outorgados em instrumento público.

### **Capítulo III**

#### **Das Informaces**

Art. 10 As informaes abaixo serão prestadas pelas requerentes, com indicao das respectivas fontes:

I - mercados locais e regionais onde atuam, no Brasil e no âmbito do Mercosul, discriminando os produtos, as quantidades vendidas e os preços praticados, nos últimos 3 (três) anos. Estas informaes deverão abranger, além das requerentes, todas as empresas de que tratam os incisos II e III do art. 9;

II - descrio de cada produto, características, composio, utilizao grau de desenvolvimento tecnológico, esclarecendo se se trata de produto recém-lançado, maduro ou em declínio;

III - indicao dos produtos substitutos ou intercambiáveis, considerados como tais aqueles que, em funo de suas características, usos

prováveis, preços, condições geográficas e prazo para sua disponibilidade no mercado, se apresentarem como alternativa para o consumidor;

IV - matérias primas, peças, partes e componentes do produto final, indicando-se os respectivos fornecedores e sua localização, com discriminação do preço pago e das quantidades adquiridas de cada um, nos últimos 3 (três) anos.

V - as quantidades de matérias primas e produtos intermediários importadas pelo mercado, nos últimos 3 (três) anos, e respectivos preços, se possível, com as alíquotas incidentes;

VI - a produção e as capacidades instalada e ociosa da requerentes, nos últimos 3 (três) anos, por produto ou linha de produtos; prestar as mesmas informações sobre as concorrentes se delas dispuser;

VII - relação das concorrentes em cada produto, a oferta global do mercado interno, a participação relativa das requerentes nessa oferta, as quantidades importadas pelo mercado e, sempre que possível, a participação relativa das concorrentes, por produto; essas informações abrangerão os últimos 3 (três) anos;

VIII - a demanda total do mercado interno, nos últimos 3 (três) anos, e a avaliação das possibilidades de expansão ou retração, nos próximos 5 (cinco) anos;

IX - identificação, por setor econômico, dos compradores de cada produto, sua localização, quantidades adquiridas e a respectiva destinação (matéria prima, insumo, produto intermediário ou final), quando não pulverizada e demanda, assim entendida aquela que se situar acima de 3% (três por cento) das vendas;

X - exportações realizadas nos últimos 3 (três) anos, relacionando-se, por setor econômico, os compradores, quantidades adquiridas, localização, destinação do produto (matéria prima, insumo, produto intermediário ou



final), preços de cada produto, condições de venda e preços praticados nos mercados interno e externo, por ocasião das operações;

XI - os preços próprios e, sempre que possível, ou das concorrentes, relativos a cada produto, praticados nos mercados interno e externo, mês a mês, nos últimos 3 (três) anos;

XII - o grau de verticalização de cada requerente, discriminando-se toda e qualquer matéria prima, componente ou serviço, inclusive aqueles produzidos ou prestados pelas empresas mencionadas nos incisos II e III do art. 9º;

XIII - relação dos serviços de terceiros diretamente vinculados à produção e dos respectivos fornecedores; esta informação abrangerá os últimos três anos;

XIV - descrição do sistema de distribuição utilizado pelas requerentes, indicando-se a relação dos distribuidores e a respectiva área de atuação, quando representarem mais de 3% (três por cento) das vendas totais, bem como as quantidades que cada um destes tenha vendido nos últimos 3 (três) anos;

XV - descrição das práticas usuais do mercado relativas a transporte, distribuição e condições de venda, tais como descontos e prazos para pagamento ou entrega, informando aquelas adotadas pelas requerentes;

XVI - despesas com publicidade e promoção do produto, nos últimos 3 (três) anos;

XVII - relação dos investimentos realizados nos últimos 3 (três) anos, destacando-se aqueles efetuados em capacitação tecnológica, expansão ou modernização das instalações, ampliação das linhas de produção ou aquisição de máquinas e equipamentos;

XVIII - relação dos investimentos programados para o próximo quinquênio, discriminados ano a ano, por produto ou linha de produtos,

destacando aqueles destinados a capacitação tecnológica, a expansão ou a modernização das linhas de produção ou a aquisição de máquinas e equipamentos;

XIX - os gastos realizados pelas requerentes em pesquisa e desenvolvimento, nos últimos 10 (dez) anos, bem assim aqueles projetados para os próximos 5 (cinco) anos, proporção dos respectivos valores com o faturamento e, se possível, os mesmos dados em relação ao mercado como um todo;

XX - as tecnologias de processo e de produto implantadas pelas requerentes, nos últimos 5 (cinco) anos, discriminando-se por linha de produtos;

XXI - descrição das principais inovações ocorridas nos mercados interno e externo, nos últimos 5 (cinco) anos, seus introdutores e a situação das requerentes em relação a essas inovações;

XXII - a relação de patentes e outros direitos de propriedade industrial de que as requerentes, suas controladoras, controladas ou subsidiárias sejam titulares ou beneficiárias, descrevendo os termos e condições de licenciamento desses direitos;

XXIII - o grau de concentração, no contexto mundial, do setor econômico em que atuam as requerentes, descrevendo-se a participação respectiva nesse contexto;

XXIV - o ingresso e a saída de concorrentes no mercado, nos últimos 5 (cinco) anos e, se possível, as respectivas participações;

XXV - a possibilidade de entrada de novos concorrentes no mercado;

XXVI - os fatores ou condições que favoreçam ou não o ingresso de novos participantes no mercado, principalmente quanto ao montante de investimentos, acesso a matérias primas e tecnologias, esclarecendo-se, ainda, a existência de eventuais barreiras comerciais, tarifárias e não-tarifárias;

XXVII - a necessidade de concessões, autorizações ou permissões para atuar no mercado e as condições favoráveis ou não para obtê-las;

XXVIII - os subsídios eventualmente recebidos, inclusive linhas de crédito mais vantajosas do que as normalmente adotadas no mercado financeiro, abertas por instituições oficiais que as requerentes tenham recebido ou possam vir a receber, descrevendo-se as condições respectivas;

XXIX - contratos de média ou longa duração, ou de exclusividade, para a aquisição de matérias primas, serviços ou produtos intermediários, que as requerentes mantenham com seus fornecedores, no mercado interno e externo;

XXX - condições de infraestrutura ou medidas de caráter administrativo, fiscal, monetário, financeiro, cambial ou de qualquer outra natureza, que possam impedir ou dificultar a importação do produto ou de suas matérias primas;

XXXI - acesso a importações sob o regime draw back, que assegurem o suprimento de matérias primas e manutenção de preços competitivos para os produtos a exportar.

Art. 11 As informações requeridas em relação ao produto relevante deverão ser apresentadas quando se tratar de serviço.

## **Capítulo IV**

### **Do Procedimento dos Atos de Concentração**

Art. 12 O Conselheiro-Relator poderá elaborar análise preliminar sobre a transação, com base na documentação, entregue, da qual dará vista aos demais Conselheiros, ao Procurador-Geral e às requerentes, podendo estas se manifestar no prazo que lhes for assinalado.

Art. 13 Concluída a instrução, na forma da Lei, será ouvida a Procuradoria, que se manifestará no prazo de vinte (20) dias, encaminhando ao Presidente e aos Conselheiros cópia do parecer, findo o prazo, serão os autos avocados pelo Conselheiro-Relator.

Art. 14 O Conselheiro-Relator pedirá a inscrição na pauta, encaminhando seu parecer aos pares e ao Procurador-Geral, com antecedência de sete (7) dias corridos, acompanhado da manifestação das requerentes sobre a análise preliminar.

Art. 15 Publicada a pauta, toda a documentação pertinente ao ato ficará à disposição dos membros do Colegiado para consulta.

Art. 16 A ordem de votação a ser obedecida a partir da leitura do parecer e voto do Conselheiro-Relator será sorteada assim que for instalada a sessão.

Art. 17 O pedido de vista fundado em instrução insuficiente indicará as informações ou documentos a serem apresentados pelas requerentes, que serão notificadas, ficando suspenso o prazo de que dispõe o CADE para autorizar ou não a transação, nos termos do § 8º, do art. 54, da Lei nº 8.884, de 1994.

Art. 18 O CADE poderá reapreciar, uma única vez, o ato não aprovado, desde que, mediante pedido do interessado, a reapreciação se restrinja a alterações pertinentes às condições estabelecidas nos §§ 1º e 2º, do art. 54, da Lei nº 8.884, de 1994.

Art. 19 O pedido de reapreciação será dirigido ao Conselheiro-Relator que proferiu o voto condutor da decisão do Colegiado, nos seguintes prazos contados da publicação do acórdão:

I - em 60 (sessenta) dias, quando se tratar de notificação prévia;

II - no período estipulado para a desconstituição do ato.

Parágrafo Único - Na hipótese prevista no inciso II, não se aplica o disposto no § 7º, do art. 54 da Lei nº 8.884, de 1994.

Art. 20 Requerida a reapreciação, o Conselheiro-Relator prorrogará o prazo concedido às requerentes na decisão anterior, ad referendum do Colegiado, pelo tempo necessário ao exame do pedido.

Art. 21 O Conselheiro-Relator solicitará parecer à Procuradoria, que terá o prazo de 15 (quinze) dias para manifestar-se, findo o qual serão os autos por ele avocados.

Art. 22 O Conselheiro-Relator pedirá a inscrição na pauta para a sessão que decidirá sobre o pedido, encaminhando aos pares e ao Procurador-Geral o seu parecer, com a antecedência de 7 (sete) dias corridos.

Art. 23 A unidade monetária a ser utilizada nas informações solicitadas nesta Resolução será o dólar norte-americano (US\$), até 30 de junho de 1994, utilizando-se o real (R\$), a partir de então.

Art. 24 Aplica-se o disposto nesta Resolução aos atos em tramitação no CADE.

Art. 25 Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

**RUY COUTINHO DO NASCIMENTO**

Presidente do Conselho

---

(\*) Republicada por ter saído com incorreção, do original, no D.O. de 09-06-95, Seção 1, págs. 8395 e 8396.

(Of. nº 233/95)

## **DIRETRIZES PARA FUSÕES**

*Publicado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos e Comissão Federal de Comércio*

### APRESENTAÇÃO

A responsabilidade nos Estados Unidos pelo cumprimento das leis federais sobre fusões é de competência concorrente do Departamento de Justiça (DOJ) e da Comissão Federal de Comércio (FTC).

No passado, as diretrizes referentes a fusões eram emitidas separadamente pela FTC e DOJ. A Declaração Sobre Fusões de 1982 da FTC e as chamadas Diretrizes Revisadas para Fusões de 1984 do DOJ forneciam estruturas para se analisar a legalidade de fusões entre concorrentes em potencial, ou entre fornecedores e clientes.

Em 2 de abril de 1992, pela primeira vez conjuntamente, a FTC e o DOJ, agências que compartilham a responsabilidade pela execução do direito antitruste, emitiram as Diretrizes para Fusões, revisando as diretrizes anteriores e unificando as políticas que regem as fusões.

As Diretrizes articulam um processo analítico de cinco etapas para determinar se uma fusão deve ser questionada. Estes elementos incluem: definição de mercado, mensuração, concentração, efeitos competitivos

potencialmente adversos de uma fusão, entrada, eficiência, fracasso e bens existentes.

O tema principal das diretrizes continua sendo a identificação e o questionamento apenas das fusões que podem facilitar, para uma empresa, o exercício de “poder de mercado”, definido como “a capacidade para manter os preços acima dos níveis que prevaleceriam se o mercado fosse competitivo”.

É importante salientar que embora as Diretrizes devam facilitar a previsibilidade da política de controle de fusões praticada pelas agências, não será possível prever automaticamente a avaliação das fusões sob as leis antitruste: as agências aplicarão os padrões das diretrizes aos fatos e circunstâncias específicas de cada fusão proposta, sempre de forma razoável e flexível.

Esperamos que esta tradução das Diretrizes para Fusões de 1992 propicie aos interessados no problema antitruste uma visão à luz do Direito norte americano.

John Ferencz Mcnaughton



## **DIRETRIZES PARA FUSÕES**

### Sumário

#### **0. - Finalidade, pressupostos fundamentais de política e resumo**

0.1 - Finalidade, pressupostos fundamentais de política

0.2 - Resumo

#### **1. - Definição de mercado, medida e concentração**

1.0 - Resumo

1.1 - Definição do mercado do produto

1.2 - Definição do mercado

1.3 - Identificação de empresas que participam no mercado  
pertinente

1.4 - Cálculo de participação de mercado

1.5 - Concentração e participação de mercado

#### **2. - Os efeitos competitivos potencialmente adversos de fusões**

2.0 - Resumo

2.1 - Diminuição de concorrência através de interação  
coordenada

2.2 - Diminuição da concorrência através de efeitos unilaterais

#### **3. - Análise de entrada**

3.0 - Resumo

3.1 - Alternativas de entrada

3.2 - Oportunidade de entrada

3.3 - Probabilidade de entrada

3.4 - Suficiência de entrada

#### **4. - Competências**

## **5. - Falência e bens de saída (partida?)**

5.0 - Resumo

5.1 - Empresa falida

5.2 - Divisão falida

## **0. Finalidade, diretrizes fundamentais de política e resumo**

Essas diretrizes delineiam a atual política de cumprimento do Departamento de Justiça e a Comissão Federal de Comércio ("Agência") relativa a aquisições e fusões sujeitas ao artigo 7º do Clayton Act<sup>1</sup> artigo 1º do Sherman Act<sup>2</sup>, ou ao artigo 5º do FTC Act<sup>3</sup>. Elas descrevem a estrutura analítica e padrões específicos usualmente utilizados pela Agência na análise de fusões<sup>4</sup>. Ao expressar sua política da forma mais simples e clara possível, a Agência espera reduzir a incerteza associada ao cumprimento das leis antitruste nessa área.

---

<sup>1</sup> 15 U.S.C. par. 18 (1988). Fusões sujeitas à seção 7 estão proibidas se seu efeito "pode diminuir substancialmente a concorrência, ou tender a criar um monopólio."

<sup>2</sup> 15 U.S.C. par. 1 (1988). Fusões sujeitas à seção 1 são proibidas se elas constituem um "contrato, combinação...., ou conspiração em restrição ao comercio."

<sup>3</sup> 15 U.S.C. par. 45 (1988). Fusões sujeitas à seção 5 são proibidas se constituem um "método desleal de competição."

<sup>4</sup> Estas diretrizes atualizam àquelas publicadas pelo Departamento de Justiça em 1984 e a Declaração da Comissão de Comércio Federal Referente a Fusões Horizontais publicada em 1982. As diretrizes podem ser revisadas de esporadicamente conforme for necessário, se refletir qualquer mudança significativa na política de cumprimento ou para esclarecer aspectos da política existente.

Embora as diretrizes devam melhorar a previsibilidade da política de controle de fusões da Agência, não é possível retirar o exercício de juízo da avaliação das fusões sob as leis antitruste. Os padrões específicos estabelecidos nas diretrizes devem ser aplicados a uma ampla gama de circunstâncias factíveis e a aplicação mecânica destes padrões pode oferecer respostas enganosas às questões econômicas levantadas sob as leis antitruste. Ademais, informações são às vezes incompletas e o quadro das condições de concorrência pode fornecer uma resposta incompleta à investigação, visando o futuro das diretrizes. Por isso, a Agência aplicará os padrões das diretrizes aos fatos e circunstâncias específicas de cada fusão proposta, de forma razoável e flexível.

### **0.1 - Finalidade pressupostos fundamentais da política das diretrizes**

As diretrizes não são elaboradas para descrever como a Agência conduzirá o litígio das ações que ela decidir promover, mas, principalmente para articular a estrutura analítica aplicada ao determinar se uma fusão pode diminuir potencialmente a concorrência. Embora relevantes, os fatores contemplados nas diretrizes não ditam e nem exaurem a gama de evidências que a Agência deve ou pode introduzir no litígio. Consistente com seu objetivo, as diretrizes não pretendem alocar o ônus da prova ou o ônus de produzir provas em qualquer assunto específico. Nem tampouco, tentam ajustar ou realçar os ônus da prova, ou ônus da produção de provas como padrões estabelecidos pelos tribunais<sup>5</sup>. Ao contrário, as diretrizes elucidam uma metodologia para a análise de assuntos, estando os fatos disponíveis nos documentos e declarações de ambas as empresas em fusão e outras fontes.

---

<sup>5</sup> O ônus da eficiência e fracasso continua a residir com os proponentes da fusão.

Ao longo das diretrizes, a análise é focalizada sobre se consumidores ou produtores "provavelmente" tomariam certas ações, isto é, se o ato está no interesse econômico do agente. Referências à lucratividade de certos atos se concentram nos lucros econômicos ao invés de contábeis. Lucros econômicos podem ser definidos como o excesso de renda sobre custos, que incluam o custo de oportunidade do capital investido.

Fusões são motivadas pela perspectiva de ganhos financeiros. As fontes são muitas, e as diretrizes não tentam identificar todas as possíveis fontes de ganho em toda fusão. Pelo contrário, se focalizam na única fonte de ganho potencial que diz respeito às leis antitruste: poder de mercado.

O tema unificador das diretrizes é que fusões não devem ser permitidas quando criam ou realçam poder de mercado, ou facilitam seu exercício. Poder de mercado para um vendedor é a capacidade lucrativa de manter preços acima de níveis competitivos por um período significativo de tempo.<sup>6</sup> Em algumas circunstâncias, um único vendedor ( um "monopolista") de um produto, sem concorrente, pode manter o preço acima do nível que prevaleceria caso o mercado fosse competitivo.

Da mesma forma, se somente algumas poucas empresas são responsáveis pela maioria das vendas de um produto, podem exercer poder de mercado, talvez até mesmo se aproximando do desempenho de um monopolista, coordenando explicita ou implicitamente suas ações. Determinadas circunstâncias também podem permitir que uma só empresa,

não monopolista, exerça poder de mercado através de conduta unilateral ou não coordenada. Seu sucesso não depende da concorrência de outras empresas no mercado ou das reações coordenadas daquelas empresas. De qualquer maneira, o resultado do exercício de poder de mercado é a transferência de riqueza dos compradores para vendedores ou a alocação errada de recursos.

O poder de mercado também engloba o poder de um único comprador (um "monopolista") ou um grupo coordenado de compradores, ou ainda um nicho comprador, não monopsonista, de deprimir o preço abaixo de preços competitivos e assim deprimir a produção. O exercício do poder de mercado por compradores (poder monopsonista) tem efeitos adversos comparáveis aos associados com o exercício do poder de mercado por vendedores. Para poder avaliar casos em potencial de monopsonia, a Agência aplicará uma estrutura analítica análoga àquela das diretrizes.

Contestando fusões danosas à concorrência, a Agência procura evitar interferência desnecessária no universo maior das fusões que são competitivamente benéficas ou neutras. Implementando esse objetivo, entretanto, as diretrizes refletem a intenção do Congresso de que o cumprimento da lei relativa às fusões deva evitar problemas de competição desde seu início.

## **0.2 RESUMO**

As diretrizes descrevem o processo analítico que a Agência empregará para determinar se contesta uma fusão horizontal.

---

<sup>6</sup> Compradores com poder de mercado também podem diminuir a competição além de

Preliminarmente, a Agência avalia se a fusão aumentaria significativamente a concentração do mercado concentrado definido. Em segundo lugar, o Agência avalia se a fusão, sob a luz da concentração de mercado e outros fatores que o caracterizam, aumenta efeitos potencialmente adversos à concorrência. Em terceiro lugar, a Agência avalia se a entrada seria oportuna, provável e suficiente, para deter ou contrapor-se aos efeitos competitivos considerados. Em quarto lugar, a Agência avalia os ganhos de eficiência que razoavelmente não poderiam ser conseguidos pelas partes por outros meios. Finalmente, a Agência avalia se, sem a fusão, haveria a possibilidade de qualquer das partes ir à falência, fazendo com que seus bens saíssem do mercado. O processo de avaliar a concentração de mercado, dos efeito potencialmente adversos à concorrência, da entrada, eficiência e possível falência é uma ferramenta que permite à Agência responder à última pergunta em análise de fusões: se a fusão provavelmente iria criar ou realçar o poder de mercado, ou ainda facilitar seu exercício.

## **1. Definição de mercado, medição e concentração**

### **1.0 Resumo**

Uma fusão provavelmente não criaria ou realçaria poder de mercado, ou facilitaria seu exercício, a não ser que aumentasse significativamente a concentração, criando um mercado concentrado, corretamente definido e medido. Fusões que não aumentam significativamente a concentração ou não resultam num mercado concentrado normalmente, não requerem maior análise.

---

preço, como qualidade de produto, serviço ou inovação.

O processo analítico descrito nessa seção garante que a Agência avalia o provável impacto competitivo da fusão dentro do contexto de mercados economicamente significativos, isto é, mercados que podem estar sujeitos ao exercício do poder de mercado. Por isso, para cada produto ou serviço, (doravante "produto") de cada empresa em fusão, a Agência procura definir um mercado no qual empresas podem efetivamente exercitar poder de mercado, se capazes de coordenar suas ações.

A definição de mercado focaliza somente fatores de substituição de demanda, isto é, possíveis reações de consumidores. Fatores substitutivos de oferta (possíveis reações de produção) são considerados pelas diretrizes, na identificação de empresas que participam no mercado relevante e na análise de entrada. (veja seções 1,3 e 3). O mercado é definido como sendo um produto ou grupo de produtos e uma região geográfica na qual são produzidos ou vendidos. Nesse contexto, uma empresa hipotética de maximização de lucros, não sujeita a regulação de preço, única produtora ou vendedora (atual ou futura) daqueles produtos, na área determinada, provavelmente imporá ao menos um "pequeno mas significativo e não transitório" aumento no preço, assumindo que as condições de venda de todos os outros produtos estão mantidos constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica com tamanho mínimo necessário para satisfazer esse teste. O "pequeno mas significativo e não transitório" aumento de preço é empregado somente como ferramenta metodológica para a análise de fusões: não é um nível de tolerância para aumento de preços.

Sem discriminação de preços, um mercado relevante é descrito por um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica . Ao determinar se

um monopolista hipotético estaria numa posição para exercer poder de mercado, é necessário avaliar as reações da demanda de consumidores a um aumento de preços. Um aumento de preço poderia ser não lucrativo se houver troca de consumidores (que procurariam outros produtos) ou a troca do mesmo produto produzido por empresas de outras localidades. A natureza e magnitude destes dois tipos de reações de demanda respectivamente determina o escopo do mercado do produto e o mercado geográfico.

Em contraste, onde um monopolista hipotético provavelmente discriminaria em preços cobrados diferentes grupos de compradores, distinguidos por exemplo, pelos seus usos ou localizações, a Agência poderá delinear diferentes mercados relevantes, correspondendo a cada grupo de compradores. A competição para vendas de cada grupo pode ser afetada diferentemente por uma fusão específica; mercados são delineados por avaliação das reações da demanda de cada grupo de compradores. Um mercado relevante deste tipo é descrito por uma coleção de produtos para venda a um dado grupo de compradores.

Uma vez definido, o mercado relevante deve ser medido em termos de seus participantes e concentração. São participantes as empresas atualmente produzindo ou vendendo na área geográfica do mercado. Além disso, participantes podem incluir outras empresas, dependendo das suas prováveis reações de oferta a um "pequeno mas significativo" aumento de preço. Um empresa é vista como participante se, em resposta a uma "pequeno mas significativo e não transitório" aumento de preços, entrar rapidamente em produção ou vender um produto na área geográfica do mercado, sem incorrer em custos perdidos de entrada e saída. Empresas que reagem dessa maneira são consideradas como "estrangeiros sem compromisso", pois suas reações de



oferta criariam nova produção ou venda no mercado relevante que poderiam terminar sem prejuízo significativo.<sup>7</sup>

Estreantes sem compromisso que reagem rapidamente provavelmente influiriam na pré-fusão e pós-fusão, sendo conseqüentemente consideradas como participantes no mercado em ambos os casos. Essa análise de definição de mercado e medição de mercado se aplica tanto às empresas estrangeiras como às nacionais.

Se o processo de definição e medição de mercado identifica um ou mais mercados relevantes, dos quais as empresas em fusão sejam participantes, então a fusão é considerada como sendo horizontal. As seções 1.1 à 1.5 descrevem em maiores detalhes como mercados de produto e mercados geográficos serão definidos, como a participação de mercado será calculada e como a concentração de mercado será avaliada.

### **1.1 Definição de mercado de produtos**

A Agência definirá preliminarmente o mercado relevante de produtos relativo a cada um dos produtos de cada uma das empresas em fusão.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Respostas prováveis de fornecimento que requeiram que a estreante incorra em custos perdidos significativos de entrada e saída não são parte da mensuração do mercado, mas estão incluídas na análise do significado da entrada. Vide Seção 3. Estreantes que devem comprometer custos perdidos substanciais são consideradas como sendo estreantes "compromissadas", pois esses custos perdidos tornam a entrada irreversível no curto prazo, sem perder o investimento; então a probabilidade de sua entrada deve ser avaliada com respeito a sua lucratividade de longo prazo.

<sup>8</sup> Embora tratada separadamente, a definição de produto do mercado e definição de mercado geográfico estão interrelacionadas. Em particular, a medida em que

### **1.11 Padrões gerais**

Estando ausente a discriminação de preços, a Agência delineará o mercado de produto como sendo um produto ou grupo de produtos ao qual uma empresa hipotética de maximização de lucros (única vendedora atual ou futura destes produtos - "monopolista") provavelmente imporá um "pequeno mas significativo e não transitório" aumento de preço. Isto é, partindo-se do princípio que compradores provavelmente responderiam a um aumento de preço, mudando para outros produtos, o que aconteceria? Se as alternativas forem, no todo, atraentes o suficiente nos seus atuais termos de venda, uma tentativa de aumentar preços resultaria numa redução de vendas bastante grande para que o aumento de preço não resulte lucrativo. A Agência começará com cada produto (restritamente definido) produzido ou vendido por cada empresa em fusão e indagará o que aconteceria se um monopolista hipotético daquele produto impusesse pelo menos um "pequeno mas significativo e não-transitório" aumento de preço, permanecendo os termos de vendas de todos os outros produtos constantes. Se, em resposta ao aumento de preço, a redução nas vendas do produto for bastante grande para que um monopolista hipotético não achasse lucrativo impor tal aumento, então a Agência acrescentará ao grupo de produtos aquele que é o melhor substituto para o produto da empresa em fusão.<sup>9</sup>

---

compradores de um produto determinado poderem trocar para outros produtos no caso de um "pequeno mas significativo e não-transitório" aumento de preço, deve ser avaliada no contexto do mercado geográfico relevante.

<sup>9</sup> Ao longo das diretrizes, o termo "o substituto mais próximo" se refere a alternativas que, se disponíveis em quantidades ilimitadas a preços constantes, seriam

Ao considerar a reação provável dos compradores ao aumento de preço, a Agência levará em conta toda a evidência relevante, incluindo:

(1) evidência que compradores tem mudado ou pensam em mudar em resposta à variação de preço ou outras variáveis competitivas;

(2) evidência que vendedores fundamentam decisões comerciais na perspectiva de substituição de compra entre produtos, em resposta a mudanças de preço e de outras variáveis competitivas;

(3) a influência de concorrência (downstream) enfrentada pelos compradores no seus mercados de saída(output); e

(4) o momento oportuno e custos da mudança de um produto para outro.

A questão "aumento de preço" é então aplicada a um monopolista hipotético que controla o grupo de produtos em expansão. Ao aplicar sucessivamente o teste de aumento de preço, presume-se que o monopolista hipotético buscará o máximo de lucros ao decidir se aumenta os preços de quaisquer ou de todos os produtos sob seu controle. Este processo continuará até que um grupo de produtos é identificado de maneira que um monopolista hipotético com controle sobre aquele grupo de produtos imporia com lucro um "pequeno mas significativo e não-transitório" aumento, incluindo o preço de um produto de uma das empresas em fusão. A Agência geralmente

---

responsáveis pelo maior valor de desvio de demanda em resposta a um "pequeno mas significativo e não-transitório" aumento de preço.

considerará o mercado relevante de produto como o menor grupo de produtos que satisfizer este teste.

Na análise acima, a Agência utilizará os preços predominantes dos produtos das empresas em fusão e possíveis substitutos para tais produtos, a não ser que circunstâncias na fase pré-fusão sejam fortemente indicativas de interação coordenada, caso no qual o Agência utilizará um preço que melhor reflita o preço competitivo.<sup>10</sup> Entretanto, a Agência poderá utilizar prováveis futuros preços, sem a fusão, quando mudanças nos preços predominantes puderem ser previstas com razoável segurança. Mudanças em preço podem ser previstas com base em mudanças em regulação, que pode afetar o preço direta ou indiretamente, por afetar custos ou demanda.

Em geral, o preço para o qual um aumento pode ser postulado será considerado como o preço do produto na fase da indústria sob exame.<sup>11</sup>

Na tentativa de determinar objetivamente o efeito de um "pequeno mas significativo e não-transitório" aumento de preço, a Agência, na maioria das situações, utilizará um aumento de preço de cinco por cento, com duração futura previsível. Entretanto, o que constitui um "pequeno mas significativo e não-transitório" aumento de preço dependerá da natureza da indústria, e a Agência poderá eventualmente utilizar um aumento de preço que é maior ou menor do que cinco por cento.

---

<sup>10</sup> As condições de venda de todos os outros produtos são mantidas constantes para focalizar a definição de mercado no comportamento dos consumidores. Movimentos nas condições de venda para outros produtos, por resultarem eventualmente do comportamento de produtores desses produtos, são avaliados na análise de efeitos concorrências de entrada. Vide Seção 2 e 3.

<sup>11</sup> Numa fusão entre varejistas, o preço relevante seria o preço de varejo do produto aos consumidores. No caso de fusão entre oleodutos, o preço relevante seria a tarifa - o preço do serviço de transporte.

### **1.12 Definição de mercado de produtos na presença de discriminação de preços**

A análise de definição de mercado de produto até aqui tem assumido que a discriminação de preço - cobrando de compradores preços diferentes para o mesmo produto, por exemplo - não seria lucrativa para um monopolista hipotético. Uma análise diferente se aplicará no caso contrário.

Compradores às vezes diferirão significativamente na sua probabilidade de mudar para outros produtos em reação a um "pequeno mas significativo e não transitório" aumento de preço. Se um monopolista hipotético puder identificar aqueles compradores ("compradores almejados") que não iriam derrotar o aumento de preço objetivado, e se outros compradores não comprassem o produto relevante e revendessem a compradores alvos, então um monopolista hipotético provavelmente imporá um aumento de preço discriminatório sobre as vendas para compradores alvos. A Agência então considerará mercados de produtos relevantes adicionais, consistindo de um uso específico ou utilizações por grupos de compradores do produto para a qual um monopolista hipotético imporá com lucratividade e, separadamente, pelo menos um "pequeno mas significativo e não-transitório" aumento de preços.

### **1.2 Definição geográfica de mercado**

Para cada mercado de produto no qual ambas as empresas em fusão participam, a Agência determinará o mercado geográfico, ou mercados, na

qual as empresas produzem ou vendem. Uma empresa única pode operar num número diferente de mercados geográficos.

### **1.21 Padrões Gerais**

Ausente a discriminação de preço, a Agência delineará o mercado geográfico como sendo a região tal que um monopolista hipotético que for o único (atual ou futuro) produtor de um produto relevante em locais naquela região, provavelmente imporá com lucro pelo menos um "pequeno mas significativo e não-transitório" aumento de preço, mantendo constante os termos de venda para todos os produtos produzidos em outros lugares. Isto é, assumindo que os compradores provavelmente reagiriam a um aumento de preço sobre produtos, dentro da região identificada, somente pela mudança para outros produtos produzidos nos locais de produção fora da região, o que aconteceria? Se estes locais de produção fora da região forem, no todo, bastante atrativos nos seus atuais termos de venda, uma tentativa de aumentar o preço resultaria numa redução de vendas suficientemente grande para que o aumento de preço não seja lucrativo e a área geográfica tentativamente identificada provaria ser restrita demais.

Ao definir o mercado geográfico ou mercados afetados por uma fusão, a Agência começará com a localização de cada empresa em fusão (ou cada fábrica de uma empresa de múltiplas fábricas) e indagará o que aconteceria se um monopolista hipotético do produto relevante naquela altura impusesse pelo menos um "pequeno mas significativo e não transitório" aumento de preço, permanecendo entretanto constantes os termos de venda em todas as outras localidades. Se, em resposta ao aumento de preço, a redução nas vendas do produto naquele local forem suficientemente grandes

para que um monopolista hipotético, produzindo ou vendendo o produto relevante na localização da empresa em fusão, não achasse lucrativo impor um aumento de preço, então a Agência adicionará o local para o qual a produção é o melhor substituto.

Ao considerar a reação provável dos compradores a um aumento de preço, a Agência levará em consideração toda evidência relevante, incluindo:

(1) evidência de que compradores tem mudado ou consideram mudar compras em diferentes localizações geográficas em resposta às mudanças de preço ou outras variáveis competitivas;

(2) evidência de que vendedores tomam decisões comerciais na perspectiva de substituição de compradores entre áreas geográficas, em resposta a mudanças de preços ou outras variáveis competitivas; e

(3) a influência de "downstream" concorrência enfrentada por compradores nos seus mercados de saída;

(4) o momento oportuno e custos de mudança de fornecedores.

A questão de aumento de preço é então levantada para um monopolista hipotético controlando o grupo expandido de locais. Ao aplicar sucessivos testes de aumento de preços, pressuporá que o monopolista hipotético busca a lucratividade máxima ao decidir se aumenta os preços em quaisquer ou todas as localidades adicionais sob seu controle. Este processo continuará até que um grupo de localizações é identificado, de tal maneira que o monopolista hipotético imporia com lucro pelo menos um "pequeno mas

significativo e não transitório" aumento, incluindo o preço cobrado no local de uma das empresas em fusão.

O princípio do "menor mercado" será aplicado como na definição de mercado de produto. O preço para o qual um aumento será postulado, o que constitui um "pequeno mas significativo e não transitório", e as decisões substitutivas de consumidores serão determinadas da mesma forma que na definição de mercado de produto.

### **1.22 Definição de mercado geográfico na presença de discriminação de preço**

A análise da definição de mercado geográfico até este ponto tem sido que a discriminação geográfica de preços - cobrando diferentes preços líquidos de custos de transporte para o mesmo produto de compradores em áreas diferentes, por exemplo - não será lucrativo ao monopolista hipotético. Entretanto, se um monopolista hipotético puder identificar compradores em certas áreas ("compradores almejados") que não iriam derrotar o aumento de preço objetivado, através de substituição por vendedores mais distantes, em reação a um "pequeno mas significativo e não transitório" aumento de preço, para o produto relevante, e se outros compradores provavelmente não comprassem o produto relevante e revendessem a compradores almejados,<sup>12</sup> então um monopolista hipotético provavelmente imporá com lucratividade um aumento discriminatório de preço. Isso se aplica nos casos onde um aumento geral de preços causaria substituição significativa tal, que o aumento

---

<sup>12</sup> Esse arbitragem é inerentemente impossível para muitos serviços e é especialmente difícil onde o produto é vendido com base na entrega e onde os custos de transporte são um percentual significativo do custo final.



de preço não seria lucrativo. A Agência considerará mercados geográficos adicionais locais específicos de compradores para os quais um monopolista hipotético importaria com lucratividade, e separadamente, pelo menos um "pequeno mas significativo e não transitório" aumento de preço.

### **1.3 Identificação de empresas que participam do mercado relevante**

#### **1.31 Produtores ou Vendedores Atuais**

A identificação pela Agência de empresas que participam do mercado relevante começa com todas as empresas que atualmente produzem ou vendem no mercado relevante. Isso inclui empresas verticalmente integradas, ao ponto que tal inclusão reflete corretamente seu significado competitivo no mercado relevante antes da fusão. Na medida que a análise sob Seção 1.1 indica que bens usados, reconicionados ou reciclados estão incluídos no mercado relevante, incluirá empresas que produzam ou vendam tais bens e que provavelmente ofereceriam tais bens em concorrência com outros produtos relevantes.

#### **1.32 Empresas que participam através de resposta de oferta**

Além do mais, a Agência identificará outras empresas que não produzam ou vendam atualmente o produto na área relevante se sua inclusão refletir respostas prováveis de oferta. Tais empresas são denominadas "estreadas sem compromisso". Se uma empresa tem a capacidade tecnológica para conseguir tal resposta à oferta descompromissada, e não o fizer, (devido a dificuldades em conseguir aceitação, distribuição ou produção do produto),

não será considerada uma participante no mercado. A significação concorrencial de respostas à oferta que requeira mais tempo ou que requeiram que empresas despendam significativos custos de entrada e saída, serão consideradas na análise de entrada. Vide Secção 3.<sup>13</sup>

Custos perdidos são os custos de aquisição de bens tangíveis e intangíveis que não podem ser recuperados através de redistribuição desses bens fora do mercado relevante, isto é, custos ocorridos unicamente para suprir o mercado de produto e mercado geográfico. Exemplos de custos perdidos podem incluir investimentos de mercados específicos em fábricas, tecnologia, marketing (incluindo aceitação de produto), pesquisa e desenvolvimento, permissão de agências reguladoras, e ensaios. "Custo perdido significativo" é aquele que não seria recuperado dentro de um ano, a partir do começo da resposta à oferta, supondo-se que um "pequeno mas significativo e não-transitório" aumento de preço será determinado da mesma maneira que é determinada na definição de mercado de produto, exceto quando o aumento de preço tiver presumivelmente a duração de um ano. Em algumas circunstâncias, pode ser difícil calcular custos perdidos com precisão. Entretanto, quando necessário, a Agência fará uma avaliação geral da extensão dos custos perdidos para as empresas que provavelmente participam através de respostas à oferta.

Estas respostas à oferta podem originar a nova produção de produtos no mercado relevante ou novas fontes de oferta no mercado geográfico

---

<sup>13</sup> Se entrantes sem compromisso provavelmente também permanecerem no mercado e satisfizerem o teste de entrada de oportunidade, probabilidade, e suficiência, detendo provavelmente fusões anticoncorrenciais neutralizando os efeitos

relevante. Alternativamente, onde a discriminação de preços é provável, de maneira que o mercado relevante seja definido em termos de um grupo almejado de compradores, estas respostas à oferta servirão para identificar novos vendedores aos compradores almejados. Respostas à oferta descompromissadas podem ocorrer de várias maneiras diferentes: pela mudança para ou extensão de bens existentes à produção ou vendas no mercado relevante; ou pela construção e aquisição de bens que possibilitem a produção ou venda no mercado relevante.

### **1.321 Substituição e extensão da produção: a mudança de ou extensão de bens existentes à produção ou venda no mercado relevante**

Os bens produtivos ou distributivos de uma empresa às vezes podem ser utilizados para produzir ou vender produtos relevantes ou produtos que compradores não consideram como bons substitutos. A substituição da produção refere-se à mudança pela empresa no uso de seus bens para produzir e vender um produto. A extensão da produção se refere ao uso daqueles bens, (por exemplo - marcas e reputação), tanto para sua produção atual como produção do produto relevante. Dependendo da velocidade daquela mudança e a extensão dos custos perdidos ocorridos, podem ser consideradas como sendo participantes no mercado, empresas que atualmente não produzem o produto relevante<sup>14</sup>.

---

concorrências de preocupação (vide Seção 3, infra), a Agência considerará o impacto destes empresas na análise de entrada.

<sup>14</sup> Sob outras abordagens analíticas, a substituição de produto às vezes tem sido refletida na descrição do mercado de produto. Por exemplo, o mercado de produtos metálicos estampados, tais como calotas de automóveis, poderiam ser descritos como sendo "estampagem metálica leve," um processo produtivo ao invés de um produto. A Agência acredita que a abordagem descrita no texto oferece um método mais claramente focalizada de incorporação desse fator na análise de fusão. Se a

Se uma empresa tem bens existentes que provavelmente seriam deslocados ou estendidos à produção e venda de um produto relevante dentro de um ano, e sem incorrer em custos perdidos significativos de entrada e saída, em resposta a um "pequeno mas significativo e não-transitório" aumento de preço para somente o produto relevante, a Agência a considerará participante no mercado. Ao avaliar se uma empresa é participante no mercado, a Agência levará em consideração os custos de substituição ou extensão relativos à lucratividade das vendas ao preço elevado e se a capacidade da empresa está comprometida em outro lugar, de tal forma que sua capacidade provavelmente não seria disponível para responder a um aumento de preço no mercado.

### **1.322 Obtenção de novos bens para produção ou venda do produto relevante**

Uma empresa pode também ser capaz de entrar em produção ou venda no mercado relevante dentro de um ano, sem incorrer em custos perdidos significativos de entrada e saída, em resposta a um "pequeno mas significativo e não-transitório" aumento de preço para somente o produto relevante, mesmo que tenha sido organizada recentemente ou que não tenha produtos ou bens produtivos relacionadas ao mercado relevante. A Agência considerará empresas novas, ou que não tenham produtos relacionados, que entrassem em produção ou venda no mercado relevante dentro de um ano,

---

substituição de produção entre um grupo de produtos for quase universal entre as empresas vendendo um ou mais desses produtos, entretanto, a Agência pode utilizar uma descrição agregada desses mercados para razões de conveniência.

sem custos perdidos significativos na entrada ou saída, como sendo participantes de mercado.

## **1.4 Calculando participação de mercado**

### **1.41 Tratamento geral**

A Agência normalmente calculará a participação de mercado para todas as empresas (ou fábricas) identificadas como sendo participantes na Seção 1.3, baseando-se no total de vendas ou capacidade atualmente empregada no mercado relevante, em resposta a um "pequeno mas significativo e não transitório" aumento de preço. A participação de mercado pode ser expressa tanto em termos de dólares, como por meio de mensuração de vendas, embarques, ou produção, ou ainda em termos físicos, tais como mensuração de vendas, embarques, produção, capacidade ou reservas.

Participações de mercado serão calculadas utilizando o melhor indicador do futuro significativo competitivo da empresa. Vendas em dólar ou produto embarcado geralmente serão utilizados se as empresas forem distinguidas principalmente por diferenciação de seus produtos. Vendas por unidade geralmente serão utilizadas se as empresas forem distinguidas principalmente com base nas suas vantagens relativas ao servir compradores diferentes ou grupos de compradores. A capacidade física ou reservas geralmente serão utilizadas se forem as medidas que distingam mais efetivamente as empresas<sup>15</sup>. Normalmente dados anuais são utilizados, a não ser que vendas individuais sejam grandes e raras, de tal forma que os dados

---

<sup>15</sup> Quando todas as empresas tem, numa base de perspectiva futura, uma probabilidade igual de assegurar vendas, a Agência designará fatias iguais às empresas.

anuais não possam ser representativos. A Agência pode medir participações de mercado sobre períodos de tempo mais longos. Ao medir a participação de mercado de uma empresa, a Agência não incluirá vendas ou capacidade, na medida em que a capacidade da empresa é comprometida ou empregada de forma lucrativa fora do mercado relevante, que não estaria disponível para responder a um aumento de preços no mercado.

#### **1.42 Mercados de discriminação de preço.**

Quando mercados são definidos com base em discriminação de preço (Secções 1.12 e 1.22), a Agência incluirá somente vendas que provavelmente seriam feitas no mercado relevante, ou capacidade provavelmente utilizada para suprir o mercado relevante, em resposta a um "pequeno mas significativo e não-transitório" aumento de preços.

#### **1.43 Fatores especiais afetando firmas estrangeiras**

Participações de mercado serão alocadas para empresas estrangeiras da mesma maneira como são alocadas para empresas nacionais. Entretanto, se taxas de câmbio flutuarem significativamente, de modo que cálculos de dólares comparáveis numa base anual sejam representativas, a Agência pode medir a participação de mercado ao longo de um período maior que um ano.

Se embarques de produtos de uma país específico para os Estados Unidos estiverem sujeitos a uma cota, as participações de mercado alocadas à empresa naquele país não excederá a quantia de embarques permitida pela

cota<sup>16</sup>. No caso de restrições que limitem importações a alguma porcentagem do total dos produtos vendidos nos Estados Unidos (cotas percentuais), o aumento do preço que reduziu o consumo doméstico também reduziria o volume de importações para os Estados Unidos. Em consequência, vendas de importação atuais e dados sobre capacidade, serão reduzidos em razão do cálculo de participações de mercado. Finalmente, uma participação única de mercado poderá ser alocada a um país, ou grupo de países, se empresas agirem de forma coordenada.

### **1.5 Concentração e participação de mercado**

Concentração de mercado é uma função do número de empresas e suas respectivas participações de mercado. Para a interpretação de dados de mercado, a Agência utiliza o Índice de Herfindahl-Hirshman ("HHI") de concentração de mercado.

O HHI é calculado somando-se os quadrados de participações individuais de mercado de todas as participantes.<sup>17</sup> Diferentemente da razão de concentração de quatro empresas, o HHI reflete tanto a distribuição da participação de mercado como a composição de mercado fora das quatro maiores empresas. Também dá um peso proporcionalmente maior às

---

<sup>16</sup> O efeito restritivo da quota sobre a capacidade da importadora de expandir vendas é relevante à avaliação dos efeitos competitivos potencialmente adversos. Vide Seção 2.

<sup>17</sup> Por exemplo, um mercado consistindo de quatro empresas com participação de mercado de 30 por cento, 30 por cento, 20 por cento e 20 por cento tem um HHI de 2600 ( $30(2) + 30(2) + 20(2) + 20(2) = 2600$ ). O HHI varia de 10,000 (no caso de um monopólio puro) a um número aproximando zero (no caso de um mercado atomístico). Embora, seja desejável incluir todas as empresas na cálculo, a falta de

participações de mercado das empresas maiores, de acordo com sua importância relativa em interações competitivas.

A Agência divide o espectro de concentração de mercado medida pelo HHI em três regiões, que podem ser caracterizadas largamente como não-concentrada (HHI abaixo de 1000), moderadamente concentrada (HHI entre 1000 e 1800), e altamente concentrada (HHI acima de 1800). Embora as regiões resultantes forneçam parâmetros úteis para a análise de fusões, as divisões numéricas sugerem maior precisão que com as ferramentas econômicas e informações disponíveis. Outras situações iguais, acima ou abaixo de um limite, apresentam questões competitivas comparáveis.

### **1.51 Padrões gerais**

Na avaliação de fusões, a Agência considerará tanto a concentração de mercado após fusão, como o aumento de concentração resultante da fusão.<sup>18</sup> A concentração de mercado é um indicador útil do efeito competitivo provável da fusão. Os padrões gerais para fusões são:

- a) HHI pós-fusão abaixo de 1000.

---

informação sobre empresas pequenas não é crítica pois tais empresas não afetam o HHI significativamente

<sup>18</sup> O aumento em concentração como medido pelo HHI pode ser calculado independentemente da concentração total do mercado dobrando-se o produto da participação de mercado das empresas em fusão. Por exemplo, a fusão de empresas com participações de 5 por cento e 10 por cento do mercado aumentaria o HHI por 100 ( $5 \times 10 \times 2 = 100$ ). A explicação desta técnica é a seguinte: no cálculo do HHI antes da fusão, as participações de mercado das empresas em fusão são elevadas ao quadrado individualmente:  $(a)^2 + (b)^2$ . Após a fusão, a soma dessas participações seria elevada ao quadrado:  $(a+b)^2$ , que é igual a  $a^2 + 2ab + b^2$ . O aumento no HHI então seria representada por  $2ab$ .



A Agência entende que mercados nessa região não são concentrados. Fusões que resultam em mercados não concentrados provavelmente não terão efeitos competitivos adversos e normalmente não irão requerer maior análise.

b) HHI pós-fusão entre 1000 e 1800

A Agência considera mercados nessa faixa como sendo moderadamente concentrados. Fusões causando um aumento no HHI de menos de 100 pontos nos mercados moderadamente concentrados de pós-fusão provavelmente não terão efeitos adversos e normalmente não requerem mais análise. Fusões produzindo um aumento no HHI de mais de 100 pontos em mercados moderadamente concentrados de pós-fusão levantam potencialmente preocupações competitivas, dependendo dos fatores estabelecidos em Seção 2-5 dos Guidelines.

c) HHI pós-fusão acima de 1800.

A Agência considera mercados nessa faixa como sendo altamente concentrados.

Fusões produzindo um aumento no HHI de menos de 50 pontos, mesmo em mercados altamente concentrados de pós-fusão, provavelmente não terão consequências adversas sobre a concorrência e normalmente não requerem maior análise. Fusões produzindo um aumento no HHI de mais de 50 pontos nos mercados altamente concentrados de pós-fusões levantam preocupações potencialmente concorrências significativas, dependendo dos fatores estabelecidos na Seção 2-5 das diretrizes. Onde o HHI pós-fusão excede 1800, será presumido que fusões produzindo um aumento de mais de

100 pontos no HHI irão provavelmente criar ou realçar poder de mercado ou facilitar seu exercício. Esta presunção pode ser contornada pela demonstração de que os fatores estabelecidos na Seção 2-5 das diretrizes tornam improvável que a fusão criará ou realçará poder de mercado ou facilitar seu exercício, sob a luz de concentração de mercado e participações de mercado.

### **1.52 Fatores que afetam o significado de participação e concentração de mercado.**

O nível pós-fusão de concentração de mercado e a mudança em concentração resultante da fusão afetam o grau no qual a fusão levanta preocupações competitivas. Entretanto, em algumas situações, dados de participação de mercado e concentração de mercado podem subestimar ou superestimar o significado competitivo futuro de uma empresa ou empresas no mercado e no impacto de uma fusão. São exemplos de tais situações.

#### **1.521 Mudanças nas condições de mercado**

Dados sobre concentração de mercado e participação de mercado são necessariamente baseados em evidência histórica. Entretanto, mudanças recentes ou em acontecimento no mercado podem indicar que a participação de mercado presente de um empresa específica subestima ou superestima o significado competitivo futura da empresa. Por exemplo, se uma tecnologia nova que é importante para a viabilidade da competitividade ao longo prazo está disponível para outras empresas, mas não está disponível para uma empresa específica, então a Agência pode concluir que a participação de mercado histórica da empresa superestima seu significado futuro de competitividade. A Agência considerará razoavelmente previsíveis os efeitos

de mudanças recentes, ou em curso, nas condições de mercado, na interpretação de dados referente à concentração e participação de mercado.

### **1.522 Grau de diferença entre os produtos e localizações no mercado e substitutos fora do mercado.**

A magnitude do dano potencial à concorrência de uma fusão seria maior se um monopolista hipotético aumentasse ainda mais o preço dentro do mercado relativo para uma quantia "pequena mas significativa e não-transitória". Isso poderia ocorrer quando os substitutos de demanda fora do mercado relevante, como um grupo, não forem substitutos próximos para os produtos e localizações dentro do mercado relevante. Pode haver então uma lacuna maior na cadeia de substitutos de demanda no perímetro do mercado geográfico e do produto. Em tais circunstâncias, mais poder de mercado está em jogo no mercado relevante do que num mercado no qual um monopolista hipotético aumentaria o preço por exatamente cinco por cento.

## **2. Efeitos competitivos potencialmente adversos das fusões**

### **2. Resumo**

Mantendo-se as circunstâncias, a concentração de mercado afeta a probabilidade de que uma empresa, ou um grupo de pequenas empresas, podem exercer com sucesso o poder de mercado. Quanto menor a porcentagem de oferta total que uma empresa controla, mais severamente deve restringir sua própria produção para poder produzir um dado aumento de preço, sendo pouco provável que uma restrição de produção seja lucrativa. Se

a ação coletiva for necessária para o exercício de poder de mercado, a oferta total diminuirá, as dificuldades e custos para atingir e cumprir controle daquela oferta poderão ser reduzidos. Entretanto, dados de participação e concentração de mercado oferecem somente um ponto de partida para análise do impacto competitivo de uma fusão. Antes de determinar se questionará uma fusão, a Agência também avaliará os outros fatores de mercado que diz respeito aos efeitos competitivos, além de entrada, eficiências e fracasso.

Esta seção considera alguns dos efeitos competitivos potencialmente adversos de fusões e os fatores além de concentração de mercado relevante a ambos. Por ser possível que uma fusão individual prejudique concorrência através de um desses efeitos, fusões serão analisadas em termos de efeitos competitivos potencialmente adversos. Entrada, eficiências e fracasso são tratados nas Seções 3-5.

### **2.1 Diminuição da concorrência através de interação coordenada.**

Uma fusão pode diminuir a concorrência, possibilitando que empresas vendendo no mercado relevante participem em interação coordenada, o que provavelmente prejudica o consumidor. A interação coordenada é composta de ações lucrativas para cada uma das empresas de um grupo, como resultado de reações acomodadas das outras. Esse comportamento inclui o conluio tácito ou expresso, e pode ou não ser legal por si só.

A interação coordenada bem sucedida pretende atingir termos de coordenação que são lucrativos para as empresas envolvidas e a capacidade para detectar e punir desvios que podem solapar a interação coordenada.

A detecção e punição de desvios assegura que empresas coordenadas acharão mais lucrativo aderir aos termos de coordenação que perseguir lucros no curto prazo derivados do desvio, dado os custos de represália. Nessa fase de análise, a Agência examinará a medida em que condições do mercado pós-fusão são conduzíveis a atingir termos de coordenação, detectando desvios desses termos.

Dependendo das circunstâncias, os seguintes fatores de mercado entre outros, podem ser relevantes: a disponibilidade de informação chave referente a condições de mercado, transações e concorrentes individuais; a extensão da homogeneidade da empresa e produto; preços ou práticas de mercado tipicamente empregadas pelas empresas nos mercados; características dos compradores e vendedores; e características das transações costumeiras.

Certas condições de mercado que são conducentes para atingir termos de coordenação também podem ser conducentes para detectar e punir desvios desses termos. Condições específicas de mercado serão relevantes para a interação coordenada, dependendo das circunstâncias do caso específico.

É provável que condições de mercado sejam conducentes à interação coordenada quando as empresas no mercado tenham participado previamente em colusões expressas e quando as características salientes do mercado não tenham mudado significativamente desde o mais recente incidente. A colusão prévia expressa em outro mercado geográfico terá o mesmo peso, quando características salientes daquele outro mercado no tempo da colusão forem comparáveis àquelas no mercado relevante.

Ao analisar o efeito de uma fusão específica na interação coordenada, a Agência está ciente das dificuldades de prever o provável comportamento futuro com base em informações incompletas e às vezes contraditórias, tipicamente geradas nas investigação de fusões. Se uma fusão diminuir a competição ao possibilitar que empresas participem em interação coordenada de forma bem sucedida ou completamente, desvios serão punidos se as condições de mercado, no geral, forem conducentes aos termos de coordenação.

### **2.11 Condições conducentes aos termos de coordenação**

Empresas coordenando suas interações não precisam chegar a termos complexos relativos a alocação do produto ao mercado entre empresas, ou do nível de preços do mercado, mas podem, ao contrário, seguir simples termos, tais como preço comum, preços diferenciais fixos, participações de mercado estáveis, ou restrições ao território ou consumidores. Termos de coordenação não precisam alcançar perfeitamente o resultado de monopólio para serem prejudiciais ao consumidor. Pelo contrário, os termos de coordenação podem ser imperfeitos e incompletos - na medida em que omitirem alguns participantes do mercado, algumas dimensões da concorrência, consumidores, conseguirem preços elevados abaixo de níveis monopolistas, ou entrarem em guerras de preço específicas - e ainda resultar em danos significativos à concorrência. Em algum ponto, entretanto, imperfeições podem fazer com que a interação coordenada seja improvável em primeira instância.

Condições de mercado podem dificultar ou não o caminho aos termos da coordenação. A chegada aos termos de coordenação, por exemplo, pode ser facilitada pela homogeneidade do produto ou das empresas e por práticas que não necessariamente violam o direito anti-truste em si, tais como padronização de preços ou variáveis de produto sobre as quais as empresas concorrem. Informação vital sobre as empresas rivais e o mercado podem também facilitar a chegada aos termos da coordenação. Inversamente, a chegada aos termos de coordenação podem ser limitada ou impedida pela homogeneidade do produto ou por ter a empresa informações substancialmente incompletas sobre as condições e perspectivas dos negócios de empresas rivais, em razão de importantes diferenças entre suas atuais operações de negócios. Além disso, a chegada aos termos de coordenação pode ser limitada ou impedida pela homogeneidade da empresa, por diferenças em integração vertical ou na produção de outro produto que tende a ser utilizada juntamente com o produto relevante.

## **2.12 Condições conducentes a detectar e punir desvios**

Onde condições de mercado são conducentes à detecção e punição de desvios significativos, uma empresa achará mais lucrativo seguir e não se desviar dos termos de coordenação. O desvio dos termos de coordenação serão impedido onde a ameaça de punição é possível. A punição possível, entretanto, não precisa ser mais complexa do que o abandono temporário dos termos de coordenação pelas outras empresas no mercado.

Onde a detecção e punição provavelmente seriam rápidas, incentivos a desviar são diminuídos e a coordenação provavelmente será bem sucedida. A detecção e punição de desvios podem ser facilitadas por práticas existentes

entre empresas, por si só não se constituem em violações do direito anti-truste, e pelas características das transações típicas. Se a informação vital sobre transações específicas, ou preço individual, ou níveis de produção está disponível rotineiramente aos concorrentes, pode ser difícil para uma empresa desviar secretamente. Se pedidos para o produto relevante são freqüentes, regulares, e pequenos relativamente à produção total da empresa no mercado, pode ser difícil para a empresa desviar de uma maneira substancial, sem o conhecimento dos rivais e sem a oportunidade para que os rivais reajam. Se flutuações de demanda ou custos são relativamente raramente pequenos, desvios podem ser relativamente fáceis de deter.

Em contraste, onde a detecção ou punição provavelmente esteja lenta, aumentam os incentivos para desviar e a interação coordenada não será provavelmente bem sucedida. Se flutuações de demanda ou custo são relativamente freqüentes e grandes, desvios podem ser relativamente difíceis para serem distinguidos destas outras fontes de flutuações de preços de mercado, e, em consequência, difíceis de detecção.

Em certas circunstâncias, características de compradores e a natureza do processo de compras podem afetar os incentivos para a derivação dos termos de coordenação. O tamanho do comprador em si não é a característica determinante. Onde grandes compradores provavelmente participam em contratos a longo prazo, de modo que as vendas cobertas por aqueles contratos podem sejam grandes relativamente à produção total da empresa no mercado, empresas podem desviar. Entretanto, isso só pode ser conseguido onde a duração, volume e lucratividade do negócio coberto por aqueles contratos seja suficientemente grande para tornar o desvio mais



lucrativo a longo prazo, do que honrar os termos da coordenação, e compradores provavelmente trocariam de fornecedores.

Em algumas circunstâncias, interação coordenada pode ser efetivamente impedida ou limitada por empresas independentes "mavericks" - empresas que tem um incentivo econômico maior para desviar dos termos de coordenação que a maioria de suas rivais, (empresas que são extraordinariamente disruptivas e influências competitivas no mercado). Conseqüentemente, a aquisição de uma empresa "maverick" é uma maneira pela qual uma fusão pode se tornar interação coordenada mais provável, mais bem sucedida, ou mais completa. Por exemplo, num mercado onde restrições à capacidade são significativas para muitos concorrentes, uma empresa pode ser uma "maverick" quanto maior for o seu excesso ou capacidade de desviar em relação às vendas ou sua capacidade total, e quanto mais baixos forem seus custos diretos e de oportunidade para expandir vendas no mercado relevante.<sup>19</sup> Isso ocorre porque o incentivo da empresa para desviar dos termos de coordenação de elevação de preços e limitação sobre a produção é maior na medida em que a empresa puder expandir sua produção em proporção às vendas que obteria, se aderisse aos termos de coordenação sendo menor a base das vendas sobre a qual goza de lucros elevados anterior ao corte de preços.<sup>20</sup> A empresa poderá ser uma "maverick" se tiver uma

---

<sup>19</sup> Mas, a capacidade excessiva nas mãos de empresas não-mavericks pode ser uma arma potente para punir os desvios dos termos de coordenação.

<sup>20</sup> Da mesma forma, num mercado onde o desenho de produto ou qualidade for significativo, uma empresa será provavelmente uma maverick efetiva proporcionalmente a seu potencial de vendas entre clientes de suas rivais, em relação às vendas que teria obtido, se aderisse aos termos de coordenação. A probabilidade de respostas de expansão por uma empresa maverick será analisada da mesma maneira que a entrada não comprometida ou entrada comprometida (vide Seção 1.3 e 3), dependendo dos custos perdidos envolvidos na expansão.

habilidade incomum de secretamente expandir suas vendas em relação às vendas que obteria se tivesse aderido aos termos de coordenação. Esta habilidade pode surgir de oportunidades para expandir sua capacidade produtiva para uma associada mais distante na cadeia distributiva.

## **2.2 Diminuição da concorrência através de efeitos unilaterais**

Uma fusão pode diminuir a concorrência mesmo que isso não leve a maior possibilidade de interação coordenada bem sucedida, pois empresas em fusão podem achar lucrativo alterar seu comportamento unilateralmente, após a aquisição por meio de elevação de preços e suprimindo a produção.

Efeitos unilaterais concorrenciais podem surgir numa variedade de contextos diferentes. Em cada contexto, outros fatores particulares descrevendo o mercado relevante afetam a probabilidade de terem efeitos concorrenciais unilaterais. Estes contextos diferem pelas características primárias que distinguem empresas e moldam a natureza de sua competição.

### **2.21 Empresas distinguidas principalmente por produtos diferenciados**

Em alguns mercados, produtos são diferenciados, de modo que produtos vendidos por participantes diferentes no mercado não são perfeitos substitutos uns para os outros. Ademais, produtos diferentes no mercado podem variar no grau de sua substituição. Neste contexto, a concorrência pode ser não-uniforme (localizada), de modo que vendedores individualizados

competem mais diretamente com aqueles rivais, vendendo substitutos mais próximos.<sup>21</sup>

Uma fusão entre empresas num mercado para produtos diferenciados pode diminuir a concorrência, possibilitando que a empresa fusionada lucre através de aumento unilateral do preço de um ou ambos os produtos acima do nível pré-fusão. Alguns dos prejuízos de vendas, devido ao aumento de preço, serão simplesmente desviados ao produto do sócio da fusão e, dependendo das margens relativas, capturando tal prejuízo de vendas através da fusão, podem tornar o aumento de preço lucrativo, embora não fosse lucrativo na fase pré-fusão. A elevação unilateral substancial de preços num mercado para produtos diferenciados requer que haja uma participação significativa de vendas no mercado por parte de consumidores, que consideram os produtos das empresas fusionadas como sendo suas primeiras e segundas escolhas. Requer ainda que o reposicionamento das linhas de produto das não - partes, para substituir a competição localizada perdida através da fusão, seja improvável. O aumento de preço será maior quanto mais próximos forem os substitutos dos produtos das empresas em fusão, isto é,

---

<sup>21</sup> Semelhantemente, em alguns mercados, vendedores são distinguidos primariamente pelas sua vantagens relativas em servir compradores diferentes ou grupos de compradores, e compradores negociam individualmente com vendedores. Aqui, por exemplo, vendedores podem formalmente fazer ofertas contra um e outro para a clientela da comprador, ou cada comprador pode pedir cotações de preços individuais de vendedores múltiplas. Um vendedor pode achar relativamente barato satisfazer as solicitações de compradores específicas ou tipos de compradores, e relativamente caro satisfazer as solicitações de outras. Concorrência, de novo, pode ser localizada: vendedores competem mais diretamente com aqueles rivais que tem vantagens relativas semelhantes em servir compradores específicas ou grupos de compradores. Por exemplo, num leilão, o preço é determinado pelo custo de segundo vendedor de custos mais baixos. Uma fusão envolvendo a primeira e segunda vendedor de custos mais baixos podem causar preços a aumentar a nível de restrição do próximo vendedor de custo mais baixo.

quanto mais os compradores de um produto considerarem o outro produto sua próxima escolha.

### **2.211 Proximidade dos produtos das empresas em fusão**

As medidas de concentração de mercado articuladas no Seção 1 podem ajudar a avaliar a extensão do efeito competitivo provável de uma elevação de preço unilateral pela empresa fusionada, não obstante o fato dos produtos afetados serem diferenciados. As medidas de concentração de mercado fornecem uma medida desse efeito, se a participação de cada produto no mercado for a reflexão, não somente de seu apelo relativo, como uma primeira escolha do consumidor dos produtos da empresa em fusão, mas também seu apelo relativo como uma segunda escolha, e assim como uma restrição competitiva à primeira escolha.<sup>22</sup> Quando esta circunstância for válida, dados de concentração de mercado se situam fora das regiões seguras da Seção 1.5, e as empresas em fusão tiverem juntas uma participação de mercado de pelo menos trinta e cinco por cento, a Agência presumirá que uma participação significativa das vendas no mercado são devidas aos consumidores que consideram os produtos das empresas em fusão como suas primeiras e segundas escolhas.

Compradores dos produtos de uma das empresas em fusão podem ser mais ou menos propensos a fazer do outro sua segunda escolha, fato que a participação no mercado poderia não indicar. As participações no mercado

---

<sup>22</sup> Informação sobre as efetivas primeiras e segundas escolhas de produto de consumidores pode ser fornecida por pesquisas de mercado, informação de estruturas de ofertas, ou do curso normal dos documentos do comércio das participantes da indústria.

das empresas em fusão podem subestimar o efeito competitivo em questão, quando, por exemplo, os produtos das empresas em fusão são relativamente mais parecidos nos seus vários atributos entre si que com outros produtos no mercado relevante. Por outro lado, as participações de mercado podem superestimar os efeitos competitivos em questão, quando, por exemplo, os produtos relevantes forem menos parecidos nos seus atributos entre si que com outros produtos no mercado relevante.

Quando dados de concentração de mercado caírem fora das regiões seguras da Seção 1.5, as empresas em fusão tiverem uma participação conjunta de mercado de pelo menos trinta e cinco por cento, e onde dados sobre atributos de produto e apelo relativo do produto demonstrem que uma porção significativa das compradores dos produtos de uma das empresas em fusão considera a outra como sendo sua segunda escolha, então os dados de participação poderão ser confiáveis para demonstrar que há uma participação significativa das vendas no mercado por parte dos consumidores quem seriam afetados adversamente pela fusão.

### **2.212 Capacidade de vendedores rivais para substituir a competição perdida**

Uma fusão provavelmente não levaria à elevação unilateral de preços de produtos diferenciados se, em resposta a tal efeito, vendedores rivais recolocassem qualquer competição localizada perdida em razão da fusão, pelo reposicionamento de suas linhas de produto.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> A oportunidade e probabilidade de reposicionamento de respostas será analisada utilizando a mesma metodologia utilizada na análise de entrada sem compromisso ou

Em mercados onde é custoso para compradores avaliar a qualidade de produto, compradores que consideram comprar de ambos as partes da fusão podem limitar o número total de vendedores. Se qualquer das empresas em fusão forem substituídas, pelo comprador, por um vendedor igualmente competitivo não considerado anteriormente, então a fusão provavelmente não levará a uma elevação unilateral de preços.

## **2.22 Empresas distinguidas principalmente pelas suas capacidades**

Onde produtos são relativamente não-diferenciados e, principalmente, a capacidade distingue empresas e molda a natureza de sua concorrência, a empresa em fusão pode achar lucrativo aumentar unilateralmente o preço e suprimir a produção. A fusão proporciona à empresa uma base de vendas maior sobre a qual pode gozar do benefício do aumento de preço resultante e também elimina o concorrente para o qual os consumidores poderiam desviar suas vendas. Onde as empresas em fusão tem uma participação combinada de mercado de pelo menos trinta e cinco por cento, podem achar lucrativo aumentar o preço e reduzir sua produção em conjunta abaixo da soma de sua produção pré-fusão, pois as remarcações para cima, perdidas nas vendas passadas, podem ser superadas pelo aumento de preço resultante sobre a base fusionada de vendas.

Esse efeito unilateral é improvável a não ser que um número suficientemente grande de clientes das empresas em fusão não sejam capazes de achar fontes alternativas de suprimentos economicamente mais vantajosas, isto é, concorrentes da empresa em fusão provavelmente não responderiam ao

---

entrada compromissada ( vide Seções 1.3 e 3), dependendo na significativo dos

aumento de preços. Tal expansão de não-partes será improvável se aquelas empresas enfrentarem restrições de capacidade vinculativas que não poderão economicamente ser relaxadas dentro de dois anos, ou se a capacidade existente em excesso for significativamente mais cara para operar do que a capacidade atualmente em uso<sup>24</sup>.

### **3. Análise de entrada**

#### **3. Resumo**

Uma fusão provavelmente não criará ou aumentará poder de mercado ou seu exercício, se a entrada no mercado for tão fácil, que, participantes, após a fusão, coletiva ou unilateralmente, não puderem manter com lucro um aumento de preços acima dos níveis pré-fusão. Tal entrada provavelmente deterá uma fusão anti-competitiva no seu começo, ou neutralizará seus efeitos competitivos de preocupação.

Em mercados onde a entrada é fácil (onde a entrada passa pelas provas de oportunidade, probabilidade e suficiência), a fusão não levantará preocupações em relação à legislação anti-truste e não irão requerer maior análise.

A entrada comprometida tratada nesta Seção é definida como nova competição, que requer gastos de custos perdidos significativos de entrada e

---

custos perdidos envolvidos na reposicionamento.

<sup>24</sup> A oportunidade e probabilidade de expansão de não-partes será analisada utilizando a mesma metodologia utilizada na análise de entrada sem compromisso ou

saída.<sup>25</sup> A Agência emprega uma metodologia de três etapas para avaliar se a entrada comprometida deteria ou neutralizaria um efeito competitivo preocupante.

A primeira etapa avalia se a entrada pode conseguir um significativo impacto de mercado dentro de um período oportuno. Se o período for mais longo, a entrada não deterá ou neutralizará o efeito competitivo preocupante.

A segunda etapa avalia se a entrada comprometida seria lucrativa e, então, uma resposta provável a uma fusão que tem efeitos competitivos. Empresas considerando entrada que requerem custos perdidos significativos devem avaliar a lucratividade da entrada com base em uma participação de longo prazo no mercado, pois bens subjacentes serão comprometidos até que sejam economicamente depreciados. A entrada que é suficiente para neutralizar os efeitos competitivos de preocupação levarão os preços a caíam aos seus níveis pré-fusão ou mais abaixo. Então, a lucratividade de tal entrada comprometida deve ser determinada com base nos preços de mercado pré-fusão ao longo do tempo.

Uma fusão que tem efeitos anti-concorrenciais pode atrair a entrada comprometida, a preços pré-fusão, o que não teria ocorrido na pré-fusão. Mas, em seguida à fusão, a redução na produção industrial e o aumento de preços associado ao efeito competitivo de preocupação, pode permitir que a mesma entrada ocorra sem forçar os preços de mercado abaixo dos níveis de pré-fusão Se a entrada pode ser lucrativa sobre preços de pré-fusão, sem exceder

---

compromissada (vide Seção 1.3 e 3) dependendo do significativo dos custos perdidos envolvidos na expansão.



as prováveis oportunidades de vendas - oportunidades que incluam fatores pertinentes preexistentes assim como redução de produção induzida pela fusão - então tal entrada será provável em resposta a fusão.

A terceira etapa avalia se a entrada oportuna e provável seria suficiente para retornar os preços de mercado aos seus níveis pré-fusão. Esse fim pode ser cumprido ou através de múltiplas entradas ou entrada individual numa escala suficiente. A entrada pode não ser suficiente, mesmo que oportuna e provável, onde as restrições sobre a disponibilidade de bens essenciais, devido ao controle do titular, torne impossível para a entrada lucrativa atingir o nível necessário de vendas. O caráter e escopo dos produtos dos entrantes pode não responder integralmente a oportunidades de vendas localizadas criadas pela remoção de concorrência direta entre vendedores de produtos diferenciados. Ao avaliar se a entrada é oportuna, provável, e suficiente, a Agência reconhece que a informação precisa e detalhada pode ser difícil ou impossível de se obter. Em tais casos, a Agência confiará em toda as provas disponíveis relativas às condições de oportunidade, probabilidade, e suficiência.

### **3.1 Alternativas de entrada**

A Agência examinará a oportunidade, probabilidade e suficiência dos meios de entrada (alternativas de entrada) que um estreador em potencial possa empregar praticamente, sem tentar identificar quem pode ser os potenciais estreadores. Uma alternativa de entrada é definida pelas ações que

---

<sup>25</sup> Respostas de fornecimento que requeiram menos que um ano e custos perdidos insignificantes para efetivar são analisadas como entrada sem compromisso na Seção 1.3.

uma empresa deve tomar para produzir e vender no mercado. Todas as fases do esforço de entrada serão consideradas, incluindo, quando relevante, o planejamento, o desenho, e o gerenciamento; a permissão, a licença e outras aprovações; a construção, o aperfeiçoamento de produto e as operação de fábricas; e a promoção (incluindo descontos necessários de introdução), o marketing, a distribuição, e a satisfação de exigências de testes de consumidores e qualificações<sup>26</sup>. Exemplos recentes de entrada, se bem sucedidas ou não, podem fornecer um ponto de partida útil para identificar as ações necessárias, exigências de tempo, e características de possíveis alternativas de entrada.

### **3.2 Oportunidade de entrada**

Para deter ou neutralizar os efeitos competitivos de preocupação, os estreadores devem rapidamente conseguir um impacto significativo sobre o preço num mercado relevante. A Agência geralmente considerará oportuno somente aqueles entradas alternativas comprometidas que podem ser realizadas dentro de dois anos do planejamento inicial ao impacto significativo de mercado.<sup>27</sup> Quando o produto relevante for um bem durável, consumidores, em resposta a uma compromisso significativo de entrada podem adiar compras através de investimentos adicionais, para estender a vida útil de bens previamente comprados e dessa forma, deter ou neutralizar por um tempo, o efeito competitivo de preocupação. Nestas circunstâncias, se

---

<sup>26</sup> Muitas dessas fases podem ser desempenhadas simultaneamente.

<sup>27</sup> Empresas que tem se comprometido a entrar no mercado antes da fusão, geralmente serão incluídas na mensuração do mercado. Somente a entrada compromissada ou ajustes a planos de entrada pré-existent, que são induzidos pela fusão, serão considerados como possivelmente detendo ou neutralizando os fatores de preocupação para a concorrência.

a entrada somente puder ocorrer fora do período de dois anos, a Agência considerará a entrada como sendo oportuna, na medida que detém ou neutraliza os efeitos competitivos de preocupação dentro do período de dois anos e subseqüentemente.

### **3.3 Probabilidade de entrada**

Uma entrada alternativa será provável se for lucrativa sobre os preços de pré-fusão, e se tais preços puderem ser mantidos pela entrante.<sup>28</sup> A estreatante comprometida será incapaz de manter preços a níveis de pré-fusão se sua produção for grande demais para ser absorvida pelo mercado sem deprimir os preços ainda mais. Nesse caso, a entrada será improvável se a escala mínima viável for maior que as oportunidades de vendas prováveis disponíveis aos estreatantes.

A escala mínima viável é o menor nível anual de vendas que a estreatante comprometida deve atingir persistentemente para lucratividade, com preços de pré-fusão<sup>29</sup>. A escala mínimo viável é uma função de renda prevista baseada sobre preços de pré-fusão,<sup>30</sup> e todas as categorias de custos associados com a alternativa de entrada, incluindo um taxa apropriada de

---

<sup>28</sup> Onde condições indicam que a entrada possa ser lucrativa a preços abaixo de níveis de pré-fusão, a Agência avaliará a probabilidade de entrada ao preço mais baixo na qual a entrada seria lucrativa.

<sup>29</sup> O conceito de escala mínima viável ("MVS") difere do conceito de escala mínima eficiente ("MES"). Enquanto MES é a menor escala na qual custos médios são minimizadas, MVS é a escala menor, na qual custos medios são iguais ao preços pré-fusão.

<sup>30</sup> O caminho previsível de preços futuros, ausente a fusão, poderão ser utilizado se mudanças futuras no preço puderem ser previstas com razoável confiança.

retorno sobre capital investido, visto que a entrada pode fracassar e custos perdidos, se houver, serão perdidos.<sup>31</sup>

Fontes de oportunidades de vendas disponíveis a estreates incluem:

(a) a redução de produção associada com o efeito competitivo de preocupação<sup>32</sup>, (b) a capacidade da estreatante para capturar uma fatia de crescimento razoavelmente esperada na demanda de mercado<sup>33</sup>, (c) a capacidade da estreatante para desviar seguramente vendas das empresas estabelecidas através de integração vertical ou através de contratos futuros, e (d) qualquer contratação antecipada, adicional na produção da empresa, estabelecida em resposta à entrada<sup>34</sup>. Fatores que reduzem as oportunidades de vendas disponíveis a estreates incluem: (a) a perspectiva que a estreatante participará num declínio razoavelmente esperado da demanda do mercado, (b) a exclusão de uma estreatante de uma porção do mercado a longo prazo, em virtude de integração vertical ou contratação futura por empresas estabelecidas, e (c) qualquer expansão de vendas antecipadas em reação à estreatante, ou generalizada ou dirigida a consumidores aproximados pela estreatante, que utilize investimentos prévios em capacidade de produção

---

<sup>31</sup> A escala mínima viável de uma entrada alternativa será relativamente grande quando os custos fixos de entrada forem grandes, quando os custos fixos de entrada forem largamente perdidos, quando os custos marginais de produção estiverem altos a níveis baixos de produção, e quando uma fábrica é subutilizada por um tempo longo em razão de demoras em alcançar aceitação de mercado.

<sup>32</sup> Cinco per cento total de vendas do mercado é utilizado tipicamente por que onde um monopolista aumentaria o preço por cinco per cento ou mais, com lucratividade sobre o mercado relevante..

<sup>33</sup> A fatia antecipada de crescimento do entrante em demanda depende das restrições de capacidade da empresa estabelecida e investimentos irreversíveis na expansão de capacidade, bem como no apelo relativo, aceitabilidade, e reputação dos produtos da empresa estabelecida e dos produtos do entrante a nova demanda.

excessiva. O crescimento de demanda ou declínio será visto como relevante somente se a demanda total do mercado for projetada para experimentar mudança duradoura durante, ao menos, um período de dois anos, seguindo o efeito competitivo de preocupação.

### **3.4 Suficiência de entrada**

Na medida em que a entrada geralmente é possível e estreates individuais podem escolher com flexibilidade sua escala, a entrada comprometida geralmente será suficiente para deter ou neutralizar os efeitos de preocupação competitiva quando for provável sob a análise do Seção 3.3. Entretanto, a entrada, embora provável, não será suficiente se, com resultado de controle das empresas estabelecidas, os bens tangíveis e intangíveis necessários para a entrada não forem adequadamente disponíveis para que estreates possam responder inteiramente às suas oportunidades de vendas. Além do mais, onde o efeito competitivo de preocupação não for uniforme no mercado relevante, as estreates devem ser responsáveis na oportunidades de vendas localizadas, que incluam a redução de produção associada com o efeito competitivo de preocupação. Onde o fator preocupante seja a elevação unilateral de preços como resultado de uma fusão entre produtores de produtos diferenciados, a entrada, para ser suficiente, deve envolver um produto tão próximo aos produtos das empresas em fusão, que a empresa fusionada será incapaz de internalizar um número suficiente de perdas de vendas, devido à elevação de preço, tornando o aumento de preço não lucrativo.

---

<sup>34</sup> Por exemplo, num mercado de lances onde todas os licitantes estão em igualdade, a participação de mercado das empresas estabelecidas contrairá como resultado da entrada.

#### **4. Eficiências**

O benefício principal das fusões à Economia é seu potencial de eficiência, que pode aumentar a competitividade de empresas e resultar em menores preços aos consumidores. As leis anti-truste e os padrões das diretrizes são projetados para prescrever somente fusões que apresentam um perigo significativo à competição e não apresentam um obstáculo à maioria das fusões. Como consequência, na maioria dos casos, as diretrizes permitirão às empresas conseguir eficiência disponível através de fusões, sem a interferência da Agência.

Algumas fusões que a Agência poderia questionar podem ser razoavelmente necessárias para conseguir eficiências líquidas. Conhecidas eficiências incluem (sem se limitarem) economias de escala, melhor integração de instalações produtivas, especialização de fábricas, menor custos de transportes, e eficiências semelhantes relativas à manufatura, serviços, ou operações de distribuição específicas das empresas em fusão. A Agência pode também considerar eficiências reivindicadas resultando de reduções em vendas gerais, despesas de administração e indiretas, ou que não se relacionem com as operações específicas de manufatura, serviços, ou distribuição das empresas em fusão, embora, na prática, estes tipos de eficiências podem ser difíceis de demonstração. Em adição, a Agência rejeitará reivindicações de eficiência se, economias equivalentes ou comparáveis puderem ser conseguidas pelas partes através de outros meios. As eficiências líquidas esperadas devem ser maiores quanto mais significativos forem os riscos competitivos identificados nas Seções 1-3.

## **5. Fracasso e bens de saída**

### **5. Resumo**

Não obstante a análise das Seções 1-4 das diretrizes, uma fusão provavelmente não criará ou aumentará poder de mercado se fracasso iminente, como definido abaixo, de uma das empresas em fusão causar a saída de bens do mercado relevante. Em tais circunstâncias, o desempenho pós-fusão no mercado relevante pode não ser pior que o desempenho de mercado no caso da fusão ser impedida e os bens deixarem o mercado.

#### **5.1 Empresa falida**

Uma fusão provavelmente não cria ou aumenta poder de mercado, ou facilita seu exercício, se uma das seguintes circunstâncias são cumpridas: 1) a empresa falida não seria capaz de saldar suas obrigações financeiras no futuro; 2) não seria bem sucedida na sua reorganização sob a concordata da lei de falências;<sup>35</sup> tem feito esforços mal sucedidos em boa fé para elucidar razoáveis alternativas de ofertas de aquisição dos bens da empresa falida<sup>36</sup> poderia manter seus bens tangíveis e intangíveis no mercado relevante e constituir um perigo menor à competição do que a fusão proposta; e 4) na ausência da aquisição, os bens da empresa falida seriam do mercado relevante.

---

<sup>35</sup> 11 U.S.C. pars. 1101-1174 (1988).

<sup>36</sup> 36 Qualquer oferta de compra dos bens de uma empresa falida por um preço acima do valor de liquidação daqueles bens - o uso de maior valor fora do mercado relevante ou oferta equivalente para comprar as ações da empresa falida - será considerado como sendo uma oferta alternativa razoável.

## **5.2 Divisão falida**

Um argumento semelhante pode ser feito para as divisões "falidas" ou empresas falidas. Primeiramente, sobre aplicação de regras apropriadas de alocação de custos, a divisão deve ter um fluxo de caixa negativo numa base operacional. Na ausência da aquisição, os bens da divisão sairão do mercado relevante no futuro próximo se não vendidos. Devido a capacidade da empresa-mãe de alocar custos, rendas, e transações entre empresas entre si e suas subsidiárias e divisões, a Agência requererá provas, não baseadas somente nos planos de gerenciamento, que poderiam ser preparadas somente para o propósito de demonstrar fluxo de caixa negativo ou a perspectiva de saída do mercado relevante. O dono da divisão falida também deve ter obedecido ao requerimento do comprador competitivamente preferível da Secção 5.1.



**HORIZONTAL**

**MERGER**

**GUIDELINES**

*Issued by the  
U. S. Department of Justice  
and the  
Federal Trade Commission*

*April 2, 1992*

Table of Contents

<b>0.</b>	<b>Purpose, Underlying Policy Assumptions, and Overview</b>	
0.1	Purpose and (Underlying Policy Assumptions of the Guidelines	
0.2	Overview	
<b>1.</b>	<b>Market Definition, Measurement and Concentration</b>	
I.0	Overview	
I.1	Product Market Definition	
I.2	Geographic Market Definition	
I.3	Identification of Firms That Participate in the Relevant Market	I.4
	Calculating Market Shares	
	I.5 Concentration and Market Shares	
<b>2.</b>	<b>The Potential Adverse Competitive Effects of Mergers</b>	
2.0	Overview	
2.1	Lessening of Competition Through Coordinated Interaction	18
2.2	Lessening of Competition Through (Unilateral Effects	22
<b>3.</b>	<b>Entry Analysis</b>	
3.0	Overview	
3.1	Entry Alternatives	
3.2	Timeliness of Entry	
3.3	Likelihood of Entry	
3.4	Sufficiency of Entry	
<b>4.</b>	<b>Efficiencies</b>	
<b>5.</b>	<b>Failure and Exiting Assets</b>	

## 5.0 Overview

### 5.1 Failing Firm

### 5.2 Failing Division

## **0. Purpose, Underlying Policy Assumptions and Overview**

These Guidelines outline the present enforcement policy of the Department of Justice and the Federal Trade Commission (the "Agency") concerning horizontal acquisitions and mergers ("mergers") subject to section 7 of the Clayton Act,<sup>1</sup> to section 1 of the Sherman Act,<sup>2</sup> or to section 5 of the FTC Act.<sup>3</sup> They describe the analytical framework and specific standards normally used by the Agency in analyzing mergers.<sup>4</sup> By stating its policy as simply and clearly as possible, the Agency hopes to reduce the uncertainty associated with enforcement of the antitrust laws in this area.

Although the Guidelines should improve the predictability of the Agency's merger enforcement policy, it is not possible to remove the exercise of judgment from the evaluation of mergers under the antitrust laws. Because the specific standards set forth in the Guidelines must be applied to a broad range of possible factual circumstances, mechanical application of those standards may provide misleading answers to the economic questions raised under the antitrust laws. Moreover, information is often incomplete and the picture of competitive conditions that develops from historical evidence may provide an incomplete answer to the forward-looking inquiry of the

---

<sup>1</sup> 15 U.S.C. § 18 (1988). Mergers subject to section 7 are prohibited if their effect "may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly."

<sup>2</sup> 15 U.S.C. § 1 (1988). Mergers subject to section 1 are prohibited if they constitute a "contract, combination..., or conspiracy in restraint of trade."

<sup>3</sup> 15 U.S.C. § 45 (1988) Mergers subject to section 5 are prohibited if they constitute an unfair method of competition."

<sup>4</sup> These Guidelines update the Merger Guidelines issued by the U.S. Department of Justice in 1984 and the Statement of Federal Trade Commission Concerning Horizontal Mergers issued in 1982. The Merger Guidelines may be revised from time to time as necessary to reflect any significant changes in enforcement policy or to clarify aspects of existing policy.

Guidelines. Therefore, the Agency will apply the standards of the Guidelines reasonably and flexibly to the particular facts and circumstances of each proposed merger.

### **0.1 Purpose and Underlying Policy Assumptions of the Guidelines**

The Guidelines are designed primarily to articulate the analytical framework the Agency applies in determining whether a merger is likely substantially to lessen competition, not to describe how the Agency will conduct the litigation of cases that it decides to bring. Although relevant in the latter context the factors contemplated in the Guidelines neither dictate nor exhaust the range of evidence that the Agency must or may introduce the litigation. Consistent with their objective, the Guidelines do not attempt to assign the burden of proof, or the burden of coming forward with evidence, on any particular issue. Nor do the Guidelines attempt to adjust or reapportion burdens of proof or burdens of coming forward as those standards have been established by the courts.<sup>5</sup> Instead, the Guidelines set forth a methodology for analyzing issues once the necessary facts are available. The necessary facts may be derived from the documents and statements of both the merging firms and other sources.

Throughout the Guidelines, the analysis is focused on whether consumers or producers "likely would" take certain actions, that is, whether the action is in the actor's economic interest. References to the profitability of certain actions focus on economic profits rather than accounting profits. Economic profits may be defined as the excess of revenues over costs where costs include the opportunity cost of invested capital.

Mergers are motivated by the prospect of financial gains. The possible sources of the financial gains from mergers are many, and the Guidelines do not attempt to identify all possible sources of gain in every merger. Instead, the Guidelines focus on the one potential source of gain that is of concern under the antitrust laws: market power.

The unifying theme of the Guidelines is that mergers should not be permitted to create or enhance market power or to facilitate its exercise. Market power to a seller is the ability profitably to maintain prices above competitive levels for a significant period of time.<sup>6</sup> In some circumstances, a sole seller (a "monopolist") of a product with no good substitutes can maintain a selling price that is above the level that would prevail if the market were competitive. Similarly, in some circumstances, where only a few firms account for most of the sales of a product, those firms can exercise market power, perhaps even approximating the performance of a monopolist, by either explicitly or implicitly coordinating their actions. Circumstances also may permit a single firm, not a monopolist, to exercise market power through unilateral or non-coordinated conduct -- conduct the success of which does not rely on the concurrence of other firms in the market or on coordinated responses by those firms. In any case, the result of the exercise of market power is a transfer of wealth from buyers to sellers or a misallocation of resources.

Market power also encompasses the ability of a single buyer (a "monopsonist"), a coordinating group of buyers, or a single buyer, not a monopsonist, to depress the price paid for a product to a level that is below

---

<sup>5</sup> For example, the burden with respect to efficiency and failure continues to reside with the proponents of the merger.

<sup>6</sup> Sellers with market power also may lessen competition on dimensions other than price, such as product quality, service, or innovation.

the competitive price and thereby depress output. The exercise of market power by buyers ("monopsony power") has adverse effects comparable to those associated with the exercise of market power by sellers. In order to assess potential monopsony concerns, the Agency will apply an analytical framework analogous to the framework of these Guidelines.

While challenging competitively harmful mergers, the Agency seeks to avoid unnecessary interference with the larger universe of mergers that are either competitively beneficial or neutral. In implementing this objective, however, the Guidelines reflect the congressional intent that merger enforcement should interdict competitive problems in their incipiency.

## **0.2 OVERVIEW**

The Guidelines describe the analytical process that the Agency will employ in determining whether to challenge a horizontal merger. First, the Agency assesses whether the merger would significantly increase concentration and result in a concentrated market, properly defined and measured. Second, the Agency assesses whether the merger, in light of market concentration and other factors that characterize the market, raises concern about potential adverse competitive effects. Third, the Agency assesses whether entry would be timely, likely and sufficient either to deter or to counteract the competitive effects of concern. Fourth, the Agency assesses any efficiency gains that reasonably cannot be achieved by the parties through other means. Finally the Agency assesses whether, but for the merger, either party to the transaction would be likely to fail, causing its assets to exit the market. The process of assessing market concentration, potential adverse competitive effects, entry, efficiency and failure is a tool that allows the

Agency to answer the ultimate inquiry in merger analysis: whether the merger is likely to create or enhance market power or to facilitate its exercise.

## **1. Market Definition, Measurement and Concentration**

### **1.0 Overview**

A merger is unlikely to create or enhance market power or to facilitate its exercise unless it significantly increases concentration and results in a concentrated market, properly defined and measured. Mergers that either do not significantly increase concentration or do not result in a concentrated market ordinarily require no further analysis.

The analytic process described in this section ensures that the Agency evaluates the likely competitive impact of a merger within the context of economically meaningful market-s -i.e., markets that could be subject to the exercise of market power. Accordingly, for each product or service (hereafter "product") of each merging firm, the Agency seeks to define a market in which firms could effectively exercise market power if they were able to coordinate their actions.

Market definition focuses solely on demand substitution factors - i.e. possible consumer responses. Supply substitution factors -- i.e., possible production responses -- are considered elsewhere in the Guidelines in the identification of firms that participate in the relevant market and the analysis of entry. See Sections 1.3 and 3. A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a "small but significant and nontransitory"



increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area that is no bigger than necessary to satisfy this test. The "small but significant and non-transitory" increase in price is employed solely as a methodological tool for the analysis of mergers: it is not a tolerance level for price increases.

Absent price discrimination, a relevant market is described by a product or group of products and a geographic area. In determining whether a hypothetical monopolist would be in a position to exercise market power, it is necessary to evaluate the likely demand responses of consumers to a price increase. A price increase could be made unprofitable by consumers either switching to other products or switching to the same product produced by firms at other locations. The nature and magnitude of these two types of demand responses respectively determine the scope of the product market and the geographic market.

In contrast where a hypothetical monopolist likely would discriminate in prices charged to different groups of buyers, distinguished, for example, by their uses or locations, the Agency may delineate different relevant markets corresponding to each such buyer group. Competition for sales to each such group may be affected differently by a particular merger and markets are delineated by evaluating the demand response of each such buyer group. A relevant market of this kind is described by a collection of products for sale to a given group of buyers.

Once defined, a relevant market must be measured in terms of its participants and concentration. Participants include firms currently producing or selling the market's products in the market's geographic area. In addition, participants may include other firms depending on their likely supply responses to a "small but significant and nontransitory" price increase. A firm is viewed as a participant if, in response to a "small but significant and

nontransitory" price increase, it likely would enter rapidly into production or sale of a market product in the market's area, without incurring significant sunk costs of entry and exit. Firms likely to make any of these supply responses are considered to be "uncommitted" entrants because their supply response would create new production or sale in the relevant market and because that production or sale could be quickly terminated without significant loss.<sup>7</sup> Uncommitted entrants are capable of making such quick and uncommitted supply responses that they likely influenced the market premerger, would influence it post-merger, and accordingly are considered as market participants at both times. This analysis of market definition and market measurement applies equally to foreign and domestic firms.

If the process of market definition and market measurement identifies one or more relevant markets in which the merging firms are both participants, then the merger is considered to be horizontal. Sections 1.1 through 1.5 describe in greater detail how product and geographic markets will be defined, how market shares will be calculated and how market concentration will be assessed.

## **1.1 Product Market Definition**

The Agency will first define the relevant product market with respect to each of the products of each of the merging firms.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Probable supply responses that require the entrant to incur significant sunk costs of entry. See Section 3. Entrants that must commit substantial sunk costs are regarded as "committed" entrants because those sunk costs make entry irreversible in the short term without foregoing that investment; thus the likelihood of their entry must be evaluated with regard to their long-term profitability.

<sup>8</sup> Although discussed separately, product market definition and geographic market definition are interrelated. In particular, the extent to which buyers of a particular product would shift to other products in the event of a "small but significant and

### 1.11 General Standards

Absent price discrimination, the Agency will delineate the product market to be a product or group of products such that a hypothetical profit-maximizing firm that was the only present and future seller of those products ("monopolist") likely would impose at least a "small but significant and nontransitory" increase in price. That is, assuming that buyers likely would respond to an increase in price for a tentatively identified product group only by shifting to other products, what would happen? If the alternatives were, in the aggregate, sufficiently attractive at their existing terms of sale, an attempt to raise prices would result in a reduction of sales large enough that the price increase would not prove profitable, and the tentatively identified product group would prove to be too narrow.

Specifically, the Agency will begin with each product (narrowly defined) produced or sold by each merging firm and ask what would happen if a hypothetical monopolist of that product imposed at least a "small but significant and nontransitory" increase in price, but the terms of sale of all other products remained constant. If, in response to the price increase, the reduction in sales of the product would be large enough that a hypothetical monopolist would not find it profitable to impose such an increase in price, then the Agency will add to the product group the product that is the next-best substitute for the merging firm's product.<sup>9</sup>

---

nontransitory" increase in price must be evaluated in the context of the relevant geographic market

<sup>9</sup> Throughout the Guidelines, the term "next best substitute" refers to the alternative which, if available in unlimited quantities at constant prices, would account for the greatest value of diversion of demand in response to a "small but significant and nontransitory" price increase

In considering the likely reaction of buyers to a price increase, the Agency will take into account all relevant evidence, including, but not limited to, the following:

(1) evidence that buyers have shifted or have considered shifting purchases between products in response to relative changes in price or other competitive variables;

(2) evidence that sellers base business decisions on the prospect of buyer substitution between products in response to relative changes in price or other competitive variables;

(3) the influence of downstream competition faced by buyers in their output markets; and

(4) the timing and costs of switching products.

The price increase question is then asked for a hypothetical monopolist controlling the expanded product group. In performing successive iterations of the price increase test, the hypothetical monopolist will be assumed to pursue maximum profits in deciding whether to raise the prices of any or all of the additional products under its control. This process will continue until a group of products is identified such that a hypothetical monopolist over that group of products would profitably impose at least a "small but significant and nontransitory" increase, including the price of a product of one of the merging firms. The Agency generally will consider the relevant product market to be the smallest group of products that satisfies this test.

In the above analysis, the Agency will use prevailing prices of the products of the merging firms and possible substitutes for such products, unless premerger circumstances are strongly suggestive of coordinated interaction, in which case the Agency will use a price more reflective of the

competitive price<sup>10</sup>. However, the Agency may use likely future prices, absent the merger, when changes in the prevailing prices can be predicted with reasonable reliability. Changes in price may be predicted on the basis of, for example, changes in regulation which affect price either directly or indirectly by affecting costs or demand.

In general, the price for which an increase will be postulated will be whatever is considered to be the price of the product at the stage of the industry being examined<sup>11</sup>. In attempting to determine objectively the effect of a "small but significant and nontransitory" increase in price, the Agency, in most contexts, will use a price increase of five percent lasting for the foreseeable future. However, what constitutes a "small but significant and nontransitory" increase in price will depend on the nature of the industry, and the Agency at times may use a price increase that is larger or smaller than five percent.

## **1. 12 Product Market Definition in the Presence of Price Discrimination**

The analysis of product market definition to this point has assumed that price discrimination - charging different buyers different prices for the same product, for example - would not be profitable for a hypothetical monopolist. A different analysis applies where price discrimination would be profitable for a hypothetical monopolist.

---

<sup>10</sup> The terms of sale of all other products are held constant in order to focus market definition on the behavior of consumers. Movements in the terms of sale for other products, as may result from the behavior of producers of those products, are accounted for in the analysis of competitive effects and entry. See Sections 2 and 3.

<sup>11</sup> For example, in a merger between retailers, the relevant price would be the retail price of a product to consumers. In the case of a merger among oil pipelines, the relevant price would be the tariff - the price of the transportation service.

Existing buyers sometimes will differ significantly in their likelihood of switching to other products in response to a "small but significant and nontransitory" price increase. If a hypothetical monopolist can identify and price differently to those buyers ("targeted buyers") who would not defeat the targeted price increase by substituting to other products in response to a "small but significant and nontransitory" price increase for the relevant product, and if other buyers likely would not purchase the relevant product and resell to targeted buyers, then a hypothetical monopolist would profitably impose a discriminatory price increase on sales to targeted buyers. This is true regardless of whether a general increase in price would cause such significant substitution that the price increase would not be profitable. The Agency will consider additional relevant product markets consisting of a particular use or uses by groups of buyers of the product for which a hypothetical monopolist would profitably and separately impose at least a "small but significant and nontransitory" increase in price.

## **1.2 Geographic Market Definition**

For each product market in which both merging firms participate, the Agency will determine the geographic market or markets in which the firms produce or sell. A single firm may operate in a number of different geographic markets.

### **1.21 General Standards**

Absent price discrimination, the Agency will delineate the geographic market to be a region such that a hypothetical monopolist that was the only present or future producer of the relevant product at locations in that

region would profitably impose at least a "small but significant and nontransitory" Increase In price, holding constant the terms of sale for all products produced elsewhere. That is, assuming that buyers likely would respond to a price increase on products produced within the tentatively identified region only by shifting to products produced at locations of production outside the region, what would happen? If those locations of production outside the region were, in the aggregate, sufficiently attractive at their existing terms of sale, an attempt to raise price would result in a reduction in sales large enough that the price increase would not prove profitable, and the tentatively identified geographic area would prove to be too narrow.

In defining the geographic market or markets affected by a merger, the Agency will begin with the location of each merging firm (or each plant of a multiplant firm) and ask what ,would happen if a hypothetical monopolist of the relevant product at that point imposed at least a "small but significant and nontransitory" increase in price, but the terms of sale at all other locations remained constant. If, in response to the price increase, the reduction in sales of the product at that location would be large enough that a hypothetical monopolist producing or selling the relevant product at the merging firm's location would not find it profitable to impose such an increase in price, then the Agency will add the location from which production is the next-best substitute for production at the merging firm's location.

In considering the likely reaction of buyers to a price increase, the Agency will take into account all relevant evidence, including, but not limited to, the following:

(1) evidence that buyers have shifted or have considered shifting purchases between different geographic locations in response to relative changes in price or other competitive variables;

(2) evidence that sellers base business decisions on the prospect of buyer substitution between geographic locations in response to relative changes in price or other competitive variables;

(3) the influence of downstream competition faced by buyers in their output markets; and

(4) the timing and costs of switching suppliers.

The price increase question is then asked for a hypothetical monopolist controlling the expanded group of locations. In performing successive iterations of the price increase test, the hypothetical monopolist will be assumed to pursue maximum profits in deciding whether to raise the price at any or all of the additional locations under its control. This process will continue until a group of locations is identified such that a hypothetical monopolist over that group of locations would profitably impose at least a "small but significant and nontransitory" increase, including the price charged at a location of one of the merging firms.

The "smallest market" principle will be applied as it is in product market definition. The price for which an increase will be postulated, what constitutes a "small but significant and nontransitory" increase in price, and the substitution decisions of consumers all will be determined in the same way in which they are determined in product market definition.

## **1.22 Geographic Market Definition in the Presence of Price Discrimination**

The analysis of geographic market definition to this point has assumed that geographic price discrimination - charging different prices net of transportation costs for the same product to buyers in different areas, for example - would not be profitable for a hypothetical monopolist. However, if



a hypothetical monopolist can identify and price differently to buyers in certain areas ("targeted buyers") who would not defeat the targeted price increase by substituting to more distant sellers in response to a "small but significant and nontransitory" price increase for the relevant product, and if other buyers likely would not purchase the relevant product and resell to targeted buyers,<sup>12</sup> then a hypothetical monopolist would profitably impose a discriminatory price increase. This is true even where a general price increase would cause such significant substitution that the price increase would not be profitable. The Agency will consider additional geographic markets consisting of particular locations of buyers for which a hypothetical monopolist would profitably and separately impose at least a "small but significant and nontransitory" increase in price.

### **1.3 Identification of Firms That Participate in the Relevant Market**

#### **1.31 Current Producers or Sellers**

The Agency's identification of firms that participate in the relevant market begins with all firms that currently produce or sell in the relevant market. This includes vertically integrated firms to the extent that such inclusion accurately reflects their competitive significance in the relevant market prior to the merger. To the extent that the analysis under Section 1.1 indicates that used, reconditioned or recycled goods are included in the relevant market, market participants will include firms that produce or sell

---

<sup>12</sup> This arbitrage is inherently impossible for many services and is particularly difficult where the product is sold on a delivered basis and where transportation costs are a significant percentage of the final cost.

such goods and that likely would offer those goods in competition with other relevant products.

### **I.32 Firms That Participate Through Supply Response**

In addition, the Agency will identify other firms not currently producing or selling the relevant product in the relevant area as participating in the relevant market if their inclusion would more accurately reflect probable supply responses. These firms are termed "uncommitted entrants." These supply responses must be likely to occur within one year and without the expenditure of significant sunk costs of entry and exit, in response to a "small but significant and nontransitory" price increase. If a firm has the technological capability to achieve such an uncommitted supply response, but likely would not (e.g., because difficulties in achieving product acceptance, distribution, or production would render such a response unprofitable), that firm will not be considered to be a market participant. The competitive significance of supply responses that require more time or that require firms to incur significant sunk costs of entry and exit will be considered in entry analysis. See Section 3.<sup>13</sup>

Sunk costs are the acquisition costs of tangible and intangible assets that cannot be recovered through the redeployment of these assets outside the relevant market, i.e., costs uniquely incurred to supply the relevant product and geographic market. Examples of sunk cost- may include market-specific investments in production facilities, technologies, marketing (including

---

<sup>13</sup> If uncommitted entrants likely would also remain in the market and would meet the entry tests of timeliness, likelihood and sufficiency, and thus would likely deter anticompetitive mergers or deter or counteract the competitive effects of concern (see

product acceptance), research and development, regulatory approvals, and testing. A significant sunk cost is one which would not be recouped within one year of the commencement of the supply response, assuming a "small but significant and nontransitory" price increase in the relevant market. In this context a "small but significant and nontransitory" price increase will be determined in the same way in which it is determined in product market definition, except the price increase will be assumed to one year. In some instances, it may be difficult to calculate sunk costs within precision. Accordingly, when necessary, the Agency WILL make an overall assessment of the extent of sunk costs for firms likely to participate through supply responses.

These supply responses may give rise to new production of products in the relevant product market or new sources of supply in the relevant geographic market. Alternatively, where price discrimination is likely so that the relevant market is defined in terms of a targeted group of buyers, these supply responses serve to identify new sellers to the targeted buyers. Uncommitted supply responses may occur in several different ways: by the switching or extension of existing assets to production or sale in the relevant market; or by the construction or acquisition of assets that enable production or sale in the relevant market.

### **1.321 Production Substitution and Extension: The Switching or Extension of Existing Assets to Production or Sale in the Relevant Market**

---

Section 3, *infra*), The Agency will consider the impact of those firms in the entry analysis.

The productive and distributive assets of a firm sometimes can be used to produce and sell either the relevant products or products that buyers do not regard as good substitutes. Production substitution refers to the shift by a firm in the use of assets from producing and selling one product to producing and selling another. Production extension refers to the use of those assets, for example, existing brand names and reputation, both for their current production and for production of the relevant product. Depending upon the speed of that shift and the extent of sunk costs incurred in the shift or extension, the potential for production substitution or extension may necessitate treating as market participants firms that do not currently produce the relevant product.<sup>14</sup> If a firm has existing assets that likely would be shifted or extended into production and sale of the relevant product within one year, and without incurring significant sunk costs of entry and exit, in response to a "small but significant and nontransitory" increase in price for only the relevant product, the Agency will treat that firm as a market participant. In assessing whether a firm is such a market participant, the Agency will take into account the costs of substitution or extension relative to the profitability of sales at the elevated price, and whether the firm's capacity is elsewhere committed or elsewhere so profitably employed that such capacity likely would not be available to respond to an increase in price in the market.

---

<sup>14</sup> Under other analytical approaches, production substitution sometimes has been reflected in the description of the product market. For example, the product market for stamped metal products such as automobile hub caps might be described as "light metal stamping," a production process rather than a product. The Agency believes that the approach described in the text provides a more clearly focused method of incorporating this factor in merger analysis. If production substitution among a group of products is nearly universal among the firms selling one or more of those products, however, the Agency may use an aggregate description of those markets as a matter of convenience.

### **1.322 Obtaining New Assets for Production or Sale of the Relevant Product**

A firm may also be able to enter into production or sale in the relevant market within one year and without the expenditure of significant sunk costs of entry and exit, in response to a "small but significant and nontransitory" increase in price for only the relevant product, even if the firm is newly organized or is an existing firm without products or productive assets closely related to the relevant market. If new firms, or existing firms without closely related products or productive assets, likely would enter into production or sale in the relevant market within one year without the expenditure of significant sunk costs of entry and exit, the Agency will treat those firms as market participants.

## **1.4 Calculating Market Shares**

### **1.41 General Approach**

The Agency normally will calculate market shares for all firms (or plants) identified as market participants in Section 1.3 based on the total sales or capacity currently devoted to the relevant market together with that which likely would be devoted to the relevant market in response to a "small but significant and nontransitory" price increase. Market shares can be expressed either in dollar terms through measurement of sales, shipments, or production, or in physical terms through measurement of sales, shipments, production, capacity, or reserves.

Market shares will be calculated using the best indicator of firms' future competitive significance. Dollar sales or shipments generally will be used if firms are distinguished primarily by differentiation of their products. Unit sales generally will be used if firms are distinguished primarily on the basis of their relative advantages in serving different buyers or groups of buyers. Physical capacity or reserves generally will be used if it is these measures that most effectively distinguish firms.<sup>15</sup> Typically, annual data are used, but where individual sales are large and infrequent so that annual data may be unrepresentative, the Agency may measure market shares over a longer period of time.

In measuring a firm's market share, the Agency will not include its sales or capacity to the extent that the firm's capacity is committed or so profitably employed outside the relevant market that it would not be available to respond to an increase in price in the market.

#### **1.42 Price Discrimination Markets**

When markets are defined on the basis of price discrimination (Sections 1.12 and 1.22), the Agency will include only sales likely to be made into, or capacity likely to be used to supply, the relevant market in response to a "small but significant and nontransitory" price increase.

#### **1.43 Special Factors Affecting Foreign Firms**

---

<sup>15</sup>Where all firms have, on a forward-looking basis, an equal likelihood of securing sales, the Agency will assign firms equal shares.

Market shares will be assigned to foreign competitors in the same way in which they are assigned to domestic competitors. However, if exchange rates fluctuate significantly, so that comparable dollar calculations on an annual, basis may be unrepresentative, the Agency may measure market shares over a period longer than one year.

If shipments from a particular country to the United States are subject to a quota, the market shares assigned to firms in that country will not exceed the amount of shipments by such firms allowed under the quota.<sup>16</sup> In the case of restraints that limit imports to some percentage of the total amount of the product sold in the United States (i.e., percentage quotas), a domestic price increase that reduced domestic consumption also would reduce the volume of imports into the United States. Accordingly, actual import sales and capacity data will be reduced for purposes of calculating market shares. Finally, a single market share may be assigned to a country or group of countries if firms in that country or group of countries act in coordination.

## **1.5 Concentration and Market Shares**

Market concentration is a function of the number of firms in a market and their respective market shares. As an aid to the interpretation of market data, the Agency will use the Herfindahl-Hirschman Index ("HHI") of market concentration. The HHI is calculated by summing the squares of the individual market shares of all the participants.<sup>17</sup> Unlike the four-firm

---

<sup>16</sup> The constraining effect of the quota on the importer's ability to expand sales is relevant to the evaluation of potential adverse competitive effects. See Section 2.

<sup>17</sup> For example, a market consisting of four firms with market shares of 30 percent, 30 percent, 20 percent and 20 percent has an HHI of 2600 ( $30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$ ). The HHI ranges from 10,000 (in the case of a pure monopoly) to a number approaching zero (in the case of an atomistic market) Although it is desirable to

concentration ratio, the HHI reflects both the distribution of the market shares of the top four firms and the composition of the market outside the top four firms. It also gives proportionately greater weight to the market shares of the larger firms, in accord with their relative importance in competitive interactions.

The Agency divides the spectrum of market concentration as measured by the HHI into three regions that can be broadly characterized as unconcentrated (HHI below 1000), moderately concentrated (HHI between 1000 and 1800), and highly concentrated (HHI above 1800). Although the resulting regions provide a useful framework for merger analysis, the numerical divisions suggest greater precision than is possible with the available economic tools and information. Other things being equal, cases falling just above and just below a threshold present comparable competitive issues.

### **1.51 General Standards**

In evaluating horizontal mergers, the Agency will consider both the post-merger market concentration and the increase in concentration resulting from the merger.<sup>18</sup> Market concentration is a useful indicator of the likely

---

include all firms in the calculation, lack of information about small firms is not critical because such firms do not affect the HHI significantly.

<sup>18</sup> The increase in concentration as measured by the HHI can be calculated independently of the overall market concentration by doubling the product of the market shares of the merging firms. For example, the merger of firms with shares of 5 percent and 10 percent of the market would increase the HHI by 100 ( $5 \cdot 10 \cdot 2 = 100$ ). The explanation for this technique is as follows: In calculating the HHI before the merger, the sum of those shares would be squared:  $(a)^2 + (b)^2$ . After the merger, the sum of those shares would be squared:  $(a+b)^2$ , which equals  $a^2 + 2ab + b^2$ . The increase in the HHI therefore is represented by  $2ab$ .



potential competitive effect of a merger. The general standards for horizontal mergers are as follows:

a) Post-merger HHI Below 1000. The Agency regards markets in this region to be unconcentrated. Mergers resulting in unconcentrated markets are unlikely to have adverse competitive effects and ordinarily require no further analysis.

b) Post-Merger HHI Between 1 000 and 1800 - The Agency regards markets in this region to be moderately concentrated. Mergers producing an increase in the HHI of less than 100 points in moderately concentrated markets post-merger are unlikely to have adverse competitive consequences and ordinarily require no further analysis. Mergers producing an increase in the HHI of more than 100 points in moderately concentrated markets post-merger potentially raise significant competitive concerns depending on the factors set forth in Sections 2-5 of the Guidelines.

c) Post-Merger HHI Above 1800. The Agency regards markets in this region to be highly concentrated. Mergers producing an increase in the

HHI of less than 50 points, even in highly concentrated markets post-merger, are unlikely to have adverse competitive consequences and ordinarily require no further analysis. Mergers producing an increase in the HHI of more than 50 points in highly concentrated markets post-merger potentially raise significant competitive concerns, depending on the factors set forth in Sections 2-5 of the Guidelines. Where the post-merger HHI exceeds 1800, it will be presumed that mergers producing an increase in the HHI of more than 100 points are likely to create or enhance market power or facilitate its exercise. The presumption may be overcome by a showing that factors set forth in Sections 2-5 of the Guidelines make it unlikely that the merger will create or enhance market power or facilitate its exercise, in light of market concentration and market shares.

## **1.52 Factors Affecting the Significance of Market Shares and Concentration**

The post-merger level of market concentration and the change in concentration resulting from a merger affect the degree to which a merger raises competitive concerns. However, in some situations, market share and market concentration data may either understate or overstate the likely future competitive significance of a firm or firms in the market or the impact of a merger. The following are examples of such situations.

### **1.521 Changing Market Conditions**

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.

### **I. 522 Degree of Difference Between the Products and Locations in the Market and Substitutes Outside the Market**

All else equal, the magnitude of potential competitive harm from a merger is greater if a hypothetical monopolist would raise price within the relevant market by substantially more than a "small but significant and nontransitory amount. This may occur when the demand substitutes outside the relevant market, as a group, are not close substitutes for the products and locations within the relevant market. There thus may be a wide gap in the chain of demand substitutes at the edge of the product and geographic market. Under such circumstances, more market power is at stake in the relevant market than in a market in which a hypothetical monopolist would raise price by exactly five percent.

## **2. The Potential Adverse Competitive Effects of Mergers**

### **2.0 Overview**

Other things being equal, market concentration affects the likelihood that one firm, or a small group of firms, could successfully exercise market power. The smaller the percentage of total supply that a firm controls, the more severely it must restrict its own output in order to produce a given price increase, and the less likely it is that an output restriction will be profitable. If collective action is necessary for the exercise of market power, as the number of firms necessary to control a given percentage of total supply decreases, the difficulties and costs of reaching and enforcing an understanding with respect to the control of that supply might be reduced. However, market share and concentration data provide only the starting point for analyzing the competitive impact of a merger. Before determining whether to challenge a merger, the Agency also will assess the other market factors that pertain to competitive effects, as well as entry, efficiencies and failure.

This section considers some of the potential adverse competitive effects of mergers and the factors in addition to market concentration relevant

to each. Because an individual merger may threaten to harm competition through more than one of these effects, mergers will be analyzed in terms of as many potential adverse competitive effects as are appropriate. Entry, efficiencies, and failure are treated in Sections 3-5.

## **2.1 Lessening of Competition Through Coordinated Interaction**

A merger may diminish competition by enabling the firms selling in the relevant market more likely, more successfully, or more completely to engage in coordinated interaction that harms consumers. Coordinated interaction is comprised of actions by a group of firms that are profitable for each of them only as a result of the accommodating reactions of the others. This behavior includes tacit or express collusion, and may or may not be lawful in and of itself.

Successful coordinated interaction entails reaching terms of coordination that are profitable to the firms involved and an ability to detect and punish deviations that would undermine the coordinated interaction.

Detection and punishment of deviations ensure that coordinating firms will find it more profitable to adhere to the terms of coordination than to pursue short-term profits from cheating, given the costs of reprisal. In this phase of the analysis, the Agency will examine the extent to which postmerger market conditions are conducive to reaching terms of coordination, detecting deviations from those terms, and punishing such deviations. Depending upon the circumstances, the following market factors, among others, may be relevant: the availability of key information concerning market conditions, transactions and individual competitors; the extent of firm and product heterogeneity; pricing or marketing practices typically employed by firms in

the market; the characteristics of buyers and sellers; and the characteristics of typical transactions.

Certain market conditions that are conducive to reaching terms of coordination also may be conducive to detecting or punishing deviations from those terms. For example, the extent of information available to firms in the market, or the extent of homogeneity, may be relevant to both the ability to reach terms of coordination and to detect or punish deviations from those terms. The extent to which any specific market condition will be relevant to one or more of the conditions necessary to coordinated interaction will depend on the circumstances of the particular case.

It is likely that market conditions are conducive to coordinated interaction when the firms in the market previously have engaged in express collusion and when the salient characteristics of the market have not changed appreciably since the most recent such incident. Previous express collusion in another geographic market will have the same weight when the salient characteristics of that other market at the time of the collusion are comparable to those in the relevant market.

In analyzing the effect of a particular merger on coordinated interaction, the Agency is mindful of the difficulties of predicting likely future behavior based on the types of incomplete and sometimes contradictory information typically generated in merger investigations. Whether a merger is likely to diminish competition by enabling firms more likely, more successfully or more completely to engage in coordinated interaction depends on whether market conditions, on the whole, are conducive to reaching terms of coordination and detecting and punishing deviations from those terms.

## **2.11 Conditions Conducive to Reaching Terms of Coordination**

Firms coordinating their interactions need not reach complex terms concerning the allocation of the market output across firms or the level of the market prices but may, instead, follow simple terms such as a common price, fixed price differentials, stable market shares, or customer or territorial restrictions. Terms of coordination need not perfectly achieve the monopoly outcome in order to be harmful to consumers. Instead, the terms of coordination may be imperfect and incomplete - inasmuch as they omit some market participants, omit some dimensions of competition, omit some customers, yield elevated prices short of monopoly levels, or lapse into episodic price wars -- and still result in significant competitive harm. At some point, however, imperfections cause the profitability of abiding by the terms of coordination to decrease and, depending on their extent, may make coordinated interaction unlikely in the first instance.

Market conditions may be conducive to or hinder reaching terms of coordination. For example, reaching terms of coordination may be facilitated by product or firm homogeneity and by existing practices among firms, practices not necessarily themselves antitrust violations, such as standardization of pricing or product variables on which firms could compete. Key information about rival firms and the market may also facilitate reaching terms of coordination. Conversely, reaching terms of coordination may be limited or impeded by product heterogeneity or by firms having substantially incomplete information about the conditions and prospects of their rivals' businesses, perhaps because of important differences among their current business operations. In addition, reaching terms of coordination may be limited or impeded by firm heterogeneity, for example, differences in vertical integration or the production of another product that tends to be used together with the relevant product.

## **2.12 Conditions Conducive to Detecting and Punishing Deviations**

Where market conditions are conducive to timely detection and punishment of significant deviations, a firm will find it more profitable to abide by the terms of coordination than to deviate from them. Deviation from the terms of coordination will be deterred where the threat of punishment is credible. Credible punishment, however, may not need to be any more complex than temporary abandonment of the terms of coordination by other firms in the market.

Where detection and punishment likely would be rapid, incentives to deviate are diminished and coordination is likely to be successful. The detection and punishment of deviations may be facilitated by existing practices among firms, themselves not necessarily antitrust violations, and by the characteristics of typical transactions. For example, if key information about specific transactions or individual price or output levels is available routinely to competitors, it may be difficult for a firm to deviate secretly. If orders for the relevant product are frequent regular and small relative to the total output of a firm in a market, it may be difficult for the firm to deviate in a substantial way without the knowledge of rivals and without the opportunity for rivals' to react. If demand or cost fluctuations are relatively infrequent and small, deviations may be relatively easy to deter.

By contrast, where detection or punishment is likely to be slow, incentives to deviate are enhanced and coordinated interaction is unlikely to be successful. If demand or cost fluctuations are relatively frequent and large, deviations may be relatively difficult to distinguish from these other sources of market price fluctuations, and, in consequence, deviations may be relatively difficult to deter.

In certain circumstances, buyer characteristics and the nature of the procurement process may affect the incentives to deviate from terms of coordination. Buyer size alone is not the determining characteristic. Where large buyers likely would engage in long-term contracting, so that the safes covered by such contracts can be large relative to the total output of a firm in the market, firms may have the incentive to deviate. However, this only can be accomplished where the duration, volume and profitability of the business covered by such contracts are sufficiently large as to make deviation more profitable in the long term than honoring the terms of coordination, and buyers likely would switch suppliers.

In some circumstances, coordinated interaction can be effectively prevented or limited by maverick firms - firms that have a greater economic incentive to deviate from the terms of coordination than do most of their rivals (e.g., firms that are unusually disruptive and competitive influences in the market). Consequently, acquisition of a maverick firm is one way in which a merger may make coordinated interaction more likely, more successful, or more complete. For example, in a market where capacity constraints are significant for many competitors, a firm is more likely to be a maverick the greater is its excess or divertable capacity in relation to its safes or total capacity, and the lower are its direct and opportunity costs of expanding safes in the relevant market.<sup>19</sup> This is so because a firm's incentive to deviate from price-elevating and output-limiting terms of coordination is greater the more the firm is able profitably to expand its output as a proportion of the sales it would obtain if it adhered to the terms of coordination and the smaller is the base of sales on which it enjoys elevated profits prior to the price cutting

---

<sup>19</sup> But excess capacity in the hands of non-maverick firms may be a potent weapon with which to punish deviations from the terms of coordination.



deviation.<sup>20</sup> A firm also may be a maverick if it has an unusual ability secretly to expand its sales in relation to the sales it would obtain if it adhered to the terms of coordination. This ability might arise from opportunities to expand captive production for a downstream affiliate.

## **2.2 Lessening of Competition Through Unilateral Effects**

A merger may diminish competition even if it does not lead to increased likelihood of successful coordinated interaction, because merging firms may find it profitable to alter their behavior unilaterally following the acquisition by elevating price and suppressing output. Unilateral competitive effects can arise in a variety of different settings. In each setting, particular other factors describing the relevant market affect the likelihood of unilateral competitive effects. The settings differ by the primary characteristics that distinguish firms and shape the nature of their competition.

### **2.21 Firms Distinguished Primarily by Differentiated Products**

In some markets the products are differentiated, so that products sold by different participants in the market are not perfect substitutes for one another. Moreover, different products in the market may vary in the degree of their substitutability for one another. In this setting, competition may be non-

---

<sup>20</sup> Similarly, in a market where product design or quality is significant, a firm is more likely to be an effective maverick the greater is the sales potential of its products among customers of its rival, in relation to the sales it would obtain if it adhered to the terms of coordination. The likelihood of expansion responses by a maverick will be analyzed in the same fashion as uncommitted entry or committed entry (see Section 1.3 and 3) depending on the significance on the sunk costs entailed in expansion.

uniform (i.e., localized), so that individual sellers compete more directly with those rivals selling closer substitutes.<sup>21</sup>

A merger between firms in a market for differentiated products may diminish competition by enabling the merged firm to profit by unilaterally raising the price of one or both products above the premerger level. Some of the sales loss due to the price rise merely will be diverted to the product of the merger partner and, depending on relative margins, capturing such sales loss through merger may make the price increase profitable even though it would not have been profitable premerger. Substantial unilateral price elevation in a market for differentiated products requires that there be a significant share of sales in the market accounted for by consumers who regard the products of the merging firms as their first and second choices, and that repositioning of the non-parties' product lines to replace the localized competition lost through the merger be unlikely. The price rise will be greater the closer substitutes are the products of the merging firms, i.e., the more the buyers of one product consider the other product to be their next choice.

### **2.211 Closeness of the Products of the Merging Firms**

---

<sup>21</sup> Similarly, in some markets sellers are primarily distinguished by relative advantages in serving different buyers or groups of buyers, and buyers negotiate individually with sellers. Here, for example, sellers may formally bid against one another for the business of a buyer, or each buyer may elicit individual price quotes from multiple sellers. A seller may find it relatively inexpensive to meet the demands of particular buyers or types of buyers, and relatively expensive to meet others' demand. competition, again, may be localized: sellers compete more directly with those rivals having similar relative advantages in serving particular buyers or groups of buyers. For example, in open outcry auctions, price is determined by the cost of the second lowest-cost seller. A merger involving the first and second lowest-cost sellers could cause prices to rise to the constraining level of the next lowest-cost seller.

The market concentration measures articulated in Section 1 may help assess the extent of the likely competitive effect from a unilateral price elevation by the merged firm notwithstanding the fact that the affected products are differentiated. The market concentration measures provide a measure of this effect if each product's market share is reflective of not only its relative appeal as a first choice to consumers of the merging firms' products but also its relative appeal as a second choice, and hence as a competitive constraint to the first choice.<sup>22</sup> Where this circumstance holds, market concentration data fall outside the safeharbor regions of Section 1 - S, and the merging firms have a combined market share of at least thirty-five percent, the Agency will presume that a significant share of safes in the market are accounted for by consumers who regard the products of the merging firms as their first and second choices.

Purchasers of one of the merging firms' products may be more or less likely to make the other their second choice than market shares alone would indicate. The market shares of the merging firm products may understate the competitive effect of concern, when, for example, the products of the merging firms are relatively more similar in their various attributes to one another than to other products in the relevant market - On the other hand, the market shares alone may overstate the competitive effects of concern when, for example, the relevant products are less similar in their attributes to one another than to other products in the relevant market.

Where market concentration data fall outside the safeharbor regions of Section 1.5, the merging firms have a combined market share of at least thirty-five percent, and where data on product attributes and relative product

---

<sup>22</sup> Information about consumers actual first and second product choices may be provided by marketing surveys, information from bidding structures, or normal course of business documents from industry participants.

appeal show that a significant share of purchasers of one merging firm's product regard the other as their second choice, then market share data may be relied upon to demonstrate that there is a significant share of safes in the market accounted for by consumers who would be adversely affected by the merger.

### **2.212 Ability of Rival Sellers to Replace Lost Competition**

A merger is not likely to lead to unilateral elevation of prices of differentiated products if, in response to such an effect, rival sellers likely would replace any localized competition lost through the merger by repositioning their product lines.<sup>23</sup>

In markets where it is costly for buyers to evaluate product quality, buyers who consider purchasing from both merging parties may limit the total number of sellers they consider. If either of the firms would be replaced in such buyers' consideration by an equally competitive seller not formerly considered, then the merger is not likely to lead to a unilateral elevation of prices.

### **2.22 Firms Distinguished Primarily by Their Capacities**

Where products are relatively undifferentiated and capacity primarily distinguishes firms and shapes the nature of their competition, the merged firm "y find it profitable unilaterally to raise price and suppress

---

<sup>23</sup> The timelessness and likelihood of repository responses will be analyzed using the same methodology as used in analyzing uncommitted entry or committed entry (see Section 1.3 and 3), depending on the significance of the sunk costs entailed in repositioning.

output. The merger provides the merged firm a larger base of sales on which to enjoy the resulting price rise and also eliminates a competitor to which customers otherwise would have diverted their sales. Where the merging firms have a combined market share of at least thirty-five percent, merged firms may find it profitable to raise price and reduce joint output below the sum of their premerger outputs because the lost markups on the foregone sales may be outweighed by the resulting price increase on the merged base of sales.

This unilateral effect is unlikely unless a sufficiently large number of the merged firm's customers would not be able to find economical" alternative sources of supply, i.e., competitors of the merged firm likely would not respond to the price increase and output reduction by the merged firm with increases in their own outputs sufficient in the aggregate to make the unilateral action of the merged firm unprofitable. Such non-party expansion is unlikely if those firms face binding capacity constraints that could not be economically relaxed within two years or if existing excess capacity is significantly more costly to operate than capacity currently in use.<sup>24</sup>

### **3. Entry Analysis**

#### **3.0 Overview**

---

<sup>24</sup> The timeliness and likelihood of non-party expansion will be analyzed using the same methodology as used in analyzing uncommitted or committed entry (see Sections 1.3 and 3) depending on the significance of the sunk costs entailed in expansion.

A merger is not likely to create or enhance market power or to facilitate its exercise, if entry into the market is so easy that market participants, after the merger, either collectively or unilaterally could not profitably maintain a price increase above premerger levels. Such entry likely will deter an anticompetitive merger in its incipiency, or deter or counteract the competitive effects of concern.

Entry is that easy if entry would be timely, likely, and sufficient in its magnitude, character and scope to deter or counteract the competitive effects of concern. In markets where entry is that easy (i. e., where entry passes these tests of timeliness, likelihood, and sufficiency), the merger raises" no antitrust concern and ordinarily requires no further analysis.

The committed entry treated in this Section is defined as new competition that requires expenditure of significant sunk costs of entry and exit.<sup>25</sup> The Agency employs a three-step methodology to assess whether committed entry would deter or counteract a competitive effect of concern.

The first step assesses whether entry can achieve significant market impact within a timely period. If significant market impact would require a longer period, entry will not deter or counteract the competitive effect of concern.

The second step assesses whether committed entry would be a profitable and, hence, a likely response to a merger having competitive effects of concern. Firms considering entry that requires significant sunk costs must evaluate the profitability of the entry on the basis of long term participation in the market, because the underlying assets will be committed to the market until they are economically depreciated. Entry that is sufficient to counteract the competitive effects of concern will cause prices to fall to their premerger

levels or lower. Thus, the profitability of such committed entry must be determined on the basis of premerger market prices over the long-term.

A merger having anticompetitive effects can attract committed entry, profitable at premerger prices, that would not have occurred premerger at these same prices. But following the merger, the reduction in industry output and increase in prices associated with the competitive effect of concern may allow the same entry to occur without driving market prices below premerger levels. After a merger that results in decreased output and increased prices, the likely safes opportunities available to entrants at premerger prices will be larger than they were premerger, larger by the output reduction caused by the merger. If entry could be profitable at premerger prices without exceeding the likely safes opportunities - opportunities that include pre-existing pertinent factors as well as the merger-induced output reduction - then such entry is likely in response to the merger

The third step assesses whether timely and likely entry would be sufficient to return market prices to their premerger levels. Tend ma,, be accomplished either through multiple entry or individual entry at a sufficient scale. Entry may not be sufficient, even though timely and likely, where the constraints on availability of essential assets, due to incumbent control make it impossible for entry profitably to achieve the necessary level of safes. Also, the character and scope of entrants' products might not be fully responsive to the localized safes opportunities created by the removal of direct competition among sellers of differentiated products. In assessing whether entry will be timely, likely, and sufficient, the Agency recognizes that precise and detailed information may be difficult or impossible to obtain. In such instances, the

---

<sup>25</sup> Supply responses that require less than one year and insignificant sunk costs to effectuate are analyzed as uncommitted entry in Section 1.3.

Agency will rely on all available evidence bearing on whether entry will satisfy the conditions of timeliness, likelihood, and sufficiency.

### **3.1 Entry Alternatives**

The Agency will examine the timeliness, likelihood, and sufficiency of the means of entry (entry alternatives) a potential entrant might practically employ, without attempting to identify who might be potential entrants. An entry alternative is defined by the actions the firm must take in order to produce and sell in the market. All phases of the entry effort will be considered, including, where relevant, planning, design, and management; permitting, licensing, and other approvals; construction, debugging, and operation of production facilities; and promotion (including necessary introductory discounts), marketing, distribution, and satisfaction of customer testing and qualification requirements.<sup>26</sup> Recent examples of entry, whether successful or unsuccessful, may provide a useful starting point for identifying the necessary actions, time requirements, and characteristics of possible entry alternatives.

### **3.2 Timeliness of Entry**

In order to deter or counteract the competitive effects of concern, entrants quickly must achieve a significant impact on price in the relevant market. The Agency generally will consider timely only those committed entry alternatives that can be achieved within two years from initial planning

---

<sup>26</sup> Many of these phases may be undertaken simultaneously.



market impact.<sup>27</sup> Where the relevant product is a durable good, consumers, in response to a significant commitment to entry, may defer purchases by making additional investments to extend the useful life of previously purchased goods and in this way deter or counteract for a time the competitive effects of concern. In these circumstances, if entry only can occur outside of the two year period, the Agency will consider entry to be timely so long as it would deter or counteract the competitive effects of concern within the two-year period and subsequently.

### **3.3 Likelihood of Entry**

An entry alternative is likely if it would be profitable at premerger prices, and if such prices could be secured by the entrant.<sup>28</sup> The committed entrant will be unable to secure prices at premerger levels if its output is too large for the market to absorb without depressing prices further. Thus, entry is unlikely if the minimum viable scale is larger than the likely sales opportunity available to entrants.

Minimum viable scale is the smallest average annual level of sales that the committed entrant must persistently achieve for profitability at premerger prices.<sup>29</sup> Minimum viable scale is a function of expected revenues,

---

<sup>27</sup> Firms which have committed to entering the market prior to the merger generally will be included in the measurement of the market. Only committed entry or adjustments to pre existing entry plans that are induced by the merger will be considered as possibly deterring or counteracting the competitive effects of concern.

<sup>28</sup> Where conditions indicate that entry may be profitable at prices below premerger levels, the agency will assess the likelihood of entry at the lowest price at which such entry would be profitable.

<sup>29</sup> The concept of minimum viable scale (“MVS”) differs from the concept of minimum efficient scale (“MES”). While MES is the smallest scale at which average costs are minimized, MVS is the smallest scale at which average costs equal the premerger price.

based upon premerger prices,<sup>30</sup> and all categories of costs associated with the entry alternative, including an appropriate rate of return on invested capital given that entry could fail and sunk costs, if any, will be lost.<sup>31</sup>

Sources of sales opportunities available to entrants include: (a) the output reduction (a) associated with the competitive effect of concern,<sup>32</sup> (b) entrants' ability to capture a share of reasonably expected growth in market demand,<sup>33</sup> (c) entrants' ability securely to divert sales from incumbents, for example, through vertical integration or through forward contracting, and (d) any additional anticipated contraction in incumbents' output in response to entry.<sup>34</sup> Factors that reduce the sales opportunities available to entrants include: (a) the prospect that an entrant will share in a reasonably expected decline in market demand, (b) the exclusion of an entrant from a portion of the market over the long term because of vertical integration or forward contracting by incumbents, and (c) any anticipated sales expansion by incumbents in reaction to entry, either generated or targeted at customers approached by the entrant, that utilizes prior irreversible investments in excess production capacity. Demand growth or decline will be viewed as relevant

---

<sup>30</sup> The expected path of future prices, absent the merger, may be used if future price changes can be predicted with reasonable reliability.

<sup>31</sup> The minimum viable scale of an entry alternative will be relatively large when the fixed costs of entry are large, when the fixed costs of entry are largely sunk, when the marginal costs of production are high at low levels of output, and when a plant is underutilized for a long time because of delays in achieving market acceptance.

<sup>32</sup> Five percent of total market sales typically is used because where a monopolist profitably would raise price by five percent or more across the entire relevant market, it is likely that the accompanying reduction in sales would be no less than five percent.

<sup>33</sup> Entrants' anticipated share of growth in demand depends on incumbents' capacity constraints and irreversible investments in capacity expansion, as well as on the relative appeal, acceptability and reputation of incumbents' and entrants' products to the new demand.

<sup>34</sup> For example, in bidding market where all bidders are on equal footing, the market share of incumbents will contract as a result of entry.

only if total market demand is projected to experience long-lasting change during at least the two year period following the competitive effect of concern.

### **3.4 Sufficiency of Entry**

Inasmuch as multiple entry generally is possible and individual entrants may flexibly choose their scale, committed entry generally will be sufficient to deter or counteract the competitive effects of concern whenever entry is likely under the analysis of Section 3.3. However, entry, although likely, will not be sufficient if, as a result of incumbent control the tangible and intangible assets required for entry are not adequately available for entrants to respond fully to their safes opportunities. In addition, where the competitive effect of concern is not uniform across the relevant market, in order for entry to be sufficient, the character and scope of entrants' products must be responsive to the localized sales opportunities that include the output reduction associated with the competitive effect of concern. For example, where the concern is unilateral price elevation as a result of a merger between producers of differentiated products, entry, in order to be sufficient, must involve a product so close to the products of the merging firms that the merged firm will be unable to internalize enough of the safes loss due to the price rise, rendering the price increase unprofitable.

## **4. Efficiencies**

The primary benefit of mergers to the economy is their efficiency-enhancing potential, which can increase the competitiveness of firms and result in lower prices to consumers. Because the antitrust laws, and thus the

standards of the Guidelines, are designed to proscribe only mergers that present a significant danger to competition, they do not present an obstacle to most mergers. As a consequence, in the majority of cases, the Guidelines will allow firms to achieve available efficiencies through mergers without interference from the Agency.

Some mergers that the Agency otherwise might challenge may be reasonably necessary to achieve significant net efficiencies. Cognizable efficiencies include, but are not limited to, achieving economies of scale, better integration of production facilities, plant specialization, lower transportation costs, and similar efficiencies relating to specific manufacturing, servicing, or distribution operations of the merging firms. The Agency may also consider claimed efficiencies resulting from reductions in general selling, administrative, and overhead expenses, or that otherwise do not relate to specific manufacturing, servicing, or distribution operations of the merging firms, although, as a practical matter, these types of efficiencies may be difficult to demonstrate. In addition, the Agency will reject claims of efficiencies if equivalent or comparable savings can reasonably be achieved by the parties through other means. The expected net efficiencies must be greater the more significant are the competitive risks identified in Sections 1-3.

## **5. Failure and Exiting Assets**

### **5.0 Overview**

Notwithstanding the analysis of Sections I-4 of the Guidelines, a merger is not likely to create or enhance market power or to facilitate its exercise, if imminent failure, as defined below, of re of the merging firms

would cause the assets of that firm to exit the relevant market. In such circumstances, post-merger performance in the relevant market may be no worse than market performance had the merger been blocked and the assets left the market.

### **5.1 Failing Firm**

A merger is not likely to create or enhance market power or facilitate its exercise if the following circumstances are met: 1) the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future; 2) it would not be able to reorganize successfully under Chapter II of the Bankruptcy Act;<sup>35</sup> 3) it has made unsuccessfully good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers of acquisition of the assets of the failing firm<sup>36</sup> that would both keep its tangible and intangible assets the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed merger; and 4) absent the acquisition, the assets of the failing firm would exit the relevant market

### **5.2 Failing Division**

A similar argument can be made for failing" divisions as for failing firms. First, upon applying appropriate cost allocation, the division must have a negative cash flow on an operating basis. Second, absent the acquisition, it must be that the assets of the division would exit the relevant market in the

---

<sup>35</sup> 11 U.S.C. §§ 1101-1174 (1988).

<sup>36</sup> Any offer to purchase the assets of the failing firm for a price above the liquidation value of those assets - the highest valued use outside the relevant market or

near future if not sold. Due to the ability of the parent firm to allocate costs, revenues, and intracompany transactions among itself and its subsidiaries and divisions, the Agency will require evidence, not based solely on management plans that could be prepared solely for the purpose of demonstrating negative cash flow or the prospect of exit from the relevant market. Third, the owner of the failing division also must have complied with the competitively-preferable purchaser requirement of Section 5. 1.

---

equivalent offer to purchase the stock of the failing firm - will be regarded as a reasonable alternative offer.

## NÚMEROS DA *REVISTA DO IBRAC* JÁ PUBLICADOS

<p><b><i>REVISTA DO IBRAC</i></b> <b>VOLUME 1, NÚMERO 1</b> <b>CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA</b></p>
--

### SUMÁRIO

**Processo Administrativo nº 15**

Representante: Presidência da República

Representado: Laboratório Silva Araújo Roussel S/A

Data: 13 de maio de 1992

**Processo Administrativo nº 19**

Representante: Presidência da República

Representado: Knoll S.A Produtos Químicos e Farmaceuticos

Data: 27 de maio de 199

**Processo Administrativo nº17**

Representante: Presidência da República

Representado: Laboratórios Pfizer Ltda.

Data: 16 de junho de 1992

**Processo Administrativo nº20**

Representante: Presidência da República

Representado: Glaxo do Brasil S.A.

Data: 16 de junho de

**Processo Administrativo nº18**

Representante: Presidência da República

Representada: Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.

Data: 22 de junho de 1992

**Processo Administrativo nº 02**

Representante: SDE Ex Oficio

Representada: West do Brasil Com e Ind. Ltda

Metalúrgica Marcatto Ltda.

RAJJ Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda

Data: 09 de setembro de 1992

**REVISTA DO IBRAC**  
**VOUME 1 NÚMERO 2**  
**CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**

**SUMÁRIO**

**Processo Administrativo nº38**

Representante: Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo

Representada: Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos

Data: 07 de outubro de 1992

**Processo Administrativo nº 12**

Representante: Presidência da República

Representado: Achê Laboratórios

Data: 29 de outubro de

**Processo Administrativo nº29**

Representante: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul

Representada: Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A

Data: 29 de outubro de 1992

**Processo Administrativo nº13**

Representante: Presidência da República

Representada: Prodome Química Farmacêutica Ltda.

Data: 29 de outubro de 1992

**Processo Administrativo nº 109/89**

Representante: Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C

Representada: Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo e outros

Data: 07 de dezembro de 1992

**Processo Administrativo nº 07**

Representante: SERPRO - Serviço Federal de Processamento de Dados



Representada: TICKET - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras  
Data: 16 de dezembro de 1992

**REVISTA DO IBRAC**  
**VOLUME 1 NÚMERO 3**  
**CADERNO DE TEXTOS**

**SUMÁRIO**

**SIMPÓSIO "PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS NA  
LEGISLAÇÃO  
ANTITRUSTE**

Neide Malard  
Tércio Sampaio Ferraz  
Ubiratan Mattos  
Mauro Grinberg  
Debate  
Carlos Francisco de Magalhães  
José Inácio G. Franceschini  
Lázara Cotrin  
Eugênio de Oliveira Fraga  
Marcos Vinicius de Campos  
José Del Chiaro Ferreira da Rosa  
Debate

**SIMPÓSIO "DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA"**

Tércio Sampaio Ferraz  
Leane Naidin  
Debate  
Carlos Francisco de Magalhães  
Ubiratan Mattos  
Pedro Camargo Neto  
Pedro Wongtschowski  
Edmondo Triolo  
Mauro Grinberg  
Guilherme Duque Estrada

***SIMPÓSIO "CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL"***

Werter R. Faria  
Maria Isabel Vas  
Luiz Olavo Baptista  
Debate  
Michel A. Alaby

***REVISTA DO IBRAC***  
**VOLUME 1 NUMERO 4**  
**CADERNO DE TEXTOS**

**SUMÁRIO**

***A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO  
MERCOSUL***

**José Matias Pereira**

***APURAÇÃO DE PRÁTICAS  
RESTRITIVAS À CONCORRÊNCIA***

**Carlos Eduardo Vieira de Carvalho**

***INTEGRAÇÃO DE EMPRESAS:  
CONCENTRAÇÃO, EFICIÊNCIA E  
CONTROLE***

**Neide Teresinha Malard**

***REVISTA DO IBRAC***  
**VOLUME 2 NÚMERO 1**  
**CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA**

**SUMÁRIO**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 30/92**

**REPRESENTANTE: SEARA AGRÍCOLA COMERCIAL E INDUSTRIAL  
LTDA**

**REPRESENTADA: ICI BRASIL S/A.**

**Data: 01 de março de 1993**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 23/91**

**REPRESENTANTE:** REPRO MATERIAIS E EQUIPAMENTOS DE XEROGRAFIA LTDA. E OUTRAS

**REPRESENTADA:** XEROX DO BRASIL LTDA.

Data: 31 de março de 1993

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 01/91**

**REPRESENTANTE:** INTERCHEMICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

**REPRESENTADA:** SHARP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Data: 28 de maio de 1993

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 31/92**

**REPRESENTANTE:** TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S/A

**REPRESENTADA:** FIAT AUTOMÓVEIS S/A

Data: 06 de outubro de 1993

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 10/91**

**REPRESENTANTE:** FOGAREX - ARTEFATOS DE CAMPING LTDA

**REPRESENTADA:** LUMIX QUÍMICA LTDA

Data: 27 de outubro de 1993

<p><i>REVISTA DO IBRAC</i> <b>VOLUME 2 NUMERO 2</b> <b>CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA</b></p>
--

**SUMÁRIO**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 32**

**INSTAURADO DE OFÍCIO PELA SECRETARIA NACIONAL DE DIREITO ECONÔMICO - SDE**

**INDICIADAS:** VALER ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA e ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE SUPERMERCADOS-ACATS

**CONSULTA Nº 01/93**

**CONSULENTE: ANCOR - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS  
CORRETORAS DE VALORES, CÂMBIO E MERCADORIAS**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 53/92**

**REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE**

**REPRESENTADA: ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE  
SERGIPE - AHES**

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE  
CONSULTA Nº 03/93**

**CONSULENTE: ABRAFARMA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE  
FARMÁCIAS E DROGARIAS.**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 34/92**

**REPRESENTANTE: COSMOQUÍMICA S/A - Indústrias e Comércio**

**REPRESENTADA: CARBOCLORO S/A - Indústrias Químicas**

<p style="text-align: center;"><b>REVISTA DO IBRAC</b> <b>VOLUME 2 NUMERO 3</b> <b>ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA</b> <b>SET/NOV 1994</b></p>
---

**SUMÁRIO**

**ATO DE COONCENTRAÇÃO Nº 12/94**

**REQUERENTES: RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO,  
PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO**

**ATO DE COONCENTRAÇÃO Nº 12/94**

**REQUERENTES: RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO,  
PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO (2ª PARTE)**

**ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 11/94**

**REQUERENTES: YOLAT - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE  
LATICÍNIOS LTDA, E CILPE - COMPANHIA DE  
INDUSTRIALIZAÇÃO DE LEITE DO ESTADO DE PERNANBUCO**

**ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 06/94**

**REQUERENTES: ETERNITI S. A. E BRASILIT S.A.**

**REVISTA DO IBRAC  
VOLUME 2 NUMERO 4  
ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA  
DEZ -1994/MARÇO 1995**

**SUMÁRIO**

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 01/94

REQUERENTES: ROCKWELL DO BRASIL S.A. E ÁLBARUS  
INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 20/94

REQUERENTE: CBV INDÚSTRIA MECÂNICA S.A

ATOS DE CONCENTRAÇÃO (AC) NºS. 07, 08, 09 E 10/94

REQUERENTE: TUBOS E CONEXÕES TIGRE LTDA. OUTRAS  
EMPRESAS INTERESSADAS: HANSEN FACTORING-SOCIEDADE DE  
FOMENTO COMERCIAL LTDA.: HANSEN MÁQUINAS E  
EQUIPAMENTOS LTDA.;TRANSPORTADORA RODOTIGRE  
LTDA.;TCT-GERENCIAMENTO EMPRESARIAL LTDA

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 16/94

REQUERENTES: SIDERÚRGICA LAISA S.A. (GRUPO GERDAU)  
GRUPO KORF GMBH (CIA. SIDERÚRGICA PAINS)

