
Restrições verticais adotadas por empresas dominantes

Damien Geradin e Caio Mario da Silva Pereira Neto





FOR A RIGOROUS “EFFECTS-BASED” ANALYSIS OF VERTICAL RESTRAINTS ADOPTED BY DOMINANT FIRMS:

AN ANALYSIS OF THE EU AND BRAZILIAN COMPETITION LAW

Damien Geradin^(*)

Caio Mario da Silva Pereira Neto^(**)

December 2012

^(*) Damien Geradin is a Professor of Competition Law & Economics at Tilburg University (The Netherlands) and a William Cook Global Law Professor at the University of Michigan Law School. He holds a PhD in law (1995) from Cambridge University. He is the co-editor in chief of the Journal of Competition Law & Economics and the co-author of Global Antitrust Law & Economics, Foundation Press, 2nd Ed., 2011.

^(**) Caio Mario da Silva Pereira Neto is a Professor of Economic Law at Getulio Vargas Foundation (São Paulo), holding a LL.M (2002) and a JSD (2005) from Yale Law School.

The authors would like to thank the Centro de Estudos de Direito Econômico e Social - CEDES for sponsoring the research that led to this paper, bringing together an intense collaboration in two sides of the Atlantic. We would also like to thank the academic committee of CEDES composed by Professors Paulo Furquim, Nuno Garoupa and Mario Schapiro, for comments in different versions of this work, contributing for its development. Finally, we would like to thank the research assistants, Filippo Lancieri and Fernanda Harari, who assisted us throughout the research of Brazilian precedents. Of course, the final product is our exclusive responsibility.

TABLE OF CONTENT

I.	Introduction.....	4
II.	The economics of vertical restraints	8
A.	The evolution of economic thinking with respect to vertical restraints.....	8
B.	Pro-competitive vs. anti-competitive effects of vertical restraints	11
1.	Exclusive dealing	11
2.	Conditional rebates	12
3.	Tying and bundling.....	14
III.	From per se rules to effects-based analysis: Abuse of dominance in EU law	16
A.	Brief introduction to EU competition law	17
B.	Vertical restraints as exclusionary abuses: Review of the traditional case-law of the EU courts	17
C.	From a form-based approach to effects-based approach to exclusionary abuses.....	18
1.	The form-based approach pursued by the EU courts and the Commission	18
2.	The application of a form-based approach to vertical restraints.....	19
3.	The modernisation of the EU law of abuse of dominance and the 2005 Discussion Paper.....	25
4.	The 2008 Guidance Paper.....	25
IV.	Effects-based analysis with some twists: Abuse of dominance in Brazilian law	29
A.	Brief introduction to Brazilian competition law.....	29
B.	Vertical restraints as exclusionary abuses: Review of Brazilian Competition Law System’s Case-Law.....	31
1.	Exclusive Dealing	31
2.	Loyalty Rebates	35

3.	Tying.....	37
C.	An effects-based approach with some inconsistencies: the impact of vague terms in shifting standards of proof	39
V.	Analytical framework for the application of competition rules to vertical restraints	43
A.	Principles governing the assessment of vertical restraints.....	43
1.	Vertical restraints should not be assessed under <i>per se</i> rules	44
2.	The form and nature of a practice are not relevant to their assessment under competition rules: Only foreclosure effects matter	44
3.	The “equally efficient” standard is the right standard of review	45
4.	Consumer harm should be shown in that the anti-competitive effects of the restraints in question are not objectively justified or compensated by efficiencies	46
B.	Application of the principles to vertical restraints	47
1.	Exclusive dealing	48
2.	Conditional rebates	50
3.	Tying	62
VI.	Necessary Institutional Background for Implementing the Proposed Analytic Framework	65
A.	The EU Institutional Background	67
B.	The Brazilian Institutional Background.....	70
VII.	Conclusions.....	75

I. Executive summary

This study concerns the way agreements between a dominant supplier and its customers that restrict the ability of those customers to buy from the dominant firm's rivals, including exclusive dealing, conditional rebates and tying and bundling (hereafter, "vertical restraints") have been assessed by the EU and Brazilian competition authorities and courts.

For several decades, vertical restraints have been a subject of debate among lawyers and economists, and views as to how such restraints should be assessed have fluctuated. In recent years, however, a consensus has emerged that *per se* rules of illegality (or of legality) should not be applied to vertical restraints. Instead, such restraints should be assessed pursuant to an effects-based analysis balancing their pro- and anti-competitive effects. The difficulty, however, is to devise legal tests that allow this balancing to take place in a coherent and rigorous manner.

Following an analysis of the economics of vertical restraints, this paper shows that the European Commission, which has the power to enforce EU competition rules, has recently opted for an effects-based approach to vertical restraints, and has developed a Guidance Paper that offers a legal and economic methodology describing how it intends to analyse such restraints. This paper shows, however, that the EU courts are still reluctant to follow such a methodology preferring instead to continue to apply formalistic rules.

The situation is different in Brazil where, at least since the enactment of Law 8.884 in 1994, there has been a consensus that vertical restraints had to be analysed under an effects-based approach. However, such an approach has been pursued through balancing tests relying on qualitative criteria and intuitive reasoning, rather than and a rigorous and structured assessment, including quantitative elements, hence leading to inconsistency and uncertainty. The Brazilian competition law system would thus benefit from the adoption of guidelines, which as in the case of the EU Guidance Paper, provides a clear legal and economic methodology as to how an effects-based approach should be implemented.

This paper also analyses the extent to which the legal and institutional framework in place in the EU and in Brazil is well suited to the implementation of a rigorous effects-based approach relying on economic analysis. There is no doubt that the mature EU system possesses the legal and institutional framework to apply such a rigorous approach, the problem being however that the EU courts, which are composed of generalist judges, are still reluctant to pursue it. The European Commission, which is a sophisticated institution, can however pursue an economic based approach.

Although the Brazilian competition law system is not yet fully mature, it has gone a long way, and the entry into force of the new Brazilian Competition Act 12.529/2011 and the setting up of the New CADE will further contribute to its development. The paper argues that the Brazilian system would greatly benefit from the adoption of guidelines, which, like the European Commission Guidance Paper, would offer a clear legal and economic methodology to implement an effects-based approach to vertical restraints.

II. Introduction

This study concerns the assessment under competition rules of agreements between a dominant supplier and its customers that restrict the ability of those customers to buy from the dominant firm's rivals (hereafter, "vertical restraints"). These agreements include:

- Exclusive dealing whereby the dominant firm sells a product on the condition that buyers not buy that same product from its rivals.
- Conditional rebates, whereby the dominant firm offers price incentives to customers buying all or a high percentage of their purchases from it. Rebates may be made over a single product (single-product rebate) or several products (bundled rebate).
- Tying and bundling, whereby the dominant firm agrees to sell one product only on the condition that the buyer also takes a second product from that firm (tying) or where the dominant firm will only sell two products as a package (pure bundling).

While in the vast majority of cases these agreements are pro-competitive in that they are a source of efficiencies, there may be circumstances where they foreclose rivals and create consumer harm. For several decades, vertical restraints have been a subject of debate among lawyers and economists and views as to how such restraints should be assessed have fluctuated. In recent years, however, a consensus has emerged that *per se* rules of illegality (or of legality) should not be applied to vertical restraints. Instead, such restraints should be assessed pursuant to an effects-based analysis balancing their pro- and anti-competitive effects.

Against this background, the purpose of this study is to analyse the way competition authorities and courts should ideally assess vertical restraints in the light of modern economic thinking. In past decades, much has been written on vertical restraints and useful tools have been developed to help competition law enforcers in their difficult task of separating pro-competitive from anti-competitive restraints. Of course, there is no mathematical test that would allow competition authorities and courts to mechanically determine whether a given vertical restraint should be declared legal or illegal. While antitrust enforcement is not an exact science, it is nevertheless possible to develop tests relying on objective economic criteria and to establish safe harbours for conducts deemed legal. These tests and safe harbours allow competition enforcers to reduce the occurrence of errors (taking the form of over- or -under enforcement) and thus increase the credibility of their action.

This study will refer to the way vertical restraints have been treated under European Union (EU) and Brazilian competition law, particularly in the light of recent policy developments. There are four main reasons for this approach.

First, EU competition law is one of the two most influential competition law regimes in the world, the other being US antitrust law. While US antitrust law was a key source of inspiration for the early competition regimes, EU competition law is probably the most influential competition law regime in the 21st century for the following reasons: (i) it applies to the 27 EU Member States, which together represent close to 500 million consumers; (ii) the EU has

exported its competition law regime to other nations and trade blocks through bilateral and regional trade agreements;¹ and (iii) the EU regime is based on an administrative enforcement system which is generally easier to apply in foreign jurisdictions (in particular fast-growing economies) than the US litigation-based model, which requires a highly developed and well performing court system.²

Second, in the past decade, EU competition law went through a significant evolution moving away from a legalistic approach, based on *per se* rules, to an effects-based system relying on modern economic principles. Of course, not everything is perfect in the EU model. The EU courts (i.e., the General Court and the European Court of Justice) still tend to follow their formalistic case-law. In fact, the evolution comes from the European Commission, which in its Guidance Paper on Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) clearly opts for a modern economic approach. That approach is of course not unique to the European Commission. US antitrust enforcement agencies and US courts led the way regarding the use of economic analysis in the assessment of vertical restraints, and a similar approach has now been adopted by the leading competition authorities around the world.³ What makes EU law a particularly useful source of reference is that the policy shift of the European Commission is articulated in the Guidance Paper, which is a detailed, and well-articulated, policy document.

Third, as for Brazilian competition policy, it has developed at a fast pace during the last two decades, with improving enforcement capabilities and increasing analytical sophistication. Indeed, the Brazilian Competition Law System (BCLS)⁴ has become a rising star among other developing jurisdictions, being praised for its “*strong institutional dedication to high standards of integrity, autonomy, sound policy, and fair procedure; an excellent leadership cadre; and a supportive business community*”.⁵ Moreover, considering the increasing relevance of its economy in global trade, Brazil has become an important jurisdiction for multinational companies, which generally take into account its competition policy when defining compliance programs.

Fourth, as many other developing jurisdictions, Brazil has been significantly influenced by EU competition policy. The Brazilian Competition Law System is also based on an administrative enforcement system, with deep European roots. In this sense, the comparative method offers a useful tool to illustrate how such influence may or may not generate close policy outcomes. In

¹ See Damien Geradin, *Competition Law and Regional Economic Integration: An Analysis of the Southern Mediterranean Countries* (World Bank Working Papers), 2004, 106 pp.

² The Perils of Antitrust Proliferation: The Globalization of Antitrust and the Risks of Overregulation of Competitive Behavior, 10 (2009) *Chicago Journal of International Law* 189.

³ See Einer Elhauge and Damien Geradin, *Global Antitrust Law & Economics*, 2nd Ed, Foundation Press, 2011.

⁴ Under Competition Act 8.884/94, the Brazilian Competition Law System (BCLS) is composed by three authorities, namely Economic Monitoring Secretariat (SEAE), Economic Law Secretariat (SDE) and the Administrative Council For Economic Defense (CADE). The New Brazilian Competition Act 12.529/2011 will transfer all competition law matters to a new and more robust Administrative Council For Economic Defense (CADE) by June 2012. When referring to BCLS, this article means these authorities responsible for enforcement of competition policy in Brazil.

⁵ OECD, *Brazil - Peer Review of Competition Law and Policy*, 2005, p. 102.

addition, the analysis of Brazilian case law and policy trends will probably present an interesting proxy of the tensions and challenges faced by other developing jurisdictions with the same roots, even though each competition law system will always have its own peculiarities.

This study is divided in six parts. Part II analyses the way economists have looked at vertical restraints over the past one hundred years. As will be seen, several schools of thought successively dominated the economic debate with each of them proposing radically different policy prescriptions (from the *per se* illegality of vertical restraints to their *per se* legality). Since the 1980s, there is, however, a broad consensus among economists that *per se* rules should not be applied to vertical restraints since their effects on competition depend on the circumstances of each case. Hence, such restraints should be subject to an effects-based analysis taking into account not only the potential anti-competitive effects of vertical restraints, but also the efficiencies they may generate. Part II then outlines the different categories of anti- and pro-competitive effects that can be generated by vertical restraints as identified in economic theory.

Part III discusses the way vertical restraints have been assessed under EU competition law and the new analytical approach adopted by the European Commission, which now assesses such restraints based on an effects-based analysis. Part III provides a brief introduction to EU competition law with a focus of Article 102 TFEU, which prohibits abuse of a dominant position. It then reviews the traditional case-law of the EU courts regarding vertical restraints, which is characterized by a strict approach towards vertical restraints. Finally, it discusses the reform of the enforcement of Article 102 TFEU the Commission embarked on in 2005⁶ culminating with the adoption of its Guidance Paper on Article 102 in December 2008.⁷

Symmetrical to Part III described above, Part IV discusses the way vertical restraints have been assessed under Brazilian Competition Law. This Part provides an introduction to Brazilian Competition Law, with a brief overview of the Brazilian Competition Act 8.884/94 (BCA), as well as CADE's Resolution 20, which have been the ground rules for dealing with vertical restraints for the past 15 years. This introduction also makes reference to the new Brazilian Competition Act 12.529/2011 (NBCA), which does not substantially change these basic rules. Finally, this part provides an overview of the recent Brazilian case-law, which generally follows an effects-based approach, but sometimes still comes close to a strict approach.

Drawing from the experiences of EU and Brazil, Part V seeks to provide some bright lines for the enforcement of competition rules in the field of vertical restraints. In light of the Guidance Paper produced by the EU Commission, which provides a well-articulated policy towards

⁶ Neelie Kroes, "Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82", Speech at the Fordham Corporate Law Institute New York, 23 September 2005.

⁷ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings issued in December 2008, [2009] OJ C45/7. Generally, on the Guidance Paper, see Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful? in F. Etro and I. Kokkoris, Eds, Challenges in the Enforcement of Article 102, by Oxford University Press, 2010.

vertical restraints, Part V first provides a set of sound legal and economic principles that should be used to analyse vertical restraints adopted by dominant firms. It then applies these principles to the assessment of the various categories of vertical restraints analysed in this paper (i.e. exclusive dealing, rebates and tying) with specific references to the European Commission's Guidance Paper on Article 102 and some references to Brazilian case law.

Part VI discusses the institutional environment that is needed to implement the analytical framework proposed in Part V. In particular, we discuss five different institutional elements: (i) legislation; (ii) regulations containing guidelines to implement the legislation; (iii) the authorities' capability to develop sound economic analysis of vertical restraints; (iv) the courts' readiness to review this type of analysis; and (v) the ability of the antitrust community (i.e., in-house counsel, external counsel and economic consultants) to deal with this type of analysis. Finally, Part VII contains a short conclusion.

III. The economics of vertical restraints

This Part first discusses the evolution of economic thinking regarding vertical restraints over time. It then discusses the possible anti- and pro-competitive effects of such restraints.

A. The evolution of economic thinking with respect to vertical restraints

For a long time, competition authorities and courts dealing with vertical restraints tended to favor the application of simple standards whereby certain types of restraints were *per se* illegal, i.e. they were banned independently of the demonstrated presence of anti-competitive effects and consumer harm. In the 1950s and 1960s, economists at the University of Chicago (the so-called "Chicago School") started to challenge such a formalistic approach by introducing analytical rigor into the analysis of vertical restraints.⁸ Their approach, which effectively led to a minimal enforcement of antitrust rules, was, however, challenged in the 1980s by other economists (the "Post-Chicago School") who argued that firms' incentives and behavior were more complex than depicted by the Chicago School and that greater attention had to be paid to the "strategic behaviors" of firms affecting market performance.⁹

Tying offers a nice illustration of the way economic thinking over vertical restraints has evolved over the past decades. The central idea behind the anti-competitive tying theories is that a dominant firm can use the market power it holds in its primary monopoly market to extend (leverage) it into another, related market by tying the purchase of the two products together. Because customers must obtain the monopoly product from the dominant firm (e.g., a photocopy machine with no rival in its category), if that firm ties a complementary product (e.g., ink

⁸ This school was composed of antitrust experts, including Aaron Director, Robert Bork, Frank Easterbrook and Richard Posner. For an excellent overview of the Chicago School position on antitrust, see Robert Bork, *The Antitrust Paradox - A Policy at war with Itself*, The Free Press, 1978, New Edition, 1993.

⁹ See Herbert Hovenkamp, "Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique", 2001 *Columbia Business Law Review* 257.

cartridges) to its monopoly product, then customers will be less willing to purchase a separate tied product from a rival supplier, thereby foreclosing competition in the otherwise competitive complementary market.

In the first part of the 20th century, economists simply assumed that by tying a second product to the purchase of its monopoly product, a dominant supplier could earn two monopoly profits instead of one. Under this view, tying was clearly anticompetitive and exclusionary, motivated solely by the dominant firm's desire to increase its profits. Hence, tying was treated as *per se* illegal because its only perceived purpose was to extend a monopoly into nearby complementary markets. This view strongly influenced the initial legal treatment of vertical restraints with the US Supreme Court notably declaring in an often cited dictum that “[t]ying serves hardly any purpose beyond the suppression of competition.”¹⁰

In the 1950s, economists at the University of Chicago, such as Robert Bork or Richard Posner, challenged that logic. Relying on theoretical models that provided a framework for thinking about firm incentives and behaviour, Chicago School economists argued that once a dominant firm had extracted the monopoly rents from a particular market, it could not earn additional monopoly profits through a related complementary market (an insight usually referred to as the “single monopoly profit” theorem).¹¹ Their classic example was a monopolist in nuts who tried to tie nuts to bolts.¹² Chicago School economists showed that if the firm holding a monopoly in nuts was already pricing its nuts at the monopoly level, it could not earn more by tying the purchase of nuts to the purchase of bolts. Hence, if there is one monopoly profit to earn from a bundle of complementary goods, dominant firms have no anticompetitive incentive to tie complementary products.

Chicago School scholars also argued that, under the single monopoly profit theorem, dominant firms may even have an incentive to encourage competition in markets that are complementary to their monopoly market.¹³ For the Chicago School, any tying practiced by a dominant firm must thus be motivated by efficiency reasons since, as will be seen below, there are often good reasons why a dominant firm may wish to sell products together.¹⁴ The Chicago School analysis therefore implies that tying arrangements should be treated under a *per se* rule of legality in direct contrast with the *per se* rule of illegality that was promoted in the prior regime.

¹⁰ *Standard Oil Co. of Cal. v. United States (Standard Stations)*, 337 U.S. 293, 305-06 (1949).

¹¹ See e.g., Robert Bork, “Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception,” (1954) 22 *The University of Chicago Law Review*, 157, 196; Robert Bork, *The Antitrust Paradox*, The Free Press: New York, (1978) at 372-375, 380-381; Richard Posner, “The Chicago School of Antitrust Analysis,” (1979) 127 *University of Pennsylvania Law Review*, 925; Richard Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, (2001), at 198-199.

¹² See Elhauge and Geradin, *supra* note 3, at 562.

¹³ *Id.*

¹⁴ For a discussion of the pro-competitive, efficiency-based justifications of tying, see David S. Evans and Michael Salinger, “Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law”, (2002) 22 *Yale Journal on Regulation* 37.

In the beginning in the 1980s, however, the Post-Chicago School, identified several important limitations to the single monopoly profit theorem. Post-Chicago scholars pointed out the important assumptions (implicit and explicit) that underpin the Chicago School theory and the implications of relaxing those assumptions. For instance, one of the more pivotal assumptions behind the single monopoly profit theorem is that the monopoly good and the complementary tied good are used in fixed proportions (which is typically the case for nuts and bolts).¹⁵ However, many complementary products are not used in fixed proportions. For instance, game consoles may be sold with some games, but users will typically buy many more games (hence, making game sales particularly profitable). Variable proportion inputs therefore make it possible for a dominant firm to increase its profits by expanding its dominance into the complementary market. Another critical assumption of the single monopoly profit theorem is that the complementary market is characterised by perfect competition and constant economies of scale. But, again, this is not always the case.

Against that background Post-Chicago School economists have shown monopoly leveraging through tying could be a profitable anticompetitive strategy for dominant firms. It is important, however, to note that just like the Chicago School models, the Post-Chicago models rest on some strong assumptions and therefore can only be applied to policy with great caution, something that the authors themselves have been quick to point out.¹⁶ Moreover, these models may often be difficult to implement in practice.¹⁷

Conclusion. The evolution of economic thinking over tying shows that different economic schools perceived tying in radically different ways and made radically different policy prescriptions (from *per se* illegality to *per se* legality). The position of most economists today is a moderate one, lying in between the two *per se* extremes of earlier years. A comparable evolution can be observed in other types of vertical restraints (e.g. exclusive dealing and conditional rebates) where economists generally consider that such restraints should not be subject to *per se* rules, but on the contrary to some form of rule of reason, or in EU parlance “effects-based” analysis.

¹⁵ See Michael Whinston, “Tying, Foreclosure, and Exclusion”, (1990) 80 American Economic Review 837.

¹⁶ See, e.g., Dennis W. Carlton & Michael Waldman, *Theories of Tying and Implications for Antitrust*, in W. Dale Collins (ed.) *Economics of Antitrust* (American Bar Association - forthcoming). Hart et al. concede a similar point in their seminal paper on vertical integration simply stating that “*Given these conflicting effects it is hard to deliver clear-cut prescriptions for antitrust policy on vertical mergers.*” Oliver Hart et al., “Vertical Integration and Market Foreclosure”, (1990) 1990 *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, 205, 213.

¹⁷ Herbert Hovenkamp made this point in his general critique of the post-Chicago school noting that, “[w]hile [the post-Chicago methodologies] sometimes produce robust economic conclusions, testing them has proven difficult. Further, they are messier and more difficult to use and too often strain the fact-finding power of courts beyond the breaking point.” Herbert Hovenkamp, *supra* note 9, at 336.

B. Pro-competitive vs. anti-competitive effects of vertical restraints

As noted in the preceding section, current economic thinking suggests that while vertical restraints may produce exclusionary effects, the harm to competition created by such restraints can generally be more than compensated by the presence of efficiencies. In this section, we thus review the potential anti- and pro-competitive effects of vertical restraints.

1. Exclusive dealing

1.1 Possible anti-competitive effects

The major anti-competitive concern raised by exclusive dealing agreements is that such agreements might foreclose enough of the market to competitors to impair competition.¹⁸ Such foreclosure may impede entry or expansion of rivals in the market, or accelerate their exit from the market, hence increasing the market power of the excluding firm.

First, most industries are subject to economies of scale, meaning that firms can lower their costs by expanding until they reach the output level that minimizes their costs, which is called the minimum efficient scale.¹⁹ If foreclosure prevents a competitive number of rivals from maintaining this scale, or from expanding their operations to reach it, then it impairs their efficiency. Second, foreclosure can similarly deprive rivals of economies of scope if, without the foreclosure, rival expansion would have enabled them to offer a variety of products that can be more efficiently produced or sold together than separately. Third, most industries are characterized by a learning curve, so that substantial foreclosure of the market can impair rivals efficiency by simply slowing down that expansion even though foreclosure does not outright prevent that expansion.²⁰

If rival efficiency is impaired in any of these ways, then rivals will have to cover their now-higher costs by charging higher prices than they otherwise would have. In the extreme case, these higher prices will be unsustainable, and thus rival entry will be deterred and existing rivals will be eliminated. But even if foreclosure reduced rival efficiency without outright eliminating them, it will worsen the market options available to consumers, and mean that these rivals will impose less of a constraint on the defendant's market power than they otherwise would have. This can thus enhance or maintain that market power even if it does not drive rivals from the market bar their entry.

¹⁸ See Elhauge and Geradin, *supra* note 3, at 516.

¹⁹ *Id.*

²⁰ Note that even if rivals are able to achieve their minimum efficient scale and scope of production, foreclosure that bars rivals from the most efficient means of distribution (downstream exclusive dealing) can also impair rival efficiency by increasing their costs. Conversely, dominant firms may foreclose rivals by denying them access to key inputs by making exclusive deals with the sellers (upstream exclusive dealing).

1.2 Possible redeeming efficiencies

Although exclusive dealing agreements can have anticompetitive effects, they also have many possible redeeming efficiencies.²¹ For instance, exclusive dealing obligations are often used to reduce uncertainty about whether future sales will occur at the contractually set price. Such obligations can give suppliers the contractual commitments they need to be able to invest in capital intensive projects (e.g., banks may only agree to fund the construction of a power plant if they have guarantees that the owner of the plant will be able to sell its power to a number of key customers). Relatedly, exclusive dealing might encourage the supplier to make a relation-specific investment (such as building a production plant in the vicinities of a given customer).²² Short of such commitment, the supplier would take the risk to be left with unproductive assets that, because they are relation-specific, cannot be redeployed to supply other buyers. Finally, exclusive dealing is regarded as an important remedy to prevent free riding, whenever specific investment in services and reputation is required (e.g. the investment made by a distributor in training personnel and offering high level of services may be important to build brand reputation for a particular supplier and, without exclusivity, other distributors might capture part of the gains associated with such reputation, thereby reducing the incentives to invest in such services)²³.

2. Conditional rebates

Although there are many definitions of conditional rebates, this paper considers such rebates as covering different incentive schemes granted by a supplier to its customers or distributors/retailers *provided* that their purchases or sales achieve or exceed certain thresholds formulated in terms of volume targets, percentages of total requirements or increase in purchases.²⁴

Conditional rebates can be classified into different categories. For instance, Ahlborn and Bailey distinguish rebates, according to:

- The *type of thresholds* which can be defined in terms of volume targets (quantity rebates) or percentage of total requirements (market-share rebates) or increase in

²¹ Id. at 519.

²² Id.

²³ Jonathan M. Jacobson, “Exclusive Dealing, ‘Foreclosure,’ and Consumer Harm”, 70 *Antitrust Law Journal* 311 (2002), at 321: “*Exclusive dealing arrangements generally promote more effective distribution by increasing dedication and loyalty; and they can minimize free-riding, improve product quality, and ensure customers and suppliers of a reliable source of supply*”.

²⁴ This definition draws on Gianluca Faella, “The Antitrust Assessment of Conditional Discounts and Rebates”, 4 *Journal of Competition Law and Economics* 375 (2008), at 376. See also the definition given by the Commission in its *Guidance Paper*, supra note 7, at § 13 (“*Conditional rebates are rebates granted to customers to reward them for a particular form of purchasing behaviour.*”)

purchases (growth rebates). When the percentage required is 100%, we can speak of exclusive rebates;

- The *scope of application*, whether they are forward-looking, i.e. they apply to incremental units above the threshold (incremental rebates) or backward looking, i.e. applying to both units below and above the threshold (retroactive rebates or roll-back rebates);
- The *products or set of products to which they apply*, whether they apply to one category of products (single product rebates) or across several distinct products (multi-product or bundled rebates).²⁵

This paper will classify rebates according to the way they operate and their potential effects on competition. It distinguishes between *single-product* and *multi-product* (bundled) rebates.

2.1 Possible anti-competitive effects

The anti-competitive concern raised by conditional rebates are essentially similar to those raised by exclusive dealing given that such rebates are essentially a less absolute form of exclusive dealing (since they give buyers a choice between complying with the condition attached to the rebate or foregoing the rebate). The concern is thus that when they tie a sufficiently large share of the market conditional rebates may lead to foreclosure of rivals. Conditional rebates may thus be used by dominant firms to prevent entry or expansion of rivals, or force them to exit the market when they are unable to match the dominant firm's rebates while remaining profitable.

2.2 Possible redeeming efficiencies

Conditional rebates may allow suppliers and customers to achieve a variety of efficiencies, which explain why they are used by both dominant and non-dominant firms. Such efficiencies include:

Price reduction. The most obvious effect of rebates is to reduce the prices of the firm offering the rebate to the direct benefit of its customers.²⁶ This also stimulates price cuts by other competitors which in turn enable firms on downstream markets to decrease their prices to their own customers.

Economies of scale and faster fixed costs recovery. In industries with high fixed costs, such as for instance innovative industries (information technology, pharmaceuticals, etc.) or large utilities (telecommunications, energy, etc.), rebates allow suppliers to increase output and, in

²⁵ Christian Ahlborn and David Bailey, "Discounts and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison", 2 *European Competition Journal* (2006) 101, 1004.

²⁶ This is true unless, of course, the grant of discounts is accompanied by an increase of initial prices (the so-called "penalty prices").

turn, recover their fixed costs more rapidly (since they will be able to achieve economies of scale by spreading their fixed costs over larger volumes) resulting in lower average total costs and prices for consumers.²⁷

Economies of scope and reduction of transaction costs. Multi-product rebates can allow businesses to achieve economies of scope and reduce transaction costs as buyers are able to obtain the requirements for different products from a single supplier.²⁸

Avoiding double marginalization. Rebates assist in avoiding “double marginalization” as, if the dominant firm’s customer also enjoys substantial market power, there is a risk that absent the rebates, the price would be higher than the price which would prevail if a vertically-integrated monopolist was operating on the market.²⁹

Preventing hold-up. In certain cases, the rebate system may be necessary to provide the incentive for the dominant supplier to make certain relationship-specific investments to supply a particular customer.³⁰ This may be the case when supplying a customer requires the supplier to invest in new technologies, new production or even build a production plant. Conditional rebates may be the most efficient way to give the type of assurances needed by the supplier to engage in such investments.

Supplementary services. Rebates may also be an effective way of providing incentives for customers to supply complementary services (product promotion, etc.), hence aligning the incentives of the customers with those of the supplier.³¹

3. Tying and bundling

Tying is a common practice used by both dominant and non-dominant firms to offer better, cheaper and more convenient products or services. Shoes have always been sold with laces and cars with tires, and hotel nights generally with breakfast. But beyond these trivial examples, product integration has become a key business strategy in many industries. Manufacturers of consumer electronics, for instance, combine many different components into a single product to make these components work better or to make the product more cost-effective, smaller and

²⁷ See Derek Ridyard, “Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis”, (2002) 6 *European Competition Law Review*, 286.

²⁸ See United States, Roundtable on Bundled and Conditional Discounts and Rebates; DAF/COMP/WP3/WD(2008)47, at § 8.

²⁹ See Simon Bishop, “Delivering Benefits to Consumers or Per Se Illegal? Assessing the Competitive Effects of Conditional Rebates” in *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Swedish Competition Authority, 2005, at 73. See also Kolay, S., G. Shaffer, and J. Ordovery. 2004. “All Units Discounts in Retail Contracts”. *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol. 13 (3): 429-459.

³⁰ See European Commission, European Commission, Roundtable on Bundled and Conditional Discounts and Rebates; DAF/COMP/WP3/WD(2008)48, at § 26.

³¹ See Bishop, supra note 29, at 72.

consuming less energy. Smartphones, for instance, comprise elements that used to be provided separately (phone and camera, for instance), and their larger screen allows users to play games, exchange emails, browse the Internet and access various forms of online content. Manufacturers seek to grow sales by increasing the value proposition offered to their customers and tying different functionalities is an important part of that strategy.

3.1 Possible anti-competitive effects

While in the vast majority of cases tying is pro-competitive, tying may also be used as an exclusionary strategy. First, there may be circumstances where a firm that is dominant in the market for the tying product may seek to extend its market power into the market for the tied product by tying the purchase of the two goods together (a strategy often referred to as “monopoly leveraging”).³² Because customers must obtain the monopoly product from the dominant firm, if that firm ties a complementary product to its monopoly product (that is, customers can only buy the monopoly product if they also purchase the tied product), then customers will be less willing to purchase a separate (now redundant) tied product from an independent supplier, thereby foreclosing competition in the otherwise competitive complementary product market.

Second, there may also be circumstances where tying may not be so much about leveraging a dominant position in the tying product market to the tied product market as it is about protecting dominance in the tying product market.³³ When the tying monopolist has reason to believe that successful tied product makers are likely to evolve into tying product makers in the future, it has incentives to foreclose rivals in the tied product markets to prevent or reduce erosion in its tying market over time. For instance, in the US Microsoft case, the Department of Justice (DoJ) argued that by tying Windows with Internet Explorer, Microsoft did not aim to reap profit in the browser market, but protect its dominant position in the operating system market from the threat that might emerge from a significant browser competitor, which could eventually be turned into an alternative operating system.³⁴

3.2 Possible redeeming efficiencies

Tying and bundling can be the source of efficiencies we discuss hereafter.

Increasing the value of products to users. Two products may be more valuable to users when tied together. Buyers may, for instance, give greater value to a mobile phone that also contains a camera and an MP3 player, or an automatic washing machine that also dries clothes. Buyers may

³² See Einer Elhauge and Damien Geradin, 3, at p. 495 et seq.

³³ See, e.g., R. Cooper Feldman, “Defensive Leveraging Strategy in Antitrust”, (1999) 87 Georgetown Law Journal, 2079.

³⁴ See Timothy Bresnahan, Network Effects and Microsoft, SIEPR Discussion Paper No. 00-51, August 2001, available at <http://www-siepr.stanford.edu/papers/pdf/00-51.pdf>

thus be willing to offer a price premium for products conveniently integrating complementary features.

Economies of scale in production and distribution. In certain circumstances, tying may give rise to savings in production costs.³⁵ For instance, Evans and Salinger have shown that the costs of producing tablets that contained both pain reliever medicine and decongestant are much lower than the combined costs of production of separately branded tablets.³⁶ Combining different products may also reduce distribution costs. For instance, shipping a PC together with a series of complementary items, such as a keyboard, a mouse, and a monitor certainly saves transport, packaging and invoicing costs. Similar savings can be achieved by combining MP3 players and earphones, and cameras with lens cover, flash equipment, batteries and chargers.

Brand protection and product safety. In certain circumstances, the sellers of the tying product might require that buyers use its tied product with it because they are concerned that buyers will otherwise use an inferior substitute that will make the tying product work less well and lower its brand reputation.³⁷ For example, a fast food franchisor might sell its franchise (the tying product) to the franchisees who own the individual fast food restaurants on the condition that the franchisees buy their meat (the tied product) exclusively from the franchisor. Manufacturers may also engage in tying to address safety concerns. Producers of disposable razors may, for instance, be concerned about the quality of the blades produced by others and thus decide to tie their razors with blades. Note that in these examples a less restrictive alternative might be simply to inform buyers about the quality issue.³⁸

IV. From per se rules to effects-based analysis: Abuse of dominance in EU law

As observed in Part II, the way economists have analyzed vertical restraints has considerably evolved over the years to now reach a moderate position where most economists agree that, while they can be a source of efficiencies, there may be situations where such restraints create foreclosure effects.

The position of competition authorities and courts on vertical restraints has also evolved over the years, not necessarily at the same speed, however, as economic thinking. For a long period of time authorities and courts generally took a strict approach to vertical restraints adopted by dominant firms holding them *per se* illegal. However, times have changed and authorities and courts have been more open to engage in a “rule of reason” or “effects-based” analysis of vertical restraints.

³⁵ See Robert O’Donoghue and Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, at 481.

³⁶ Michael Salinger and David Evans, *Curing Sinus Headaches and Tying Law, An Empirical Analysis of Bundling Decongestants and Pain Relievers*, CESIFO WORKING PAPER NO. 1519, August 2005, available at http://www.econstor.eu/bitstream/10419/18983/1/cesifo1_wp1519.pdf

³⁷ See Elhauge and Geradin, *supra* note 3, at 570.

³⁸ *Id.*

In order to illustrate this evolution, this Part of the paper focuses on the way vertical restraints adopted by dominant firms have been assessed under EU competition law. In order to address criticisms from scholars and practitioners that its approach to exclusive dealing, rebates, tying, and other potentially exclusionary measures, was overly restrictive and not in line with modern economic thinking, the Commission embarked on a reform that culminated with the adoption of its Guidance Paper on the enforcement of Article 102 TFEU (hereafter, the “Guidance Paper”).³⁹

Against this background, this Part will be divided into three sections. Section A provides a brief introduction to EU competition law with a focus of Article 102 TFEU, which prohibits abuse of a dominant position. Section B reviews the traditional case-law of the EU courts regarding vertical restraints, which is characterized by a strict approach towards vertical restraints. Section C discusses the Commission’s reform of its enforcement of Article 102 TFEU, which is designed to place it in line with modern economic theory.

A. Brief introduction to EU competition law

EU competition law came into existence with the adoption of the Treaty of Rome (also known as “EC Treaty” and now, following successive modifications, referred to as the “Treaty on the Functioning of the European Union” or “TFEU”) in 1957, which contained several competition law provisions. The main provisions are Article 101, which prohibits anti-competitive agreements between firms, and Article 102, which prohibits dominant firms from abusing their dominant position. While vertical restraints can fall within the scope of Article 101 (in the absence of a dominant firm) and Article 102 (in the presence of a dominant firm), this paper focuses on the application of the latter provision. The most relevant case-law in the field of vertical restraints is indeed based on Article 102.

The main enforcement body is the European Commission (although national competition authorities may also enforce EU competition rules), which can adopt infringement decisions, as well as impose remedies and fines.⁴⁰ Commission decisions can be appealed at the General Court (which is based in Luxemburg) and General Court decisions can be appealed at the European Court of Justice (also based in Luxemburg), which is the jurisdiction of last resort. In addition to binding decisions, the Commission can also issue policy documents, such as guidelines, notices or, as illustrated with respect to Article 102 TFEU, even more informal Guidance.

B. Vertical restraints as exclusionary abuses: Review of the traditional case-law of the EU courts

Anti-competitive vertical restraints adopted by dominant firms are typically considered as “exclusionary” abuses in that they “foreclose” rivals. Competition authorities and courts around

³⁹ See supra note 7.

⁴⁰ Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, O.J. 2003, L 1/1.

the world have faced considerable difficulties in developing standards that would allow them to distinguish anticompetitive foreclosure from competition on the merits. This led to the frustration of some scholars. As far as US law is concerned, Einer Elhauge argued in 2003 that “for decades monopolization doctrine ha[d] been governed by standards that are not just vague but vacuous.”⁴¹ Referring to the case law of the EU courts, Temple Lang and O’Donoghue, for instance, similarly stated in 2005 that “no currently-applied definition [of exclusionary abuse] has sufficient normative content to be applied ex ante as a normative rule by firms making pricing decisions or embarking on a given course of conduct.”⁴²

In fact, these authors complain about the application of standards based on vague concepts, such as that exclusionary abuses would amount to adopting “methods different from those which condition normal competition in products or services”,⁴³ behaviour that is not “competition on the merits”, or not in compliance with the “special responsibility” that dominant firms hold vis-à-vis their smaller rivals.⁴⁴ Reliance to such vague concepts was one of the reasons that led the Commission to adopt its Guidance Paper on Article 102, which, as will be seen below, contains a much more robust definition of exclusionary abuses. The other reason for the issuance of this Guidance Paper was the excessively strict and formalistic approach followed by the Commission and the EU courts in their application of Article 102 to exclusionary abuses to which we turn in the next section.

C. From a form-based approach to effects-based approach to exclusionary abuses

1. The form-based approach pursued by the EU courts and the Commission

For the past two decades, a recurring criticism of the decisional practice of the Commission and the case law of the EU courts on exclusionary abuses (including anti-competitive vertical restraints) was that they were not in line with modern economic thinking. The reasons were that (i) cases were often decided on “formal” considerations, such as the nature of a given conduct, rather than its effects on competition and consumer welfare and (ii) that the efficiencies that can be generated by dominant firm conduct were not taken into consideration at all or insufficiently so. That led to a case law that was highly unfavourable to dominant firms, which in some cases failed to engage in pro-competitive conduct by fear that such conduct may fall foul of Article 102.

As will be seen below, vertical restraints adopted by dominant firms were treated particularly strictly by the Commission and EU courts, although some of the more recent cases signalled a positive evolution.

⁴¹ EinerElhauge, *Defining Better Monopolization Standards*, 56 Stanford Law Review 253 (2003).

⁴² J. Temple Lang and R. O’Donoghue, “The Concept of Exclusionary Abuse under Article 82”, *GCLC Research Papers on Article 82*, July 2005, mimeo.

⁴³ Case 85/76 Hoffman-La Roche v Commission [1979] ECR 461, paragraph 91

⁴⁴ Case 322/81, Michelin v. Commission [1983] ECR 3461, para. 57

2. The application of a form-based approach to vertical restraints

2.1 Exclusive dealing

The Commission and the EU courts have traditionally taken a strict approach to exclusive dealing. In *Hoffman-La Roche*, the leading global producer of vitamins, Roche, had concluded with 22 large purchasers of vitamins sales contracts under which these purchasers undertook to obtain all or most of their requirements of vitamins or certain vitamins exclusively from Roche or which gave them an incentive to do so by including a promise of a discount (see section 2.2 below).⁴⁵ The Commission found that these contracts breached Article 102 TFEU. On appeal, ECJ supported the Commission decision stating that:

“An undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers -- even if it does so at their request -- by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article [102 TFEU], whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate.”⁴⁶

The ECJ thus took a quasi *per se* illegality approach vis-à-vis exclusive dealing obligations in that it does not find it necessary to analyse the effects of such obligations on the market in question. This strict position was confirmed later in the judgment where the ECJ states that the concept of an abuse “in principle includes any obligation to obtain supplies exclusively from an undertaking in a dominant position which benefits that undertaking.”⁴⁷

In *Van den Bergh Foods*, the Commission and General Court, however, seem to have taken a more flexible approach to exclusive dealing obligations. Van den Bergh Foods, the dominant producer of single-wrapped ice creams for immediate consumption (referred to in the case as “impulse ice-creams”), had for a number of years supplied free of charge ice-cream retailers with freezer cabinets provided that they would be used exclusively for its ice creams. Around 40% of the available outlets were tied up by such an exclusivity obligation. The Commission found Van den Bergh Foods’ conduct in breach of Article 102.⁴⁸ In its decision, it nevertheless specified that:

⁴⁵ Case 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.

⁴⁶ *Id.* at § 89.

⁴⁷ *Id.* at § 121.

⁴⁸ Decision 98/531/EC, *Van den Bergh Foods*, 1998 O.J., L 246/1.

“for the purpose of applying Article [102 TFEU], the circumstances surrounding the agreements and particularly their effect on the structure of competition in the relevant market must be taken into account in establishing the existence of an abuse.”⁴⁹

On appeal, the General Court supported the Commission decision and stated that:

“The fact that an undertaking in a dominant position on a market ties de facto — even at their own request — 40% of outlets in the relevant market by an exclusivity clause which in reality creates outlet exclusivity constitutes an abuse of a dominant position within the meaning of Article [102 TFEU]. The exclusivity clause has the effect of preventing the retailers concerned from selling other brands of ice cream (or of reducing the opportunity for them to do so), even though there is a demand for such brands, and of preventing competing manufacturers from gaining access to the relevant market.”⁵⁰

The above extracts suggest that the Commission and the General Court consider that an analysis of the “effects” of an exclusive dealing obligation should be part of the assessment of the compatibility of such an obligation with Article 102 TFEU.

2.2 Conditional rebates

Hoffman-La Roche was the first major judgment of the ECJ dealing with rebates. As seen in the preceding section, Roche had concluded exclusive dealing obligations with 22 large purchasers of vitamins. For some of the contracts at stake, Roche also paid a rebate to those customers who had obtained all or most of their requirements from Roche calculated on vitamin total purchases. The amount of the rebate differed from customer to customer and typically varied between 1% and 5%, although one customer received rebates of 12.5% to 20%.

In its judgment, the ECJ took vis-à-vis the rebates in question a position identical to the one it had applied for Roche’s exclusive dealing obligations. It stated that a dominant undertaking was also in breach of Article 102 TFEU:

“if the said undertaking, without tying the purchasers by a formal obligation, applies, either under the terms of agreements concluded with these purchasers or unilaterally, a system of fidelity rebates, that is to say discounts conditional on the customer’s obtaining all or most of its requirements — whether the quantity of its purchases be large or small — from the undertaking in a dominant position.”⁵¹

The ECJ considered that such rebates were incompatible with the objective of undistorted competition within the common market, because “they are not based on an economic transaction

⁴⁹ Id. at § 268.

⁵⁰ Case T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd v Commission* [2003] ECR II-4653, at § 160.

⁵¹ *Hoffmann-La Roche* supra note 45, at § 89.

which justifies this burden or benefit but are designed to deprive the purchaser of or restrict his possible choices of sources of supply and to deny other producers access to the market.”⁵² The ECJ also established a distinction between “fidelity” rebates and “volume” rebates by stating that “the fidelity rebate, unlike quantity rebates exclusively linked with the volume of purchases from the producer concerned, is designed through the grant of a financial advantage to prevent customers from obtaining their supplies from competing producers.”⁵³

In *Hoffman-La Roche*, the ECJ thus took a particularly strict position vis-à-vis rebates adopted by dominant firms:

- It adopted a *per se* rule of illegality against so-called “fidelity” rebates in exchange of which buyers commit to buy all or a large percentage of their requirement from the dominant supplier.⁵⁴
- “Volume” rebates are similarly in breach of Article 102, except when the rebate amounts to the cost savings a dominant firm is able to realize by selling larger volumes to buyers.
- The ECJ does not analyse the effects of the rebates granted by the dominant firm on competition and consumer welfare.

The ECJ adopted a few additional judgments dealing with rebates in which it found that:

- Rebates with long reference periods (e.g., one year) are more likely to be anti-competitive than rebates with short reference periods (e.g., three months).⁵⁵
- Rebate regimes that are opaque (because the terms and conditions of the rebates are not clear) are more likely to be anti-competitive than transparent rebate regimes.⁵⁶
- “Retroactive” rebates, i.e. which even if they only kick in after a certain volume is purchased “roll back” to the first unit purchased, are anti-competitive.⁵⁷

⁵² Id. at § 90.

⁵³ Id.

⁵⁴ Case 322/81, *NV NederlandscheBandenIndustrie Michelin v Commission (Michelin I)*, [1983] ECR 3461 at § 14.

⁵⁵ Id. at § 81.

⁵⁶ Id. at § 83.

⁵⁷ Id. at § 81. See also *Michelin II* in which the GC observed that “if a discount is granted for purchases made during a reference period, the loyalty-inducing effect is less significant where the additional discount applies only to the quantities exceeding a certain threshold than where the discount applies to total turnover achieved during the reference period. In the latter case, the saving which may be made by reaching a higher scale applies to total turnover achieved whereas, in the former case, it applies only to the additional amount purchased.” GC, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Commission (Michelin II)*, T-203/01, [2003] ECR II-4071 at § 85.

Some scholars have, however, observed that, contrary to a commonly held belief, the ECJ does not apply a *per se* illegality rule to rebates granted by dominant firms as it suggested in some cases that the effects of the rebates had to be taken into account and that it was willing to consider objective justification. For instance, in *British Airways*,⁵⁸ stated that:

“[It] first has to be determined whether those discounts or bonuses can produce an exclusionary effect, that is to say whether they are capable, first, of making market entry very difficult or impossible for competitors of the undertaking in a dominant position and, secondly, of making it more difficult or impossible for its co-contractors to choose between various sources of supply or commercial partners.

[...] It then needs to be examined whether there is an objective economic justification for the discounts and bonuses granted [...]. [A]n undertaking is at liberty to demonstrate that its bonus system producing an exclusionary effect is economically justified.

[...] Assessment of the economic justification for a system of discounts or bonuses established by an undertaking in a dominant position is to be made on the basis of the whole of the circumstances of the case. [...] It has to be determined whether the exclusionary effect arising from such a system, which is disadvantageous for competition, may be counterbalanced, or outweighed, by advantages in terms of efficiency which also benefit the consumer. If the exclusionary effect of that system bears no relation to advantages for the market and consumers, or if it goes beyond what is necessary in order to attain those advantages, that system must be regarded as an abuse.”⁵⁹ (emphasis added)

Although the EU courts have never struck down any infringement decision of the Commission prohibiting rebates, the above extract suggests that these courts are at least willing to contemplate the justifications that could be offered by the dominant firm to justify its rebates.

2.3 Tying

The Commission has only issued a small number of decisions concerning tying and bundling, the most famous one being its 2004 decision in which it decided that Microsoft infringed Article 102 by tying Windows Media Player (WMP) with its Windows PC operating system (Windows).⁶⁰ The Commission considered that anti-competitive tying requires the presence of the following elements: (i) the tying and the tied goods are two separate products; (ii) the undertaking concerned is dominant in the tying product market; (iii) the undertaking concerned does not give

⁵⁸ Case T-219/99, *British Airways plc v Commission*, [2003] ECR II-5917 and Case C-95/04 P, *British Airways plc v Commission*, [2007] ECR I-2331.

⁵⁹ Case C-95/04 P, *British Airways plc v Commission*, [2007] ECR I-2331, §§67-68 and §§84-86.

⁶⁰ Commission Decision, 24 March 2004, Case COMP/C-3/37.792 *Microsoft*.

customers a choice to obtain the tying product without the tied product; and (iv) the tying in question forecloses competition.⁶¹

The Commission found that WMP and Windows were two separate products.⁶² The distinctness of products had to be assessed with a view to consumer demand, and, according to the Commission, the fact that the market provides media players separately shows that there is separate consumer demand for media players that could be distinguished from the demand for client PC operating systems. Hence, WMP and Windows were separate products. It also found that Microsoft was dominant on the market for PC operating systems.

The Commission also established that customers were not given the choice of acquiring the tying product without the tied product as Microsoft rendered the availability of Windows conditional on the customer's simultaneous acquisition of the tied product. The Commission noted that the fact that customers needed not to pay extra (WMP is distributed with Windows at no additional cost) was not a relevant consideration as the wording of Article 102(d) "does not require a reference to 'paying' when introducing the element of 'supplemental obligation.'"⁶³ It also noted that there is no language in Article 102 that would suggest that "in order to show coercion, customers need to be forced to use the tied product."⁶⁴

As to the element of foreclosure, the Commission stated that tying has a harmful effect on competition.⁶⁵ It acknowledged, however, that there were circumstances

"relating to the tying of WMP which warrant a closer examination of the effects that tying has on competition in this case. While in classical tying cases, the Commission and the Courts considered the foreclosure effect for competing vendors to be demonstrated by the bundling of a separate product with the dominant product, in the case at issue, users can and to a certain extent obtain third party media players through the Internet, sometimes for free. There are therefore good reasons *not* to assume without further analysis that tying WMP constitutes conduct which by its very nature is liable to foreclose competition."⁶⁶

The Commission thus considered that the form-based approach applied to tying in its prior decisions had to be replaced by an effects-based approach that the Commission was beginning to promote at the time.⁶⁷ As a result, it followed a three-step analysis. First, the Commission

⁶¹ Id. at § 794.

⁶² Id. at section 5.3.2.1.2

⁶³ Id. at § 831.

⁶⁴ Id. at § 832.

⁶⁵ Id. at § 835.

⁶⁶ Id. at § 841.

⁶⁷ It is worth noting that a very similar approach was taken in the other side of the Atlantic, in the *US v. Microsoft* case (346 U.S. App. D.C. 330), which analyzed the tying between Windows and Internet Explorer. Indeed, the Court of Appeals of the D.C. Circuit, decided to overturn the District Court's decision that had applied a per se rule to the (continued...)

observed that given that Windows was present on more than 90% of all PCs, the tying of WMP with Windows ensured WMP unmatched ubiquity in the market. The Commission also rejected the view that other media player vendors could offset WMP's ubiquity through other distribution channels, such as installation agreements with OEMs, free downloading of their software from the Internet, etc.⁶⁸ The ubiquitous presence of WMP on PCs thus provided a significant "competitive advantage" to Microsoft. Second, the Commission considered that this competitive advantage would lead content providers to encode their content primarily in WMP-compatible format and application vendors to write applications primarily for WMP. The presence of strong network effects would ultimately tip the market in favour of Microsoft.⁶⁹ Finally, the Commission looked at market developments in the media player industry and identified a trend in favour of WMP.⁷⁰ As a remedy to the infringement, the Commission ordered Microsoft to offer a version of Windows for client PCs that does not include WMP.

Microsoft subsequently appealed the decision of the Commission to the GC, which delivered its judgment in September 2007.⁷¹ In that judgment, the GC supported the position of the Commission that (i) operating systems for PCs and media players are distinct products; (ii) Microsoft is dominant on the market for operating systems; and (iii) the condition of coercion is met in that Microsoft does not give consumers the option of obtaining Windows without WMP.

However, as far as the condition of foreclosure is concerned, the GC departed from the effects-based approach followed by the Commission in its decision. That is made clear at paragraph 1058 of the judgment, which stated that the Commission's findings that the ubiquitous presence of WMP on PCs provided a significant "competitive advantage" to Microsoft

"are in themselves sufficient to establish that the fourth constituent element of abusive bundling is present in this case. Those findings are not based on any new or speculative theory, but on the nature of the impugned conduct, on the conditions of the market and on the essential features of the relevant products. They are based on accurate, reliable and consistent evidence which Microsoft, by merely contending that it is pure conjecture, has not succeeded in showing to be incorrect."

tying accusation, ordering the lower court to reevaluate Microsoft's conduct under the *rule of reason* (effects-based approach). Just as in the EU case, the software market was considered sufficiently complex not to allow the application of a *per se* rule (form-based approach). In the words of the Court of Appeals: "*We remand the case for evaluation of Microsoft's tying arrangements under the rule of reason. (...) That rule more freely permits consideration of the benefits of bundling in software markets, particularly those for OSs, and a balancing of these benefits against the costs to consumers whose ability to make direct price/quality tradeoffs in the tied market may have been impaired*". 346 U.S. App. D.C. 330, at 390.

⁶⁸ Id. at § 844.

⁶⁹ Id. at § 878.

⁷⁰ Id. at § 933.

⁷¹ Case T-201/04, Microsoft v. Commission, judgment of 17 September 2007, 2007 ECR II-3601.

Hence, according to the GC, it is sufficient to show that WMP was ubiquitous on PCs to demonstrate that the tying in question creates a competitive advantage that rivals are unable to replicate. Once such a competitive advantage has been demonstrated, it is no longer necessary to show that the tying produces foreclosure effects in the market in question.

3. The modernisation of the EU law of abuse of dominance and the 2005 Discussion Paper

Roughly at the time Neelie Kroes became Competition Commissioner, it became clear that the Commission needed to move away from its form-based approach and embrace the effects-based approach it had already adopted with respect to the enforcement of Article 101. The first step in that direction came with the major policy speech given by Commissioner Kroes at the Fordham international antitrust conference in September 2005 in which she declared that she was:

“convinced that the exercise of market power must be assessed essentially on the basis of its effects in the market, although there are exceptions such as the per se illegality of horizontal price fixing. [...] Article [102] enforcement should focus on real competition problems: In other words, behaviour that has actual or likely restrictive effects on the market, which harm consumers. [...] Low prices and rebates are, normally, to be welcomed as they are beneficial to consumers.”⁷²

Commissioner Kroes’ speech was immediately followed by a Commission Discussion Paper on Article 82 EC (now 102 TFEU),⁷³ which promoted the very effects-based approach announced by the Commissioner. While the new economics-based principles guiding the approach proposed in the Discussion Paper were largely welcomed by commentators, the ways in which the Commission proposed to analyze certain categories of conduct were criticized as too reminiscent of the old formalistic approach.⁷⁴ This being said, the Discussion Paper largely met its objective of stimulating debate as it was subject to abundant commentary, conferences, and events.

4. The 2008 Guidance Paper

The next steps for the Commission were not clear as there was, for instance, speculation on whether the Discussion Paper would be turned into guidelines. While Commission officials were regularly recalling the Commission’s intention to pursue an effects-based approach, no further move was made for almost three years before the Commission published a Guidance Paper on its

⁷² NeelieKroes, “Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82”, Speech at the Fordham Corporate Law Institute New York, 23 September 2005, available at <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.

⁷³ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005, available at <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

⁷⁴ C. Ahlborn , V. Denicolò , D. Geradin and J. Padilla, “DG Comp Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries”, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894466

enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty (now Article 102 TFEU) to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (hereafter, the “Guidance Paper”).⁷⁵ This document is of a *sui generis* nature as it “sets out the enforcement priorities that will guide the Commission’s action in applying Article [102] to exclusionary conduct by dominant undertakings.”⁷⁶ The Commission does not therefore state or restate the way in which Article 102 should be interpreted, a task which falls within the exclusive remit of the ECJ, but explains the circumstances in which a given dominant firm’s conduct is likely to be subject to enforcement action by the Commission.⁷⁷

The Guidance Paper focuses only on exclusionary abuses leaving aside exploitative abuses and price discrimination. The Guidance Paper seeks to address the two criticisms referred to above. First, the Guidance Paper seeks to provide a definition of anticompetitive foreclosure (which is another formulation of the notion of exclusionary abuse) that carries more substance than the vague and largely unhelpful definitions referred to above. Second, the Guidance Paper signals that the Commission will pursue an effects-based approach in its enforcement of Article 102 TFEU.

The Guidance Paper defines the term “anticompetitive foreclosure” as:

“a situation where effective access of actual or potential competitors to suppliers or markets is hampered or eliminated as a result of the conduct of the dominant undertaking whereby the dominant undertaking is likely to be in a position to profitably increase prices to the detriment of consumers.”⁷⁸

This definition suggests that a two-stage test will be relied upon to assess whether a given conduct is anti-competitive. In accordance with such test the Commission should first establish the presence of foreclosure and then prove that such foreclosure will likely harm consumer welfare. The reference to consumer welfare is important as it suggests that a conduct that would merely affect the “structure of competition” by, for instance, eliminating less efficient competitors but that would have no effect on prices or on the quality of products, or innovation, and thus would not harm consumers, would not lead to enforcement action by the Commission under Article 102. It is thus the presence of (likely) consumer harm that will trigger the intervention of the Commission.

⁷⁵ Guidance Paper, *supra* note 7.

⁷⁶ *Id.* at § 2.

⁷⁷ See Commission Decision of 13 May 2009, COMP/37-990 Intel, available at <http://ec.europa.eu/competition/sectors/ict/intel.html>, at § 916: “*The guidance paper is not intended to constitute a statement of the law and is without prejudice to the interpretation of Article [102] by the Court of Justice or the Court of First Instance. As a document intended to set priorities for the cases that the Commission will focus upon in the future, it does not apply to proceedings that had already been initiated before it was published, such as this case.*”

⁷⁸ Guidance Paper, *supra* note 7, at § 19.

The Guidance Paper then lists a number of factors that will generally be relevant to its assessment of foreclosure, including: the position of the dominant undertaking, the conditions on the relevant market, the position of the dominant undertaking's competitors, the position of the customers or input suppliers, the extent of the allegedly abusive conduct, possible evidence of actual foreclosure, and direct evidence of any exclusionary strategy.⁷⁹

Finally, the Guidance Paper indicates that the Commission will normally intervene under Article 102 where there is "cogent and convincing evidence" that the allegedly abusive conduct "is likely to lead to anticompetitive foreclosure."⁸⁰ It also provides that the assessment of a given conduct will "be made by comparing the actual or likely future situation in the relevant market (with the dominant undertaking's conduct in place) with an appropriate counterfactual, such as the simple absence of the conduct in question or with another realistic alternative scenario, having regard to established business practices."⁸¹

The Guidance Paper also contains a section dealing with price-based exclusionary conduct. It states that to prevent anti-competitive foreclosure, the Commission "will normally only intervene where the conduct concerned has already been or is capable of hampering competition from competitors which are considered to be as efficient as the dominant undertaking."⁸² As the objective of competition is not to protect (less efficient) competitors, the "as efficient test" is certainly conceptually correct, although its application may at times raise significant difficulties.

The Guidance Paper states that the cost benchmarks the Commission will normally use to perform the "as efficient competitor" test are the average avoidable cost (AAC) and long-run average incremental cost (LRAIC).⁸³ In practice, when the price of a product is not sufficient to cover the AAC of producing the good or service in question ($P_e < AAC$),⁸⁴ this means that the dominant firm sacrifices profits in the short term and that an "as efficient competitor" will not be able to serve the targeted customers without incurring a loss.⁸⁵ Failure to cover LRAIC ($P_e < LRAIC$) indicates that the dominant firm is not recovering all the fixed costs of producing the good or service in question and that an "as efficient competitor" could be foreclosed from the market.⁸⁶

The Guidance Paper provides that if the data clearly suggest that an as efficient competitor can compete effectively with the dominant firm's price conduct, the Commission will "in principle"

⁷⁹Id. at § 20.

⁸⁰ Guidance Paper, *supra* note 7, at § 20.

⁸¹Id. at § 21.

⁸²Id. at § 23.

⁸³Id. at § 26.

⁸⁴ P_e is the price effectively paid by the customer (for instance, the list price minus a rebate).

⁸⁵Guidance Paper at § 26.

⁸⁶ Id.

infer that this conduct is unlikely to adversely impact effective competition, and thus consumers, and will be therefore unlikely to intervene.⁸⁷ If, by contrast, the data suggest that the price charged by the dominant firm has the potential to foreclose as efficient competitors, the Commission will integrate this into the general assessment of anticompetitive foreclosure, taking into account other relevant quantitative and/or qualitative evidence (see the foreclosure analysis discussed above).⁸⁸ This language is important as it makes clear that under the Guidance Paper the performance of a price cost test is necessary, but not sufficient to determine the presence of foreclosure. Indeed, while a price cost test may establish that by granting aggressive rebates to a given customer a dominant firm may foreclose as efficient competitors from supplying this customer, the demand of such customer may be insufficient (because it for instance only represents 5% of the overall demand) to drive as efficient competitors from the market.

The Guidance Paper indicates that the Commission intends to examine claims by a dominant firm that its conduct is objectively “justified” or that it generates “efficiencies” that are sufficient to guarantee that no net harm to consumers is likely to arise.⁸⁹ As far as efficiencies are concerned, the dominant firm that adopted the conduct leading to the foreclosure of competitors must “demonstrate, with a sufficient degree of probability, and on the basis of verifiable evidence” that the following cumulative conditions are met: (i) “the efficiencies have been, or are likely to be, realised as a result of the conduct”; (ii) “the conduct is indispensable to the realisation of these efficiencies”; (iii) “the likely efficiencies brought about by the conduct concerned outweigh any likely negative effects on competition and consumer welfare in the affected markets”; (iv) “the conduct does not eliminate effective competition, by removing all or most existing sources of actual or potential competition.”⁹⁰

The Commission will thus accept efficiency defences provided that conditions comparable to those found in Article 101(3) TFEU are met.⁹¹ It is questionable whether many dominant firms that engage in a conduct that leads to anti-competitive foreclosure will be able to satisfy this test as the conditions are particularly stringent when placed in a dominance context. In any event, this test cannot be passed successfully by so-called “ultra-dominant” firms as the Guidance Paper provides that “exclusionary conduct which maintains, creates or strengthens a market position approaching that of a monopoly can normally not be justified on the grounds that it also creates efficiency gains.”⁹²

⁸⁷Id. at § 27.

⁸⁸ Id.

⁸⁹ Id. at §§ 27-30.

⁹⁰Id. at § 29.

⁹¹Under Article 101(3), an agreement “*which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question*” are compatible with the TFEU.

⁹²Id. at § 29.

V. Effects-based analysis with some twists: Abuse of dominance in Brazilian law

Although the first full-fledged Competition Act dates back to 1962⁹³, a substantial evolution of Brazilian competition law occurred more recently, following the approval of the Competition Act 8.884/94 and the implementation of market-oriented reforms during the 1990s. By that time, the modern economic theory on vertical restraints was already well established and there was a consensus that a form-based approach towards these types of conduct was not desirable.

Thus, it should not be a surprise that Brazilian Competition Law System has been very assertive in establishing an effects-based approach towards vertical restrictions. Indeed, the Brazilian Competition Act (BCA) established a system where all illegal conduct shall be evaluated according to its actual or potential effects (Article 20). Based on this provision, Brazilian Competition Law System has consistently affirmed that all vertical restraints should be evaluated in the light of a *rule of reason* (effects-based approach), according to which the negative impacts and potential efficiencies must be balanced in order to establish the net effects of the conduct under investigation. It is only when such net effects are considered negative that a vertical restraint should be deemed illegal under BCA.

However, there are some twists in the way Brazilian Competition Law System has been implementing this effects-based analysis. Despite the general approach based on the *rule of reason*, a closer look at the case law shows some inconsistency towards the actual implementation of this type of analysis. Indeed, the Brazilian Competition Law System has been applying different standards of proof to different cases, with some decisions applying such a low standard to show “potential effects” or “the anticompetitive scope of the conduct” that they come close to a form-based approach.

Against this background, this Part will be divided into three sections. Section A provides a brief introduction to Brazilian competition law, with a focus on Articles 20 and 21 of BCA, which remain substantially unchanged under the New Brazilian Competition Law (NBCA). Section B analyzes the case-law of the Brazilian Competition Law System regarding vertical restraints, which has developed an effects-based approach, establishing some criteria to evaluate this conduct. Then, Section C attempts to illustrate how the shifting standards of proof applied by Brazilian authorities generate some inconsistency and lead to some cases resembling a form-based approach.

A. Brief introduction to Brazilian competition law

As discussed above, Brazilian Competition Law developed particularly quickly following the enactment of the BCA in 1994, which established a detailed system to punish anticompetitive conduct and to control concentrations (i.e. mergers, acquisitions, joint-ventures and other

⁹³ The first competition act in Brazil was Law 4.137/62. However, the first rules specifically addressing competition issues were enacted even earlier, in the forties (Act 7.666/45).

transactions with an impact on market structure). Regarding anticompetitive conduct, the core of the BCA is established in articles 20 and 21 (a very similar wording to article 36 of the NBCA). Article 20 (as well as article 36 of NBCA) provides that any conduct, regardless of its form, which may have the “scope” to achieve or may produce certain “actual or potential effects” (i.e. restriction of competition, illegitimate dominance of markets⁹⁴, abuse of a dominant position, or arbitrary increase in profits) shall be deemed illegal under the BCA/NBCA. Article 21 (current article 36, paragraph 3) provides a list of examples of conducts that may be considered illegal if it falls within the provision of Article 20 (article 36 of NBCA). The list of potential violations covers all “classic” anticompetitive conduct, including the vertical restraints covered in this paper (exclusive dealing, loyalty discounts, and tying), as well as some additional conduct (price discrimination, resale price maintenance, etc.).⁹⁵

Between 1994 and 2012, the main enforcement bodies under the BCA were the Secretariat of Economic Law (SDE) and the Administrative Council for Economic Defense (CADE).⁹⁶ While the SDE acted as the main investigative body (opening cases, conducting the discovery phase and issuing non-binding opinions), CADE acted as an Administrative Tribunal, judging the cases opened by SDE, with authority to issue infringement decisions and impose fines, which may vary from 1% to 30% of the total turnover of the undertaking in the year prior to the beginning of the investigation⁹⁷. All decisions adopted by CADE could be challenged before federal courts. Although many conduct cases are taken to the federal courts, CADE’s case law remains the main reference for the standards applied in Brazilian Competition Law.

In December 2011, the new Brazilian Competition Act (NBCA) was published and it entered into force within 180 days, on May 29th, 2012. The NBCA implemented significant institutional changes, including the merger of the SDE and CADE into a single authority, with increased powers and resources, as well as a new pre-merger review system. However, regarding the definition of anticompetitive conducts and the characterization of infringements, the NBCA keeps the system established by BCA basically intact. The new Article 36 is a combination of the old articles 20 and 21, keeping exactly the same wording for the definition of infringement based on effects of the conduct, as well as a very similar list of examples of potential anticompetitive conducts. The main change implemented by NBCA regards the range of fines: 0.1% to 20% of

⁹⁴Dominance acquired on the basis of efficiency is expressly considered legitimate under the BCA (Article 20, 1st paragraph) and shall not be considered an infringement in itself.

⁹⁵ Article 21 provides 24 examples of potential violations, expressly including price discrimination and tying (article 21, items XI, XII and XXXIII), as well as some general violations such as creating barriers to new competitors and blocking access of competitors to raw materials and distribution chains which clearly may include exclusive dealing (article 21, items IV and VI). Loyalty discounts are not dealt with directly, although the BCA mentions discounts to chains of distributions (article 21, IX) and refers to general foreclosure strategies.

⁹⁶Besides, SDE and CADE, BCA also attributes authority to the Secretariat of Economic Monitoring (SEAE), which is part of Brazilian Competition Law System. SEAE has the authority to issue non-binding opinions in conduct cases opened by SDE. However, over the years, SEAE has focused its attention on merger review, establishing an informal division of labor with SDE, where the latter takes care almost exclusively of the conduct cases.

⁹⁷BCA, article 23.

the total turnover of the undertaking in the “sector of economic activity” where the infringement took place,⁹⁸ in the year prior to the beginning of the investigation.

B. Vertical restraints as exclusionary abuses: overview of Brazilian Case-Law

The general framework for analyzing vertical restraints in Brazilian Competition Law was established in the annexes of CADE’s Resolution 20, enacted in 1999.⁹⁹ Annex I of Resolution 20 establishes an effects-based approach towards vertical restraints, in line with the modern economic theory described above:

“(…) in order to be capable of harming competition, vertical restraints usually require [the undertaking] to hold market power in the “original” market, [with the conduct] producing effects on a significant part of a “target” market. Although in theory such restraints might hinder competition [in a given market], they might also present offsetting economic efficiencies that must be balanced against potential anticompetitive effects, according to a rule of reason approach”¹⁰⁰

Following this general guideline, Annex II of Resolution 20 and the Brazilian case law¹⁰¹ developed a three-step approach towards vertical restraints. First, the authorities verify whether the investigated party is in a dominant position, as most vertical restraints are assessed in the context of an abuse of dominance (as in the EU). Second, it is important to show whether *market foreclosure* would be a rational strategy for the dominant firm and whether it would be likely to harm competition. Third, the authorities must balance the potential negative effects against redeeming efficiencies in order to verify the net effects of the conduct.

However, the wording of Resolution 20 is quite broad and abstract in designing such an effects-based analysis, leaving substantial room for enforcement authorities to develop more precise criteria through case law. The next few topics will address the general features of CADE’s case law.

1. Exclusive Dealing

Following the general framework of Resolution 20, CADE has usually taken an approach favouring an effects-based analysis to exclusive dealing. In this approach, CADE recognizes that

⁹⁸ NBCA, article 37. It is not clear how CADE will interpret the expression “sector of economic activity” used by the new law to calculate the fines.

⁹⁹Published in the Official Federal Gazette in June, 28, 1999. Although part of Resolution 20 was revoked by the CADE’s internal rules of procedure, its annexes with the analytic framework for anticompetitive conduct remain in force since 1999, with no amendments.

¹⁰⁰ Resolution 20/1999, *Annex I*, Item B.

¹⁰¹ The general framework of analysis applied by Brazilian Competition Law System is described by Paulo Furquim de Azevedo. Paulo Furquim de Azevedo, “Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: A Experiência Brasileira”, (2010) Textos Para Discussão n. 264, FGV-EESP.

exclusive dealing may produce negative effects on competition, but it may also be justified in many circumstances. Indeed, in a unanimous decision issued in 2011, the Reporting Commissioner stated that:

“As SDE correctly pointed out, exclusivity agreements, such as those under investigation, must be analyzed under the rule of reason, it being necessary to balance the agreement’s potential restriction of competition against the offsetting positive impacts it may also produce.”¹⁰²

In implementing this approach, CADE usually identifies market foreclosure as the main potential negative effect of exclusive dealing, which may create difficulties for other established undertakings (preventing them from reaching suppliers upstream and/or distribution channels downstream), and may raise barriers to entry for new competitors (requiring them to enter both the downstream and upstream markets in order to become effective competitors).¹⁰³ Foreclosure concerns are usually stated by CADE very broadly and in somewhat vague terms, with a qualitative approach to the potential negative effects of exclusive dealing.

In some cases, the SDE and CADE have even attempted to calculate the level of foreclosure in order to identify the negative impact of certain conduct on competition.¹⁰⁴ For instance, in one of the first exclusive dealing cases investigated under the BCA, which involved Souza Cruz (the Brazilian Affiliate of British American Tobacco - BAT), the SDE calculated the “foreclosure index” for different geographic relevant markets involving the retail of cigarettes (including open spaces in different neighbourhoods, as well as airports and shopping malls, the latter pair defined as separate relevant markets).¹⁰⁵ In another case, involving exclusive dealing in the retail of cellular phones by a dominant telecommunications operator, ANATEL (the telecommunications

¹⁰² Preliminary Investigation 08700.000558/2008-75. Claimant: Rio Uerbe – Empresa Municipal de Urbanização, Defendant: Ortosíntese Indústria e Comércio Ltda., Reporting Commissioner Olavo Chinaglia, DOU: July, 15, 2011, at 3.

¹⁰³ Administrative Proceeding 08012.002841/2001-13, Claimant: Condomínio Shopping D, Defendant: Center Norte S/A – Construção, Empreendimento, Administração e Participação, Reporting Commissioner Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, DOU: March, 8, 2005, Reporting Commissioner Vote, at 46 (“*Obviously there is not a complete foreclosure in this case. However, Law 8.884/94 was created to avoid this situation. If the conduct’s effects, even if only potentially or partially, foreclose a market, [such finding] is enough to prove the illegality and the offense to the economic order.*”).

¹⁰⁴ For instance, in an important precedent, Commissioner Pfeiffer proposed to determine the level of market foreclosure by measuring “*the effect of the exclusivity clause in a relevant area to determine the application of the Competition Act, considering the parties’ influence in the market segment, the trade volume covered by the restriction vis-à-vis the total trade volume in the respective relevant market and the effects of the practice on free competition*”. Administrative Proceeding 08012.009991/1998-82, Claimant: Participações Morro Vermelho Ltda., Defendant: Condomínio Shopping Center Iguatemi e Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda., Reporting Commissioner Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, DOU: April, 14, 2004. Reporting Commissioner Vote at 52.

¹⁰⁵ Administrative Proceeding 08012.003303/1998-25, Claimant: Philip MorisBrasil S/A, Defendant: Souza Cruz S/A, Reporting Commissioner Ricardo Villas BôasCueva, DOU: October, 7, 2005.

regulator)¹⁰⁶ and CADE also attempted to measure the degree of market foreclosure achieved in different municipalities.¹⁰⁷

However, there is no clear guideline as to the levels of foreclosure needed for exclusive dealing to be considered anticompetitive. Indeed, in the *CRT Case*,¹⁰⁸ with reference to international literature and cases in the EU and the US, CADE avoided defining a level of foreclosure below which exclusive dealing by a dominant firm would be safe. In this case, the Reporting Commissioner expressly rejected the argument of the parties that exclusive dealing at the retail level with market foreclosure below 40% would generally be acceptable.

CADE also expressly recognized efficiencies associated with exclusive dealing, mentioning many examples of such efficiencies in different cases:

“According to settled scholarship and case law, exclusive dealing is only justifiable while protecting investments against undue appropriation by third parties [without proper compensation for the use] –known as the free riding effect.”¹⁰⁹

“The arguments above indicate that clauses present in the contract executed between CVRD and Samitri, such as exclusivity [obligations], (...) are necessary for this venture as the substantial investments in specific assets made by both companies require clear rules defining risk sharing.”¹¹⁰

“(...) [M]aintaining an exclusivity agreement with the investigated company is justifiable considering such company’s commercial strategy, the cost reductions enabled by the exclusivity, and the fact that it does not impose any risks on the good functioning of markets.”¹¹¹

¹⁰⁶ Under the BCA and the General Telecommunications Act, ANATEL had authority to open antitrust cases in the telecommunications sector, sending the case for CADE’s judgement (Act 9.472/97, Article 19, XIX). Under the NBCA, ANATEL will not have such authority any more.

¹⁰⁷ Administrative Proceeding 53500.000502/2001, Claimant: Telet S.A..Defendant: Celular CRT S.A., Reporting Commissioner Luís Fernando Rigato Vasconcellos, DOU: June, 23, 2008.

¹⁰⁸*Id.*

¹⁰⁹ Administrative Proceeding 08012.002841/2001-13, Claimant: Condomínio Shopping D, Defendant: Center Norte S/A – Construção, Empreendimento, Administração e Participação, Reporting Commissioner Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, DOU: March, 8, 2005, Reporting Commissioner vote at 33. Despite recognizing the potential efficiency, CADE condemned Shopping Center Norte for exclusive dealing in this case, considering a negative net effect of territorial exclusivity in the agreement between the Shopping Mall and some of its key tenants.

¹¹⁰ Administrative Proceeding 08012.007285/1999-78, Claimant: SDE “ex officio”, Defendant: Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, Reporting Commissioner Thompson Almeida Andrade, DOU: May, 7, 2004, Reporting Commissioner vote at 4. CADE recognized that Samitri and CVRD had made mutual investments in specific assets related to transport of iron ore, justifying a long term relational contract with exclusivity in order to protect such investments. .

¹¹¹Preliminary Investigation 08012.005307/2002-40, Claimant: Amadeus Global Travel Distribution S.A, Amadeus Brasil Ltda., Defendant: Sabre International Inc., Reporting Commissioner Fernando de Magalhães Furlan, DOU: (continued...)

The above discussion illustrates the general effects-based approach of CADE towards exclusive dealing, allowing for substantial debate over (i) the levels of foreclosure that should be considered harmful, according to the specific market conditions, and (ii) defences based on efficiencies associated with exclusive dealing. However, even in the most complex cases, the balancing of the negative effects against the potential benefits of exclusive dealing has been carried out on the basis of qualitative arguments, with few efforts to rely on a more rigorous analysis, including quantitative elements.

A good example of this qualitative balancing between negative effects and potential benefits of exclusive dealing can be found in the *Iguatemi Cases 1*¹¹² and *2*¹¹³. Iguatemi is the best known luxury Shopping Mall in São Paulo and is considered dominant in its relevant geographic market (an area in the Southwest Region of São Paulo). The firm was investigated and condemned in two important cases, both involving exclusive dealing with its tenants: the first case examined exclusivity clauses that prohibited certain tenants from installing shops in competing Shopping Malls (*Iguatemi 1*), while the second case examined the imposition of territorial exclusivity on certain tenants, requiring them not to install shops in a pre-determined area around Iguatemi (*Iguatemi 2*).

In both cases, CADE evaluated the negative effects of the clauses on competition and their potential benefits (e.g. alleged protection from free riding and strengthening of competition through differentiation of tenant mixes). In *Iguatemi 1*, the conclusion of this balancing exercise was that the measure in question had a net negative effect on competition, with all alleged potential benefits being refuted in light of the circumstances of the case.¹¹⁴ In *Iguatemi 2*, the balancing exercise was more complex, as the imposition of territorial exclusivity could be considered reasonable to the extent that it protected *Iguatemi* from having its tenants establishing competing stores in the vicinities of its premises. However, CADE considered the territorial exclusivity overly broad, establishing an exclusive area beyond what could be considered reasonable and also covering other shopping malls in this area, with similar effects to the clause assessed in *Iguatemi 1*. In this case, the negative effects were considered to outweigh the potential benefits.¹¹⁵

December, 12, 2008, Reporting Commissioner report at 8. CADE accepted the justifications and considered the market open for other competitors, dismissing the case.

¹¹²Administrative Proceeding 08012.009991/1998-82, Claimant: Participações Morro Vermelho Ltda. Defendant: Condomínio Shopping Center Iguatemi and Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda, Reporting Commissioner: Roberto Pfeiffer, DOU: April, 14, 2004

¹¹³Administrative Proceeding 08012.006636/1997-43, Claimant: Associação dos Lojistas de Shopping do Estado de São Paulo and Procuradoria Geral do CADE, Defendant: Condomínio Shopping Center Iguatemi, Reporting Commissioner: Luís Fernando Rigato Vasconcellos, DOU: September, 19, 2007

¹¹⁴*Id.*, at 61-75. Note that the conclusion of the Reporting Commissioner was that in other circumstances exclusive dealing between shopping malls and tenants may be admitted, but none of these circumstances were present in the case.

¹¹⁵ For a more detailed analysis of this balance see Azevedo, *supra* note 101, at 25-28.

As discussed below, the general standards established by the case law and the qualitative nature of balancing the costs and benefits of the restrictions create room for inconsistencies, as CADE does not have a clear method to evaluate the net effects of a particular conduct.

2. Loyalty Rebates

CADE has issued very few decisions on loyalty rebates and even those decisions usually concerned conditional discounts that were deemed equivalent to exclusive dealing or tying/bundling, raising general concerns of market foreclosure.¹¹⁶

In one precedent (*Paiva Piovesan v. Microsoft*),¹¹⁷ Microsoft was accused of offering substantial volume discounts for certain distributors, thereby blocking the distribution of the financial software called Finance, which was produced by its competitor *Paiva Piovesan*. In this case, CADE found that offering discounts to a few distributors was insufficient to foreclose access to the downstream market, as the market was composed of several distributors and resellers that were still open to sell competing software.¹¹⁸

Paiva Piovesan also alleged anticompetitive effects caused by the inclusion of the software Microsoft Money “for free” together with its package of applications called Microsoft Office for Small Business (MOSB).¹¹⁹ This alleged infringement was not analyzed as a discount but as a tying arrangement between the two products (Microsoft Money and Microsoft Office). As discussed below, the accusation was dismissed because there was no evidence of coercion, as customers were allowed to buy the two products separately.

The most important case concerning loyalty discounts involved Ambev (*Ambev Case*),¹²⁰ the Brazilian affiliate of ABInBev and the leading brewery in Brazil. Ambev was accused of using loyalty discounts (actually implemented in the form of a prize system composed of attractive perks) to foreclose competitors’ access to bars and other retail outlets. CADE deemed the

¹¹⁶One of the first cases of loyalty discounts judged by CADE after the enactment of BCA referred to newspaper advertisements. Processo Administrativo 08000.000128/1995-98 and PA 08000.16153/1995-89 – Claimant: Empresa Folha da Manhã S/A, Defendant S.A. O Estado de São Paulo, Reporting Commissioner João Bosco Leopoldino da Fonseca, DOU: June, 19, 2000. The two largest newspapers of São Paulo (O Estado de São Paulo and Folha de São Paulo) offered substantial discounts for companies willing to concentrate all advertisements in a single vehicle. The conduct of both newspapers was deemed equivalent to an exclusive dealing arrangement and condemned by CADE. Since then, most discounts analyzed have similar features, i.e. the possibility of using discounts as means to assure exclusive dealing.

¹¹⁷Administrative Proceeding 08012.001182/1998-31, Claimant: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda., Defendant: Microsoft Informática Ltda., Reporting Commissioner: Thompson Andrade, DOU: February, 18, 2005

¹¹⁸*Id.* at 8-9

¹¹⁹*Id.* at 1

¹²⁰ Administrative Proceeding 08012.003805/2004-10, Claimant: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A, Defendant: Companhia de Bebidas das Américas - Ambev, Reporting Commissioner: Fernando de Magalhães Furlan, DOU: August 5, 2009, Reporting Commissioner Vote, at. 68.

conduct anticompetitive, considering that the discount, together with an aggressive marketing policy, led to a de facto exclusive arrangement. In the words of the Reporting Commissioner:

“As a relevant portion of the points of sale (POS) [surveyed] recognized, the negotiation of a *de facto* exclusivity agreement (or the simple limitation of the possibility of purchasing competitors’ beers) was considered a key [informal] condition of the Conditional Rebates Program. The noncompliance with this requirement could lead to an exclusion from the Program or the non-renewal of the contract, depending on the considered period.”

“By combining the documents [obtained] during the inspection [made at AMBEV’s headquarters], IBOPE’s field research and POS’s statements, the minimum standard of proof [necessary for a conviction] was reached. Due to them, it is possible to hold that the Tô Contigo Program includes, even if not in a systematic way, the requirement of exclusivity of sales [of Ambev’s products] or at least some limitation on purchasing beer from third parties.”

Besides the conclusion that the loyalty program led to exclusive dealing, at least with some of the retailers affected, CADE also addressed some more complex issues: (i) the discount was considered non-linear, requiring the maintenance of a certain minimum volume to obtain discounts, with the potential to gain additional rebates (in the form of larger prizes within the Program) for larger volumes; (ii) CADE and SDE tried to simulate the discounts that competitors would have to offer to match Ambev’s program with lower market shares; (iii) CADE and SDE also used an independent polling institute to ascertain retailers’ perceptions of the program (although the methodology of the poll was contested by the defendant) and used the poll results in the final decision to support findings beyond the formal structure of the program.

This case remains the only detailed analysis of loyalty programs in Brazil. Yet, many issues were left open: (i) there was no actual measurement of the level of foreclosure created by the loyalty program; (ii) there was no sophisticated test attempted to identify whether “equally efficient” competitors could replicate Ambev’s program (in fact, the only test was a rudimentary attempt to estimate the level of discount necessary to match the savings achieved by Ambev’s program, with no actual evaluation of the contestable portion of the market or the costs incurred by the defendant in the relevant intervals of output) and (iii) there was no detailed discussion of justifications and efficiencies, which were simply rejected without further analysis.

The main problem in this case was thus that CADE did not perform a thorough analysis of market foreclosure before considering the practice anticompetitive. In fact, according to SDE’s report, Ambev argued that the loyalty program reached 10%-12% of points of sale and around 10% of the volume of sales¹²¹, a small portion of the market under any standard. With a small portion of the market affected by the conduct, competitors would still have access to the vast majority of the points of sale. Thus, even if CADE were correct, and the program actually led to

¹²¹*Id.* SDE Report, at 5, 9 and 11.

exclusivity at the points of sale covered by loyalty contracts, the level of foreclosure would be low and, therefore, the conduct would be unlikely to generate anticompetitive effects. In this context, it might even have been unnecessary to go deeply into “equally efficient” tests or into a balancing exercise of efficiencies.

Yet, CADE considered the overall aggressive marketing policy sufficient to prove the anticompetitive effects of the program. Indeed, the analysis turned more on the alleged objective of the conduct and the *potential* effects of the program in order to reach a conviction, rather than on the actual effects of the conduct. By doing so, the outcome came closer to a form-based analysis, even though CADE claimed that the analysis was effects-based.

In this respect, it is also interesting, although unsurprising, to note that CADE’s final decision was influenced by EU competition law, with explicit references to the EU’s case law and methods of analysis in order to support the conclusion that loyalty discounts of the type implemented by Ambev had exclusionary effects. As CADE’s final decision was issued in 2009, it also made express references to the EU Guidance Paper published at the end of 2008. Thus, CADE argued it was applying the “state of the art” of the European discussion.

However, as described above, the decision fell short of the standards proposed by the European Commission. Indeed, applying the proposed standards would have required a more rigorous analysis, with deeper understanding of the conduct’s ability to affect “equally efficient” competitors, the level of foreclosure it created, and whether it was compensated by the potential efficiencies it created with respect to Ambev’s overall distribution system.

3. Tying

Over the past 10 years, CADE has dealt with around 30 cases involving tying, with no full-fledge condemnation of this type of conduct. Most of these cases were relatively simple and did not establish any clear test or guidance for future cases. Yet, a few of the cases do contain a more refined discussion of the standards for assessing tying.

The general framework of analysis does not differ substantially from other vertical restraints. CADE maintains an effects-based approach, balancing negative effects against potential efficiencies. In the case of tying, CADE incorporates a four-prong test inspired by the international literature and case law, stating that:

“(…) the finding of an illegal tying conduct demands the analysis of some requirements, such as the: a) existence of two separate products and/or services; b) existence of some element of coercion; c) existence of dominant position in the tying market; d) characterization of anticompetitive effects, either on the tying market or the tied market.”¹²²

¹²² Preliminary Investigation 08700.005025/2007-07, Claimant: Tribunal de Contas da União - TCU, Defendant: Aceco TI Ltda. (Aceco Produtos para Escritório e Informática Ltda.), Reporting Commissioner: Ricardo Machado Ruiz, DOU: June 30, 2010, Reporting Commissioner Vote, at 12.

Most cases do not reach the stage of analysis where the negative effects of the tying conduct are balanced against the pro-competitive effects (balancing test); the tying claims are typically dismissed either because there is only one product,¹²³ there is no proof of coercion,¹²⁴ or because the party engaging in tying does not have market power in the tying product market.¹²⁵ For this reason, it is very difficult to extract clear bright line rules as to how CADE balances the negative effects of the conduct against its potential efficiencies.

However, in at least one precedent, the *Matec Case*¹²⁶, CADE developed a more detailed analysis. Matec, a supplier of large telephone switchboards, was accused of refusing to supply spare parts to independent companies that were interested in providing maintenance services. Despite being characterized mainly as a refusal to deal case, it could also be depicted as a tying case, where Matec was tying the sale of maintenance services to the sale of spare parts for its switchboards, thereby limiting the ability of independent companies to provide maintenance services. The analysis in this case closely mirrored the famous and controversial *Kodak* judgment adopted by the US Supreme Court in 1992,¹²⁷ where Kodak was condemned for illegally tying the provision of maintenance services and the sale of spare parts.

Just as in the *Kodak Case*, Matec argued that it had several efficiency justifications for such conduct¹²⁸: (i) the foremarket and aftermarket actually composed a single system, competing with other suppliers of switchboards, and, as such, CADE should focus on inter-brand competition in the foremarket (i.e. switchboards) and not on intra-brand competition in the

¹²³ Preliminary Investigation 08012.004118/2002-50, Claimant: Procuradoria da República/Bauru/SP, Defendant: Unimed Bauru – Cooperativa de Trabalho Médico, Reporting Commissioner: Olavo Zago Chinaglia, DOU: May, 28, 2005, Reporting Commissioner Vote, at 4 (“*In order to analyze the present case, SDE’s report was based in Hovemkamp’s (1999) proposed standard. The first step of the analysis requires the presence of two different products, that would be subject to the analysis, considering that one of them should be the tying product or service and the other the tied product or service.*”).

¹²⁴ Administrative Proceeding 08012.001182/1998-31, Claimant: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda., Defendant: Microsoft Informática Ltda., Reporting Commissioner: Thompson Andrade, DOU: February, 18, 2005, Reporting Commissioner Vote, at 5 (“*in the present case, there was no coercion to buy two packages [of software]. (...) Therefore, as emphasized by SEAE and SDE, one cannot verify in the present case, the necessary conditions for the characterization of tying*”).

¹²⁵ Administrative Proceeding 08012.009373/1998-23, Claimant: Conservel – Conservadores de Elevadores Ltda., Defendant: Elevadores Otis Ltda Schindler Elevadores do Brasil S.A., Indústria Villares S.A., Elevadores Sür S.A., Elevadores Atlas S/A, Elevadores Kone S.A., Reporting Commissioner: Abraham Benzaquen Sicsú, DOU: August 1, 2006, Reporting Commissioner Vote, at 2 (“*therefore, one can see clearly the inexistence of market power in that particular geographic market and the impossibility to characterize tying*”).

¹²⁶ Administrative Proceeding 08012.000172/1998-42, Claimant: Power-Tech Teleinformática Ltda, Defendant: MatelTecnologia de Informática S/A - MATEC, Reporting Commissioner: Celso Fernandes Campilongo, DOU: May, 13, 2003

¹²⁷ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc., 504 U.S. 451 (1992).

¹²⁸ See supra note 126. For a summary of Matec’s arguments and CADE’s rebuttals, see Commissioners Roberto Castellanos Pfiffer and Ronaldo Porto Macedo Junior concurring opinions.

aftermarket (i.e. Matec machine's related services); (ii) the vertical integration of maintenance services was actually a way to prevent free riding from the independent service providers; and (iii) vertical integration also prevented potential damages to the brand, by assuring the quality of the maintenance services.

CADE rejected all these justifications. The Commissioners defined the existence of two separate markets for spare parts and for maintenance services, where Matec held a monopoly on the prior market and incentives to exclude on the latter market. As to the free riding argument, Commissioner Pfeiffer expressly recognized the risk of "opportunism" from independent companies. However, he also argued that, the characteristics of the market (pressure for innovation pushed all service providers to be highly specialized and to update their services) could reduce the risk of opportunism or at least reduce its "intensity". Finally, regarding the reputation of the brand, there was no evidence of actual damage, and actually there were reasons to believe that customers could assess the product and the services separately, also considering the accreditation mechanisms used by Matec to identify "good service providers".

Thus, despite not being fully depicted and treated as a tying precedent, the *Matec Case* shows an attempt to balance potential negative effects and efficiency justifications, where CADE found net negative impacts on competition and thereby condemned Matec. Nevertheless, CADE's analysis of the net effects of the conduct in this case was essentially qualitative and somewhat superficial.

C. An effects-based approach with some inconsistencies: the impact of vague terms in shifting standards of proof

As illustrated above, Brazilian Competition Law System's position is generally in line with modern economic theory, officially adopting an effects-based perspective towards vertical restraints. In this sense, the Brazilian experience has been praised for avoiding some of the problems faced by the rigid form-based approaches that prevailed for a long time in mature jurisdictions,¹²⁹ including the EU and the US. However, the casuistic approach adopted by the Brazilian Competition Law System, with an open ended balance between negative effects and efficiency justifications, has also generated some inconsistencies.

A close look at the case law shows substantial variance in the qualitative analysis implemented by the Brazilian authorities. This variation generates inconsistency, especially when it comes to a definition of standards of proof in the context of the *rule of reason* analysis. Indeed, the relatively clear general framework for the effects-based analysis has not been capable of developing more detailed tests and standards to define when the net effects of a particular vertical restraint would be deemed negative to characterize the conduct as illegal under the BCA.

¹²⁹Azevedo, supra note 101, at 11: "As already mentioned, the decisions' basis show a surprising consistency in the procedures of analysis [of vertical restraints], especially if considered the significant controversy existent on the subject."

In particular, Brazilian Competition Law System's initial analysis of effects has been relatively weak as it has not focused on demonstrating actual foreclosure effects nor on developing a rigorous analysis of potential effects. Such assessments require a detailed, fact-based, analysis relying on objective economic criteria, such as, for instance, the "equally efficient" competitor test in the case of rebates. However, the approach used by Brazilian authorities has not gone that far, sometimes limiting itself to observing hypothetical foreclosure to declare certain conduct anticompetitive.

As for the balancing of the pro-competitive and anti-competitive effects, this step in the analysis should only take place once foreclosure effects have been thoroughly demonstrated. In the absence of clear foreclosure effects, there is no need to develop a balancing test. On the other hand, in cases where foreclosure effects are demonstrated, an objective balancing test should then be required. Brazilian Competition Law System has, however, applied a balancing analysis based almost exclusively on qualitative considerations and intuitive reasoning, lacking a more rigorous and structured assessment. As a result, some of its decisions have been inconsistent as they lack a solid analytic framework.

In fact, the original root of this problem can be found in the vague terms of the BCA itself, as Article 20 characterizes as illegal any conduct that may produce certain effects "*even if they are not achieved*" (*potential effects*) or any act "*with the scope*" to produce certain negative effects on competition (*scope of the act*). In practice, these vague terms result in some cases being dismissed with the application of strict standards of proof that require hard evidence of negative effects and other cases being condemned based on relatively relaxed standards of *potential effects* and *scope of the act*.

For instance, in one precedent addressing exclusive dealing (*Itambé Case*)¹³⁰ CADE asserted that a case could not be dismissed based on the lack of evidence of actual effects on competition, stating that:

"(...) the absence of factual evidence proving the occurrence of anticompetitive effects is insufficient for the dismissal of a case. (...) For any given conviction, initially it is necessary that the authority proves the existence of a given conduct. Afterwards, it must be assessed whether the conduct objectively aimed to produce or had a high probability of producing anticompetitive effects. As explicitly stated in the last part of article 20 [of the BCL], finding that the conduct actually yielded anticompetitive effects is irrelevant for Brazilian Law.

¹³⁰ Administrative Proceeding n. 08012.009312/1998-39. Defendant: CCPR – Cooperativa Central dos Produtores Rurais de Minas Gerais Ltda. ("Itambé"), Reporting Commissioner Abraham Benzaquen Sicsú, DOU May 18, 2007 (the case addressed, among other issues, an exclusive agreement for the sale of a particular brand of milk, and it ended up being dismissed on procedural grounds, although SDE decided to open a new case to deal with the alleged infringements).

Therefore, even though after 4 years [of the occurrence of the conduct] no damage to the market can be observed, it cannot be stated that the practice did not have potential to produce such [anticompetitive] effects.”¹³¹

If the lack of effects after four years is not sufficient to dismiss a case, which might still be pursued on grounds of *potential effects* or the *scope of the act*, then the standard of proof to characterize an infringement is in fact extremely low. To characterize the conduct as infringement, it would be sufficient to show a purely theoretical harm to competition or a simple statement of the defendant showing an objective to dominate a market. Such a low standard of proof to refuse the dismissal of a case comes very close to a form-based analysis, where a given course of conduct is presumed to have a negative effect. Even though this was not a final decision, which would have probably led to a more detailed analysis by CADE, the reporting commissioner was very clear in emphasizing that “potential effects” could be the sole ground for a conviction even in a context of no actual anticompetitive effects could be observed after four years.

A similar low standard of proof of actual negative effects seems to have been applied in the *Ambev Case*, where an allegedly low level of foreclosure (*i.e.* 10%-12% of the points of sale served by Ambev) was insufficient to deem the conduct lawful and dismiss the case. Indeed, the perceived potential effects of the conduct in the context of Ambev holding a clear dominant position combined with evidence of an aggressive marketing strategy was considered sufficient to declare the conduct anticompetitive. As for the balancing of the conduct’s alleged anticompetitive effects with its potential efficiencies, this exercise was superficial and relied on qualitative elements.¹³² Here again, CADE’s analysis came close to a form-based analysis, as it did not require a clear demonstration of foreclosure or any actual balancing of potential efficiencies.

However, CADE is not always in favor of the application of low standards of proof. For instance, in the *CRT Case* referred to above, another precedent on exclusive dealing, the issue about the standard of proof was put very candidly and led to a split vote of CADE’s Commissioners.

In this case, ANATEL, the regulatory agency in the telecommunications sector, had gathered evidence that exclusive agreements between the dominant telecommunications operator in the state of Rio Grande do Sul and retailers of cell phones reached high levels of foreclosure (up to 90% in some municipalities). Nevertheless, the defendant alleged that, despite the vertical restraint in question, competition was healthy and new entrants gained substantial market share during the investigated period. Invoking the wording of the BCA, and the available evidence, the Reporting Commissioner suggested the conviction of the defendant:

¹³¹*Id.* at Reporting Commissioner vote, at 4.

¹³² The analysis of efficiencies and the balancing test takes up only one page in the reporting commissioner’s vote, concluding that the efficiencies are insufficient to justify the loyalty program. Administrative Proceeding 08012.003805/2004-10, Reporting Commissioner’s vote, at 78-79.

“On the other hand, it is important to clarify that, according to the wording of article 20 of Law 8.884/94, a competition infringement may take place if [the conduct] has the scope to or may produce the effects mentioned in items I through IV of article 20, even if these effects are not achieved.”

Thus, whether the conduct actually produced [anticompetitive] effects is irrelevant for the characterization of an infringement, as the simple possibility that such effects might occur is considered to be sufficient [for a conviction]. (...) Following such approach, the question being debated here is not whether the investigated conduct actually harmed competition, but rather if such conduct had a high probability of limiting competition or enabling the abuse of a dominant position (and if such risks were known by the economic agent).

Due to the abovementioned reasons, I consider the defendant in breach of articles 21, V, VI and X c/c article 20, I, II and IV of Law 8.884/94”¹³³

Taking an opposing view and applying a much stricter standard of proof, a Dissenting Commissioner argued for the dismissal of the case based on the lack of evidence, in the following terms:

“The evidence contained in the records is not sufficient to indicate that the defendant has the possibility to (a) foreclose the market by requiring retailers loyalty (b) obtain monopoly profits with such strategy, preventing consumers from having access to competitors’ products; (c) increase its rival’s costs in a way that would be, even potentially, a strong restriction to its rivals [performance] (...) Due to the above mentioned reasons, I vote for the dismissal of this complaint, as the evidence presented is insufficient to characterize a breach of Brazilian Antitrust Law.”¹³⁴

The final decision to dismiss the case because of the lack of evidence was taken in a split vote of three to three Commissioners, with the President untying the vote.

It is very difficult to reconcile the cases discussed above. Indeed, in the *Itambé* case, the unanimous decision was that the case should not be dismissed despite the lack of evidence of actual negative effects four years after a certain course of conduct was adopted. In the *Ambev* case, allegedly low levels of foreclosure were also considered insufficient for dismissing the case. On the other hand, in the *CRT* case, despite apparent substantial evidence showing high levels of foreclosure in some municipalities, the majority vote required more evidence of actual negative effects to reach a conviction. Thus, while in the first two cases the standard of proof

¹³³Administrative Proceeding 53500.000502/2001, Claimant: Telet S.A.. Defendant: Celular CRT S.A., Reporting Commissioner Luís Fernando Rigato Vasconcellos, DOU: June, 23, 2008, Reporting Commissioner vote at 25 – 26.

¹³⁴*Id.*, Dissenting Opinion of Commissioner Luis Carlos Delorme Prado, at 3.

was set very low, focusing on the “*potential effects*” of the conduct, in the last case the standard was set quite high requiring substantial evidence of the presence of “*actual effects*”.

These cases illustrate the inconsistencies generated by shifting standards of proof based on the vague terms of the BCA. Depending on the particular case, and whether CADE puts heavy weight on the language of “*potential effects*” and the “*scope of the act*”, the evidence (or the lack of evidence) considered sufficient to dismiss or convict a case may change dramatically. Some convictions based on lower standards of proof come close to a form-based approach, as they may simply ignore actual effects or any rigorous analysis of potential effects and impose a fine based exclusively on the scope of the conduct or its abstract potential effects.

In conclusion, even though Brazilian Competition Law System’s general approach towards vertical restraints seems in line with modern economic theory, it is necessary to develop clearer tests to evaluate actual effects and develop more consistent standards of proof. In this sense, for different reasons, both the EU and Brazil seem to have a similar challenge ahead: developing an analytical framework capable of translating the modern economic theory into a consistent approach towards concrete cases. This is the subject of the next Section.

VI. Analytical framework for the application of competition rules to vertical restraints

In light of the current need for a more detailed analytical framework in the field of vertical restraints, both in the EU and in Brazil, this Part seeks to provide some bright lines for the enforcement of competition rules in this field, taking the Guidance Paper produced by the EU Commission as a starting point.

It is divided in two sections. Section A suggests a set of legal and economic principles that should be used to analyse vertical restraints adopted by dominant firms. Section B applies these principles to the assessment of the various categories of vertical restraints analysed in this paper (exclusive dealing, rebates and tying) with specific references to the EU and Brazil.

A. Principles governing the assessment of vertical restraints

This section seeks to offer a clear conceptual path to competition authorities and courts called to assess the legality of vertical restraints adopted by dominant firms. The principles listed below are based on objective economic criteria,¹³⁵ moving away from the formalistic approach to the assessment of vertical restraints which has plagued several jurisdictions, such as the European Union and the US. The guidelines proposed here should also help countries that have already moved to an effects based analysis, but still need to do develop a more robust and consistent method of analysis, like Brazil. Key to the assessment of such restraints is to focus on the relevant issues – central to which is the presence of foreclosure – and in so doing to rely on proper economic tools.

¹³⁵And should be implemented on the basis of relevant data.

1. Vertical restraints should not be assessed under *per se* rules

There is wide agreement among lawyers and economists that a *per se* rule of illegality against vertical restraints is not warranted. While a *per se* rule may be justified with respect to certain practices, such as, for instance, cartels, which by essence aim at suppressing the competitive process so as to charge customers supra-competitive prices, such a clear cut anti-competitive story is not present in the case of vertical restraints. As pointed out by Herbert Hovenkamp in the context of rebates:

“no discounting practice should ever be unlawful *per se*. Discounting is a vertical practice that is presumptively pro-competitive. It should be condemned only in the presence of significant market power and proven anticompetitive effects.”¹³⁶

The same remark is certainly valid for both exclusive dealing and tying, which as in the case of rebates are generally pro-competitive.

2. The form and nature of a practice are not relevant to their assessment under competition rules: Only foreclosure effects matter

For a long time, competition authorities and courts in mature jurisdictions tended to give more importance to the form or nature of vertical restraints than to their effects on competition. For instance, the treatment of rebates by the European Commission and the EU courts was essentially governed by the determination of whether the rebates were *fidelity* rebates (which were deemed *per se* illegal) or *volume* rebates (which could be justified in certain circumstances). While such distinctions have the merit of making things simple, they are not justified from an economic standpoint as the form and nature of a given conduct are not necessarily related to its effects.

Modern economic thinking teaches that competition authorities and courts should focus on the *effects* of vertical restraints on competition in the market. As will be seen below, whether vertical restraints create foreclosure effects may require complex analysis. Yet, failure to engage in such analysis will lead to so-called Type 1 or Type 2 errors.¹³⁷ Type 1 errors (also known as “false positives”), whereby competition authorities or courts mistakenly declare a conduct anti-competitive, leads to over-enforcement. By contrast, Type 2 errors (also known as “false negatives”), whereby competition authorities or courts mistakenly fail to identify an anti-competitive conduct, leads to under-enforcement. There is debate in the literature as to whether Type 1 errors are more frequent, than Type 2 errors, and vice-versa. As both forms of errors are damaging, it is important for competition authorities and courts to minimize them through proper analysis.

¹³⁶ See *OFT Report*, “Selective Price Cuts and Fidelity Rebates”, Economic Discussion Paper, July 2005, OFT804, § 1.7, at 2.9 et seq.

¹³⁷ See Frank Easterbrook, “The Limits of Antitrust”, (1984) 63 *Texas Law Review* 1.

The emphasis on effects rather than form or nature raises some important questions. A first question is whether it is sufficient for a finding of infringement that the conduct in question is “liable to” or “capable of” producing anti-competitive effects or whether the “actual” presence of such effects must be demonstrated. A related question is whether competition authorities and courts should be entitled to intervene before or only after effects have materialized. These are difficult questions as while the analysis should focus on the effects, competition authorities and courts should not be bound to wait for rivals to have been entirely driven from the market by the dominant firm’s anti-competitive behaviour before intervening. On the other hand, an intervention based solely on the hypothetical possibility of the materialization of effects leads to an analysis that may come very close to the deficient form-based approach, as the Brazilian experience has illustrated in some cases.

As to the first issue, it should never be sufficient for a competition authority or a court to condemn a vertical restraint on the sole ground that it is theoretically “liable to” or “capable of” of producing anti-competitive effects. Indeed, while every vertical restraint is theoretically able to generate anti-competitive effects, whether this theoretical possibility materializes depends on the facts of each case. For instance, whether conditional rebates (taking the form of fidelity rebates or volume rebates) create foreclosure effects can only be determined through a proper analysis pursuant to the methodology discussed at VI.B.2 below. Absent such an analysis, determining that a conditional rebate is anti-competitive amounts to guess work. Reliance on proper foreclosure analysis also helps to address the second issue as it allows identifying a rebate as anti-competitive before rivals have suffered any material effect or at least before they have been sufficiently harmed to be driven from the market. As will be seen below, proper price cost analysis allows a competition authority or a court to determine whether a rebate granted by a dominant firm is exclusionary in that it cannot be matched profitably by smaller rivals.

In addition, it is important to note that for a vertical restraint adopted by a dominant firm to produce exclusionary effects, this restraint must foreclose a substantial share of the market. This can be made clear by the following example. Assume for instance that Firm A is dominant on the market for cement in a given country. There are ten buyers of cement each buying 10% of the quantities of cement available on the market. Firm A concludes an exclusive purchasing obligation with two of these ten buyers. While Firm A’s rivals will be foreclosed from supplying cement to these two buyers, 80% of the market (i.e., the eight other buyers) remains contestable. The situation would of course be entirely different if the exclusive purchasing obligation applied to 80% of the market as this would be unlikely to leave a sufficiently large contestable share for rivals to be able to trade profitably.

3. The “equally efficient” standard is the right standard of review

An important question when one deals with price-related vertical restraints, such as rebates, relates to the standard of review which should be used by competition authorities and courts to assess the legality of the conduct.

In its Guidance Paper, the European Commission states that to prevent anti-competitive foreclosure, the Commission “will normally only intervene where the conduct concerned has already been or is capable of hampering competition from competitors which are considered to

be as efficient as the dominant undertaking.”¹³⁸ As the objective of competition is not to protect (less efficient) competitors, the “as efficient test” is certainly conceptually correct. This means that as long as a dominant firm sells its products at an effective price (standard price minus the rebate it grants to its customers) that is above a certain measure of its costs, the rebate in question should be legal even if it has the effect of eliminating weaker competitors. Tests which would rely on competitors’ costs or any other benchmark exceeding the dominant firm’s own costs would protect less efficient competitors and ultimately deprive consumers of the beneficial effects of price competition.¹³⁹

It is sometimes argued that in industries characterized by economies of scale competition authorities and courts should offer protection to less efficient entrants (by preventing firms from adopting rebates that they cannot match) so as to give them the opportunity to gain market share and, thus, the scale they need to become more efficient. Such views, however, fail to convince for the following reason: *either* the less efficient entrant has a good product and a credible business plan in which case it should find sufficient capital to fund an initially loss-making entry *or* the less efficient entrant does not have a good product and credible business plan in which case there is no reason why consumers should be effectively asked to subsidize its entry by paying higher prices that they would normally pay absent competition law intervention. As pointed out by the then judge (now Justice of the US Supreme Court) Breyer in *Barry Wright*:

“a price cut that ends up with a price exceeding total cost-in all likelihood a cut made by a firm with market power-is almost certainly moving price in the ‘right’ direction (towards the level that would be set in a competitive marketplace). The antitrust laws very rarely reject such beneficial “birds in hand” for the sake of more speculative (future low-price) ‘birds in the bush.’”¹⁴⁰

4. Consumer harm should be shown in that the anti-competitive effects of the restraints in question are not objectively justified or compensated by efficiencies

The central purpose of competition law is to protect consumer welfare. Consumers should be protected from anti-competitive conduct as such conduct will generally translate into higher prices, reduced choice, and lower innovation. This raises the question whether one can infer from the fact that a given conduct is likely to create anti-competitive effects that consumer welfare will necessarily be harmed. To answer this question, one should determine whether the conduct in question can be justified by an objective reason or the presence of redeeming efficiencies.

¹³⁸ Guidance Paper, *supra* note 7, at § 23.

¹³⁹ Such tests would also generate a significant degree of uncertainty as it would be impossible for a dominant firm to know in advance whether its rebates would be illegal. While dominant firms obviously know their cost structure, they are in no position to know the costs of their competitors.

¹⁴⁰ See *Barry Wright Corp. V. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227 (1st Cir. 1983), at 234. See also Einer Elhauge, “Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory--and the Implications for Defining Costs and Market Power” (2003) 112 *Yale Law Journal*, 681; Aaron S. Edlin, “Stopping Above-Cost Predatory Pricing” (2002) 111 *Yale Law Journal*, 941.

Let us, for instance, assume that a dominant manufacturer of disposable razors decides to tie blades to its razors. Clearly, this may have exclusionary effects on rival producers of blades, but it does not necessarily mean that it harms consumer welfare. The dominant firm may, for instance, be able to show that there is a real danger that users of its razors may be hurt if they use lower quality blades and that the only practical manner to avoid such incidents is to tie blades to its razors. The dominant firm will, however, have to show that there is no less restrictive alternative to protect consumers, such as for instance through proper labelling or by asking health authorities to prohibit the sale of low quality blades.

Similarly, while tying may have exclusionary effects, they are also often the source of considerable efficiencies. For instance, when mobile phones manufacturers started adding a camera to their phone, this may have harmed camera producers. Yet, on the other hand, the adding of new functionalities to mobile phones has increased the value of such phones for users. Today, smart phones not only contain a phone and a camera, but also a range of functionalities that were initially found on computers, such as the ability to send emails, download online content, play games, review documents, etc. Again, this has created challenges for PC and laptop makers, but has brought considerable value to users.

B. Application of the principles to vertical restraints

In this section, we apply the law and economics principles discussed above to the analysis of vertical restraints. As will be seen, while the test or standards applying to exclusive dealing, rebates, and tying are distinct (as their effects on competition vary), they should be based on the same set of principles.

Before turning to the application of these principles to vertical restraints, it is important to recall that the first step in the analysis is to establish whether the firm adopting the vertical restraints in question is dominant in one or several relevant markets. While discussing the intricacies of market definition goes beyond the scope of this paper,¹⁴¹ a few important comments need to be made with respect to the assessment of dominance. First, the assessment of dominance has no other purpose than determining whether the firm that is subject to investigation / litigation holds substantial market power, which translates into the ability to charge supra-competitive prices.¹⁴² Key to this determination is whether the investigated firm is subject to constraints preventing it from charging supra-competitive prices. Secondly, while market share is often used as a first screen to determine the presence of a dominant firm in the relevant market, market share alone is a blunt surrogate for establishing dominance.¹⁴³ A high market share may reflect nothing more

¹⁴¹ On market definition, see Elhauge and Geradin, *supra* note 3, at 276 et seq.

¹⁴² See *Guidance Paper*, *supra* note 7, at § 10. Damien Geradin et al., “The Concept of Dominance in EC Competition Law”, *Research Paper on the Modernization of Article 82 EC*, Global Competition Law Center, 2005, available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144

¹⁴³ See Bishop, *supra* note 29 (“[M]arket share provides only one indicator of a firm’s market power and therefore only provides a poor proxy. Indeed, in many markets ... even firms with high market shares can be subject to (continued...)”)

than that the enterprise is responsive to customer demand, i.e., it offers high quality products at competitive prices.¹⁴⁴ In addition, the focus on market share is static in nature and renders no account of market dynamics.¹⁴⁵ For instance, a firm that enjoys a high market share may have been persistently losing customers to competitive rivals in the recent past. Overall, market share is thus not a proxy for market power, and on its own cannot justify a finding of dominance. Additional factors need to be taken into account regardless of whether market shares are very high or not.¹⁴⁶ Such factors, for instance, include the absence of barriers to entry or expansion, the presence of countervailing buyer power, etc.

1. Exclusive dealing

An exclusive purchasing obligation is an agreement to sell a product on the condition that the buyer purchases exclusively or to a large extent only from the (dominant) supplier. As we have seen in Part II, the major anticompetitive concern that may be raised by exclusive agreements is that such agreements might foreclose enough of the market to harm competition and consumer welfare. On the other hand, exclusive dealing may be a source of efficiencies. The relevant questions for a competition authority or a court are thus to determine whether the exclusive dealing obligation in question is likely to produce foreclosure effects and, if so, whether such effects are outweighed by efficiencies. The final goal of this balance is to establish whether the practice produces (or is likely to produce) a net negative effect on consumer welfare and, therefore, characterizes an infringement.

As a starting point, it is important to observe that there is no mathematical formula that allows to determine whether in a given context exclusive dealing obligations should be considered as pro- or anti-competitive. A number of factors can, however, be taken into account in the assessment of such obligations.

The first, and perhaps most important, factor relates to the size of the market share that is tied to the exclusive dealing obligation, i.e. the part of the market covered by such an obligation. As noted above, while a tied market share of 20% is generally unlikely to create foreclosure effects, the opposite can be said of an 80% tied market share. The difficulty is of course when the tied share is between these two extremes. In fact, there is no standard answer to the question of the amount of tied share that is likely to create foreclosure effects as this may depend on the share of the market an equally efficient supplier needs to capture to trade profitably, a question that is particularly important in markets characterized by economies of scale and scope. For instance, in a market where the minimum efficient scale (the “MES”) is at 50% of the market (i.e., a

effective competition even from firms with very low market shares. Other factors that need to be taken into account alongside the mere calculation of market shares are the ease with which firms can expand their sales, the ease with which new firms can enter the market.”)

¹⁴⁴ Or, for instance, that the firm under investigation enjoys a “first mover advantage” because it was the first entrant on a new market.

¹⁴⁵ See *Guidance Paper*, supra note 7, at § 13.

¹⁴⁶ See, e.g., Simon Bishop, supra note 29

duopoly), a market coverage of 60% is exclusionary, whereas in a market where the MES is at 20%, a 50% market coverage may be insufficient to foreclose the market.¹⁴⁷ Determining market foreclosure thus requires a case-by-case analysis.

When the dominant firm does not tie an important part of its customers to an exclusive purchasing obligation but applies it selectively to some of them, one has to investigate whether the tied customers are those that are likely to be the most responsive to offers from rivals to the dominant firm, for instance due to the characteristics of their products (which may be particularly well suited to a subset of customers) or their geographic proximity to some customers. As in the case of selective price cuts, such issues must be looked at with care as determining whether a customer is “particularly responsive” to an alternative supplier is to some extent a subjective question.

A second important criterion relates to the duration of the exclusive dealing obligation. Short obligations are generally less likely to produce foreclosure effects as they allow alternative suppliers to bid for the contracts on a regular basis. The same can be said of exclusive dealing contracts containing a provision allowing customers to terminate the exclusive dealing obligation at short notice and without penalty. Such a provision allows customers to receive offers from existing rivals or new entrants assuming of course they are not capacity constrained.

It is important to note that dominant firms may engage in practices that although falling short of outright exclusivity can have foreclosure effects, such as, for instance, fidelity / market share rebates (see next section), slotting allowances, and category management.¹⁴⁸ The assessment of such practices should follow the same principles as those applied to exclusive dealing obligations. Competition authorities and courts have also looked at so-called “English clauses” whereby the buyer is required to report to the dominant supplier any better offer and only allowed to accept such an offer when the dominant supplier does not match it.¹⁴⁹ While such clauses may be advantageous for buyers (as they create price competition among suppliers), they may nevertheless produce foreclosure effects especially when the buyer has to reveal the identity of the rival making the better offer, as this may discourage competitors from making competing offers.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Following this line of reasoning, one scholar suggests the following safe harbor: “*per se* legality for arrangements less than one year in duration or arrangements that foreclose less than 40% of total distribution would improve consumer welfare without significant risk of anticompetitive harm.” See Joshua D. Wright, “Antitrust Law and Competition for Distribution”, (2006) 23 *Yale Journal on Regulation* at 169-208.

¹⁴⁸ On these practices, see O’Donoghue and Padilla, *supra* note 35.

¹⁴⁹ Id. In Brazil, “English Clauses” have been discussed in at least two important cases, both of them settled with CADE: Administrative Proceeding 08012.003303/1998-25, Claimant: Philip Morris Brasil S/A, Defendant: Souza Cruz S/A, Reporting Commissioner Mercio Felski, Judged in September 13, 2000. and Administrative Proceeding 08012.006504/1997-11, Claimant: Chandre de Araújo Costa and others, Defendant: TV Globo Ltda. União Brasileira dos Grandes Clubes de Futebol (Clube dos Treze) and others. Reporting Commissioner: César Costa AlvesMattos, DOU: October 22, 2010.

¹⁵⁰ Id.

If the above analysis reveals that the exclusive dealing obligation in question creates foreclosure effects, such effects must be balanced with the efficiencies that may be generated by the obligation. As seen in Part II above, exclusive dealing obligations reduce uncertainty about whether future sales, which is particularly critical when suppliers need external financing to expand or when they need to make a client-specific investment. Exclusive dealing may also be more acceptable to buyers than requirements to purchase a certain quantity of products from the dominant firm, particularly in industries where demand may fluctuate over the years. The task of competition authorities and courts is thus to balance the pro- and anti-competitive effects of exclusive dealing obligations. Such balancing is not necessarily an “all or nothing” process where exclusive dealing obligations are either entirely accepted or entirely rejected. In some circumstances, competition authorities may ask the dominant firm to allow its buyers to purchase some of their needs from rivals (turning an exclusive dealing obligation into an obligation to buy, for instance, at least 75% of the buyers’ need from the dominant firm, hence leaving 25% to rivals) or to reduce the length of the exclusive dealing obligation.

2. Conditional rebates

While the assessment of exclusive dealing obligation is generally relatively straightforward, determining whether conditional rebates granted by dominant firms are anti-competitive and should be prohibited as abusive requires more complex evaluations.¹⁵¹

As we have seen in Part III, competition authorities and courts, particularly in the EU, but also in other jurisdictions, have often taken strict approaches to the assessment of rebates, in some cases opting for *per se* rules of illegality against certain types of rebates, such as, for instance, fidelity rebates. We have, however, seen that such *per se* rules are not in line with modern economic thinking and that there is a consensus among lawyers and economists that competition authorities should instead opt for an effects-based analysis based on price cost tests, an approach that has been adopted in many jurisdictions in recent years. Brazil is among these other jurisdictions, although its recent experience also shows a lack of substantive criteria to implement an effects based analysis.

In its Guidance Paper on Article 102, the European Commission articulated economic tests to assess single-product and multi-product (mixed bundling) rebates, which will be analyzed in this Section as they represent an interesting attempt to apply a rigorous, economic-based methodology to rebates. Comparable tests also frequently relied upon by US courts to distinguish pro-competitive rebates from anti-competitive ones.

Competition authorities and courts need to address three important questions to determine whether conditional rebates granted by dominant firms amount to anti-competitive abuses. The first question is whether the rebates in question foreclose equally efficient competitors from the dominant firm’s customers. If the answer to this question is positive, the second question is

¹⁵¹ See Damien Geradin, “A Proposed Test for Separating Pro-competitive Conditional Rebates from Anti-competitive Ones” (2009) 32 *World Competition* 41

whether the rebates represent a substantial share of the market to which equally efficient rivals can turn. If the answer to this question is positive, the third question is whether the foreclosure effects of the rebates can be compensated by the presence of efficiencies. These questions will be successively addressed by reference to the Guidance Paper, suggesting a substantive test to evaluate competitive effects of rebates.

2.1 Can the rebates foreclose equally-efficient competitors from the dominant firm's customers?

As a preliminary remark, it is important to note that one of the virtues of the Guidance Paper is that it seeks to move away from the terminology traditionally used by the Commission and the EU courts, which relied on concepts, such as fidelity rebates, quantity rebates or target rebates, towards the clearer notion of “conditional rebates”, which it defines as “rebates granted to customers to reward them for a particular form of purchasing behaviour.”¹⁵² While the Guidance Paper acknowledges that conditional rebates are not an uncommon practice, it notes that such rebates – when granted by a dominant undertaking – can also have actual or potential foreclosure effects similar to exclusive purchasing obligations.¹⁵³

a. Distinction between single- and multi-product rebates

For the purpose of assessing the potential foreclosure effects of conditional rebates, the Guidance Paper makes a distinction between single-product rebates (i.e., rebates applying to one product) and multi-product or bundled rebates (i.e., rebates applying across several products). The Guidance Paper discusses bundled rebates as part of its section on tying, but as such rebates raises issues analogous to single-product rebates, we will analyse them as part of this section.

Single-product rebates

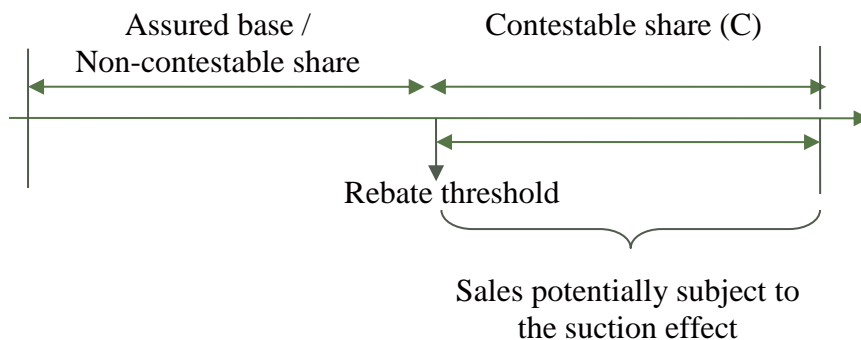
The Guidance Paper details several factors that it considers to be of particular importance in determining whether a given system of conditional rebates is liable to result in anticompetitive foreclosure. The Guidance Paper indicates that anticompetitive foreclosure is more likely to occur where the dominant undertaking's rivals are not able to compete on equal terms for the entire demand of each individual customer. The reason is that a conditional rebate granted by a dominant undertaking may enable it to use the “non-contestable” portion of the demand of each customer (i.e. the amount that would anyhow be purchased by the customer from the dominant undertaking) as leverage to decrease the price to be paid for the “contestable” portion of demand (i.e. the amount for which the customer may prefer and be able to find substitutes).¹⁵⁴

¹⁵² Guidance Paper, supra note 7, at § 37.

¹⁵³ Id.

¹⁵⁴ Id. at § 39.

The concern expressed in the Guidance Paper can be illustrated as follows. Let us assume that a dominant supplier sells to a particular company. The supplier has an assured base of sales to that customer because, for a portion of the customer’s demand, there are no proper substitutes.¹⁵⁵ These sales represent the non-contestable share of that company’s demand. However, the portion of the customer’s demand for which substitutes are available is the contestable share, of that customer’s demand.¹⁵⁶ The dominant supplier offers the company a retroactive rebate. This gives the customer a rebate over all the quantities sourced if it purchases more than the rebate threshold level within the reference period.¹⁵⁷ This scenario is illustrated by the graph below.



The competition concern is that when the non-contestable part (NC) of the customer demand in question is large compared to the contestable part (C), i.e. when $NC > C$, the retroactive rebate may allow the dominant supplier to leverage its position of strength in the non-contestable to the contestable part of a customer’s sales. Indeed, while the dominant supplier can recoup the rebate on its overall sales including both contestable and non-contestable parts (i.e. the dominant firm does not incur losses on the whole range of sales), competing suppliers will have to recoup the rebate over a smaller base represented by the contestable part. This retroactive rebate scheme could thus have the effect of excluding equally efficient rivals from that part of the customer’s sales that would otherwise be contestable.

Echoing the position expressed by the EU courts, the Guidance Paper also notes that “retroactive” rebates may foreclose the market significantly, “as they may make it less attractive for customers to switch small amounts of demand to an alternative supplier, if this would lead to loss of the retroactive rebates.”¹⁵⁸ In this respect, the higher the rebate as a percentage of the total price (e.g., a 20 % rebate, which is a large rebate) and the higher the threshold (e.g., the fact that the 20% rebate would be granted when the buyer purchases more than 90% of its requirements from the dominant firm), the greater the inducement below the threshold (this inducement being

¹⁵⁵ See Discussion Paper, *supra* note 73, at § 143.

¹⁵⁶ *Id.* at § 153.

¹⁵⁷ *Id.* at § 152.

¹⁵⁸ *Id.*, at § 40.

sometimes referred to as the “suction effect”¹⁵⁹) and, therefore, the stronger the likely foreclosure of actual or potential competitors.

The Guidance Paper provides that the Commission intends to investigate “to the extent that the data are available and reliable” whether the rebate granted by the dominant firm is capable of hindering the expansion or entry even of “as efficient” competitors by making it more difficult for them to supply part of the requirements of individual customers.¹⁶⁰

The Commission will estimate what price a rival would have to offer to the buyer that has received a conditional rebate from a dominant firm in order to compensate this buyer for the loss of that rebate if the latter would switch part of its demand, which is referred to as the “relevant range”, away from the dominant undertaking. The price that the competitor will have to match is not the average price of the dominant undertaking, but the normal (list) price less the rebate it loses by switching (i.e., the “effective price”), calculated over the relevant range of sales and in the relevant period of time.

The Guidance Paper provides that for incremental rebates, the “relevant range” is normally the incremental purchases (i.e., the purchases made beyond the threshold set by the dominant firm for granting the rebate) that are being considered. For retroactive rebates, it will generally be relevant to assess in the specific market context how much of a customer’s purchase requirements can realistically be switched to a rival (the “contestable share” or “contestable portion”).

Against this background, the Guidance Paper provides that:

- Where the effective price remains consistently above the long run average incremental cost (LRAIC) of the dominant undertaking, this would normally allow an equally efficient competitor to compete profitably notwithstanding the rebate. In those

¹⁵⁹ Discussion Paper, supra note 73, at § 153.

¹⁶⁰ Guidance Paper, supra note 7, at § 41. According to this standard, as long as a dominant firm sells its products at an effective price (standard price minus the rebate it grants to its customers) that is above a certain measure of its costs, the rebate in question should be legal even if it has the effect of eliminating weaker competitors. Tests which would rely on competitors’ costs or any other benchmark exceeding the dominant firm’s own costs would protect less efficient competitors and ultimately deprive consumers of the beneficial effects of price competition. Such tests would also generate a significant degree of uncertainty as it would be impossible for a dominant firm to know in advance whether its rebates would be illegal. While dominant firms obviously know their cost structure, they are in no position to know the costs of their competitors and thus could not self-assess their pricing practices. This aspect was recently emphasised by the GC in *Deutsche Telekom* in which the Commission had applied the “as efficient competitor” test. The Court condoned this test, holding that any other approach would be contrary to the general principle of legal certainty. See GC, *Deutsche Telekom v. Commission*, T-271/03, [2008] ECR II-477, at § 192. A similar approach prevails in US antitrust law as made clear by a US federal court in *Ortho Diagnostic Systems, Inc. v. Abbott Labs.*, 920 F. Supp. 455 (S.D.N.Y. 1996), which held that: “only price cutting that threatens equally or more efficient competitors is condemned under Section 2. Any other rule would entail too substantial a risk that the antitrust laws would be used to protect an inefficient competitor against price competition that would afford substantial benefits to consumers.” *Id.* at 469-470.

circumstances the rebate is normally not capable of foreclosing in an anti-competitive way.

- Where the effective price is below average avoidable cost (AAC), as a general rule the rebate scheme is capable of foreclosing even as efficient competitors.
- Where the effective price is between AAC and LRAIC, the Commission will investigate whether other factors point to the conclusion that entry or expansion even by as efficient competitors is likely to be affected. In such a case, the Commission will investigate whether and to what extent rivals have realistic and effective “counterstrategies” at their disposal, for instance their capacity to also use a “non-contestable” portion of their buyer’s demand as leverage to decrease the price for the relevant range.¹⁶¹

A simple numerical example can be used to clarify the leverage mechanism described by the Commission in the *Guidance Paper*. Suppose that Customer A will always buy 50 Units that are available only from the dominant supplier, so the assured base or the non-contestable share $Q_{NCS}^A = 50$ Units. But the customer’s total demand $Q_T^A = 100$ Units, and the remaining 50 Units could be satisfied by products sold by either the dominant supplier or one of its competitors. Thus the contestable share $Q_{CS}^A = 50$ Units. The $AAC = 1$ \$/Unit. The $LRAIC = 2$ \$/Unit.

The dominant supplier offers the following pricing scheme. The customer pays 4 \$/Unit if it buys any quantity less than 100 units. So $P_{Before\ Rebate} = 4$ \$/Unit if $Q < 100$ Units. But if the customer buys 100 units ($Q = 100$ Units) it receives a rebate R worth \$ 120 in total, or 1.2 \$ for each of the 100 units bought in total. $P_{After\ Rebate} = 2.8$ \$/Unit if $Q = 100$ Units. To determine whether there is a suction effect, the *Guidance Paper* requires the calculation of the effective price, P_e , for the units that belong to the contestable share and see whether this price is inferior to the dominant supplier’s LRAIC.

$$P_{Before\ Rebate} = 4 \text{ \$/Unit}$$

$$P_{After\ Rebate} = 2.8 \text{ \$/Unit} = 4\text{\$/Unit} - 1.2 \text{ \$/Unit}$$

$$\text{Contestable share } C = 50 \text{ Units}$$

$$\rightarrow \text{Total}_{With\ rebate} = 100 \times 2.80 \text{ \$} = 280 \text{ \$}$$

$$\rightarrow \text{Total}_{Without\ rebate} = 50 \times 4 \text{ \$} = 200 \text{ \$}$$

$$\text{Total}_{With\ rebate} - \text{Total}_{Without\ rebate} = 280 \text{ \$} - 200 \text{ \$} = 80 \text{ \$ is being paid for the last 50 contestable units}$$

$$\text{The effective price } (P_e) \text{ over the last 50} = 80 \text{ \$} / 50 = 1.6 \text{ \$}$$

As $AAC < P_e < LRAIC \rightarrow$ the Commission will look at whether the dominant firm’s rivals have counterstrategies

Among the factors taken into consideration by the Commission in its assessment is whether the threshold set by the dominant firm is “individualized” or “standard”. The importance of this distinction comes from the fact that while an “individualised” threshold allows the dominant

¹⁶¹ *Guidance Paper*, supra note 7, at § 44

supplier to set the threshold at such a level as to make it difficult for customers to switch suppliers, a standardised volume threshold may be too high for some smaller customers and/or too low for larger customers to have a loyalty enhancing effect¹⁶². The loyalty-inducing effect is thus likely stronger for individualised thresholds than standard ones.

Bundled rebates

In a multi-product rebate setting, a dominant supplier might be assured of a certain level of sales from a customer if that customer's demand is spread across several different products, and the dominant supplier is the only company able to offer some of those products.¹⁶³ In this case, a multi-product scheme can work in the same way as a single product one – to leverage the dominant company's position of strength in the assured base into the contestable part of a customer's sales.

The test proposed by the Commission in its Guidance Paper is that:

“If the incremental price that customers pay for each of the dominant undertaking's products in the bundle remains above the LRAIC of the dominant firm from including this product in the bundle, the Commission will normally not intervene since an equally efficient competitor with only one product should in principle be able to compete profitably against the bundle. Enforcement action may however be warranted if the incremental price is below the LRAIC, because in such a case even an equally efficient competitor may be prevented from expanding or entering.”¹⁶⁴

This test can here again be illustrated through a simple numerical example. Assume that the dominant supplier sells two products, *X* and *Y*. *Product X* is only offered by the dominant supplier, but *Product Y* is offered by both the dominant supplier and some efficient rivals. *Customer A* will always buy 50 units of *product X* from the dominant supplier, so this supplier has an assured base of 50 units ($Q_X^A_{NCS} = 50 \text{ Units}$). But the customer also has a demand for 50 units of *product Y* ($Q_Y^A_{CS} = 50 \text{ Units}$), and these sales could be contested by efficient entrants or rivals, so there is a contestable market of 50 units. The LRAIC of producing one unit of *X* and *Y* is similar, i.e. 2 \$.

The dominant supplier offers the following multi-product rebate scheme. The customer pays 4 \$/Unit for either product if they buy any aggregate quantity less than 100 units. So $P_{\text{Before Rebate}} = 4 \text{ $/Unit}$ if $Q < 100 \text{ Units}$. But if they buy 100 units they are given a rebate worth 120 \$ in total,

¹⁶² Id. at § 45.

¹⁶³ See Guidance Paper, at § 60 (“If the evidence suggests that competitors to the dominant undertaking are selling identical bundles, or could do so in a timely way without being deterred by possible additional costs, the Commission will generally regard this as bundle competing against a bundle, in which case the relevant question is not whether the incremental revenue covers the incremental costs for each product in the bundle, but rather whether the price of the bundle as a whole is predatory.”)

¹⁶⁴ See Guidance Paper, supra note 7, at § 60.

or 1.2 \$/Unit for each of the 100 units bought in total. So $P_{After\ Rebate} = 2.8\ \$/Unit$ if $Q = 100$ Units. As the methodology and the figures are the same as in the example used above, the result will be the same. The effective price (P_e) over the 50 contestable units of product Y = $80\ \$ / 50 = 1.6\ \$$. As $P_e < LRAIC$, the rebate may create exclude equally efficient rivals.

b. Assessment of the effects-based approach of the Guidance Paper

While the logic of the suction effect test proposed by the Commission is attractive and such a price-cost test represents a major progress compared to the formalistic approach pursued by the EU Courts, this test raises a number of implementation issues that are discussed below.

The most significant difficulty raised by the suction effect test relates to the determination of the size of the contestable share of a given customer's demand.¹⁶⁵ The suction effect test relies on the assumption that the dominant supplier controls a part of the demand of the customer to which it gives a rebate (or, in the case of multi-product rebates, the dominant supplier sells a product needed by the customer in question and for which there is no alternative supplier), which will be its assured base. It also assumes that this assured base (and thus the non-contestable part of the customer's demand) is large (as otherwise, the dominant firm would not be able to leverage its control of the non-contestable part to the contestable part).¹⁶⁶

The test is quite intuitive for multi-product rebates, where it is easy to distinguish between the competitive and non-competitive products since they are distinct. As far as single-product rebates are concerned, it can by contrast be difficult to determine in practice whether – and, if so, the extent to which – the demand of a given customer for a particular product or service is contestable. Several factors should play a role in this determination: (i) *switching costs*: when such costs are significant, they may have the effect of locking-in customers with the dominant supplier even if they were willing to switch part of their requirements to alternative suppliers; the contestable share will thus be small; (ii) *must-have brands (or must-stock products)*: some brands or products may be essential for various categories of retailer;¹⁶⁷ (iii) *capacity constraints*: even if

¹⁶⁵ In its submission to the OECD Roundtable on rebates, the OFT stated: “While sound in theory, perhaps the most difficult aspect of applying the [suction effect] test is assessing what proportion of a customer's purchases are in practice ‘assured’ as opposed to ‘contestable.’” United Kingdom, Roundtable on Bundled and Conditional Discounts and Rebates, DAF/COMP/WP3/WD(2008)46, 10 June 2008 at § 38.

¹⁶⁶ See Discussion Paper supra note 73, at § 146 :“In markets where for all or most part of demand there are proper substitutes, for instance where the product is homogeneous and the competitors to the allegedly dominant company are not capacity constrained, rebate systems will generally not have a market distorting foreclosure effect. If competitors are competing on equal terms for all the customers and for each individual customer's entire demand, then a rebate system is unlikely to have a foreclosure effect unless the effective price under the rebate system, calculated over all sales by the dominant company to its customer(s), is found to be predatory ...”

¹⁶⁷ For instance, supermarkets may have to stock certain popular consumer brands, such as for instance Coca Cola, Danone or Nestlé and consumer electronics' retailers may have to stock leading brands, such as Apple, LG, Samsung or Sony. With limited exceptions, brands trend to play a lesser role in input markets, such as for instance raw materials or electronic components, as these inputs will be embedded in products and thus not directly identifiable by the end consumers.

customers were willing and able to switch to alternative suppliers, such suppliers may be unable to satisfy the resulting demand, hence ensuring an assured base to the dominant firm (at least equal to the total demand minus the maximum available capacities of its rivals); and (iv) *single-source supply*: in sectors where transaction costs savings are of critical importance, customers may prefer to buy from a single supplier that is able to supply them with the full, or at least a large part, of the range of the products they need. This may prevent suppliers with a narrow range of products from supplying such customers.¹⁶⁸

The problem is that these different factors, and their relative importance for a given product/service and/or a given customer, are hard to measure. The difficulty of determining the contestable share of a given customer's demand may thus make the application of the suction effect test proposed by the Commission quite difficult in practice.

c. Proposed alternative approach

When it is not possible to establish with a sufficient degree of certainty the size of the contestable part of a given customer's demand, the best approach is probably – as it is the case of unconditional or conditional incremental rebates – to apply a classic predation test over *all* the units sold by the dominant firm. This approach is supported by Professor Hovenkamp in its leading antitrust treatise on the ground that other tests may be hard to administer and risk chilling price competition.¹⁶⁹

Some may argue that a predation test is insufficient to identify the potential anticompetitive effects of retroactive rebates, and thus create a risk of Type II errors.¹⁷⁰ But this will only be true when the strict assumptions (including the fact that $NC > C$) adopted in the Discussion Paper and Guidance Paper are present, and when the dominant firm's competitors have no counter-strategies to overcome the handicaps that may prevent them from contesting a part of *NC*. Moreover, as will be seen below, the cost standard test proposed by the Commission in the *Discussion Paper (ATC)* or the *Guidance Paper (LRAIC)* is particularly stringent and certainly more stringent than the cost standards recommended by the majority of scholars and practitioners (*AVC* or *AAC*).¹⁷¹ Thus, reliance on a demanding cost standard may be a way of reducing the risk

¹⁶⁸ Note, however, that a supplier that is unable to supply the full range of products required by a given customer, can try to team up with other suppliers producing the products missing from its products range so as to jointly offer the product range needed.

¹⁶⁹ See Philip E. Areeda and Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* (Supp. 2007) § 749b, at 245.

¹⁷⁰ See, e.g., Robert H. Lande, "Should Predatory Pricing Rules Immunize Exclusionary Discounts?", (2006) *Utah Law Review* 863, 878.

¹⁷¹ The *Discussion Paper* justifies the use of a long run cost standard such as *ATC* (and implicitly *LRAIC*) by saying that a company can fund losses on sales in the contestable part of demand through profits on sales in its assured base, and so can operate a rebate scheme for a long time. See *Discussion Paper*, supra note 73, at § 154. This reasoning, however, fails to convince most legal and economic scholars, who instead believe that *AAC* is the right cost standard. See, e.g., Simon Bishop and Philip Marsden, "Editorial - The Article 82 Discussion Paper: A Missed Opportunity", April 2006, *European Competition Journal*, 1-7 at p.5. First, as long as it covers its *AAC*, it makes economic sense for the dominant firm to make the sale, as any additional revenue will make a positive contribution (continued...)

of false negatives that – it is alleged – may result from the application of a pure predation test to retroactive rebates.

One way to reduce the risk of Type II errors is to combine the standard predation test with an analysis of a series of market factors. In this respect, the Commission suggests in the 2005 *Discussion Paper* on Article 102 that:

“Where it is in general not possible to accurately establish the [contestable] share, the Commission will overall assess to what extent the rebate system hinders expansion or entry by competitors. It will do so by investigating the market performance of the dominant company and its competitors, preferably by comparing the situation before and after the rebate system was introduced. It will amongst others estimate the importance of the rebate by comparing its size to the full price per unit of product and will assess the indications of an actual foreclosure effect such as exit or declining market shares of competitors or de-listing of their products.”¹⁷²

The section of the Guidance Paper dealing with rebates no longer mentions these factors referred to in the above abstracts. However, in its general section on foreclosure, the Guidance Paper states that a number of factors will be taken into account to determine when an alleged abusive conduct is likely to lead to anti-competitive effects, including

“*possible evidence of actual foreclosure*. If the conduct has been in place for a sufficient period of time, the market performance of the dominant firm and its competitors may provide direct evidence about anticompetitive foreclosure; for reasons attributable to the allegedly abusive conduct, the market share of the dominant firm may have risen or a decline in market share may have been slowed; for similar reasons, actual competitors may have been marginalised or may have exited, or potential competitors may have tried to enter and failed.”¹⁷³

to recovering fixed costs, which is a prime concern for most firms. Accordingly, pricing behaviour whereby a firm sells part or even all of its output at prices below *ATC/LRAIC* is a pervasive practice, in particular in sectors where firms incur high fixed costs (i.e. network industries, research-intensive sectors, etc.). Thus, prices below *ATC* but above *AAC* may be perfectly rational conduct and should thus not raise antitrust scrutiny. Second, the fact that a rebate scheme *can* be operated for a long time cannot justify assuming that it *will* be operated for a long time. Dominant firms may *temporarily* price below both *ATC* and *LRAIC* for a number of legitimate reasons, for example because they want to promote a new product through a relatively low initial entry price (so-called “penetration pricing”), because there is a sudden drop in demand, because the company is operating in the early stages of a market with switching costs and so on. When low prices are only temporary, costs that vary only in the long run cannot be avoided and thus should not be included when assessing whether the prices are profitable. Moreover, whether it is true that a firm can fund losses on sales in the contestable part of demand through profits on sales in its assured base, this strategy will nevertheless have a cost (in terms of foregone profits) that the dominant firm may not necessarily want to carry for a long period of time.

¹⁷² See *Discussion Paper*, supra note 73, at § 164.

¹⁷³ See Guidance Paper, supra note 7, at § 20.

While the willingness of the Commission to look at the “effects” of conditional rebates granted by a dominant firm should be welcomed, the analysis of the market factors enumerated in the above quotes should be handled with care. It might indeed be tempting for a competition authority to look at the respective market shares of the dominant firm and its rivals *before* and *after* the rebate system was introduced and, if the market share of the dominant firm has increased while those of its rivals have decreased during the relevant period, conclude that this must be due to the foreclosure effects of the rebates in question, hence prohibiting them. This approach would be much too simplistic, however, as market share fluctuations may be due to a wide range of factors, such as the fact that the dominant firm’s products have increased in quality while those of its rivals have decreased in quality, changes in consumer demand unrelated to the rebates granted, and other such changes which may be hard to measure. The *causality* between the rebates granted by the dominant supplier and the decrease (or simple maintenance) of the market shares of its rivals could thus not be clearly established.¹⁷⁴

When rebates have been granted for a certain period of time, a more relevant approach would be to look at whether the very objectives of exclusionary pricing have been achieved. The rationale of this approach is that the reason why dominant firms may seek to exclude competitors through anti-competitive rebates is to subsequently increase prices (or decrease output), reduce quality, or slow down the innovation race.¹⁷⁵ Thus, when these effects have not occurred, it cannot be concluded that consumers have been harmed. If anything, price decreases at constant (or even improved) quality level show that the rebates in question are, as is usually the case, pro-competitive and enhance consumer welfare. Indeed, in a context of continuous price decreases, rebates are likely to be just additional evidence of fierce competition. In these cases, it may be just as important to avoid Type I errors (over-deterrence) than Type II errors (under-deterrence), taking a very careful approach when characterizing a particular rebate system as anticompetitive.

2.2 Do the foreclosed customers represent a significant share of the relevant market?

Price-cost tests are useful instruments to determine whether the rebates in question *can* foreclose competitors because the dominant firm’s customers cannot turn to alternative suppliers without incurring substantial switching costs, which equally efficient competitors cannot overcome. But the fact that a given rebate regime fails the price-cost test cannot be the end of the inquiry.

The next stage in the inquiry is to determine whether these customers represent a substantial share of the market to which such rivals can turn, depriving them of the possibility to profitably

¹⁷⁴ The same is obviously true with respect to rivals’ exit. Dominant firms’ competitors may be forced from the market for a variety of reasons unrelated to the rebates in question, such as high prices, poor quality of products, bad management, lack of proper marketing, etc. Measuring the actual impact of the rebates on market outcomes that may also result from a range of other factors is likely to be a very hard task.

¹⁷⁵ These market outcomes are usually easy to identify and well within the reach of a sophisticated competition authority.

expand and/or enter.¹⁷⁶ The fact that a given rebate forecloses one or several competitors of the dominant firm from supplying one or several customers is not sufficient to demonstrate the presence of anti-competitive effects. Such effects will only appear when such customers represent a substantial share of the market that is critical for rivals' competitiveness. Otherwise, even if they are unable to supply one or several customers, rivals will have access to a sufficient share of the demand for the products/services in question to allow them to profitably enter or remain on the market, and thus constrain the dominant firm.¹⁷⁷ This central point was made by Philip Lowe, the then Director General of DG COMP, in relation to the Discussion Paper:

“In the [Discussion Paper] we propose that for rebates – as well as for other types of price based conduct – the exclusion of “as efficient competitors” is abusive. Though this is not the only test which can be used to show abuse, it is a useful one, as it allows dominant firms to assess their conduct based on their own costs. A failed price-cost test is of course not the end of the analysis. We would still have to show a likely market foreclosure effect.”¹⁷⁸

The question is of course to determine what a “substantial” share or amount of the market is, in order to establish the level of foreclosure that should raise concerns to competition authorities. As noted above, the answer to this question is bound to vary from one market to the other and thus requires a case-by-case analysis. For instance, in markets with a small minimum efficient scale (MES) and generally low barriers to entry, rebates that cover a relatively large portion of the market may be insufficient to hinder new entrance.

2.3 Are the rebates' anti-competitive effects counterbalanced by the efficiencies?

If the rebates in question foreclose a substantial share of the market, the dominant firm should be allowed to demonstrate that the foreclosure effects of the rebates are offset by pro-competitive efficiencies.

While the importance of efficiencies has long been recognized by US courts, one of the criticisms often made against the decisions of the Commission and the EU Courts was that they failed to sufficiently consider the rebates' actual or potential efficiencies, focusing too much

¹⁷⁶ For an application of this standard in US law, see *Concord Boat*, 207 F.3d at 1059 (the court noting that the boat builders had “failed to produce sufficient evidence to demonstrate that Brunswick had foreclosed a substantial share of the stern drive engine market through anticompetitive conduct.”)

¹⁷⁷ Note that in sectors where economies of scale and scope are small and network externalities irrelevant, a rebate that forecloses a substantial share of the market may not, in itself, be capable of driving out competitors, and thus must be deemed lawful. See “Comments of Professor Elhauge on DG Competition Discussion Paper on Exclusionary Abuses”, at p. 3, available at <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/072.pdf>

¹⁷⁸ Philip Lowe, “Remarks on Unilateral Conduct”, Session on International Enforcement Perspectives, Federal Trade Commission and Antitrust Division Hearings on Section 2 of the Sherman Act, Washington DC, 11 September 2006 (emphasis added).

instead on their actual or potential exclusionary effects.¹⁷⁹ The more recent case law of the EU Courts, as well as the Commission’s Guidance Paper signal the importance of taking efficiencies into account in the assessment of rebates.¹⁸⁰

The Guidance Paper indicates that the Commission will be willing to consider “claims by dominant undertakings that rebate systems achieve cost or other advantages which are passed on to customers.”¹⁸¹ The Guidance Paper is, however, rather cryptic as to the categories of cost advantages that will be accepted by the Commission, merely providing that transaction related cost advantages are often more likely to be achieved with standardised volume targets than with individualised ones. As to other efficiencies, the Guidance Paper limits itself to noting that incremental rebates are generally more likely to give resellers an incentive to produce and resell a higher volume than retroactive rebate schemes without, however, explaining why this is the case.¹⁸² The Guidance Paper would have benefited from a broader review of the various “efficiencies” or pro-competitive effects that are associated with rebates, which we discussed in Part II above.

As noted above, one important aspect in the assessment of conditional rebates is to analyse the possible pro- and anti-competitive effects of a given rebate regime with an open mind rather than based on views that certain type of rebates can only harm consumers. For instance, “fidelity” or “market share” rebates, which are often seen negatively by competition authorities and courts, can be a source of efficiencies.¹⁸³ Market-share rebates may indeed be needed to reach objectives that cannot be achieved through volume-based rebates. While volume-rebates tend to incentivize buyers to buy larger quantities (hence allowing the supplier to achieve economies of scale, etc.), they may represent a risk for buyers in industries where it is hard to predict in advance how a given line of products will sell. In such industries, customers may indeed fail to obtain the rebate at the end of the period for reasons that may be independent of their will and efforts. Customers may thus ask suppliers for a market-share rebate since they ensure customers will collect the rebate by purchasing their requirements up to the percentage level needed to reach the threshold. Hence, percentage-based rebates amount to a risk-sharing mechanism between the suppliers and their customers.

¹⁷⁹ See Damien Geradin, “Efficiency Claims in EC competition Law and Sector-specific Regulation” in H. Ullrich, Ed., *The Evolution Of European Competition Law Whose Regulation, Which Competition?*, Edward Elgar, 2006.

¹⁸⁰ See, e.g., European Commission, Roundtable on Bundled and Conditional Discounts and Rebates; DAF/COMP/WP3/WD(2008)48. “*Lately there has been a shift in the Commission’s and the European Courts’ practice which, more clearly than in the past, ensures that efficiencies are taken into account by allowing the dominant firm to show that the efficiencies are likely to outweigh the anti-competitive effects to the benefit of consumers.*”

¹⁸¹ *Id.* at § 46.

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ Efficiencies may also be hard to prove, especially when a given rebate is not motivated by a particular reason but reflects the competing views of multiple executives involved in commercial negotiations.

When demand is uncertain, risks can also be shared between suppliers and customers through the adoption of a retroactive rebate. Rather than setting in advance the price and the volume of the products to be purchased (which guarantees volumes to the supplier, but places a lot of pressure on the buyer), the supplier and the buyer may agree that a retroactive rebate will be granted above a certain threshold. The supplier knows that the buyer will have a strong financial incentive to meet the threshold (which should in turn guarantee some volumes to the supplier), but the buyer will not be forced to meet the threshold on pain of breaching its contractual obligations. In the worst case scenario, failing to meet the threshold will only translate in not obtaining the rebate and thus suffering a price penalty.

In sum, in order to truly implement an effects-based approach, grounded on modern economic theory (as described above), competition authorities should take potential efficiencies of rebates seriously, evaluating them in detail, and not just considering them as an exception to what would otherwise be an exclusionary conduct.

3. Tying

Tying is a common commercial practice relied on by dominant and non-dominant firms. Tying often increases the value of products to users.¹⁸⁴ Smartphone and tablet sales are, for instance, growing fast because these devices integrate multiple features. They combine mobility and computing power, and the thousands of applications they offer attract users. Prohibiting tying under *per se* rules does not make any sense, and in many instances is likely to hurt competition and harm consumers.

As seen in Part II, the economic analysis of tying has gone through different phases and now seems to have reached an equilibrium whereby most economists agree that while tying is generally pro-competitive there may be circumstances where it produces foreclosure effects. That is the line taken by the European Commission in its Guidance Paper. Because tying should not be subject to *per se* rules of illegality (or legality), it is critical to develop the right analytical test to help competition authorities and courts separate pro-competitive tying from anti-competitive ones.

In practice, the following conditions should be met for declaring a given tying conduct illegal: (i) the tying and the tied products should be distinct; (ii) dominance in the tying market; (iii) the tying conduct should produce anti-competitive foreclosure; and (iv) it is not justified by countervailing efficiencies. The rest of this section reviews these conditions, before drawing some conclusions.

3.1 The tying and the tied products should be distinct

According to the case-law of the EU courts, two products are distinct if there is separate demand for the tied product. Thus, in its *Microsoft* judgment, the GC found that Windows and Windows

¹⁸⁴ Elhauge and Geradin, *supra* note 3, at 570.

Media Player were distinct products as there is separate demand for media players. Taken literally, this “separate demand for the tied product” test might lead one to conclude that mobile telephones and ring tones, PCs and keyboards, and MP3 players and earphones are all distinct products, despite the fact that consumers clearly see them as forming part of a single product. This test thus creates a considerable risk that perfectly benign combination of products be caught as anti-competitive (a Type I error).

The correct test is that two products are distinct if there is no separate consumer demand for both the tying *and* the tied product. Indeed, it is perfectly possible for there to be separate demand for ring tones without a mobile phone, but there is surely no demand for a mobile phone without a ring tone. Similarly, while there is separate demand for laces, there is obviously no demand for shoes without laces. By contrast, while printers and paper are typically used together, there is separate demand for both the printer (in this case the tying product) and the paper (the tied product). An attempt by dominant printer manufacturer to tie the sale of its printers to the purchase of large quantities of paper would thus meet this second condition of the test.

In its Guidance Paper, the Commission seems to follow that line of reasoning when it says that:

“Two products are distinct if, in the absence of tying or bundling, a substantial number of customers would purchase or would have purchased the tying product without also buying the tied product from the same supplier, thereby allowing stand-alone production for both the tying and the tied product.”¹⁸⁵

3.2 Dominance in the tying market

As we have seen in Part II, tying may be used to leverage a dominant position in the tying product market to the tied product market. It must therefore be demonstrated that the firm that engages in tying is dominant on the tying product market, otherwise it will not be able to impose the joint sale of the tied product. Indeed, in a context where the firm does not have a dominant position in the tying product, attempting to impose a joint sale the tied product will just drive consumers that are unwilling to buy de package to other suppliers that offer the two products separately.

3.3 Anti-competitive foreclosure

As we have discussed in Part II, tying may be used for both “offensive” and “defensive” leveraging purposes.¹⁸⁶

a. Offensive leveraging

¹⁸⁵ Guidance Paper, *supra* note 7, at § 51.

¹⁸⁶ *Id.* at § 52.

For the reasons described above, applying *per se* rules of illegality (or legality) to tying does not make sense as tying can be source of significant efficiencies, which may more than compensate the anti-competitive effects that may be produced by such conduct. But even before the competition authority or the court engages in that balancing (see section 3.4 below), they must establish that the conduct in question is likely to create anti-competitive effects. Several observations should be made in that respect.

First, competition authorities and courts should not rush to the conclusion that tying forecloses rivals on the tied product market. This essentially depends on the circumstances and, in particular the extent to which, rivals can develop “counterstrategies” to compete on the tied product market. For instance, if a customer cannot acquire a printer (the tying product) without buying a large quantity of paper (the tied product) from the printer manufacturer, that customer will not purchase paper from the manufacturers’ competitors, at least for a certain period of time. In these circumstances, the customer is clearly “coerced” to buy the dominant firm’s paper and rival paper makers are foreclosed. In contrast, by selling Internet Explorer as part of its Windows operating system, Microsoft does not necessarily foreclose other browser developers. While printer users that are forced to buy large quantities of paper will not buy additional paper from other suppliers, nothing prevents computer users from having different browsers on their computer (a practice called “*multi-homing*”), especially if competing browsers can be easily downloaded from the web. Thus, by developing a two-sided business model allowing them to offer their browser for free and making their browser easily downloadable from the web, rival browser makers manage to compete, and succeed, on the tied product market. This explains why despite the fact that Internet Explorer comes together with Windows, many computer users use rival browsers, such as Firefox or Chrome.

Second, to support their foreclosure analysis, competition authorities and courts can use different economic techniques, such as, for instance, “counterfactual analysis”. For instance, in its Guidance Paper, the European Commission provides that when pursuing a case it will usually compare:

“the actual or likely future situation in the relevant market (with the dominant undertaking’s conduct in place) with an appropriate counterfactual, such as the simple absence of the conduct in question or with another realistic alternative scenario, having regard to established business practices.”¹⁸⁷

When the information is available, the competition authorities or courts can, for instance, compare the situation in markets where the dominant firm engaged in tying with the situation in markets where it did not engage in tying. That generally allows having a better view on the impact of tying on competition.

Third, as in the case of exclusive dealing and rebates, tying can only foreclose rivals if it applies to a substantial share of the market. For instance, a dominant firm engaging in contractual tying

¹⁸⁷ Guidance Paper, *supra* note 7, at § 21.

with a number of customers representing a small share of the overall demand for the tied product is unlikely to create foreclosure effects as the contestable share of the tied product market will remain sufficient to allow rivals to trade profitably.

b. Defensive leveraging

While there may be circumstances where tying may be used by a dominant firm to protect its market power in the tying market, defensive leveraging claims should be analysed very carefully as they are often based on speculative reasoning. As we have seen above, in the 1990s, the US DoJ alleged that by tying its Internet Explorer browser to Windows, Microsoft was trying to eliminate Netscape (Internet Explorer's main rival) as Microsoft was concerned that Netscape could eventually challenge its dominant position in the PC operating system market.

3.4 Efficiencies

As we have seen above, tying can be a source of significant efficiencies. This view is shared by the European Commission, which in its Guidance Paper states that it will look into claims by dominant undertakings that their tying and bundling practices may lead to cost savings benefiting customers, reduce transaction costs for customers, or that combining two independent products into a new, single product might enhance the ability to bring such a product to the market to the benefit of consumers.¹⁸⁸

Balancing potential anti-competitive effects with potential efficiencies is a critically-important task for competition authorities and courts. The reason is that while tying can have a very serious negative impact on rivals and thus produce foreclosure effects, it may not harm consumer welfare. In many instances, consumers significantly benefit from the integration of products that were previously sold separately. In the modern economy, product integration is one of the ways manufacturers seek to increase the value proposition they offer to their consumers, and different value propositions may be considered an important dimension of competition.

Conclusion. Taking the EU Commission Guidance Paper as a starting point, this section developed an analytical framework to deal with the difficulties of identifying vertical restraints that should be considered antitrust violations. The proposed principles and guidelines attempt to design brighter standards to define infringements under the vague language of competition laws in the EU, Brazil and probably elsewhere. By doing so, the ultimate goal is to reach a more efficient level of enforcement, avoiding type 1 ("false positive") and type 2 ("false negative") errors with their respective consequences of over and under deterrence.

VII. Necessary Institutional Background for Implementing the Proposed Analytic Framework

¹⁸⁸Id. at § 62.

Developing an analytical framework for evaluating competitive effects of vertical restraints is one step in the direction of a more efficient level of enforcement. However, the actual implementation of such a framework will generally depend on the institutional endowment of the relevant jurisdiction (competition authorities, courts, antitrust bar, etc.). In other words, efficient enforcement can only be reached where adequate substantive standards are matched by the right institutional capabilities.

In this context, it is important to shift our attention to the institutional challenges associated with the implementation of the proposed analytical framework. This section first analyzes these challenges at a more general level, pointing to the overall institutional capabilities required to implement an effects-based analysis of vertical restraints. Then, it discusses the institutional backgrounds of the EU and Brazil from a closer perspective, illustrating concrete challenges in these two important jurisdictions.

First, a key issue is to adjust the regulatory framework in order to allow the authorities to implement an effects-based approach. In most non-Anglo Saxon jurisdictions, this may involve legislative changes requiring explicit intervention from Congress or the relevant authorities. Such changes will, however, require the persuasion of the larger political community of the significant benefits of a flexible effects-based approach towards vertical restraints, which prevents harm to consumers while allowing businesses to develop more efficient ways to produce and distribute goods and services.

Second, once the legislative framework is in place, attention should turn to regulations capable of translating the general effects-based approach into workable standards to evaluate specific conduct. Competition authorities thus face the challenge of developing detailed guidelines to analyze vertical restraints. Such guidelines are desirable not only to improve the enforcement of competition rules, but also to send the right signals to market players. To the extent that they are clear and specific, such guidelines can become an important source of reference for compliance programmes developed by dominant undertakings. Providing consistent standards, safe harbours (e.g. safe harbour for levels of foreclosure that will not generate anticompetitive concerns), and circumstances that might increase the level of concern is crucial for improving enforcement under an effects-based system such as the one proposed in this report.

Third, considering that the analytical framework proposed above is heavily based on economic reasoning, it is important to ensure that competition authorities will have the institutional capacity to implement this analysis. This requires a multidisciplinary commitment from these authorities, which will have to apply legal and economic reasoning in an integrated manner. In practice, this means that both lawyers and economists in the authority should work side by side. Recruitment of officials with dual training in law and economics is also desirable.

In some authorities, implementing a more sophisticated analytical framework may also require the hiring of additional staff. Indeed, improving deterrence levels with effect-based analysis certainly requires more time and man power than applying a more simplistic form-based approach. Although the recruitment of additional staff is always a difficult process in any bureaucracy as it requires a greater budget, it should nevertheless be seen as an investment in better functioning markets, which will in turn bring important dividends to the national economy.

Fourth, as courts will probably have the final word on antitrust decisions, it is important that courts have the necessary capability to review decisions based on economic reasoning. The extension of this capability depends on the depth and breadth of judicial review of antitrust decisions: the deeper the review, the more extensive economic reasoning will be necessary. In this context, procedural rules allowing for participation of economic experts and the weight of expert testimony will certainly influence the ability of courts to issue robust decisions on antitrust matters.

Finally, in order to implement a more complex effects based analysis, it is essential for the larger antitrust community to be technically prepared for the development of detailed legal and economic analysis. Indeed, external lawyers, economists and in-house counsel must be able to comprehend, develop and respond to complex legal and economic arguments in order to reach robust outcomes. Otherwise, it will not be possible to develop the sort of in-depth analysis required in the proposed framework.

As outlined above, in order to implement the analytical framework proposed in this paper, it is important to develop an institutional system, with rules, guidelines, robust analytic capabilities by the authorities, and well-prepared lawyers and economists on the ground. The next two sub-topics will discuss in more detail how the EU and Brazil can face this challenge.

A. The EU Institutional Background

As seen above, vertical restraints adopted by dominant firms are to be assessed under Article 102 TFEU, which is a broad provision designed to catch all types of abuses of dominance. Article 102, as it applies to vertical restraints, has been interpreted by the EU courts in a number of landmark judgments. In its 2008 Guidance Paper, the Commission has also expressed its priorities with respect to the enforcement of Article 102. There is therefore no need to introduce amendments to the TFEU or the adoption of interpretative guidelines to allow an effects-based approach to the assessment of vertical restraints adopted by dominant firms.

As far as the institutions in charge of enforcing EU competition rules are concerned, the EU system combines centralized and decentralized elements.¹⁸⁹ Cases presenting a so-called “Community interest” because they, for instance, involve conduct spanning across several Member States or novel issues of competition law, will be dealt with by the European Commission, whereas other cases will be handled by the national competition authorities (“NCAs”).¹⁹⁰ Because Article 102 has so-called “direct effect”,¹⁹¹ it can also be applied by

¹⁸⁹ See Damien Geradin, “Competition between Rules and Rules of Competition: A Legal and Economic Analysis of the Proposed Modernization of the Enforcement of EC Competition Law”, 9 (2002) *Columbia Journal of European Law*, 1

¹⁹⁰ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, O.J. 2004, C 101/43, at §15.

¹⁹¹ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, O.J. L 1/1, at §4.

national courts either on their own motion or when it is invoked by the parties. The General Court in Luxembourg hears appeals lodged against Commission decisions, and the European Court of Justice hears appeals lodged against General Court judgments or questions of legal interpretation raised by national courts.¹⁹²

As far as the European level is concerned, DG Competition, the General Directorate in charge of enforcing EU competition rules is a sophisticated institution that is perfectly capable of applying complex analytical frameworks. In its assessment of anti-competitive agreements and mergers, the Commission has, for the last two decades, relied on economic reasoning, and its 2008 Guidance Paper suggests that the assessment of conduct by dominant firms should also be based on economic analysis. While the majority of Commission officials are lawyers, DG Competition comprises an important number of economists, as well as a Chief Economist that is supported by over twenty PhD economists. There is therefore no doubt that DG Competition is able to apply the type of effects-based analysis it has itself recommended in its Guidance Paper.

A more nuanced view has to be taken with respect to the EU courts. The General Court, whose main task is to hear appeals lodged against competition decisions adopted by the Commission, is largely composed of generalist judges who join the Court with little or no background in competition law. A similar assessment can be made of the European Court of Justice, which comprises even fewer judges with expertise in competition law issues. Nothing would, of course, prevent the EU Courts from retaining economic experts to help them assess the strength of the economic arguments made by the Commission and the undertakings challenging Commission decisions, but the EU courts only did this in a limited number of circumstances in the past.¹⁹³ As will be discussed below, the EU courts have been unwilling, however, to look at economic arguments when reviewing Commission decisions.

While the EU Courts typically carry out a “full” review of the legal and the factual aspects of Commission decisions, they have traditionally applied a deferential standard of review to complex economic matters. In *Microsoft*, for instance, the General Court observed that it followed

*“from consistent case-law that, although as a general rule the Community Courts undertake a comprehensive review of the question as to whether or not the conditions for the application of the competition rules are met, their review of complex economic appraisals made by the Commission is necessarily limited to checking whether the relevant rules on procedure and on stating reasons have been complied with, whether the facts have been accurately stated and whether there has been any manifest error of assessment or a misuse of powers.”*¹⁹⁴

¹⁹² Article 256 TFEU.

¹⁹³ Experts were, for instance, used in the Wood Pulp case, Case C-129/85 *AhlströmOsakeyhtiö and Others v. Commission*, [1993] ECR I-1307.

¹⁹⁴ Case T-201/04, *Microsoft v. Commission*, [2007] ECR II-3601, §87.

The EU courts' case-law in the area of mergers, tends, however, to show that while perhaps subject to a less comprehensive or complete review than for issues of law and facts, the review of complex economic appraisals will nevertheless remain intense. As the Court of Justice noted in *Tetra Laval*, the fact that the Commission has a margin of discretion with regard to economic matters:

*“does not mean that the Community Courts must refrain from reviewing the Commission’s interpretation of information of an economic nature. Not only must the Community Courts, inter alia, establish whether the evidence relied on is factually accurate, reliable and consistent but also whether that evidence contains all the information which must be taken into account in order to assess a complex situation and whether it is capable of substantiating the conclusions drawn from it.”*¹⁹⁵

This clearly means that, while the EU courts are ready to recognize some leeway to the Commission, they will not authorize it to be careless in its assessments falling under the notion of complex economic appraisals.

The problem in the field of vertical restraints is not so much that the EU courts are unable to grasp economic reasoning, but that they stick to their formalistic case law, which is no longer in line with economic reasoning. For instance, although the *Hoffmann-La Roche* judgment of the ECJ was adopted in 1979, i.e. a period in which the influence of economics in EU competition law was minor, the position of the EU courts on fidelity rebates has not evolved at all. In fact, the legal tests developed by the Court of Justice in the field of abuse of dominance are sometimes so strict that they can almost accommodate any decision of the Commission even if it appears poorly in line with elementary economics. In other words, the problem is not one of judicial deference in the degree of control exercised by the General Court with respect of abuse of dominance decisions, but one of defective decision-making in that the legal standards relied upon by the Court are out of touch with contemporary economics (and even in some cases with basic common sense).

The problem is of course that this case-law has in turn a negative impact on the decisional practice of the Commission as can be illustrated by the *Intel* decision.¹⁹⁶ While in that decision the Commission carried out an “as efficient competitor” analysis to demonstrate that Intel’s rebates were exclusionary, it claimed that this analysis was “not indispensable for finding an infringement under Article 82 of the Treaty [now Article 102 TFEU] according to the case-law.”¹⁹⁷ Referring to *British Airways* and *Michelin II*, the Commission indeed notes that “for the

¹⁹⁵ See C-12/03 P, *Commission v. Tetra Laval* (“Tetra Laval II”), [2005] ECR I-987, §328.

¹⁹⁶ In *Intel*, the Commission considered that the Guidance Paper did not apply on the ground that this document “was published only after Intel had been given the opportunity to make its views known on the 26 July 2007 SO, the 17 July 2008 SSO and the Commission’s letter of 19 December 2008.” *Intel* decision, *supra* note 77, at § 916. The Commission however specified in its decision that it was “in line with the orientations set out in the guidance paper.” *Id.*

¹⁹⁷ *Id.* at § 925.

purposes of establishing an infringement of Article 82 EC [now Article 102 TFEU], it is not necessary to demonstrate that the abuse in question had a concrete effect on the markets concerned.”¹⁹⁸ The Commission thus appears to be saying that no evidence of foreclosure is needed.

While this approach provides the Commission with the advantage that its decisions would become de facto “appeal proof”,¹⁹⁹ it is detrimental to the objectives of the Guidance Paper. The reason is that this approach hardly gives any incentives to the Commission to carry out a serious effects-based analysis as in any event the case can be won on the basis of the strict case-law of the European Court of Justice. At best, the effects-based analysis is added to the decision to give the defendant the impression that the matter was thoroughly assessed by the Commission even if that thorough assessment was not necessary in the end.

This does not mean, however, that the Guidance Paper is useless. It is not, since it continues to provide a roadmap as to the way the Commission will pursue its enforcement of Article 102 TFEU. In other words, the Commission will use the methodology provided for in the Guidance Paper to decide whether to initiate proceedings against a dominant firm engaging in anti-competitive vertical restraints. Once the Commission has launched proceedings, it will continue to apply the methodology comprised in the Guidance Paper, but will also be able to rely on the case-law of EU courts to support its decision. A great step forward in the field of vertical restraints would be for the EU courts to modify the legal standards they apply to such conducts so as to better accommodate economic reasoning.

When it comes to the broader EU antitrust community, there is no doubt that its members (in-house and external counsel) are perfectly able to apply effects-based reasoning in the area of vertical restraints. In fact, EU competition lawyers were amongst the strongest supporters for an effects-based approach. In recent years, the number of competition economists has also grown tremendously in the EU and it is now the rule, rather than the exception, to have economists involved in competition cases. This is particularly the case since, as noted above, the Commission has itself strengthened its own economic analysis capabilities.

B. The Brazilian Institutional Background

In Brazil, as discussed above, the effects-based analysis has been incorporated in the legal system at least since 1994. Both BCA²⁰⁰ and NBCA²⁰¹ define antitrust violations based on actual or potential effects, or on the conduct’s scope to generate those effects. Besides the wording of the law itself, there is a general consensus emerging both from the case-law and the Brazilian legal scholarship about the adequacy of the effects-based approach to identify vertical restraints

¹⁹⁸ Id. at § 922.

¹⁹⁹ The General Court and the ECJ would be most likely to uphold this decision as in line with their case-law.

²⁰⁰ See BCA, articles 20 and 21.

²⁰¹ See NBCA, article 36.

that violate competition laws. Thus, at the statutory level, it is fair to say that Brazil is ready to implement the analytical framework proposed.

However, the guidelines developed to evaluate anticompetitive conduct under BCA (i.e. CADE's Resolution 20)²⁰² are still insufficient to serve as the basis of a more detailed effects-based analysis. Indeed, the current guidelines merely suggest, at a very general level, that vertical restraints must be evaluated by balancing their potential negative effects with their efficiencies²⁰³. Moreover, some conducts discussed in this paper, such as conditional rebates, are not even mentioned in the current guidelines.

In this context, new guidelines, incorporating the recent developments in economic and legal theory discussed in this paper, should be implemented. The coming into force of NBCA is the right moment for developing such guidelines, as the authorities are already undergoing a complete overhaul of the regulations needed to implement the new law. Unlike the current guidelines (Resolution 20), which attempt to address all conduct in a single regulation, the new guidelines could probably be developed in different Resolutions aimed at different types of conduct, applying the classic distinctions of horizontal and vertical restraints. This would allow for more detailed treatment of the conduct under analysis.

It would also be important to submit the new guidelines to public consultation in order to engage the whole competition policy community (i.e. lawyers, economists, sector regulators) in the debate. This would serve not only to seek comments and suggestions to improve the initial draft, but also to signal to the whole community that the authorities are willing to apply economic reasoning in the assessment of vertical restraints, improving its standards of proof and signalling more objective tests to assess such constraints.

With the normative framework in place, attention must be shifted to the Brazilian Competition Law System's capacity to implement the type of analysis recommended in Part V above which heavily relies on economic reasoning. On this matter, the authorities composing the Brazilian Competition Law System have received international recognition.²⁰⁴ Indeed, they have been able to handle an increasing number of cases in recent years, with rising complexity, developing increasing expertise in many industries.²⁰⁵ Yet, staff constraints will certainly be a challenge to implement a demanding analytical framework such as the one proposed in this paper.

²⁰² Resolution 20/1999

²⁰³ See Resolution 20/1999, Annex I, Item B: "(...) in order to be capable of harming competition, vertical restraints usually require [the undertaking] to hold market power in the "original" market, [with the conduct] producing effects on a significant part of a "target" market. Although in theory such restraints might hinder competition [in a given market], they might also present offsetting economic efficiencies that must be balanced against potential anticompetitive effects, according to a rule of reason approach".

²⁰⁴ For example, the Global Competition Review awarded CADE the prize of "Agency of the Year, Americas" in 2011. See <http://www.globalcompetitionreview.com/news/article/29379/gcr-awards-2011-finalists/>

²⁰⁵ The latest data released from 2009, 2010 and 2011 shows that CADE held 24 judgment sessions in 2011, judging 814 cases: (i) 716 mergers; (ii) 16 administrative proceedings; (iii) 51 preliminary proceedings; (iv) 21 motions to clarify; and (v) 11 other proceedings (CADE's Annual Report to the OCDE, 2012, p. 10). This represents a 6,5% (continued...)

The last Annual Report submitted by CADE to the OECD provided there were a total of 158 professionals dedicated to enforcing competition law and another 223 support staff in 2011 (see table below). Beyond the total numbers, it is important to draw attention to the following observations: (i) the SDE/DPDE, the main investigative authority, had only 39 professionals fully dedicated to enforcement of competition law, a number that would be considered very small even in much smaller economies; (ii) CADE, the administrative tribunal, had only 54 professionals dedicated to enforcement and a much larger number of support personnel; (iii) SEAE's personnel was not exclusively focused on competition policy, as they have taken up increasing responsibilities in the regulatory reforms taking place in different sectors (e.g. civil aviation, oil and gas, health and energy markets); and (iv) ProCADE, the legal service within CADE, responsible for handling all court cases, had only eight lawyers. It comes in no surprise that the last peer review published by the OECD in 2010 stated the obvious conclusion that the total number of people working in Brazilian Competition Law System “*is small for a country of Brazil’s size*”²⁰⁶.

Brazilian Competition Law System’s Staff					
	SDE/DPDE	SEAE	CADE	ProCade	MPF
Professionals	39	60	54	8	not avail.
Support	21	72	130	not available	not avail.
Total	70	132	184	-	-

Source: CADE’s annual report to the OECD (2012)

However, the lack of personnel is not the only difficulty faced by the Brazilian Competition Law System. The staff turnover also undermines the Brazilian Competition Law System’s capacity to handle complex vertical restraint cases. SEAE is a case in point. In the last OECD’s peer review, SEAE reported losing 35% of its professional staff in one year (27 out of 77 professionals), hence making it difficult to build up expertise over time.²⁰⁷ This high staff turnover affects SDE/DPDE and CADE as well. The fact is that Brazilian Competition Law System does not have a staff based on a body of civil servants selected specifically for competition policy enforcement. A relevant portion of the staff is composed of public policy experts, which can easily take up jobs in other parts of government²⁰⁸.

increase from 2010, when CADE held 24 judgments sessions, judging 765 cases: (i) 660 mergers; (ii) 20 administrative proceedings; (iii) 57 preliminary investigations; (iv) 13 motions to clarify and; (v) 15 other proceedings. (CADE’s Annual Report, 2010, p. 109) and a 51% increase from 2009, when CADE held 22 judgments sessions, judging 538 cases: (i) 474 merges; (ii) 18 administrative proceedings; (iii) 40 preliminary investigations; and (iv) 6 consultations (CADE’s Annual Report, 2009, p. 57)

²⁰⁶ See OCDE, Peer Review 2010, at 48.

²⁰⁷ *Id.*

²⁰⁸ According to OECD: “*Most of the professionals at SEAE [as well as CADE and SDE] are qualified either as experts in public policy and governmental management or financial analysts. As such, they are more ready to consider positions at other government agencies when they become available*”. *Id.*

Besides the high turnover, the staff is largely composed of lawyers; hence the need to engage in deeper economic analysis would certainly require a more balanced staff, including a greater proportion of officials with an economics background. With the exception of SEAE, which has been able to attract a number of economists, the Brazilian Competition Law System has been mainly focused on attracting lawyers to its staff positions. SDE/DPDE is a good example as in 2012, out of the 39 professionals dedicated to competition policy enforcement, 20 were lawyers, 8 were economists and 11 had other academic backgrounds²⁰⁹. In other words, there is one economist for every 2.5 lawyers in SDE/DPDE. Similarly, CADE's personnel was composed of 34 lawyers, 14 economists and 6 other professionals, or a similar ratio.

The NBCA, which will come into force by mid-2012, presents a good opportunity to boost the staff capacity of the New CADE, but it also brings some pitfalls. Indeed, the NBCA provides express congressional authorization for contracting 200 new permanent staff, especially selected for competition policy enforcement. This is a significant opportunity to select a balanced staff of lawyers and economists to bring Brazilian competition policy to the same level as mature jurisdictions worldwide. In addition, the new law creates an Economic Department within CADE, demonstrating a commitment to economic reasoning in competition policy enforcement.²¹⁰

On the other hand, under the NBCA, because SEAE will no longer be dedicated to enforcement of competition policy, and most of its staff is not expected to be transferred to the New CADE, SEAE's expertise will not be transferred to the new authority. Therefore, there is a risk that the New CADE will initially suffer from losing part of the expertise of SEAE. Yet, it will have the tools to rebuild and expand this expertise when the 200 new staff becomes operational. The staff expansion approved by the NBCA is probably the single most important institutional enhancement in Brazilian competition policy in the past 20 years and should be treated with great priority, as it will certainly give the New CADE the capacity to implement a more analytically complex framework of the type proposed in this paper.

Besides the authorities, Courts will always play an important role in complex cases as any large fine imposed on a dominant undertaking is likely to be reviewed by Brazilian Federal Courts since the defendant has the alternative to challenge CADE's final decision. The question is whether Courts are prepared to review decisions regarding vertical restraints, which are based on economic reasoning.

The answer to this question is far from clear in Brazil. On the one hand, Brazilian courts are still very formalistic with judges mastering procedural rules, but having little specific training in competition law and, usually, no background at all in economics. This makes any review of a complex vertical restraint case a significant challenge. On the other hand, judges may develop a

²⁰⁹ CADE's Annual Report to the OECD, 2012, at 23.

²¹⁰ NBCA, article 5, item III and article 121.

standard of review based on a certain degree of deference to the economic analysis of the authorities, and focused more on procedural guarantees.

Should the courts opt for a full fledged judicial review of the merits of a case, there is no doubt that a complex vertical restraint case will turn into a battle of experts. A generalist judge would likely face significant difficulties in reviewing the types of tests proposed for conditional rebates in this report. This being said, generalist judges will experience the same difficulties when reviewing decisions dealing with predatory pricing, complex mergers and any other case requiring economic analysis (including in other areas of law such as utilities regulation).

Therefore, although courts are unlikely to be prepared for a review of the merits of a decision dealing with a complex vertical restraint, this should not be an excuse for Brazilian Competition Law System not to implement a more sophisticated analysis of these cases. The competition authority and the private parties will have to learn to deal with the limits of the courts, as they have learned to do in other matters. As to the courts, they will have to adapt the standard of judicial review to the aspects they are most suitable to evaluate. Here, the challenge in Brazil seems similar to that in the EU, in finding a balance between some degree of deference and the court intervention to require a rigorous analysis from the administrative authorities.

Last but not least, in order to implement more detailed standards of analysis for vertical restraints, the antitrust community as a whole must be prepared to deal with this type of analysis. This means that both in-house and outside counsel must familiarize themselves with complex legal and economic arguments and develop the means to search and process the type of empirical data that is needed to advise and litigate vertical restraint cases.

It is fair to say that the Brazilian antitrust community is quite sophisticated and could certainly take up this challenge. In the past decade, attorneys and economists have been exposed to an increasingly complex array of arguments and economic tools.²¹¹ For instance, in complex cases, parties, attorneys and economic consultants are familiar with econometric tests to define relevant markets²¹² as well as post-merger price simulations.²¹³ In some recent cases, the tools relied upon

²¹¹ For an interesting overview of the cases with more complex economic analysis in Brazil see Cesar Mattos, “A Revolução do Antitruste no Brasil: O Papel da Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos”, São Paulo, Editora Singular, 2003..The book (published in Portuguese) is clearly inspired by and adopts a similar format to the book Antitrust Revolution edited by John E. Kwoka Jr. and Lawrence White in the USA, presenting studies in cases where deep economic analysis was required. JOHN E. KWOKA Jr. and LAWRENCE WHITE, “THE ANTITRUST REVOLUTION: ECONOMICS, COMPETITION, AND POLICY”, Oxford University Press, 2004.

²¹² See, e.g., the Ambev Case (Concentration Act 08012.005846/1999-12), using elasticity tests to define relevant markets and evaluate market power in the beer industry, as well as the Braskem-Ipiranga (Concentration Act 08012.002818/2007-14) and Brakem-Quattor (Concentration Act 08012.001205/2010-65) Cases, using detailed econometric tests (e.g. co-integration and granger causality tests) for defining geographic relevant markets in the petrochemical industry.

²¹³ See Nestle-Garoto Case (Concentration Act 08012.001697/2002-89) and, more recently, Sadia-Perdigão Case (Concentration Act 08012.004423/2009-18), using post-merger price simulations in chocolate markets and processed food, respectively.

were more complex than those suggested in this paper. Should the authorities adopt clear guidelines based on sound economic reasoning, the antitrust community as a whole would be prepared to apply them to concrete cases.

In this context, the Brazilian antitrust environment seems reasonably well prepared to implement the analytical framework suggested in this paper, with, however, some important areas for improvement. These areas include: (i) developing more detailed regulations with guidelines to assess vertical restraints under the NBCA, (ii) using the opportunity opened by the NBCA for an expansion of staff that is balanced between lawyers and economists; and (iii) improving the ability of the courts to deal with economic arguments and/or developing adequate standards of judicial review including some deference to the substantive economic analysis.

VIII. Conclusions

Exclusive dealing, conditional rebates and tying are common commercial practices adopted by both dominant and non-dominant firms. In the vast majority of instances, these practices are pro-competitive and a source of considerable efficiencies. There may be instances, however, where such practices may produce foreclosure effects. The task of competition authorities and courts in any jurisdiction is therefore to separate pro-competitive from anti-competitive restraints, and only prohibit the latter.

Because vertical restraints can be a source of efficiencies, *per se* rules of illegality should be avoided as they can lead to the over-enforcement of competition rules and thus prohibit some pro-competitive types of conduct. Rules that try to distinguish between pro- and anti-competitive conduct based on the form of such conduct (e.g., whether a rebate is labelled as a “fidelity” rebate (which would be illegal) or a “volume” rebate (which would be sometimes acceptable)) should also be avoided as the form of a measure says little about its impact on competition. The application of form-based rules may therefore lead to significant errors of assessment and affect the credibility of the competition regimes in question, as some examples in mature jurisdictions as the EU and the US have illustrated.

Instead, competition authorities and courts should adopt tests seeking to identify the pro- and anti-competitive effects of a given conduct and balancing them. No vertical restraint should be banned without the demonstration that it affects competition and creates consumer harm. Such effects-based analysis must be developed according to a solid analytic framework, in order to establish consistent standards of proof. Indeed, in the absence of such framework, even with an alleged effects-based approach, authorities may end up developing inconsistent standards of proof with decisions outcomes that may come close to a form-based analysis, as the Brazilian experience illustrates in part.

In this context, the Guidance Paper adopted by the European Commission in December 2008 attempts to structure, in a fairly detailed manner, such an effects-based approach. Although the Guidance Paper contains some shortcomings, as we observed in the context of conditional rebates, it offers a useful conceptual framework for the analysis of vertical restraints adopted by dominant firms. This effects-based approach contained in the Guidance Paper, which relies on modern economic thinking, is largely followed by US agencies and courts, as well as by

enforcement agencies and courts in many other nations.²¹⁴ It is also supported by the vast majority of competition law and economics scholars around the world.

For rapid developing jurisdictions like Brazil, which are attempting to leapfrog earlier stages of more mature jurisdictions, the analytical framework proposed by the Guidance Paper could serve as a starting point to provide some hard edge to an otherwise soft effects-based approach applied by the authorities so far. Indeed, in Brazil, the problem is not so much that there is a lack of consensus over an effects-based approach, but the fact that this approach is carried out through balancing tests relying on qualitative, rather than quantitative, criteria. This leads to considerable inconsistency and uncertainty. With some adaptations to the reality of these developing jurisdictions, new guidelines could be used to establish substantive standards to evaluate vertical restraints, leading to a healthy convergence of analytical approaches based on modern economic theory.

Finally, this article also calls attention to the importance of the institutional environment to implement the proposed analytical framework. We discussed five different institutional elements: legislation, regulations with guidelines to implement the legislation, authorities' capability to develop sound economic analysis, courts' readiness to review this type of analysis and the capacity of antitrust community (i.e. in-house and outside counsel and economic consultants). The interplay among these elements is very important for the success of more robust analysis of vertical restraints. Although, both the EU and Brazil seem to be fairly prepared to implement the type of analysis proposed in this article, there is certainly room for improvement, especially in Brazil.

²¹⁴ See Elhauge and Geradin, *supra* note 3, at Chapter III.

**RESTRICÇÕES VERTICAIS ADOTADAS POR EMPRESAS DOMINANTES:
UMA ANÁLISE DO DIREITO CONCORRENCIAL NO BRASIL E NA UNIÃO
EUROPEIA**

Damien Geradin(*)
Caio Mario da Silva Pereira Neto(**)

Dezembro de 2012

* Damien Geradin é Professor de Direito da Concorrência e Economia na Universidade Tilburg (Países Baixos) e Titular da Cadeira William Cook Global Law na Faculdade de Direito da Universidade de Michigan. Tem um PhD em direito (1995) pela Universidade de Cambridge. É co-editor chefe do *Journal of Competition Law & Economics* e co-autor do *Global Antitrust Law & Economics*, Foundation Press, 2ª. Ed., 2011.

** Caio Mário da Silva Pereira Neto é Professor de Direito Econômico da DireitoGV (Fundação Getulio Vargas de São Paulo), e é Mestre (2002) e Doutor (2005) em Direito pela Faculdade de Direito de Yale.

Índice

I.	Sumário Executivo	81
II.	Introdução	83
III.	A economia das restrições verticais	87
	A. A evolução do pensamento econômico com relação às restrições verticais ...	87
	B. Efeitos pró-concorrenciais vs. efeitos anticoncorrenciais das restrições verticais	90
	1. Acordos de exclusividade	90
	2. Descontos Condicionados	91
	3. Venda casada e empacotamento	94
IV.	Das regras <i>per se</i> à análise baseada em efeitos: Abuso de posição dominante na legislação da UE	96
	A. Breve introdução à legislação concorrencial da União Europeia	97
	B. As restrições verticais como abusos excludentes: Revisão da jurisprudência tradicional das cortes da União Europeia	97
	C. De uma abordagem formalista a uma abordagem baseada em efeitos para analisar abusos excludentes.....	98
	1. A abordagem formalista seguida pelas cortes da UE e pela Comissão	98
	2. A aplicação de uma abordagem formalista às restrições verticais.....	99
	3. A modernização da legislação da UE sobre o abuso de posição dominante e o Documento de Discussão (<i>Discussion Paper</i>) de 2005	105
	4. O Guia de Análise (<i>Guidance Paper</i>) de 2008	106
V.	Análise baseada em efeitos com algumas peculiaridades: Abuso de posição dominante na legislação brasileira	110
	A. Breve introdução ao Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência.....	111
	B. Restrições verticais como abusos excludentes: panorama da jurisprudência brasileira.....	112
	1. Acordos de Exclusividade	113
	2. Descontos condicionados	117
	3. Venda Casada	119
	C. Uma abordagem baseada em efeitos com algumas inconsistências: o impacto de termos vagos na oscilação dos padrões de prova	121
VI.	Estrutura analítica para a aplicação das normas concorrenciais às restrições verticais	126
	A. Princípios para avaliação das restrições verticais	126
	1. As restrições verticais não devem ser avaliadas por meio de regras <i>per se</i>	126

2.	A forma e a natureza de uma prática não são relevantes para sua avaliação nos termos da normas de defesa da concorrência: somente os efeitos de fechamento de mercado importam	127
3.	O padrão do competidor “igualmente eficiente” é o padrão de análise correto	128
4.	O dano ao consumidor deve ser demonstrado na medida em que os efeitos anticompetitivos das restrições em questão não forem objetivamente justificados ou compensados por eficiências	129
B.	Aplicação dos princípios às restrições verticais	130
1.	Acordos de exclusividade	131
2.	Descontos condicionados	134
3.	Venda casada	147
VII.	Contexto Institucional Necessário para a Implementação da Moldura Analítica Proposta	151
A.	O Contexto Institucional da UE	153
B.	O Contexto Institucional Brasileiro	156
VIII.	Conclusões	161

Agradecimentos

Os autores agradecem o CEDES - Centro de Estudos de Direito Econômico e Social da Universidade de São Paulo (USP) pelo apoio para a realização da pesquisa que levou a este livro, viabilizando uma colaboração intensa nos dois lados do Atlântico. Agradecemos também o comitê acadêmico composto por Paulo Furquim, Nuno Garoupa e Mario Schapiro, pelos comentários a diferentes versões deste trabalho, contribuindo decisivamente para o seu desenvolvimento. Finalmente, gostaríamos de agradecer os assistentes de pesquisa Filippo Lancieri e Fernanda Harari pelo excelente trabalho ao longo do projeto. Evidentemente, a responsabilidade final pelo texto é exclusivamente dos autores.

I. Sumário Executivo

Este estudo diz respeito à maneira como contratos entre um fornecedor dominante e seus clientes, que restringem a capacidade desses clientes de comprar de rivais da empresa dominante – abrangendo especialmente acordos de exclusividade, descontos condicionados e vendas casadas (doravante denominadas em conjunto “restrições verticais”) – são avaliados pelas autoridades administrativas e judiciais de defesa da concorrência na União Europeia e no Brasil.

Há décadas as restrições verticais são objeto de debate entre advogados e economistas, e seus pontos de vista sobre a melhor forma de avaliá-las têm variado. Nos últimos anos, contudo, emergiu um consenso de que normas de ilegalidade (ou de legalidade) *per se* não devem se aplicar às restrições verticais. Pelo contrário, tais restrições devem ser avaliadas de acordo com uma análise baseada em efeitos, que compara seus efeitos pró- e anticoncorrenciais. A dificuldade, contudo, é criar testes jurídicos que permitam que essa comparação seja coerente e rigorosa.

Após uma análise das restrições verticais do ponto de vista econômico, este estudo mostra que a Comissão Europeia, que tem o poder de aplicar as normas de defesa da concorrência na União Europeia, optou recentemente por uma abordagem baseada em efeitos com relação às restrições verticais e desenvolveu um Guia de Análise (*Guidance Paper*) que apresenta sua metodologia jurídica e econômica, descrevendo como pretende analisar tais restrições. Não obstante, esse estudo mostra que as cortes da UE ainda relutam em seguir essa metodologia, preferindo, ao contrário, continuar a aplicar regras formalísticas.

A situação é diversa no Brasil, onde, pelo menos desde a publicação da Lei 8.884 em 1994, há consenso de que as restrições verticais devem ser analisadas de acordo com uma abordagem baseada em efeitos. Contudo, essa abordagem tem sido objeto de testes jurídicos com base em critérios qualitativos e raciocínio intuitivo ao invés de uma avaliação rigorosa e estruturada, que inclua também elementos quantitativos, levando assim a inconsistências e incerteza. O sistema jurídico concorrencial brasileiro se beneficiaria, portanto, da adoção de diretrizes que, como no caso do Guia de Análise da União Europeia, apresentam uma metodologia clara tanto jurídica como econômica com relação a como uma abordagem com base em efeitos deveria ser implementada.

Este estudo também analisa em que medida a estrutura jurídica e institucional em vigor na União Europeia e no Brasil é adequada à implementação de uma rigorosa abordagem baseada em efeitos, sustentada por uma análise econômica. Não há dúvida de que o maduro sistema europeu possui a estrutura jurídica e institucional para aplicar essa abordagem mais rigorosa, não obstante as cortes europeias, compostas em sua grande parte por juízes generalistas, ainda relutarem em aplicá-la. Já a Comissão Europeia, uma instituição mais sofisticada, consegue lançar mão dessa abordagem econômica.

Apesar do sistema jurídico concorrencial brasileiro ainda não estar completamente maduro, já avançou muito: a entrada em vigor do novo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei no. 12.529/2011) e o estabelecimento do Novo CADE contribuirão de forma significativa para esse desenvolvimento. Este documento argumenta que o sistema brasileiro se beneficiaria

bastante com a adoção de diretrizes que, similarmente ao Guia de Análise da Comissão Europeia, oferecessem uma metodologia econômica e jurídica clara para implementar uma abordagem baseada em efeitos às restrições verticais.

II. Introdução

Este estudo diz respeito à avaliação, com base nas normas concorrenciais, dos contratos entre um fornecedor dominante e seus clientes que restringem a capacidade de tais clientes de comprar dos rivais da empresa dominante (doravante, “restrições verticais”). Esses contratos incluem:

- Acordos de exclusividade, pelos quais a empresa dominante vende um produto sob a condição de que os compradores não comprem o mesmo produto de seus rivais.
- Descontos condicionados, pelos quais a empresa dominante oferece incentivos de preço aos clientes que comprarem a totalidade ou uma grande parte seus produtos da empresa dominante. Os descontos podem ser feitos em um único produto (desconto sobre um único produto) ou vários produtos (desconto por pacote).
- Vendas casadas e pacotes, pelos quais a empresa dominante concorda em vender um produto somente se o comprador também adquirir um segundo produto (venda casada) ou a empresa dominante somente venderá os dois produtos como um pacote (pacote puro).

Apesar de tais acordos serem pró-competitivos na maior parte das vezes, já que são fontes de eficiências, há circunstâncias em que fecham o mercado aos rivais e lesam o consumidor. As restrições verticais são objeto de discussão entre advogados e economistas há décadas e as opiniões sobre como essas restrições devem ser avaliadas são as mais variadas. Recentemente, contudo, surgiu um consenso de que regras de ilegalidade (ou de legalidade) *per se*, não devem ser aplicadas às restrições verticais. Pelo contrário, tais restrições devem ser avaliadas de acordo com uma análise baseada em efeitos, que compare seus efeitos pró- e anticoncorrenciais.

Com base nesse histórico, o objetivo do presente estudo é discutir a forma como as autoridades e os tribunais concorrenciais deveriam avaliar idealmente as restrições verticais à luz do pensamento econômico moderno. Nas últimas décadas, escreveu-se muito sobre as restrições verticais, e foram desenvolvidas inúmeras ferramentas para facilitar a difícil tarefa das autoridades encarregadas da aplicação da legislação concorrential de separar as restrições que favorecem a concorrência daquelas que devem ser consideradas anticoncorrenciais. É verdade que não existe um teste matemático que permita às autoridades e aos tribunais concorrenciais determinar mecanicamente se uma determinada restrição vertical deve ser considerada legal ou ilegal. Apesar da aplicação da legislação antitruste não ser uma ciência exata, é possível desenvolver testes com base em critérios econômicos objetivos e estabelecer portos seguros para condutas consideradas legítimas. Esses testes e portos seguros permitem que as autoridades antitruste reduzam a incidência de erros (sob a forma de condenações excessivas ou insuficientes) e assim aumentem a credibilidade de suas ações.

Este estudo tomará por referência a forma como as restrições verticais são tratadas pela legislação concorrential na União Europeia (UE) e no Brasil, principalmente à luz dos recentes desenvolvimentos de suas respectivas políticas de defesa da concorrência. Há quatro razões

principais para essa abordagem.

Em primeiro lugar, a legislação antitruste da União Europeia, juntamente com a legislação antitruste norte-americana, são os regimes jurídicos de defesa da concorrência mais influentes no mundo. Enquanto a legislação norte-americana foi uma fonte de inspiração para os regimes concorrenciais em seus estágios iniciais, a legislação da União Europeia é provavelmente o regime jurídico de defesa da concorrência mais influente neste século XXI pelas seguintes razões: (i) é aplicado nos 27 estados-membros da União Europeia, que em conjunto representam cerca de 500 milhões de consumidores; (ii) a UE exportou seu regime jurídico concorrencial para outras nações e blocos econômicos mediante acordos comerciais bilaterais e regionais²¹⁵; e, (iii) o regime da UE se baseia em um sistema de aplicação administrativa cuja implementação é mais fácil em jurisdições estrangeiras (especialmente em economias de rápido desenvolvimento) do que o modelo contencioso norte-americano, que exige um sistema judiciário altamente desenvolvido e com desempenho eficiente²¹⁶.

Segundo, na última década, a legislação antitruste da União Europeia apresentou evolução significativa ao se afastar da abordagem legalista baseada exclusivamente nas normas jurídicas para um sistema baseado em efeitos, fundamentado em modernos princípios econômicos. Obviamente, nem tudo é perfeito no sistema europeu. As cortes europeias (ou seja, a Corte Geral e a Corte Europeia de Justiça) ainda tendem a seguir sua jurisprudência formalística. Na verdade, a evolução é devida à Comissão Europeia, que em seu Guia de Análise sobre o artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) claramente optou por uma abordagem econômica moderna. Obviamente, essa abordagem não é exclusividade da UE. As agências antitruste e os tribunais norte-americanos abriram caminho para o uso de uma análise econômica na avaliação de restrições verticais, e uma abordagem similar vem sendo atualmente adotada pelas autoridades concorrenciais em todo o mundo²¹⁷. O que faz com que a legislação europeia seja uma fonte de referência especialmente útil é que a mudança na política da União Europeia se baseia em seu Guia de Análise, que é um documento de política pública minucioso e completo.

Em terceiro lugar, no tocante à política de defesa da concorrência brasileira, esta apresentou um rápido desenvolvimento ao longo das duas últimas décadas, com maior capacidade executória e sofisticação analítica. Na verdade o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC²¹⁸)

²¹⁵ Ver Damien Geradin, *Competition Law and Regional Economic Integration: An Analysis of the Southern Mediterranean Countries* (World Bank Working Papers), 2004, p. 106.

²¹⁶ *The Perils of Antitrust Proliferation: The Globalization of Antitrust and the Risks of Overregulation of Competitive Behavior*, 10 (2009) *Chicago Journal of International Law* 189

²¹⁷ Ver Einer Elhauge and Damien Geradin, *Global Antitrust Law & Economics*, 2nd Ed, Foundation Press, 2011

²¹⁸ Nos termos da Lei 8.884/94, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto por três agências, a saber, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A Nova Lei Brasileira de Defesa da Concorrência no. 12.529/2011 transferiu todas as (continued...)

tornou-se um sucesso entre outras jurisdições em desenvolvimento, sendo elogiado por sua “*forte dedicação institucional aos altos padrões de integridade, autonomia, política sólida e procedimentos justos; um excelente quadro de liderança e uma comunidade de negócios que lhe dá pleno apoio*”.²¹⁹ Além disso, considerando-se a significativa relevância de sua economia no comércio global, o Brasil tornou-se uma importante jurisdição para empresas multinacionais que geralmente levam em conta sua política de defesa da concorrência na definição de seus programas de *compliance*.

Quarto, como em inúmeras jurisdições em desenvolvimento, o Brasil foi significativamente influenciado pela política concorrencial da UE. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência também se baseia no sistema de aplicação administrativa da lei, com profundas raízes europeias. Nesse sentido, o método comparativo oferece uma ferramenta útil para ilustrar como essa influência pode ou não gerar resultados de política pública similares. Além disso, a análise da jurisprudência brasileira e das tendências de política pública provavelmente apresentarão um panorama interessante das tensões e desafios enfrentados por outras jurisdições em desenvolvimento com as mesmas raízes, mesmo que cada sistema concorrencial tenha suas próprias peculiaridades.

Este estudo se divide em seis partes. A Parte II analisa como os economistas examinaram as restrições verticais nos últimos cem anos. Será possível observar como várias escolas de pensamento dominaram sucessivamente o debate econômico com propostas radicalmente diferentes de prescrições de políticas públicas (desde a ilegalidade *per se* das restrições verticais até sua legalidade *per se*). Desde a década de 1980 existe, contudo, um amplo consenso entre os economistas de que as regras *per se* não devem ser aplicadas às restrições verticais, já que seus efeitos sobre a concorrência dependem das circunstâncias de cada caso. Portanto, tais restrições deveriam ser submetidas a uma análise baseada em efeitos que levasse em conta não apenas o potencial anti-concorrencial das restrições verticais, mas também as eficiências que tais restrições podem gerar. A Parte II examina, em seguida, as diferentes categorias de efeitos pró- e anticoncorrecionais que podem resultar das restrições verticais identificadas pela teoria econômica.

A Parte III discute como as restrições verticais têm sido avaliadas nos termos da legislação concorrencial europeia e a nova abordagem analítica adotada pela Comissão Européia, que agora examina tais restrições de acordo com uma análise baseada em efeitos. A Parte III apresenta uma breve introdução à legislação concorrencial da União Europeia com foco no Artigo 102 do TFUE, que proíbe o abuso de posição dominante. Em seguida, revisa a jurisprudência tradicional das cortes europeias, que é caracterizada por uma abordagem estrita com relação às restrições verticais. Finalmente, discute a reforma da aplicação do Artigo 102 do TFUE iniciada em

questões jurídicas concorrecionais para um novo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) mais forte em junho de 2012. Nas referências ao SBDC, este artigo faz menção às autoridades responsáveis pelo cumprimento da política concorrencial no Brasil.

²¹⁹ OCDE, *Brazil - Peer Review of Competition Law and Policy*, 2005, p. 102.

2006²²⁰ pela Comissão Europeia, que culminou com a adoção de seu Guia de Análise sobre o Artigo 102 em dezembro de 2008²²¹.

Simetricamente à Parte III descrita acima, a Parte IV discute como as restrições verticais têm sido avaliadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Essa Parte apresenta uma introdução ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com uma rápida visão geral da Lei no. 8.884/94 (Lei de Defesa da Concorrência - LDC) que o instituiu, bem como a Resolução CADE no. 20, que estabeleceu as regras gerais para o exame das restrições verticais nos últimos 15 anos. Essa introdução também faz referência à nova legislação concorrencial brasileira – Lei 12.529/2011 (Nova Lei de Defesa da Concorrência - NLDC) – que não altera substancialmente essas regras básicas. Finalmente, essa parte apresenta uma visão geral da jurisprudência brasileira recente que, de uma forma geral, segue uma abordagem baseada em efeitos, mas, em alguns casos, ainda está próxima de uma abordagem estrita baseada em regras per se.

Com base nas experiências da União Europeia e do Brasil, a Parte V procura apresentar algumas linhas mestras para a aplicação das normas concorrenciais no campo das restrições verticais. À luz do Guia de Análise da Comissão Europeia, que apresenta uma política bem articulada com relação às restrições verticais, a Parte V apresenta, inicialmente, um conjunto de princípios econômicos e jurídicos sólidos que deveriam ser empregados na análise das restrições verticais adotadas por empresas dominantes. Aplica, então, tais princípios à avaliação das várias categorias de restrições verticais analisadas neste estudo (ou seja, acordos de exclusividade, descontos condicionados e vendas casadas) com referências específicas ao Guia de Análise da Comissão Europeia sobre o Artigo 102 e algumas referências à jurisprudência brasileira.

A Parte VI discute o ambiente institucional necessário para a implementação da estrutura analítica proposta na Parte V. Mais especificamente, cinco diferentes elementos institucionais são discutidos: (i) legislação; (ii) regulamentações contendo diretrizes para a implantação das legislações; (iii) a capacidade das autoridades de desenvolver análises econômicas sólidas das restrições verticais; (iv) o preparo dos tribunais para revisar esse tipo de análise; e (v) a capacidade da comunidade antitruste (ou seja, departamentos jurídicos das empresas, assessoria jurídica externa e consultores econômicos) para lidar com esse tipo de análise. Finalmente, a Parte VII contém uma breve conclusão.

²²⁰ Neelie Kroes, “Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82”, Discurso no Fordham Corporate Law Institute de Nova York em 23 de setembro de 2005.

²²¹ Orientação sobre as prioridades de aplicação da Comissão na aplicação do Artigo 82 do Tratado da Comunidade Europeia com relação à conduta excludente abusiva por parte das empresas dominantes emitida em dezembro de 2008, [2009] OJ C45/7 (“Guia de Análise”). Em geral, sobre o Guia de Análise, ver “*Is the Guidance Paper on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?*” in F. Etro e I. Kokkoris, Eds, *Challenges in the Enforcement of Article 102*, Oxford University Press, 2010.

III. A economia das restrições verticais

Esta Parte discute, inicialmente, a evolução do pensamento econômico com relação às restrições verticais ao longo do tempo. Em seguida, examina os possíveis efeitos pró e anticoncorrenciais de tais restrições.

A. A evolução do pensamento econômico com relação às restrições verticais

Por muito tempo, as autoridades e os tribunais concorrenciais que lidam com restrições verticais tenderam em favor da aplicação de padrões simples, já que certos tipos de restrições eram ilegais *per se*, ou seja, eram proibidas independentemente da comprovação de efeitos anticoncorrenciais e de lesão ao consumidor. Nas décadas de 1950 e 1960, economistas da Universidade de Chicago (a conhecida “Escola de Chicago”) começaram a contestar a abordagem formalística mediante a introdução do rigor analítico à análise das restrições verticais.²²² Sua abordagem, que levou efetivamente a uma implementação minimalista das normas antitruste, foi questionada na década de 1980 por outros economistas (a “Escola Pós-Chicago”) sob o argumento de que os incentivos e comportamentos das empresas eram mais complexos do que a Escola de Chicago fazia crer e, ademais, o “comportamento estratégico” das empresas deveria receber mais atenção na medida em que afetasse o desempenho do mercado.²²³

As vendas casadas ilustram muito bem a forma como o pensamento econômico sobre as restrições verticais evoluiu nas últimas décadas. A ideia central subjacente às teorias sobre a venda casada anticompetitiva é que a empresa dominante pode usar o poder de mercado que detém em seu mercado monopolista primário para ampliar (alavancar) esse poder em outro mercado relacionado mediante a venda conjunta de dois produtos. Como os clientes precisam obter o produto monopolizado pela empresa dominante (por exemplo, uma máquina fotocopadora sem rivais em sua categoria), se a firma incluir um produto vinculado (por exemplo, cartuchos de tinta) ao seu produto monopolizado, então os clientes estarão menos inclinados a comprar o produto vinculado de um fornecedor rival, o que resultará no fechamento de um mercado vinculado que seria, em outras circunstâncias, competitivo para a concorrência.

Na primeira parte do século XX, os economistas simplesmente presumiram que, ao incluir um segundo produto na compra do produto monopolista, o fornecedor dominante estaria lucrando com dois monopólios ao invés de apenas um. Sob esse ponto de vista, a venda casada era claramente anticompetitiva e excludente, motivada unicamente pelo desejo da empresa dominante de aumentar seus lucros. Dessa forma, a venda casada foi considerada ilegal *per se*,

²²² Essa escola é composta de especialistas em antitruste, inclusive Aaron Director, Robert Bork, Frank Easterbrook e Richard Posner. Para uma visão mais abrangente da posição da Escola de Chicago sobre o antitruste, ver Robert Bork, *The Antitrust Paradox - A Policy at war with Itself*, The Free Press, 1978, New Edition, 1993.

²²³ Ver Herbert Hovenkamp, “Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique”, 2001 *Columbia Business Law Review* 257.

porque presumia-se que seu único objetivo era ampliar o monopólio nos mercados vinculados próximos. Essa visão influenciou significativamente o tratamento jurídico inicial das restrições verticais na Suprema Corte dos Estados Unidos, que mais de uma vez fez uso da máxima “a venda casada praticamente não tem nenhum outro objetivo que não a supressão da concorrência” em suas decisões.²²⁴

Na década de 1950, economistas da Universidade de Chicago, tais como Robert Bork ou Richard Posner, contestaram essa lógica. Baseando-se em modelos teóricos que forneciam uma estrutura para raciocinar sobre os incentivos e comportamentos das empresas, os economistas da Escola de Chicago argumentaram que quando a empresa dominante tivesse extraído a renda monopolística de um mercado específico, não conseguiria obter lucros monopolistas através de um mercado vinculado relacionado (uma visão geralmente conhecida como o teorema do “lucro monopolista único”).²²⁵ Seu exemplo clássico era o de um monopolista em porcas que tenta casar as vendas destas com parafusos.²²⁶ Os economistas da Escola de Chicago demonstraram que se a empresa que tinha o monopólio das porcas já tivesse uma política de preços monopolistas para estas, não conseguiria lucrar mais fazendo a venda casada das porcas com os parafusos. Portanto, se existir um lucro monopolista a ser obtido a partir de um pacote que inclui produtos vinculados, a empresa dominante não tem incentivo anticompetitivo para fazer a venda casada de produtos vinculados.

Os especialistas da Escola de Chicago também argumentaram que, de acordo com o teorema do lucro monopolista único, as empresas dominantes podem até ser incentivadas a encorajar a concorrência em mercados vinculados a seu mercado monopolista.²²⁷ Portanto, para a Escola de Chicago, qualquer venda casada realizada por uma empresa dominante precisa ser motivada por razões de eficiência, já que, como será visto abaixo, geralmente há bons motivos para uma firma dominante querer vender seus produtos em conjunto.²²⁸ Assim, a análise da Escola de Chicago implica que as vendas casadas deveriam ser tratadas de acordo com a norma da legalidade *per se* em direta contraposição à norma da ilegalidade *per se* que era promovida no regime anterior.

²²⁴ *Standard Oil Co. of Cal. v. United States (Standard Stations)*, 337 U.S. 293, 305-06 (1949).

²²⁵ Ver, por exemplo, Robert Bork, “Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception,” (1954) 22 *The University of Chicago Law Review*, 157, 196; Robert Bork, *The Antitrust Paradox*, The Free Press: New York, (1978) em 372-375, 380-381; Richard Posner, “The Chicago School of Antitrust Analysis,” (1979) 127 *University of Pennsylvania Law Review*, 925; Richard Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, (2001), em 198-199.

²²⁶ Ver Elhauge and Geradin, nota 3 acima, em 562.

²²⁷ *Idem*.

²²⁸ Para a discussão das justificativas pró-competitivas baseadas na eficiência das vendas casadas, ver David S. Evans e Michael Salinger, “Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law”, (2002) 22 *Yale Journal on Regulation* 37.

No início da década de 1980, contudo, a Escola Pós-Chicago identificou várias limitações importantes no teorema do lucro monopolista único. Os estudiosos da Escola Pós-Chicago indicaram as premissas importantes (implícitas e explícitas) que sustentam a teoria da Escola de Chicago e as implicações do relaxamento de tais premissas. Por exemplo, uma das premissas mais básicas do teorema do lucro monopolista único é que o produto monopolista e o produto vinculado incluído são utilizados em proporções fixas (que é tipicamente o caso de porcas e parafusos).²²⁹ Contudo, vários produtos vinculados não são utilizados em proporções fixas. Por exemplo, os consoles de jogos podem ser vendidos com alguns jogos, mas os usuários, em geral, comprarão muito mais jogos (tornando, dessa forma, a venda dos jogos particularmente lucrativa). Portanto, insumos de proporções variáveis possibilitam à empresa dominante aumentar seus lucros ampliando seu domínio no mercado vinculado. Outra premissa fundamental do teorema do lucro monopolista único é que o mercado vinculado é caracterizado pela concorrência perfeita e por economias de escala constantes. Novamente, esse não é sempre o caso.

Contrapondo-se a esse panorama, os economistas da Escola Pós-Chicago demonstraram que a alavancagem monopolista através da venda casada pode ser uma estratégia anticompetitiva lucrativa para as empresas dominantes. É importante observar, contudo, que, tal como os modelos da Escola de Chicago, os modelos da Escola Pós-Chicago baseiam-se em premissas fortes e, portanto, devem ser aplicados à política pública com muita cautela, algo que os próprios autores sempre enfatizam.²³⁰ Além disso, esses modelos podem, muitas vezes, ser de difícil implantação prática.²³¹

Conclusão. A evolução do pensamento econômico sobre a venda casada mostra que diferentes escolas econômicas percebem essa prática de formas diversas e apresentam soluções de política pública radicalmente diferentes (da ilegalidade *per se* à legalidade *per se*). A posição da maioria dos economistas, atualmente, é moderada, ficando entre os dois extremos *per se* dos primeiros anos. Uma evolução comparável pode ser observada em outros tipos de restrições verticais (por exemplo, acordos de exclusividade e descontos condicionados) que a maioria dos economistas

²²⁹ Ver Michael Whinston, “Tying, Foreclosure, and Exclusion”, (1990) 80 *American Economic Review* 837

²³⁰ Ver, por exemplo, Dennis W. Carlton & Michael Waldman, *Theories of Tying and Implications for Antitrust*, in W. Dale Collins (ed.) *Economics of Antitrust* (American Bar Association – a ser lançado). Hart et al. defendem uma opinião similar em seu estudo fundamental sobre integração vertical ao declarar simplesmente que “*Em vista destes efeitos conflitantes é difícil apresentar prescrições precisas para políticas antitruste sobre fusões verticais*”. Oliver Hart et al., “Vertical Integration and Market Foreclosure”, (1990) 1990 *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, 205, 213.

²³¹ Herbert Hovenkamp observou, em sua crítica geral à Pós Escola de Chicago, que “*apesar [das metodologias da Pós Escola de Chicago] produzirem, por vezes, sólidas conclusões econômicas, é difícil testá-las. Ademais, são confusas e mais difíceis de serem empregadas, e frequentemente levam o poder probatório dos tribunais além do ponto de ruptura*”. Herbert Hovenkamp, nota 9 acima, em 336.

acredita que não deveriam estar sujeitos às regras *per se*, mas sim a algum tipo de “regra da razão” ou, no linguajar da União Europeia, de uma análise “baseada em efeitos”.

B. Efeitos pró-concorrenciais vs. efeitos anticoncorrenciais das restrições verticais

Como observado, na seção precedente, o pensamento econômico atual sugere que, apesar de as restrições verticais poderem produzir efeitos excludentes, a lesão à concorrência resultante de tais restrições pode ser compensada, em geral, pela presença de eficiências. Nesta seção, portanto, revisamos os efeitos pró e anticoncorrenciais potenciais das restrições verticais.

1. 1. Acordos de exclusividade

1.5 1.1. Possíveis efeitos anticoncorrenciais

A maior preocupação anticoncorrencial levantada pelos acordos de exclusividade é que tais acordos podem fechar o mercado aos concorrentes a ponto de prejudicar a concorrência.²³² Esse fechamento pode impedir a entrada ou acelerar a saída de rivais do mercado, aumentando, assim, o poder de mercado da empresa excludente.

Em primeiro lugar, a maioria das indústrias está sujeita a economias de escalas, ou seja, as empresas podem reduzir seus custos mediante sua expansão até que atinjam um nível de produção que minimize seus custos, o que é denominado escala eficiente mínima.²³³ Se o fechamento do mercado impedir que um número competitivo de rivais mantenha essa escala ou expanda suas operações para alcançá-la, então isso prejudica sua eficiência. Em segundo lugar, o fechamento pode, igualmente, privar os rivais de economias de escopo se, sem o fechamento, a expansão de rivais lhes permitissem oferecer uma variedade de produtos que poderiam ser mais eficientemente produzidos ou vendidos junto do que separadamente. Por último, a maior parte das indústrias é caracterizada por uma curva de aprendizado, de maneira que o fechamento substancial do mercado pode prejudicar a eficiência dos rivais mediante a simples desaceleração de sua expansão, mesmo que esse fechamento não impeça a expansão inteiramente.²³⁴

Se a eficiência dos rivais for prejudicada de qualquer uma das maneiras expostas acima, então estes precisarão cobrir seus novos aumentos de custos cobrando preços mais altos do que o fariam habitualmente. Nos casos extremos, esses preços mais elevados serão insustentáveis e, assim, a entrada do rival será barrada e os rivais existentes serão eliminados. Porém, mesmo que

²³² Ver Elhauge and Geradin, nota 3 acima, em 516.

²³³ Idem.

²³⁴ Deve-se observar que, se os rivais puderem atingir a escala de eficiência mínima e o escopo de produção, o fechamento que barrar os rivais da forma mais eficiente de distribuição (acordo de exclusividade à jusante) também pode prejudicar a eficiência rival aumentando seus custos. Ao contrário, as empresas dominantes podem fechar o mercado para seus rivais negando-lhes acesso a insumos fundamentais, inclusive por meio de acordos de exclusividade com os vendedores (acordo de exclusividade à montante).

o fechamento do mercado reduza a eficiência dos rivais sem, contudo, eliminá-los completamente, diminuirá as opções de mercado à disposição dos consumidores, o que significa que esses rivais constituirão uma barreira menor ao poder de mercado da empresa dominante do que em uma situação mais equilibrada. Dessa forma, isso pode aumentar ou manter esse poder de mercado mesmo que não impeça inteiramente a entrada dos rivais ou os expulse desse mercado.

1.6 1.2. Possíveis eficiências compensadoras

Apesar de os acordos de exclusividade poderem gerar efeitos anticompetitivos, também apresentam muitas eficiências compensatórias.²³⁵ Por exemplo, as obrigações dos acordos de exclusividade são, na maioria das vezes, usadas para reduzir a incerteza sobre se as vendas futuras ocorrerão ao preço estipulado no contrato. Essas obrigações podem dar aos fornecedores os compromissos contratuais de que precisam para investir em projetos de capital intensivo (por exemplo, bancos podem concordar em financiar a construção de uma geradora de energia se obtiverem a garantia de que o proprietário da usina será capaz de vender sua energia para um certo número de clientes fundamentais). Da mesma forma, acordos de exclusividade podem encorajar o fornecedor a fazer um investimento relacionado específico (como a construção de uma planta de produção nas vizinhanças de um determinado cliente).²³⁶ Na falta de tal compromisso, o fornecedor poderia correr o risco de ficar com ativos improdutivos que, como estão sujeitos a uma relação específica, não podem ser deslocados para suprir outros compradores. Por último, os acordos de exclusividade são considerados uma medida importante para prevenir o efeito carona (*free riding*), sempre que um investimento específico em serviços e reputação for necessário (por exemplo, o investimento feito por um distribuidor em treinamento de pessoal e a oferta de um melhor nível de serviços pode ser importante para construir a reputação de uma marca junto a um fornecedor específico e, sem exclusividade, outros distribuidores podem capturar parte dos ganhos associados com essa reputação, reduzindo, assim, os incentivos para o investimento em tais serviços).²³⁷

2. 2. Descontos Condicionados

Apesar de existirem muitas definições de descontos condicionados, este estudo considera tais descontos como cobrindo diferentes esquemas de incentivos concedidos pelo fornecedor a seus clientes ou distribuidores/varejistas, desde que suas compras ou vendas atinjam ou excedam certos limiares formulados em termos de metas de volume, porcentagens dos pedidos totais ou

²³⁵ Idem em 519.

²³⁶ Idem.

²³⁷ Jonathan M. Jacobson, “Exclusive Dealing, ‘Foreclosure,’ and Consumer Harm”, 70 *Antitrust Law Journal* 311 (2002), em 321: “Acordos de exclusividade geralmente promovem uma distribuição mais efetiva, aumentando a dedicação e a fidelidade; podendo minimizar o parasitismo, melhorar a qualidade do produto e garantir aos clientes e fornecedores uma fonte confiável de fornecimento”.

aumento das compras.²³⁸

Os descontos condicionados podem ser classificados em diferentes categorias. Por exemplo, Ahlborn e Bailey distinguem os descontos de acordo com:

- O *tipo de limiares* que podem ser definidos em termos de metas de volume (descontos quantitativos) ou porcentagem dos pedidos totais (descontos de participação de mercado) ou aumento das compras (descontos de crescimento). Quando a porcentagem exigida for 100%, podemos falar em descontos exclusivos;
- O *escopo da aplicação*, se forem prospectivos, ou seja, serão aplicáveis às unidades adicionais acima do limiar estipulado (descontos incrementais) ou retroativos, isto é, aplicam-se tanto às unidades acima como abaixo do limiar estipulado (descontos retroativos ou descontos reversivos);
- Os *produtos ou grupos de produtos a que se aplicam*, se forem aplicáveis a uma categoria de produtos (descontos para produtos unitários) ou para várias categorias de produtos (descontos para múltiplos produtos ou descontos para pacotes).²³⁹

Este estudo classificará os descontos de acordo com a forma como operam e seus potenciais efeitos sobre a concorrência. Distingue-se entre descontos para produtos unitários e para múltiplos produtos (pacotes).

2.7 2.1. Possíveis efeitos anticoncorrenciais

A preocupação com efeitos anticompetitivos relacionados com os descontos condicionados é basicamente similar àquela gerada pelos acordos de exclusividade, tendo em vista que tais descontos são, em sua essência, uma forma menos absoluta de acordo de exclusividade (já que dão aos compradores a escolha entre cumprir com a condição referente ao desconto ou abrir mão deste). A preocupação, então, é que quando eles amarram uma participação suficientemente grande do mercado, os descontos condicionados podem levar à exclusão dos rivais. Os descontos condicionados podem, assim, ser utilizados pelas empresas dominantes para impedir a entrada ou a expansão de seus rivais, ou forçá-los a sair do mercado quando não conseguem equiparar os descontos das empresas dominantes com manutenção de rentabilidade.

2.8 2.2. Possíveis eficiências compensadoras

²³⁸ Esta definição é de Gianluca Faella, “The Antitrust Assessment of Conditional Discounts and Rebates”, 4 *Journal of Competition Law and Economics* 375 (2008), em 376. Ver também a definição dada pela Comissão em seu Guia de Análise, nota 7 acima, no § 13 (“Descontos condicionados são descontos concedidos aos clientes para premiá-los por uma forma específica de comportamento de compra”).

²³⁹ Christian Ahlborn and David Bailey, “Discounts and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison”, 2 *European Competition Journal* (2006) 101, 1004.

Descontos condicionados podem permitir a fornecedores e clientes obter uma variedade de eficiências, que explicam por que podem ser utilizados tanto por empresas dominantes como não dominantes. Essas eficiências incluem:

Redução de preços. O efeito mais óbvio dos descontos é reduzir os preços da empresa que oferece o desconto em benefício direto de seus clientes.²⁴⁰ Isso também estimula cortes de preços por outros concorrentes que, por sua vez, permitem que empresas no mercado à jusante reduzam seus preços para seus próprios clientes.

Economias de escala e recuperação mais rápidas dos custos fixos. Nas indústrias com custos fixos, tais como, por exemplo, as indústrias inovadoras (tecnologia da informação, produtos farmacêuticos, etc.) ou grandes prestadoras de serviços de utilidade pública (telecomunicações, energia, etc.), os descontos permitem aos fornecedores aumentar a produção e, por sua vez, recuperar seus custos fixos mais rapidamente (já que conseguirão obter economias de escala diluindo seus custos fixos nos volumes maiores), o que resulta em uma média mais baixa dos custos totais e dos preços para os consumidores.²⁴¹

Economias de escopo e redução dos custos das transações. Descontos para múltiplos produtos podem fazer com que os negócios alcancem economias de escopo e reduzam os custos de transação, já que os compradores poderão obter suas necessidades de diferentes produtos de um único fornecedor.²⁴²

Evita a dupla marginalização. Os descontos ajudam a prevenir a “dupla marginalização” tendo em vista que, na hipótese de o cliente da empresa dominante também gozar de poder de mercado significativo, existe o risco de, na ausência dos descontos, o preço ser mais alto do que o preço prevalecente, se um monopolista integrado verticalmente estivesse operando no mercado.²⁴³

Previne situações de impasse (hold-up). Em certos casos, o sistema de desconto pode ser necessário para estabelecer o incentivo ao fornecedor dominante para fazer certos investimentos

²⁴⁰ Isso é verdade a não ser que, obviamente, a concessão de descontos seja acompanhada por um aumento inicial de preços (os denominados "penalização dos preços").

²⁴¹ Ver Derek Ridyard, “Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis”, (2002) 6 *European Competition Law Review*, 286.

²⁴² Ver Estados Unidos, Mesa Redonda sobre Descontos para Pacotes e Descontos Condicionados; DAF/COMP/WP3/WD(2008)47, no § 8.

²⁴³ Ver Simon Bishop, “Delivering Benefits to Consumers or Per Se Illegal? Assessing the Competitive Effects of Conditional Rebates” in *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Swedish Competition Authority, 2005, em 73. Ver também Kolay, S., G. Shaffer, e J. Ordovery. 2004. “All Units Discounts in Retail Contracts”. *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol. 13 (3): 429-459.

dependentes de relacionamento específico para fornecer para um determinado cliente.²⁴⁴ Isso pode acontecer quando o fornecimento para um cliente exige que o fornecedor invista em novas tecnologias, nova produção ou mesmo construa uma nova planta produtiva. Os descontos condicionados podem ser a forma mais eficiente de dar esse tipo de garantia necessária para que o fornecedor faça tais investimentos.

Serviços suplementares. Os descontos também podem ser uma maneira efetiva de oferecer incentivos aos clientes para o fornecimento de serviços suplementares (promoção do produto, etc.), alinhando, assim, os incentivos dos clientes com os do fornecedor.²⁴⁵

3. 3. Venda casada e empacotamento

A venda casada é prática comum, usada tanto por empresas dominantes como não dominantes para oferecer produtos ou serviços melhores, mais baratos e mais convenientes. Os sapatos sempre foram vendidos com cadarços e os carros com pneus, as diárias de hotel geralmente incluem o café da manhã. Mas além desses exemplos triviais, a integração dos produtos tornou-se uma estratégia de negócio fundamental em muitas indústrias. Os fabricantes de aparelhos eletrônicos para o consumidor, por exemplo, combinam muitos componentes diferentes em um único produto para fazer com que esses componentes trabalhem melhor ou para fazer com que o produto tenha melhor relação custo-benefício, seja menor, consuma menos energia. Smartphones, por exemplo, compreendem elementos que costumavam ser fornecidos separadamente (telefone e câmera, por exemplo), e suas telas maiores permitem que os usuários joguem jogos, troquem e-mails, passem na Internet e acessem várias formas de conteúdo online. Os fabricantes procuram fazer com que suas vendas cresçam aumentando a proposta de valor oferecida aos seus clientes e a combinação de diferentes funcionalidades é uma parte importante dessa estratégia.

3.9 3.1. Possíveis efeitos anticoncorrenciais

Enquanto a maioria dos casos de venda casada é pró-competitiva, a venda casada também pode ser usada como uma estratégia excludente. Em primeiro lugar, podem existir circunstâncias em que uma empresa que domina o mercado do produto principal (*tying product*) procura estender seu poder para o mercado do produto vinculado (*tied product*), fazendo a venda casada dos dois produtos em conjunto (uma estratégia geralmente denominada “alavancagem monopolista”).²⁴⁶ Como os clientes precisam obter o produto monopolista da empresa dominante, se esta casar a venda do produto vinculado com seu produto monopolista (ou seja, os clientes só podem comprar o produto monopolista se também comprarem o produto vinculado), então os clientes se sentirão menos propensos a comprar o produto vinculado separadamente (agora redundante) de um fornecedor independente, fechando, assim, à concorrência, o mercado do produto vinculado,

²⁴⁴ Ver Comissão Europeia, Mesa Redonda sobre Descontos para Pacotes e Descontos Condicionados; DAF/COMP/WP3/WD(2008)48, no § 26.

²⁴⁵ Ver Bishop, nota 29 supra, em 72.

²⁴⁶ Ver Einer Elhauge and Damien Geradin, 3, pp. 495 e seguintes.

que de outra forma seria competitivo.

Segundo, podem existir outras circunstâncias em que a venda casada pode não ter tanta relação com a alavancagem da posição dominante no mercado do produto monopolista no tocante ao mercado do produto vinculado, mas sim com a proteção da posição dominante no mercado do produto monopolista.²⁴⁷ Quando a empresa do produto dominante acredita que os produtores do produto vinculado terão a probabilidade de evoluir para o mercado do produto monopolista no futuro, devido ao seu sucesso, tem incentivo suficiente para fechamento do mercado do produto vinculado para evitar ou reduzir a erosão em seu mercado principal no longo prazo. Por exemplo, no caso da Microsoft norte-americana, o Departamento de Justiça (DoJ) argumentou que, ao juntar o Windows com o Internet Explorer, a Microsoft não tinha por objetivo obter lucro no mercado dos navegadores da internet, mas sim proteger sua posição dominante no mercado de sistemas operacionais da ameaça que poderia advir de um concorrente significativo no mercado de navegadores, o qual poderia, eventualmente, transformar o navegador em um sistema operacional alternativo.²⁴⁸

3.10 3.2. Possíveis eficiências compensadoras

A venda casada e o pacote podem ser fontes de eficiências que discutiremos a seguir.

Aumento do valor dos produtos para os usuários. Dois produtos podem ser mais valiosos para os usuários quando combinados. Os compradores, por exemplo, atribuem mais valor a um telefone celular que também contenha uma câmera e um tocador de MP3 ou a uma máquina de lavar automática que também seque as roupas. Isso significa que os compradores podem estar dispostos a oferecer um preço *premium* para produtos que apresentam a conveniência de integrar características complementares.

Economias de escala na produção e distribuição. Em determinadas circunstâncias, a venda casada pode resultar em economias nos custos de produção.²⁴⁹ Por exemplo, Evans e Salinger demonstraram que os custos da produção de comprimidos que continham tanto um analgésico como um descongestionante eram muito mais baixos do que os custos combinados da produção de comprimidos desenvolvidos separadamente.²⁵⁰ A combinação de diferentes produtos também pode reduzir os custos de distribuição. Por exemplo, distribuir um PC junto com uma série de

²⁴⁷ Ver, por exemplo, R. Cooper Feldman, “Defensive Leveraging Strategy in Antitrust”, (1999) 87 *Georgetown Law Journal*, 2079.

²⁴⁸ Ver Timothy Bresnahan, *Network Effects and Microsoft*, SIEPR Discussion Paper No. 00-51, agosto de 2001, disponível em: <http://www-siepr.stanford.edu/papers/pdf/00-51.pdf>.

²⁴⁹ Ver Robert O’Donoghue and Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, em 481.

²⁵⁰ Michael Salinger e David Evans, *Curing Sinus Headaches and Tying Law, An Empirical Analysis of Bundling Decongestants and Pail Relievers*, CESIFO WORKING PAPER NO. 1519, agosto de 2005, disponível em: http://www.econstor.eu/bitstream/10419/18983/1/cesifo1_wp1519.pdf

itens complementares, como teclado, mouse e monitor, certamente representa uma economia nos custos do transporte, embalagem e faturamento. Economias similares podem ser obtidas combinando tocadores MP3 e fones de ouvido, e câmeras com a tampa de lente, equipamento de flash, baterias e carregadores.

Proteção da marca e segurança do produto. Em determinadas circunstâncias, os vendedores do produto principal podem exigir que os compradores usem seu produto vinculado porque têm a preocupação de que os compradores, de outra forma, utilizarão um substituto inferior que fará com que o produto principal não tenha um desempenho tão bom, prejudicando, assim, a reputação da marca.²⁵¹ Por exemplo, um franqueador de *fast food* pode vender sua franquia (o produto principal) a franqueados que são proprietários dos restaurantes de fast food individuais sob a condição de que esses franqueados comprem sua carne (o produto vinculado) exclusivamente do franqueador. Os fabricantes também podem fazer vendas casadas por questões de segurança. Fabricantes de barbeadores descartáveis, por exemplo, podem ficar preocupados com a qualidade das lâminas produzidas por terceiros e assim decidir combinar seus barbeadores com as lâminas. Deve-se observar que, nestes exemplos, uma alternativa menos restritiva poderia ser simplesmente informar os compradores sobre as questões de qualidade.²⁵²

IV. Das regras *per se* à análise baseada em efeitos: Abuso de posição dominante na legislação da UE

Como observado na Parte II, a análise das restrições verticais pelos economistas evoluiu consideravelmente com o passar dos anos até chegar, no presente, a uma posição moderada geralmente aceita de que, apesar de serem uma fonte de eficiências, há situações em que tais restrições criam efeitos de fechamento do mercado.

A posição das autoridades e tribunais concorrenciais sobre as restrições verticais também evoluiu ao longo dos anos, mas não necessariamente na mesma velocidade do pensamento econômico. Por um bom tempo, as autoridades e os tribunais, de uma forma geral, adotaram uma abordagem rígida das restrições verticais empregadas por empresas dominantes, considerando-as ilegais *per se*. Contudo, os tempos mudaram e as autoridades e os tribunais se tornaram mais abertos para admitir uma “regra da razão” ou uma análise “baseada em efeitos” das restrições verticais.

Para ilustrar essa evolução, esta Parte do estudo concentra-se na forma como as restrições verticais adotadas pelas empresas dominantes têm sido avaliadas sob a legislação concorrencial da União Europeia (UE). Para abordar as críticas dos estudiosos e operadores de que a abordagem da EU sobre acordos de exclusividade, descontos condicionados, vendas casadas e outras medidas potencialmente excludentes era excessivamente restritiva e afastada do moderno pensamento econômico, a Comissão embarcou em uma reforma que culminou com a adoção de

²⁵¹ Ver Elhauge e Geradin, nota 3 acima, em 570.

²⁵² Idem.

seu Guia de Análise sobre a aplicação do Artigo 102 do TFUE (doravante, o “Guia de Análise”).²⁵³

Considerando esse cenário, esta Parte será dividida em três seções. A Seção A fornece uma breve introdução à legislação concorrencial da União Europeia, com foco no Artigo 102 do TFUE, que proíbe o abuso da posição dominante. A Seção B revisa a jurisprudência tradicional dos tribunais da UE com relação às restrições verticais, que se caracteriza por uma abordagem rígida das restrições verticais. A Seção C discute a reforma da aplicação do Artigo 102 do TFUE pela Comissão, posicionando-se, assim, em linha com a moderna teoria econômica.

B. A. Breve introdução à legislação concorrencial da União Europeia

A legislação concorrencial europeia entrou em vigor com a adoção do Tratado de Roma (também conhecido como “Tratado da Comunidade Europeia” e agora, após sucessivas modificações, é denominado “Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia” ou “TFUE”) em 1957, que continha várias disposições sobre direito concorrencial. Os principais dispositivos são o Artigo 101, que proíbe acordos anticoncorrenciais entre empresas, e o Artigo 102, que proíbe as empresas dominantes de abusar de sua posição. Apesar das restrições verticais se enquadrarem no escopo do Artigo 101 (na ausência de uma empresa dominante) e do Artigo 102 (na presença de uma empresa dominante), este estudo se concentra na aplicação deste último dispositivo. A jurisprudência mais relevante no campo das restrições verticais tem como base justamente o Artigo 102.

O principal órgão de aplicação das normas concorrenciais é a Comissão Europeia (apesar de as autoridades concorrenciais nacionais também cumprirem com as normas concorrenciais da UE), que tem poder de decisão sobre as infrações, bem como impor remédios e penalidades.²⁵⁴ As decisões da Comissão são passíveis de apelação à Corte Geral (baseada em Luxemburgo) e suas decisões podem ser levadas à Corte Europeia de Justiça (também baseada em Luxemburgo), que é a última instância recursal. Além de as decisões serem vinculantes, a Comissão também pode emitir documentos de política pública, tais como diretrizes, notificações, ou como mostrado com relação ao Artigo 102 do TFUE, até um Guia de Análise mais informal.

C. B. As restrições verticais como abusos excludentes: Revisão da jurisprudência tradicional das cortes da União Europeia

As restrições verticais anticoncorrenciais adotadas pelas empresas dominantes são tipicamente consideradas como abusos “excludentes” na medida em que “fecham” o mercado para seus rivais. As autoridades e tribunais concorrenciais em todo o mundo têm tido muita dificuldade para desenvolver padrões que lhes permitam distinguir o fechamento de mercado anticoncorrencial da concorrência baseada no mérito. Isso tem frustrado alguns estudiosos. Com

²⁵³ Ver a nota 7 acima.

²⁵⁴ Regulamento no. 1/2003 de 16 de dezembro de 2002 sobre a implementação de normas concorrenciais estipuladas nos Artigos 81 e 82 do Tratado, O.J. 2003, L 1/1.

relação à legislação norte-americana, Einer Elhauge argumentou, em 2003, que “por décadas a doutrina da monopolização tem sido regida por padrões vagos e ineptos.”²⁵⁵ Referindo-se à jurisprudência das cortes da União Europeia, Temple Lang e O’Donoghue, for exemplo, igualmente declararam em 2005 que “nenhuma definição aplicada atualmente [dos abusos excludentes] possui conteúdo normativo suficiente para ser aplicada *ex ante* como uma regra normativa pelas empresas ao tomarem decisões sobre suas políticas de preços ou adotarem uma certa conduta”.²⁵⁶

Na verdade, esses autores reclamam sobre a aplicação de padrões baseados em conceitos vagos, como aquele que diz que abusos excludentes resultariam na adoção de “métodos diferentes daqueles que condicionam a concorrência normal no tocante a seus produtos e serviços”²⁵⁷, um comportamento que não é “concorrencial no mérito” ou não está em conformidade com a “responsabilidade especial” que as empresas dominantes têm *vis-à-vis* seus rivais menores.²⁵⁸ A referência a esses conceitos vagos foi uma das razões que levou a Comissão a adotar seu Guia de Análise sobre a aplicação do Artigo 102, o qual, como visto abaixo, contém uma definição muito mais sólida dos abusos excludentes. A outra razão para a emissão desse Guia de Análise foi a abordagem excessivamente rígida e formalista da Comissão e das cortes da UE na aplicação do Artigo 102 com relação aos abusos excludentes que examinaremos na próxima seção.

D. C. De uma abordagem formalista a uma abordagem baseada em efeitos para analisar abusos excludentes

1. 1. A abordagem formalista seguida pelas cortes da UE e pela Comissão

Nas últimas duas décadas, uma crítica constante às práticas decisórias da Comissão e da jurisprudência das cortes da UE sobre os abusos excludentes (inclusive restrições verticais anticompetitivas) era a falta de alinhamento tanto da Comissão como do Judiciário com o pensamento econômico moderno. As razões eram as seguintes: (i) os casos eram decididos, na maioria das vezes, com base em considerações “formais”, tais como a natureza de uma determinada conduta, ao invés de seus efeitos sobre a concorrência e sobre o bem-estar do consumidor; e (ii) as eficiências que podem ser geradas pela conduta da empresa dominante não eram absolutamente levadas em conta ou o eram de forma insuficiente. Isso levou a uma jurisprudência altamente desfavorável às empresas dominantes, que, em alguns casos, deixaram de se engajar em condutas pró-competitivas por medo de que tal conduta pudesse ser enquadrada no Artigo 102.

²⁵⁵ Einer Elhauge, *Defining Better Monopolization Standards*, 56 *Stanford Law Review* 253 (2003).

²⁵⁶ ²⁵⁶ J. Temple Lang e R. O’Donoghue, “The Concept of Exclusionary Abuse under Article 82”, *GCLC Research Papers on Article 82*, July 2005, mimeografado.

²⁵⁷ Caso 85/76 *Hoffman-La Roche vs. Commission* [1979] ECR 461, parágrafo 91.

²⁵⁸ Caso 322/81, *Michelin vs. Commission* [1983] ECR 3461, parágrafo 57.

Como veremos abaixo, as restrições verticais adotadas pelas empresas dominantes eram tratadas de forma particularmente rígida pela Comissão Europeia e as cortes da UE, apesar de alguns dos casos mais recentes assinalarem uma evolução positiva.

2. 2. A aplicação de uma abordagem formalista às restrições verticais

2.11 2.1. Acordos de Exclusividade

A Comissão e as cortes da UE adotam, tradicionalmente, uma abordagem rígida com relação aos acordos de exclusividade. Em *Hoffman-La Roche*, o líder global na produção de vitaminas, Roche, tinha firmado contratos de venda com 22 grandes compradores de vitaminas mediante os quais esses compradores se comprometeriam a adquirir a totalidade ou a maior parte de suas necessidades de vitaminas ou certas vitaminas exclusivamente da Roche, ou que lhes dava um incentivo para tanto mediante a inclusão de uma promessa de desconto (ver a seção 2.2. abaixo).²⁵⁹ A Comissão achou que tais contratos violavam o Artigo 102 do TFUE. Em grau de recurso, a ECJ confirmou a decisão da Comissão declarando:

“Uma empresa que se encontra em posição dominante no mercado e vincula seus compradores – mesmo que o faça a pedido destes últimos – mediante uma obrigação ou promessa de sua parte de suprirem suas necessidades exclusivamente de tal empresa, abusa de sua posição dominante de acordo com o significado do Artigo [102 do TFUE], quer a obrigação em questão tenha sido estipulada sem nenhuma outra qualificação ou a concessão de um desconto tenha sido levada em consideração.”²⁶⁰

Dessa forma, a ECJ adotou uma abordagem de quase ilegalidade *per se* em face das obrigações de um acordo de exclusividade no sentido de que não considera necessário analisar os efeitos de tais obrigações no mercado em questão. Essa posição rígida foi posteriormente confirmada no julgamento em que a ECJ declara que o conceito de abuso “em princípio inclui qualquer obrigação de obter suprimentos exclusivamente de uma empresa em posição dominante, que beneficie esta empresa”.²⁶¹

Em *Van den Bergh Foods*, a Comissão e a Corte Geral, contudo, parecem ter adotado uma abordagem mais flexível com relação às obrigações dos acordos de exclusividade. Van den Bergh Foods, o produtor dominante de sorvetes em embalagens unitárias para consumo imediato (denominados, no processo, como “sorvetes por impulso”) tinha fornecido, por anos a fio, freezers gratuitos para os varejistas de sorvete, desde que fossem utilizados exclusivamente para seus produtos. Cerca de 40% dos pontos de venda disponíveis estavam vinculados por essa obrigação de exclusividade. A Comissão considerou que a conduta da Van den Bergh Foods

²⁵⁹ Caso 85/76 *Hoffman-La Roche vs Commission* [1979] ECR 461.

²⁶⁰ *Idem* no § 89.

²⁶¹ *Idem* no § 121.

violava o Artigo 102.²⁶² Em sua decisão, não obstante, especificou que:

“para os propósitos da aplicação do Artigo [102 do TFUE], as circunstâncias que envolvem os contratos e, em especial, seus efeitos na estrutura competitiva do mercado relevante precisam ser levados em consideração para ser estabelecida a existência de um abuso”.²⁶³

Em grau de recurso, a Corte Geral sustentou a decisão da Comissão, declarando:

“O fato de uma empresa em posição dominante no mercado vincular de fato – mesmo que a pedido dos próprios [clientes] – 40% dos pontos de venda no mercado relevante por uma cláusula de exclusividade que, na realidade, cria pontos de venda exclusivos, constitui um abuso da posição dominante de acordo com o Artigo [102 do TFUE]. A cláusula de exclusividade tem o efeito de impedir que os varejistas envolvidos vendam outras marcas de sorvete (ou de reduzir sua oportunidade de assim proceder), mesmo que haja demanda por essas outras marcas, e de impedir os fabricantes concorrentes de ter acesso ao mercado relevante”.²⁶⁴

Os trechos supracitados sugerem que a Comissão e a Corte Geral consideram que a análise dos “efeitos” de uma obrigação de exclusividade devem fazer parte da avaliação da compatibilidade de tal obrigação com o Artigo 102 do TFUE.

2.12 2.2. Descontos condicionados

Hoffman-La Roche foi a primeira decisão importante da ECJ que lidou com descontos. Como observado na seção anterior, Roche tinha estabelecido obrigações de exclusividade com 22 grandes compradores de vitaminas. Para alguns dos contratos em exame, Roche também deu um desconto aos clientes que adquirissem a totalidade ou a maior parte de suas necessidades da Roche, desconto esse calculado sobre o total das compras de vitaminas. O montante total do desconto diferia de cliente para cliente e, tipicamente, variava entre 1% e 5%, apesar de alguns clientes terem recebido abatimentos que iam de 12,5% a 20%.

Em sua decisão, a ECJ tomou, em face dos descontos, uma posição idêntica à aplicada à Roche com relação às obrigações de exclusividade. Declarou que uma empresa dominante também violava o Artigo 102 do TFUE:

“se essa empresa, sem vincular seus compradores por uma obrigação formal, aplica, com base nos termos dos contratos firmados com tais compradores, ou unilateralmente, um sistema de descontos de fidelidade, ou seja, descontos condicionados à obtenção, pelo cliente, da totalidade ou maior parte de suas

²⁶² Decisão 98/531/EC, *Van den Bergh Foods*, 1998 O.J., L 246/1.

²⁶³ *Idem* no § 268.

²⁶⁴ *Caso T-65/98 Van den Bergh Foods Ltd vs. Commission* [2003] ECR II-4653, no § 160.

necessidades – quer a quantidade adquirida seja pequena ou grande – da empresa em posição dominante”.²⁶⁵

A ECJ considerou que tais descontos eram incompatíveis com o objetivo de concorrência sem distorções dentro do mercado comum porque “eles não se baseiam em uma transação econômica que justifique esse encargo ou benefício, mas são destinados a privar o comprador de possíveis escolhas de fontes de suprimentos, ou restringir tais escolhas, ou ainda, negar a outros produtores acesso ao mercado”.²⁶⁶ A ECJ também estabeleceu uma distinção entre descontos de “fidelidade” e descontos por “volume”, declarando que “o desconto de fidelidade, diferentemente dos descontos por volume exclusivamente relacionados com o volume de compra do fabricante em questão, é destinado, mediante a concessão de uma vantagem financeira, a impedir que os clientes obtenham seus suprimentos de fabricantes concorrentes”.²⁶⁷

Assim, em *Hoffman-La Roche*, a ECJ adotou uma posição particularmente rígida em face dos descontos concedidos por empresas dominantes:

- Adotou a norma da ilegalidade *per se* contra os assim chamados descontos de “fidelidade” em troca dos quais os compradores se comprometem a comprar a totalidade ou grande parte de suas necessidades do fornecedor dominante.²⁶⁸
- Da mesma forma, descontos por “volume” violam o Artigo 102, exceto quando os descontos equivalem à economia de custo que a empresa dominante obtém com a venda de maiores quantidades aos compradores.
- A ECJ não analisa os efeitos dos descontos concedidos pela empresa dominante sobre a concorrência e o bem-estar do consumidor.

A ECJ prolatou algumas outras decisões relacionadas com descontos nas quais entendeu que:

- Os descontos com longos períodos de referência (por exemplo, um ano) têm maior probabilidade de serem anticompetitivos do que os descontos com curtos períodos de referência (por exemplo, três meses).²⁶⁹
- Regimes de desconto que são opacos (porque os termos e condições dos descontos não são claros) tem maior probabilidade de serem anticompetitivos do que regimes de

²⁶⁵ *Hoffmann-La Roche* nota 45 acima, no § 89.

²⁶⁶ *Idem* no § 90.

²⁶⁷ *Idem*.

²⁶⁸ Caso 322/81, *NV NederlandscheBandenIndustrie Michelin v Commission (Michelin I)*, [1983] *ECR* 3461 no § 14.

²⁶⁹ *Idem* no § 81.

descontos transparentes.²⁷⁰

- Descontos “retroativos”, ou seja, aqueles concedidos somente após um determinado volume de compra, se atingido, mas que retroagem para a primeira unidade comprada, são anticompetitivos.²⁷¹

Alguns estudiosos, contudo, observaram que, contrariamente à crença comum, a ECJ não aplica a norma da ilegalidade *per se* aos descontos concedidos pelas empresas dominantes, tendo em vista ter comentado, em alguns casos, que os efeitos dos descontos devem ser levados em conta e está disposta a considerar justificativas objetivas. Por exemplo, em *British Airways*,²⁷² declarou:

“Deve-se determinar inicialmente se esses descontos ou bônus podem produzir um efeito excludente, ou seja, se são capazes, em primeiro lugar, de tornar a entrada no mercado muito difícil ou impossível para os concorrentes da empresa em posição dominante e, segundo, tornar mais difícil ou impossível para seus co-contratantes escolherem entre as várias fontes de suprimento ou parceiros comerciais.

[...] Em seguida, precisa-se examinar se existe uma justificativa econômica objetiva para a concessão de tais descontos ou bônus [...]. [A] empresa tem plena liberdade para demonstrar que seu sistema de bônus produz um efeito excludente que é economicamente justificado.

[...] A avaliação da justificativa econômica para o sistema de descontos ou bônus estabelecido pela empresa em posição dominante deve ser feita com base na totalidade das circunstâncias do caso. [...] Precisa ser determinado se o efeito excludente resultante de tal sistema, que é desvantajoso para a concorrência, pode ser contrabalançado ou suplantado por vantagens em termos de eficiência que também beneficiem o consumidor. Se o efeito excludente desse sistema não tiver relação com vantagens para o mercado e os consumidores, ou se for além do necessário para atingir essas vantagens, então esse sistema deverá ser considerado como um

²⁷⁰ Idem no § 83.

²⁷¹ Idem no § 81. Ver também *Michelin II* em que a Corte Geral (CG) observa que “*se um desconto for concedido para compras realizadas durante um período de referência, o efeito de indução de fidelidade é menos significativo quando o desconto adicional se aplicar somente às quantidades excedentes a um certo limiar do que quando esse desconto se referir ao faturamento total obtido durante o período de referência. Nesse último caso, a economia que poderá ser feita com a obtenção de uma escala maior se aplica ao faturamento total realizado, ao passo que, no primeiro caso, se aplica somente ao montante adicional adquirido.*” CG, *Manufacture française des pneumatiques Michelin vs. Commission (Michelin II)*, T-203/01, [2003] ECR II-4071 no § 85.

²⁷² Caso T-219/99, *British Airways plc vs. Commission*, [2003] ECR II-5917 e Caso C-95/04 P, *British Airways plc vs. Commission*, [2007] ECR I-2331.

abuso.”²⁷³ (grifos nossos)

Apesar de as cortes da UE nunca terem anulado uma decisão da Comissão sobre uma infração que proíba descontos, o trecho supracitado sugere que essas cortes estão, no mínimo, dispostas a examinar as justificativas que podem ser oferecidas pela empresa dominante para justificar os descontos.

2.13 2.3. Venda casada

A Comissão prolatou somente um pequeno número de decisões referentes a vendas casadas e pacotes, sendo sua sentença mais famosa a de 2004, em que decidiu que a Microsoft violava o Artigo 102 ao vincular o Windows Media Player (WMP) ao seu sistema operacional Windows (Windows).²⁷⁴ A Comissão considerou que a venda casada anticompetitiva exige a presença dos seguintes elementos: (i) os produtos principal e vinculado vinculados são dois produtos independentes; (ii) a empresa envolvida é dominante no mercado do produto principal; (iii) a empresa envolvida não dá a seus clientes a escolha de obter o produto vinculado sem o produto principal; e, (iv) a venda casada em questão fecha o mercado à concorrência.²⁷⁵

A Comissão achou que o WMP e o Windows eram dois produtos separados.²⁷⁶ A distinção entre os produtos precisou ser avaliada tendo em vista a demanda do consumidor e, de acordo com a Comissão, o fato de que o mercado fornece media players separadamente mostra que existe uma demanda específica do consumidor para media players que pode ser distinguida da demanda do cliente por sistemas operacionais para PC. Assim, o WMP e o Windows eram produtos separados. Achou-se também que a Microsoft era dominante no mercado de sistemas operacionais para PC.

A Comissão estabeleceu, ainda, que os consumidores não tinham a opção de adquirir o produto principal sem o produto vinculado, já que a Microsoft só disponibilizava o Windows mediante a aquisição simultânea, pelo cliente, do produto vinculado. A Comissão observou que o fato de os clientes não precisarem pagar nenhum montante adicional (o WMP é distribuído com o Windows sem custo extra) não era uma consideração relevante, já que a redação do Artigo 102(d) “não exige uma referência a ‘pagamento’ na introdução do elemento da ‘obrigação suplementar’”.²⁷⁷ Observou-se, também, que nada no Artigo 102 sugere que “para mostrar coerção, os clientes precisam ser forçados a usar o produto vinculado”.²⁷⁸

²⁷³ Caso C-95/04 P, *British Airways plc vs. Commission*, [2007] ECR I-2331, §§67-68 e §§84-86.

²⁷⁴ Decisão da Comissão, 24 de março de 2004, Caso *COMP/C-3/37.792 Microsoft*.

²⁷⁵ *Idem* no § 794.

²⁷⁶ *Idem* na seção 5.3.2.1.2

²⁷⁷ *Idem* no § 831.

²⁷⁸ *Idem* no § 832

Quanto ao elemento de fechamento de mercado, a Comissão declarou que a venda casada tem efeitos lesivos para a concorrência.²⁷⁹ . Reconheceu, contudo, que existiam circunstâncias:

“relacionadas com a vinculação do WMP que exigem um exame mais acurado dos efeitos que essa vinculação tem sobre a concorrência neste caso. Enquanto nos casos clássicos de venda casada a Comissão e as Cortes consideraram que o efeito de fechamento de mercado para os vendedores concorrentes tinha sido demonstrado pelo pacote de um produto separado com o produto dominante, no caso sob exame, os usuários podem e até certo ponto conseguem obter media players de terceiros pela Internet, algumas vezes gratuitamente. Há, portanto, boas razões para *não* presumir, sem análises posteriores, que vender conjuntamente o WMP constitui uma conduta que, por sua própria natureza, é passível de fechar o mercado à concorrência”.²⁸⁰

A Comissão considerou, portanto, que a abordagem formalística aplicada à venda casada em suas decisões anteriores precisava ser substituída por uma abordagem baseada em efeitos que a própria Comissão estava começando a promover naquela época.²⁸¹ Como resultado, surgiu a análise em três etapas. Primeiro, a Comissão observou, tendo em vista que o Windows estava presente em mais de 90% dos PCs, a vinculação do WMP ao Windows assegurava ao WMP uma ubiquidade sem precedentes no mercado. A Comissão também rejeitou a opinião de que outros vendedores de media player poderiam contrabalançar a ubiquidade do WMP por meio de outros canais de distribuição, tais como contratos de instalação com OEMs (fabricantes de equipamentos originais), baixar gratuitamente o software da internet, etc.²⁸² A presença ubíqua do WMP nos PCs, portanto, representava uma significativa “vantagem competitiva” para a Microsoft. Segundo, a Comissão considerou que essa vantagem competitiva poderia levar os provedores de conteúdo a codificar seu conteúdo primariamente em formato compatível com WMP e os vendedores de aplicativos a escrever aplicativos primariamente para WMP. A

²⁷⁹ Idem no § 835

²⁸⁰ Idem no § 841.

²⁸¹ É importante observar que uma abordagem muito similar foi usada do outro lado do Atlântico em *US v. Microsoft case* (346 U.S. App. D.C. 330), que analisa a venda casada entre o Windows e o Internet Explorer. De fato, a *Court of Appeals of the D.C. Circuit* [Tribunal Federal de Recursos do Circuito do Distrito Federal] decidiu reformar a sentença do Juízo Federal de 1ª Instância que tinha aplicado a norma *per se* à acusação de venda casada, ordenando que o juízo inferior reavaliasse a conduta da Microsoft sob a *regra da razão* (abordagem baseada em efeitos). Como no caso da União Europeia, o mercado de software era considerado suficientemente complexo para não permitir a aplicação da norma *per se* (abordagem formalística). Nas palavras da Court of Appeals: “*Devolvemos o caso para que as vendas casadas da Microsoft sejam avaliadas sob a regra da razão. (...) Essa regra permite considerar mais livremente os benefícios do empacotamento nos mercados de software, especialmente aqueles para OSs, e fazer um balanço entre esses benefícios e os custos para os consumidores cuja capacidade de fazer compensações entre preço/qualidade diretamente no mercado complementar pode ter sido prejudicada*”. 346 U.S. App. D.C. 330, em 390.

²⁸² Idem no § 844.

presença de fortes efeitos de rede poderiam, em última análise, fazer o mercado pender em favor da Microsoft.²⁸³ Finalmente, a Comissão examinou os desenvolvimentos do mercado na indústria de media players e identificou uma tendência favorável ao WMP.²⁸⁴ Como remédio contra essa violação, a Comissão ordenou que a Microsoft oferecesse uma versão do Windows para clientes de PCs que não incluísse o WMP.

Em seguida, a Microsoft recorreu dessa decisão da Comissão à Corte Geral, que proferiu sua sentença em setembro de 2007.²⁸⁵ Nessa decisão, a CG confirmou a posição da Comissão com relação a (i) os sistemas operacionais para PCs e media players serem produtos distintos; (ii) a Microsoft ser dominante no mercado para sistemas operacionais; e, (iii) a condição coercitiva ser estabelecida na medida em que a Microsoft não dá aos consumidores a opção de obter o Windows sem o WMP.

Contudo, no tocante à condição de fechamento do mercado, a CG se afastou da abordagem baseada em efeitos seguida pela Comissão em sua decisão. Isso fica claro no parágrafo 1058 da sentença, que declara que os achados da Comissão de que a presença ubíqua do WMP nos PCs dava uma significativa “vantagem competitiva” para a Microsoft:

“são, em si mesmos, suficientes para estabelecer que o quarto elemento constitutivo de um empacotamento abusivo está presente neste caso. Esses achados não estão baseados em nenhuma teoria nova ou especulativa, mas na natureza da conduta impugnada, nas condições do mercado e nas características essenciais dos produtos relevantes. Baseiam-se em provas acuradas, confiáveis e consistentes que a Microsoft, ao contestar que eram simples conjecturas, não conseguiu provar que eram incorretas.”

Portanto, de acordo com a CG, é suficiente demonstrar que o WMP é ubíquo nos PCs para provar que a venda casada em questão cria uma vantagem competitiva que os rivais não conseguem reproduzir. Uma vez demonstrada a vantagem competitiva, não é mais necessário provar que a venda casada produz efeitos de fechamento no mercado sob exame.

3. 3. A modernização da legislação da UE sobre o abuso de posição dominante e o Documento de Discussão (*Discussion Paper*) de 2005

Por volta da época em que Neelie Kroes se tornou Comissária da Concorrência, ficou claro que a Comissão precisava se afastar de sua abordagem formalista e abraçar a abordagem baseada em efeitos que já tinha adotado com relação à aplicação do Artigo 101. O primeiro passo nessa direção foi dado por um importante discurso proferido pela Comissária Kroes na conferência internacional antitruste da Fordham em setembro de 2005, na qual ela declarou que estava:

²⁸³ Idem no § 878.

²⁸⁴ Idem no § 933.

²⁸⁵ Caso T-201/04, Microsoft vs. Commission, sentença de 17 de setembro de 2007, 2007 ECR II-3601.

“convencida de que o exercício do poder de mercado precisa ser avaliado essencialmente com base em seus efeitos no próprio mercado, apesar das exceções, como a ilegalidade *per se* da fixação horizontal de preços. [...] A aplicação do Artigo [102] deve se concentrar em problemas concorrenciais reais; em outras palavras, no comportamento que tenha efeitos restritivos efetivos ou prováveis no mercado, os quais possam lesar os consumidores. [...] Preços baixos e descontos são, normalmente, bem-vindos quando beneficiam os consumidores”.²⁸⁶

O discurso da Comissária Kroes foi imediatamente seguido por um Documento de Discussão da Comissão sobre o Artigo 82 CE (agora, artigo 102 do TFUE),²⁸⁷ que promoveu a abordagem baseada em efeitos anunciada pela Comissária. Apesar dos novos princípios com bases econômicas que guiavam a abordagem proposta no Documento de Discussão terem sido muito bem-vindos pelos comentaristas, as formas como a Comissão propôs analisar certas categorias de conduta foram criticadas como excessivamente reminiscentes da antiga abordagem formalista.²⁸⁸ Isso posto, o Documento de Discussão cumpriu amplamente com seu propósito de estimular os debates já que foi objeto de abundantes comentários, conferências e eventos.

4. 4. O Guia de Análise (*Guidance Paper*) de 2008

Os próximos passos para a Comissão não estavam claros, já que se especulava, por exemplo, se o Documento de Discussão seria transformado em diretrizes. Apesar de os membros da Comissão enfatizarem regularmente que a intenção da Comissão de seguir uma abordagem baseada em efeitos, nenhum outro movimento foi feito por quase três anos antes de a Comissão publicar um Guia de Análise sobre suas prioridades de aplicação do Artigo 82 do Tratado da Comunidade Europeia (atualmente Artigo 102 do TFUE) para condutas excludentes abusivas por empresas dominantes (doravante, o “Guia de Análise”).²⁸⁹ Esse documento é *sui generis* na medida em que “estabelece as prioridades executórias que guiarão as ações da Comissão na aplicação do Artigo [102] às condutas excludentes das empresas dominantes”.²⁹⁰ A Comissão não estipula ou modifica a maneira como o Artigo 102 deve ser interpretado, uma tarefa que

²⁸⁶ Neelie Kroes, “Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82”, Discurso proferido no Fordham Corporate Law Institute de Nova York, 23 de setembro de 2005, disponível em: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.

²⁸⁷ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (“Documento de Discussão”), dezembro de 2005, disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

²⁸⁸ Ahlborn, V. Denicolò, D. Geradin e J. Padilla, “DG Comp Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries”, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=894466

²⁸⁹ Guia de Análise, nota 7 supra.

²⁹⁰ Idem no § 2.

cabe exclusivamente à competência da ECJ, mas explica as circunstâncias em que a conduta de uma determinada empresa dominante tem a probabilidade de estar sujeita à atuação da Comissão.²⁹¹

O Guia de Análise se concentra somente nos abusos excludentes (*exclusionary abuses*), deixando de lado abusos exploradores (*exploitative abuses*) e discriminação de preços. O Guia de Análise procura abordar as duas críticas mencionadas acima. Primeiro, o Guia de Análise tenta fornecer uma definição de fechamento anticompetitivo do mercado (que é outra formulação da noção de abuso excludente) que tenha mais conteúdo que as definições vagas e geralmente inúteis supramencionadas. Segundo, o Guia de Análise assinala que a Comissão seguirá uma abordagem baseada em efeitos na execução do Artigo 102 do TFUE.

O Guia de Análise define o termo “fechamento anticompetitivo” como:

“uma situação em que o acesso efetivo de concorrentes atuais ou potenciais aos fornecedores ou mercados é limitada ou eliminada como resultado da conduta da empresa dominante, mediante a qual a empresa dominante tem a probabilidade de ficar em posição de aumentar seus preços lucrativamente em detrimento dos consumidores”²⁹².

Essa definição sugere que um teste em duas etapas será importante para avaliar se uma conduta específica é anticompetitiva. De acordo com esse teste, a Comissão deve primeiro estabelecer a presença do fechamento e então provar que esse fechamento terá a probabilidade de lesar o bem-estar dos consumidores. A referência ao bem-estar dos consumidores é importante porque sugere que uma conduta que poderia meramente afetar a “estrutura da concorrência” pela eliminação, por exemplo, dos concorrentes menos eficientes, mas não afetasse os preços ou a qualidade dos produtos, ou sua inovação, e, dessa forma, não prejudicasse os consumidores, não levaria necessariamente a uma ação punitiva por parte da Comissão nos termos do Artigo 102. Portanto, é a presença da (provável) lesão aos consumidores que desencadeará a intervenção da Comissão.

O Guia de Análise relaciona, então, uma série de fatores que serão genericamente relevantes para a avaliação do fechamento, inclusive: a posição da empresa dominante, as condições no mercado relevante, a posição dos concorrentes da empresa dominante, a posição dos clientes ou fornecedores de insumos, a extensão da alegada conduta abusiva, possíveis evidências do atual fechamento e evidências diretas de qualquer estratégia excludente.²⁹³

²⁹¹ Ver a Decisão da Comissão de 13 de maio de 2009, COMP/37-990 Intel, disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/ict/intel.html>, no § 916: “O Guia de Análise não pretende constituir uma declaração de direito e não discute o mérito da interpretação do Artigo [102] pela Corte de Justiça ou a Corte de Primeira Instância. Como um documento que objetiva estabelecer prioridades para os casos que a Comissão examinar no futuro, não se aplica a procedimentos iniciados anteriormente à sua publicação, como neste caso”.

²⁹² Guia de Análise, nota 7 supra, no § 19.

²⁹³ Idem no § 20

Finalmente, o Guia de Análise indica que a Comissão normalmente intervirá com base no Artigo 102 sempre que houver “evidência convincente e cogente” de que a alegada conduta abusiva “provavelmente conduzirá a um fechamento anticompetitivo”.²⁹⁴ Prevê, ainda, que a avaliação de uma determinada conduta “será realizada mediante a comparação de situações efetivas ou prováveis futuras no mercado relevante (com a conduta da empresa dominante em vigor) com uma contraprova apropriada, tal como a simples ausência da conduta em questão ou com um outro cenário alternativo realista, tendo em vista as práticas comerciais estabelecidas”.²⁹⁵

O Guia de Análise também contém uma seção que lida com a conduta excludente baseada em preços. Declara que para prevenir o fechamento anticompetitivo, a Comissão “normalmente intervirá somente quando a conduta em questão já tiver impedido ou for capaz de impedir a concorrência por parte de concorrentes considerados igualmente eficientes como a empresa dominante”.²⁹⁶ Como o objetivo da concorrência não é proteger os concorrentes (menos eficientes), o “teste do concorrente igualmente eficiente” é conceitualmente correto, apesar de sua aplicação apresentar, ocasionalmente, dificuldades significativas.

O Guia de Análise declara que os benchmarks de custo que a Comissão utiliza normalmente para realizar o teste do “concorrente igualmente eficiente” são os custos evitáveis médios (AAC) e os custos incrementais médios de longo prazo (LRAIC).²⁹⁷ Na prática, quando o preço de um produto não é suficiente para cobrir o AAC de produção do bem ou serviço em questão ($P_e < AAC$),²⁹⁸ isso significa que a empresa dominante sacrifica os lucros no curto prazo e que o “concorrente igualmente eficiente” não conseguirá servir seus consumidores-alvos sem incorrer em perdas.²⁹⁹ A não cobertura do LRAIC ($P_e < LRAIC$), indica que a empresa dominante não está recuperando todos os custos fixos da produção do bem ou serviço em questão e que o “concorrente igualmente eficiente” poderia ser excluído do mercado.³⁰⁰

O Guia de Análise prevê que, se os dados claramente sugerirem que um concorrente igualmente eficiente pode competir efetivamente com a conduta de preços da empresa dominante, a Comissão, “em princípio” deverá inferir que tal conduta não tem a probabilidade de causar um impacto adverso efetivo à concorrência e aos consumidores e, portanto, dificilmente intervirá.³⁰¹ Se, por outro lado, os dados sugerirem que o preço cobrado pela empresa dominante tem o potencial de eliminar os concorrentes igualmente eficientes, a Comissão integrará tais

²⁹⁴ Guia de Análise, nota 7 supra, no § 20

²⁹⁵ Idem no § 21.

²⁹⁶ Idem no § 23.

²⁹⁷ Idem no § 26.

²⁹⁸ P_e é o preço efetivamente pago pelo cliente (por exemplo, o preço da lista menos o desconto).

²⁹⁹ Guia de Análise no § 26.

³⁰⁰ Idem.

³⁰¹ Idem no § 27.

informações na avaliação geral do fechamento anticompetitivo, levando em conta outras evidências quantitativas e/ou qualitativas relevantes (ver a análise de fechamento discutida acima).³⁰² Essa linguagem é importante porque deixa claro que, sob o Guia de Análise, o desempenho do teste de preço/custo é necessário, mas não suficiente para determinar a presença do fechamento. Na verdade, apesar de um teste do preço/custo poder estabelecer que, ao conceder descontos agressivos a um determinado cliente, a empresa dominante pode estar impedindo os concorrentes igualmente eficientes de suprirem esse cliente, a demanda do cliente pode ser insuficiente (porque representa somente 5% da demanda geral, por exemplo) para excluir concorrentes eficientes do mercado.

O Guia de Análise indica que a Comissão pretende examinar as alegações da empresa dominante de que sua conduta é objetivamente “justificada” ou que gera “eficiências” suficientes para garantir que os consumidores não sofram nenhum dano líquido.³⁰³ Com relação às eficiências, a empresa dominante que adotar a conduta que leva ao fechamento do mercado aos concorrentes precisa “demonstrar, com grau de probabilidade suficiente, e com base em evidências comprováveis” que as seguintes condições cumulativas foram satisfeitas: (i) “as eficiências foram, ou têm a probabilidade de serem realizadas como resultado da conduta”; (ii) “a conduta é indispensável para a realização dessas eficiências”; (iii) “as prováveis eficiências resultantes da conduta em questão suplantam quaisquer efeitos provavelmente negativos sobre a concorrência e o bem-estar do consumidor nos mercados afetados”; (iv) “a conduta não elimina a concorrência efetiva, ao remover todas ou a maioria das fontes existentes de concorrência real ou potencial”.³⁰⁴

Dessa forma, a Comissão aceita as defesas referentes a eficiências, desde que condições comparáveis àquelas dispostas no Artigo 101(3) do TFUE sejam satisfeitas.³⁰⁵ É de se perguntar se muitas empresas dominantes que se engajam em uma conduta que leva ao fechamento anticompetitivo conseguirão satisfazer este teste, já que as condições são particularmente rígidas quando colocadas em contexto de dominação. Em qualquer hipótese, as empresas denominadas “ultra-dominantes” não conseguem ser aprovadas neste teste, já que o Guia de Análise dispõe que a “conduta excludente que mantém, cria ou reforça uma posição de mercado próxima do monopólio normalmente não conseguirá ser justificada com base na alegação de que também cria ganhos de eficiência”.³⁰⁶

³⁰² Idem.

³⁰³ Idem nos §§ 27 – 30.

³⁰⁴ Idem no § 29.

³⁰⁵ Nos termos do Artigo 101(3), um contrato “*que contribui para a melhoria da produção ou distribuição de produtos, ou para promover o progresso econômico ou tecnológico, e ao mesmo tempo garante aos consumidores uma participação justa nos benefícios resultantes, e que não: (a) impõem às empresas envolvidas restrições que não são indispensáveis para a realização desses objetivos; (b) dá a tais empresas a possibilidade de eliminar a concorrência com relação a uma parte substancial dos produtos em questão*”, são compatíveis com o TFUE.

³⁰⁶ Idem no § 29.

V. Análise baseada em efeitos com algumas peculiaridades: Abuso de posição dominante na legislação brasileira

Apesar de a primeira Lei de Defesa da Concorrência completa datar de 1962³⁰⁷, uma evolução significativa da legislação concorrencial brasileira ocorreu mais recentemente, após a aprovação da Lei no. 8884/94 que instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, conjugada com a implementação de reformas orientadas ao mercado durante a década de 1990. Nessa época, a moderna teoria econômica sobre restrições verticais já estava bem estabelecida e havia consenso de que uma abordagem formalística para esses tipos de conduta não era desejável.

Assim, não deveria surpreender o fato de o Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência ser muito enfático ao estipular uma abordagem baseada em efeitos para as restrições verticais. De fato, a Lei de Defesa da Concorrência (LDC) estabeleceu um sistema em que todas as condutas ilegais devem ser avaliadas de acordo com seus efeitos atuais ou potenciais (Artigo 20). Com base nessa disposição, o Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência (SBDC) tem afirmado, consistentemente, que todas as restrições verticais devem ser avaliadas à luz da *regra da razão* (abordagem baseada em efeitos), consoante a qual os impactos negativos e as eficiências potenciais precisam ser avaliadas para que se possa estabelecer os efeitos líquidos da conduta sob investigação. Uma restrição vertical será considerada ilegal pelo SBDC somente quando tais efeitos líquidos forem considerados negativos.

Contudo, existem algumas peculiaridades na forma como o Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência tem implementado essa análise baseada em efeitos. Apesar da abordagem geral fundamentada na *regra da razão*, uma observação mais acurada da jurisprudência mostra algumas inconsistências com relação à implementação efetiva desse tipo de análise. Na verdade, o Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência tem aplicado diferentes padrões de prova a diferentes casos, e algumas decisões utilizam padrões tão baixos para mostrar os “efeitos potenciais” ou “o escopo anticompetitivo da conduta” que se aproximam de uma abordagem formalística.

Considerando esse cenário, esta Parte será dividida em três seções. A Seção A fornece uma breve introdução ao Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência com foco nos Artigos 20 e 21 da Lei 8884/94, que permaneceram praticamente inalterados sob a legislação que instituiu o novo Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11). A Seção B analisa a jurisprudência do Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência com relação às restrições verticais, estabelecida com fundamento em uma análise baseada em efeitos, estipulando alguns critérios para a avaliação dessas condutas. Por fim, a Seção C procura ilustrar como a mudança nos padrões de prova aplicados pelas autoridades brasileiras gera algumas inconsistências e

³⁰⁷ A primeira lei de defesa da concorrência no Brasil foi a Lei no. 4.137/62. Contudo, as primeiras normas que abordam questões concorrenciais foram promulgadas muito antes, na década de 1940 (Lei no. 7.666/45).

conduz a uma abordagem similar à formalística em alguns casos.

E. A. Breve introdução ao Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência

Como discutido acima, o Direito da Concorrência brasileiro teve um desenvolvimento especialmente rápido após a promulgação da LDC em 1994, que estabeleceu um sistema detalhado para punir condutas anticoncorrenciais e controlar as concentrações (ou seja, fusões, aquisições, *joint ventures* e outras operações com impacto na estrutura do mercado). Com relação à conduta anticompetitiva, o núcleo da LDC foi estipulado nos artigos 20 e 21 da LDC (redação muito similar ao atual artigo 36 da Lei 12.529/11, doravante “Nova Lei de Defesa da Concorrência – NLDC”). O Artigo 20 (assim como o artigo 36 da NLDC) dispõe que qualquer conduta, independentemente de sua forma, que possa ter o “escopo” de atingir ou possa produzir certos “efeitos reais ou potenciais” (quais sejam, restrições da concorrência, dominação ilegal dos mercados³⁰⁸, abuso da posição dominante, ou aumento arbitrário nos lucros) deverá ser considerada ilegal nos termos da LDC/NLDC. O Artigo 21 (artigo 36, parágrafo 3º, da NBCL) apresenta uma lista de exemplos de condutas que podem ser consideradas ilegais se puderem ser enquadradas nas disposições do Artigo 20 (artigo 36, *caput*, da NBCL). Essa lista de violações potenciais cobre todas as condutas anticoncorrenciais “clássicas”, incluindo as restrições verticais cobertas por este estudo (acordos de exclusividade, descontos condicionados e venda casada), bem como algumas condutas adicionais (discriminação de preços, manutenção dos preços de revenda, etc.).³⁰⁹

Entre 1994 e 2012, os principais órgãos executórios do SBDC foram a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).³¹⁰ Enquanto a SDE agia como o principal órgão investigador (abrindo os processos, conduzindo a fase instrutória e emitindo notas técnicas não vinculantes), o CADE atuava como um Tribunal Administrativo, julgando os processos abertos pela SDE, com autoridade para proferir decisões sobre as violações e impor multas, que variavam de 1% a 30% do faturamento total da empresa

³⁰⁸ O domínio obtido com base na eficiência é considerado expressamente legítimo nos termos da lei do SBDC (Artigo 20, parágrafo 1º.), não sendo considerada uma infração em si mesma.

³⁰⁹ O artigo 21 prevê 24 exemplos de potenciais violações, incluindo expressamente discriminação de preços e venda casada (artigo 21, incisos XI, XII, e XXXIII), assim como algumas violações gerais, tais como a criação de barreiras aos novos concorrentes e o bloqueio ao acesso de competidores a matérias primas e cadeias de distribuição que claramente podem incluir acordos de exclusividade (artigo 21, incisos IV e VI). Os descontos de Fidelidade não são diretamente previstos, apesar de a lei mencionar os descontos a cadeias de distribuição (artigo 21, inciso IX) e mencionar estratégias de fechamento de mercado em geral.

³¹⁰ Além da SDE e do CADE, a lei do SBDC também atribui autoridade à Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SEAE), que é parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A SEAE tem autoridade para emitir notas técnicas nos casos de conduta abertos pela SDE. Contudo, ao longo dos anos, a SEAE se concentrou na revisão das operações de fusão, estabelecendo uma divisão informal de trabalho com a SDE, que se ocupa, quase exclusivamente, dos casos de violação de conduta.

no ano anterior ao início da investigação.³¹¹ Todas as decisões proferidas pelo CADE podiam ser contestadas na Justiça Federal. Apesar de muitos processos sobre condutas serem levados à Justiça Federal, a jurisprudência do CADE continua a ser a principal referência para os padrões aplicados na legislação concorrencial brasileira.

Em dezembro de 2011, a Nova Lei de Defesa da Concorrência (NBCL) foi publicada e entrou em vigor 180 dias depois, em 29 de maio de 2012. A NBCL implantou mudanças institucionais significativas, inclusive a fusão entre a SDE e o CADE em uma única autoridade, com maiores poderes e recursos, bem como um novo sistema de revisão anterior à operação. Contudo, com relação à definição da condutas anticompetitivas e à caracterização da infrações, a lei nova manteve intacto o sistema estabelecido na lei anterior. O novo Artigo 36 é uma combinação dos antigos artigos 20 e 21, mantendo exatamente a mesma redação para a definição de infração baseada nos efeitos da conduta, bem como uma lista muito similar de exemplos de condutas potencialmente anticompetitivas. A principal mudança implantada pela nova lei do SBDC diz respeito à dosimetria das sanções: 0,1% a 20% do faturamento total da empresa no “setor da atividade econômica” em que a violação tiver ocorrido,³¹² no ano anterior ao início da investigação.

F. B. Restrições verticais como abusos excludentes: panorama da jurisprudência brasileira

A estrutura geral para a análise das restrições verticais na legislação concorrencial brasileira foi estabelecida nos anexos da Resolução CADE no. 20, publicada em 1999.³¹³ O Anexo I da Resolução no. 20 estabelece uma abordagem baseada em efeitos para as restrições verticais, alinhada com a moderna teoria econômica descrita acima:

“(…) as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante "de origem", bem como efeito sobre parcela substancial do mercado "alvo" das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios ("eficiências econômicas") que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade”³¹⁴

Seguindo esta diretriz geral, o Anexo II da Resolução 20 e a jurisprudência brasileira³¹⁵

³¹¹ Lei do SBDC, artigo 23.

³¹² Novo SBDC, artigo 37. Não está claro como o CADE interpretará a expressão “setor de atividade econômica” usada pela nova lei para calcular as multas.

³¹³ Publicada no Diário Oficial da União em 28 de junho de 1999. Apesar de parte da Resolução 20 ter sido revogada pelas normas de procedimento interno do CADE, seus anexos com a estrutura analítica para condutas anticompetitivas permanece em vigor desde 1999 sem emendas.

³¹⁴ Resolução 20/1999, Anexo I, alínea B.

³¹⁵ A estrutura geral da análise aplicada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é (continued...)

desenvolveram uma abordagem em três etapas para as restrições verticais. Primeiramente, as autoridades verificam se a parte investigada detém uma posição dominante, já que a maior parte das restrições verticais é avaliada dentro de um contexto de abuso de posição dominante (como na UE). Em segundo lugar, é importante demonstrar se o *fechamento do mercado* seria uma estratégia racional para a empresa dominante e se haveria a probabilidade de a concorrência ser prejudicada. Em terceiro lugar, as autoridades devem contrapor os potenciais efeitos negativos e as eficiências compensadoras para estabelecer os efeitos líquidos da conduta.

Contudo, a redação da Resolução 20 é muito aberta e abstrata na estruturação da análise baseada em efeitos, deixando espaço substancial para as autoridades aplicadoras desenvolverem critérios mais precisos por meio da jurisprudência. Os próximos tópicos abordarão as características gerais da jurisprudência do CADE sobre restrições verticais.

1. 1. Acordos de Exclusividade

Com base na estrutura geral da Resolução 20, o CADE geralmente usa uma abordagem que favorece a análise baseada em efeitos com relação aos acordos de exclusividade. Nessa abordagem, o CADE reconhece que os acordos de exclusividade podem produzir efeitos negativos para a concorrência, mas também podem ser justificados em inúmeras circunstâncias. De fato, em uma decisão unânime prolatada em 2011, o Conselheiro Relator declarou:

“Como bem apontado pela SDE, acordos de exclusividade como o ora investigado devem ser analisados à luz da regra da razão, sendo necessário sopesar a restrição à concorrência decorrente de tal acordo com os impactos positivos que o mesmo pode trazer”.³¹⁶

Na implementação dessa abordagem, o CADE geralmente identifica o fechamento do mercado como o principal efeito negativo potencial do acordo de exclusividade, que pode criar dificuldade para outras empresas (impedindo-as de atingir os fornecedores à montante e/ou os canais de distribuição à jusante), além de poder criar barreiras à entrada para novos concorrentes (exigindo que estes entrem tanto nos mercados à montante e à jusante para que possam se tornar concorrentes efetivos).³¹⁷ As preocupações com o fechamento são, em geral, estabelecidas pelo

descrita por Paulo Furquim de Azevedo. Paulo Furquim de Azevedo, “Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: A Experiência Brasileira”, (2010) Textos Para Discussão n. 264, FGV-EESP

³¹⁶ Averiguação Preliminar 08700.000558/2008-75. Representante: Rio Urbe – Empresa Municipal de Urbanização, Representada: Ortosíntese Indústria e Comércio Ltda., Conselheiro Relator Olavo Chinaglia, DOU: 15 de julho de 2011, p. 3.

³¹⁷ Processo Administrativo 08012.002841/2001-13, Representante: Condomínio Shopping D, Representada: Center Norte S/A – Construção, Empreendimento, Administração e Participação, Conselheiro Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, DOU: 8 de março de 2005, Voto do Conselheiro Relator, p. 46: “Logicamente que não existe um total fechamento do mercado em exame. Mas a Lei 8884/94 foi criada justamente com o fulcro de se evitar que tal fato ocorra. Basta que determinada conduta tenha como efeito, mesmo que potencialmente e parcialmente, o (continued...)”

CADE de forma muito genérica e em termos bastante vagos, com uma abordagem qualitativa para os potenciais efeitos negativos dos acordos exclusivos.

Em alguns casos, a SDE e o CADE tentaram calcular o nível de fechamento para identificar o impacto negativo de uma determinada conduta sobre a concorrência.³¹⁸ Por exemplo, em um dos primeiros casos de acordo de exclusividade investigados pelo SBDC, que envolveu a Souza Cruz (subsidiária brasileira da British American Tobacco - BAT), a SDE calculou que o “índice de fechamento” para os diferentes mercados geográficos relevantes envolvendo o varejo de cigarros (inclusive espaços abertos em diferentes vizinhanças, bem como aeroportos e shopping centers, estes dois últimos definidos como mercados relevantes separados).³¹⁹ Em outro caso, envolvendo acordos de exclusividade no varejo de telefones celulares por uma operadora de telecomunicações dominante, a ANATEL (a agência reguladora das telecomunicações)³²⁰ e o CADE também tentaram medir o grau de fechamento do mercado conseguido nos diferentes municípios.³²¹

Contudo, não existe uma diretriz clara sobre os níveis de fechamento necessários para um acordo de exclusividade ser considerado anticompetitivo. Na verdade, no *Caso*,³²² que faz referência à literatura internacional e a casos tanto na União Europeia como nos Estados Unidos, o CADE evitou definir o nível de fechamento abaixo do qual um acordo de exclusividade firmado por uma empresa dominante seria aceitável. Neste caso, o Conselheiro Relator expressamente

fechamento de um mercado para que se comprove a ilicitude e que se configure a infração contra a Ordem Econômica”.

³¹⁸ Por exemplo, em um importante precedente, o Conselheiro Pfeiffer propôs determinar o nível de fechamento do mercado medindo “o efeito da cláusula em uma área relevante para fins de aplicação da Lei Antitruste, levando em consideração, para tanto, a influência das partes no segmento, o volume do comércio envolvido pela restrição vis-à-vis o volume total do comércio no respectivo mercado relevante e os efeitos da prática na livre concorrência”. Processo Administrativo 08012.009991/1998-82, Representante: Participações Morro Vermelho Ltda., Representadas: Condomínio Shopping Center Iguatemi e Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda., Conselheiro Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, DOU: 14 de abril de 2004. Voto do Conselheiro Relator, p. 52.

³¹⁹ Processo Administrativo 08012.003303/1998-25, Representante: Philip Morris Brasil S/A, Representada: Souza Cruz S/A, Conselheiro Relator Ricardo Villas Boas Cueva, DOU: 7 de outubro de 2005.

³²⁰ Nos termos da lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da Lei Geral de Telecomunicações, a ANATEL tem autoridade para abrir processos antitruste no setor de telecomunicações, enviando-os ao CADE para julgamento (Lei 9.472/97, Artigo 19, inciso XIX). A nova lei da concorrência retirou da ANATEL essa autoridade.

³²¹ Processo Administrativo 53500.000502/2001, Representante: Telet S.A., Representada: Celular CRT S.A., Conselheiro Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos, DOU: 23 de junho de 2008.

³²² Idem.

rejeitou o argumento das partes de que o acordo de exclusividade firmado com o comércio varejista que implicasse um fechamento de mercado abaixo de 40% seria aceitável de uma forma geral.

O CADE também reconheceu expressamente eficiências associadas com acordos de exclusividade, citando diversos exemplos de tais eficiências em diferentes casos:

“Conforme consolidado na doutrina e na jurisprudência, a exclusividade justifica-se apenas para a proteção de investimentos contra apropriação por terceiros sem contraprestação – o *free-riding* (efeito carona)”.³²³

“Os argumentos acima indicam que as cláusulas estipuladas nos contratos firmados entre CVRD e Samitri, tais como exclusividade, (...), devem ser entendidas como necessárias ao bom andamento dos negócios. Em face dos vultuosos investimentos realizados pelas empresas em ativos específicos, se tornam necessárias regras claras, definindo-se o compartilhamento do risco, para o desenvolvimento de relações estáveis e mutuamente vantajosas”.³²⁴

“(...) manter vínculo exclusivo com a representada justifica-se em função da estratégia comercial daquela companhia (em razão da diminuição de custos) e não implica em nenhum risco à higidez do mercado de GDS”.³²⁵

A discussão acima ilustra, de uma forma geral, a abordagem baseada em efeitos para os acordos de exclusividade, permitindo um debate significativo sobre (i) os níveis de fechamento de mercado a serem considerados lesivos de acordo com condições de mercado específicas; e (ii) defesas baseadas em eficiências associadas com acordos de exclusividade. Contudo, mesmo nos casos mais complexos, a comparação entre os efeitos negativos e os potenciais benefícios dos acordos de exclusividade tem sido baseado em argumentos qualitativos, sendo feitos poucos

³²³ Processo Administrativo 08012.002841/2001-13, Representante: Condomínio Shopping D, Representada: Center Norte S/A – Construção, Empreendimento, Administração e Participação, Conselheiro Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, DOU: 8 de março de 2005, Voto do Conselheiro Relator p. 33. Apesar de reconhecer a eficiência potencial, o CADE condenou o Shopping Center Norte por seu acordo de exclusividade, neste caso, levando em conta o efeito líquido negativo da exclusividade territorial no contrato entre o Shopping Center e alguns de seus principais inquilinos.

³²⁴ Processo Administrativo 08012.007285/1999-78, Representante: SDE “ex officio”, Representada: Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade, DOU: 7 de maio de 2004, Voto do Conselheiro Relator p. 4.

³²⁵ Averiguação Preliminar 08012.005307/2002-40, Representante: Amadeus Global Travel Distribution S.A, Amadeus Brasil Ltda., Representada: Sabre International Inc., Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan, DOU: 12 de dezembro de 2008, Relatório do Conselheiro Relator p. 8. O CADE aceitou as justificativas e considerou o mercado aberto para outros competidores, arquivando o caso.

esforços para a realização de uma análise mais rigorosa, que incluía também elementos quantitativos.

Um bom exemplo dessa avaliação qualitativa entre efeitos negativos e potenciais benefícios dos acordos de exclusividade pode ser encontrado nos Casos Iguatemi 1³²⁶ e 2³²⁷. O Iguatemi é o mais famoso Shopping Center de luxo de São Paulo e considerado dominante no mercado geográfico relevante (uma área da Região Sudoeste de São Paulo). A empresa foi investigada e condenada em dois importantes casos, ambos envolvendo acordos de exclusividade com seus inquilinos: o primeiro caso examinou cláusulas de exclusividade que proibiam certos inquilinos de abrirem lojas em Shopping Centers concorrentes (Iguatemi 1), enquanto o segundo caso examinou a imposição de exclusividade territorial a certos inquilinos, exigindo que estes não abrissem lojas em uma área pré-determinada nas redondezas do Iguatemi (Iguatemi 2).

Em ambos os casos o CADE avaliou os efeitos negativos de tais cláusulas sobre a concorrência e seus potenciais benefícios (por exemplo, a alegada proteção contra o efeito carona e o fortalecimento da concorrência pela diferenciação do mix de inquilinos). No caso Iguatemi 1, a conclusão dessa avaliação foi que a medida em questão tinha um efeito líquido negativo sobre a concorrência, sendo refutados todos os benefícios potenciais à luz das circunstâncias do caso.³²⁸ Em Iguatemi 2, a avaliação de efeitos líquidos foi mais complexa, já que a imposição de exclusividade territorial poderia ser considerada razoável na medida em que protegesse o Iguatemi de ter seus inquilinos abrindo lojas concorrentes nos arredores de suas instalações. Contudo, o CADE considerou a exclusividade territorial excessivamente ampla, estabelecendo uma área exclusiva além do que seria considerado razoável e também cobrindo outros *shopping centers* da região, com efeitos similares aos da cláusula avaliada em Iguatemi 1. Neste caso, os efeitos negativos foram considerados muito superiores aos benefícios potenciais.³²⁹

Como discutido abaixo, os padrões gerais estabelecidos pela jurisprudência e a natureza qualitativa da avaliação dos custos e benefícios das restrições cria espaço para inconsistências, já que o CADE não utiliza um método claro para avaliar os efeitos líquidos de uma conduta específica.

³²⁶ Processo Administrativo 08012.009991/1998-82, Representante: Participações Morro Vermelho Ltda. Representadas: Condomínio Shopping Center Iguatemi e Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda., Conselheiro Relator: Roberto Pfeiffer, DOU: 14 de abril de 2004.

³²⁷ Processo Administrativo 08012.006636/1997-43, Representante: Associação dos Lojistas de Shopping do Estado de São Paulo e Procuradoria Geral do CADE, Representada: Condomínio Shopping Center Iguatemi, Conselheiro Relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos, DOU: 19 de setembro de 2007.

³²⁸ *Idem*, pp. 61 – 75. Deve-se observar que a conclusão do Conselheiro Relator era de que, em outras circunstâncias, o acordo de exclusividade entre os *shopping centers* e seus inquilinos poderia ser aceito, mas nenhuma dessas circunstâncias estava presente neste caso.

³²⁹ Para uma análise mais detalhada dessa ponderação entre efeitos positivos e negativos, ver Furquim, nota 101 acima, pp. 25 – 28.

2. 2. Descontos condicionados

O CADE prolatou poucas decisões sobre descontos de fidelidade, e mesmo essas decisões estavam geralmente relacionadas com descontos condicionados que eram considerados equivalentes a acordos de exclusividade ou vendas casadas/pacotes, levando a preocupações gerais com fechamento de mercado.³³⁰

Em um precedente (*Paiva Piovesan vs. Microsoft*),³³¹ a Microsoft foi acusada de oferecer significativos descontos por volumes a certos distribuidores, bloqueando assim a distribuição do software financeiro denominado *Finance*, que era produzido por seu concorrente Paiva Piovesan. Neste caso, o CADE entendeu que a oferta de descontos a uns poucos distribuidores era insuficiente para fechar o acesso ao mercado à jusante, já que o mercado era composto de inúmeros distribuidores e revendedores que ainda estavam abertos à venda do software concorrente.³³²

Paiva Piovesan também alegou efeitos anticompetitivos causados pela inclusão do software Microsoft Money “gratuitamente” junto com seu pacote de aplicativos chamado Microsoft Office for Small Business (MOSB).³³³ Essa infração alegada não foi analisada como um desconto, mas como uma venda casada de dois produtos (Microsoft Money e Microsoft Office). Como discutido abaixo, a acusação foi arquivada porque não havia evidência de coerção, já que os clientes podiam comprar os dois produtos separadamente.

O caso mais importante referente a descontos condicionados envolveu a AmBev (Caso AmBev),³³⁴ a subsidiária brasileira da ABInBev e a cervejaria líder no Brasil. A AmBev foi

³³⁰ Um dos primeiros casos de desconto de fidelidade julgados pelo CADE após a promulgação da nova lei do SBDC referia-se a anúncios de jornal. Processo Administrativo 08000.000128/1995-98 e PA 08000.16153/1995-89 – Representante: Empresa Folha da Manhã S/A, Representada: S.A. O Estado de São Paulo, Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca, DOU: 19 de junho de 2000. Os dois maiores jornais de São Paulo (O Estado de São Paulo e a Folha de São Paulo) ofereceram descontos substanciais para empresas dispostas a concentrar todos os seus anúncios em um único veículo. A conduta de ambos os jornais foi considerada equivalente a um acordo de exclusividade e condenada pelo CADE. Desde então, a maioria dos descontos analisados têm características semelhantes, ou seja, a possibilidade de usar descontos como forma de garantir acordos de exclusividade.

³³¹ Processo Administrativo 08012.001182/1998-31, Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda., Representada: Microsoft Informática Ltda., Conselheiro Relator: Thompson Andrade, DOU: 18 de fevereiro de 2005.

³³² Idem p. 8 – 9.

³³³ Idem p. 1.

³³⁴ Processo Administrativo 08012.003805/2004-10, Representante: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A, Representada: Companhia de Bebidas das Américas - Ambev, Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan, DOU: 5 de agosto de 2009. Voto do Conselheiro Relator, p. 68.

acusada de usar os descontos de fidelidade (implementados na forma de um sistema de preços composto de brindes atrativos) para fechar o acesso dos concorrentes aos bares e outros pontos de venda de varejo. O CADE entendeu que a conduta era anticompetitiva, considerando que o desconto, juntamente com uma política de marketing agressiva, levava a um acordo de exclusividade *de facto*. Nas palavras do Conselheiro Relator:

“Assim sendo, verificou-se que a negociação de exclusividade de vendas (ou limitação de compras de cervejas rivais) em função da participação do Programa foi parte da sua mecânica e é entendida ainda hoje por parte muito relevante dos PDVs. Seu descumprimento é parâmetro para desfiliação ou não renovação, dependendo do período considerado”.

“Conjugando os documentos copiados durante a inspeção, a pesquisa do IBOPE e os depoimentos dos PDVs, considera-se que o padrão (*standard*) probatório foi atingido no sentido de ser possível afirmar que o Programa Tô Contigo embute como contrapartida, mas não de forma sistemática, exigência de exclusividade de vendas ou limites à compra de cervejas de terceiros”.

Além da conclusão de que o programa de fidelidade teria levado a acordos de exclusividade, tendo afetado pelo menos alguns dos varejistas, o CADE também abordou algumas questões mais complexas: (i) o desconto foi considerado não linear, exigindo a manutenção de certo volume para ser obtido, com o potencial de descontos adicionais (na forma de prêmios maiores dentro do Programa) para volumes maiores; (ii) o CADE e a SDE tentaram simular os descontos que os concorrentes precisariam oferecer para se equipararem ao programa da AmBev com participações de mercado inferiores; (iii) o CADE e a SDE também usaram um instituto de pesquisa independente para avaliar a percepção dos varejistas e utilizaram os resultados dessa pesquisa na decisão final para sustentar fatos descobertos fora da estrutura formal do programa.

Este caso continua a ser a única análise detalhada de programas de fidelidade no Brasil. Ainda assim, muitas questões foram deixadas em aberto: (i) não foi medido nível de fechamento estabelecido pelo programa de fidelidade; (ii) não houve a tentativa de fazer nenhum teste sofisticado para identificar se concorrentes “igualmente eficientes” conseguiriam reproduzir o programa da AmBev (na verdade, o único teste foi uma tentativa rudimentar de avaliar o nível de desconto necessário para equiparar os ganhos obtidos com o programa da AmBev, sem qualquer avaliação efetiva da parcela contestável do mercado ou dos custos incorridos pela Ré nos intervalos relevantes da produção); e, (iii) não houve nenhuma discussão detalhada das justificativas e eficiências, que foram simplesmente rejeitadas sem qualquer outro tipo de análise.

O principal problema, neste caso, é que o CADE não fez uma análise detalhada do nível de fechamento do mercado antes de considerar a prática anticompetitiva. Na verdade, de acordo com o relatório da SDE, a AmBev arguiu que o programa de fidelidade alcançava 10% - 12% dos pontos de venda e cerca de 10% do volume de vendas³³⁵, uma parcela pequena do mercado

³³⁵ Idem, relatório da SDE em 5, 9 e 11.

sob qualquer perspectiva. Com uma parte menor do mercado afetada por tal conduta, os concorrentes ainda teriam acesso à grande maioria dos pontos de venda. Assim, mesmo que o CADE estivesse certo e o programa efetivamente resultasse na exclusividade dos pontos de venda cobertos pelos contratos de fidelidade, o nível de fechamento seria baixo e, portanto, a conduta dificilmente geraria efeitos anticompetitivos. Nesse contexto, poderia ter até sido desnecessário fazer testes de competidor “igualmente eficiente” em profundidade ou exercícios de avaliação das eficiências.

Ainda assim, o CADE considerou a política de marketing suficientemente agressiva, de uma forma geral, para provar os efeitos anticoncorrenciais do programa. Na verdade, a análise se voltou mais para os objetivos alegados da conduta e para os efeitos *potenciais* do programa para chegar à condenação, do que para os efeitos reais da conduta. Dessa forma, o resultado foi mais próximo de uma análise formalista, mesmo que o CADE tenha alegado que a análise foi baseada em efeitos.

Nesse contexto, é também interessante observar, ainda que não seja surpreendente, que a decisão final do CADE foi influenciada pela legislação concorrencial da União Europeia, com referências explícitas a sua jurisprudência e métodos de análise para sustentar a conclusão de que os descontos de fidelidade do tipo implementado pela AmBev têm efeitos excludentes. Como a decisão final do CADE foi prolatada em 2009, também fez referências expressas ao Guia de Análise da UE publicado no final de 2008. Assim, o CADE arguiu que estava aplicando o “estado da arte” da discussão européia.

Contudo, como indicado acima, a decisão não seguiu os critérios de análise estabelecidos pela Comissão Européia. De fato, a aplicação dos referidos critérios teria exigido uma análise mais rigorosa, com uma compreensão mais profunda da capacidade de a conduta afetar competidores “igualmente eficientes”, do nível de fechamento de mercado atingido, e se tal fechamento seria compensado por eficiências potenciais em relação ao sistema de distribuição da Ambev como um todo.

3. Venda Casada

Nos últimos dez anos, o CADE lidou com cerca de 30 casos envolvendo venda casada, sem qualquer condenação categórica desse tipo de conduta. A maior parte dos casos foi relativamente simples e não estabeleceu nenhum teste ou orientação clara para casos futuros. Contudo, alguns dos casos contêm uma discussão mais refinada sobre os padrões para a avaliação da venda casada.

A estrutura geral da análise não difere substancialmente de outras restrições verticais. O CADE mantém uma abordagem baseada em efeitos, contrapondo os efeitos negativos a potenciais eficiências. Com relação à venda casada, o CADE incorpora o teste de quatro pontos inspirado na literatura e jurisprudência internacionais, declarando que:

“(…) a venda casada demanda a análise de alguns requisitos para a devida caracterização: (a) a existência de dois produtos e/ou serviços separados; (b) existência de algum elemento de coerção; (c) existência de posição dominante no

mercado principal ou condicionado; (d) caracterização dos efeitos anticompetitivos, seja no mercado secundário/condicionado ou no mercado principal”.³³⁶

A maioria dos casos não atinge a etapa da análise em que os efeitos negativos da conduta de venda casada são contrapostos aos efeitos pró-competitivos (teste de efeitos líquidos); as acusações de venda casada são tipicamente arquivadas, seja porque existe somente um produto³³⁷, ou porque não há prova de coerção³³⁸, ou ainda, porque a parte engajada na venda casada não tem poder de mercado no mercado principal.³³⁹ Por essa razão, é muito difícil extrair regras claras sobre como o CADE considera os efeitos negativos e as potenciais eficiências da conduta.

Contudo, existe pelo menos um precedente, o Caso Matec³⁴⁰, em que o CADE desenvolveu uma análise mais detalhada. A Matec, uma fornecedora de grandes centrais telefônicas, foi acusada de se recusar a fornecer peças de reposição para empresas independentes interessadas em prestar serviços de manutenção. Apesar de ser caracterizada principalmente como um caso de recusa de venda, também poderia ser entendido como um situação de venda casada, em que a Matec estava vinculando a venda de serviços de manutenção à venda de peças de reposição para suas centrais

³³⁶ Averiguação Preliminar 08700.005025/2007-07, Representante: Tribunal de Contas da União - TCU, Representada: Aceco TI Ltda. (Aceco Produtos para Escritório e Informática Ltda.), Conselheiro Relator: Ricardo Machado Ruiz, DOU: 30 de junho de 2010, Voto do Conselheiro Relator, p. 12.

³³⁷ Averiguação Preliminar 08012.004118/2002-50, Representante: Procuradoria da República/Bauru/SP, Representada: Unimed Bauru – Cooperativa de Trabalho Médico, Conselheiro Relator: Olavo Zago Chinaglia, DOU: 28 de maio de 2005, Voto do Conselheiro Relator, p. 4 (“*Para analisar o presente caso, o parecer da SDE se baseou nas etapas descritas por Hovemkamp (1999). O primeiro passo da análise exige a presença de dois produtos, que sejam objeto da acusação, onde, um, necessariamente, tem de ser o produto condicionante (tying product or service) e o outro será o produto condicionado (tied product or service)*”).

³³⁸ Processo Administrativo 08012.001182/1998-31, Representante: Paiva Piovesan Engenharia & Informática Ltda., Representada: Microsoft Informática Ltda., Conselheiro Relator: Thompson Andrade, DOU: 18 de fevereiro de 2005, Voto do Conselheiro Relator, p. 5. (“*No presente caso, não houve imposição de compra dos pacotes. (...) Assim, conforme enfatizado pela SEAE e SDE, não se verificam, no presente caso, as condições necessárias para a caracterização de venda casada*”).

³³⁹ Processo Administrativo 08012.009373/1998-23, Representante: Conservel – Conservadores de Elevadores Ltda., Representadas: Elevadores Otis Ltda Schindler Elevadores do Brasil S.A., Indústria Villares S.A., Elevadores Sür S.A., Elevadores Atlas S/A, Elevadores Kone S.A., Conselheiro Relator: Abraham Benzaquen Sicsú, DOU: 1 de agosto de 2006, Voto do Conselheiro Relator, p. 2. (“*Portanto, vê-se claramente a inexistência de poder de mercado naquele âmbito geográfico e a impossibilidade de se configurar a venda casada*”).

³⁴⁰ Processo Administrativo 08012.000172/1998-42, Representante: Power-Tech Teleinformática Ltda, Representada: Matel Tecnologia de Informática S/A - MATEC, Conselheiro Relator: Celso Fernandes Campilongo, DOU: 13 de maio de 2003.

telefônicas, limitando, assim, a capacidade de as empresas independentes prestarem serviços de manutenção. A análise neste caso inspirou-se na famosa e controversa sentença *Kodak* prolatada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1992³⁴¹, em que a Kodak foi condenada pela vinculação ilegal da prestação de serviços de manutenção e venda de peças de reposição.

Da mesma forma que no caso *Kodak*, a *Matec* argumentou que existiam inúmeras justificativas de eficiência para essa conduta³⁴²: (i) o mercado de venda de produtos novos e o mercado de peças e serviços de manutenção (*aftermarket*) efetivamente compunham um único sistema, concorrendo com outros fornecedores de centrais telefônicas e, como tal, o CADE deveria se concentrar na concorrência inter-marcas do mercado de produtos originais (ou seja, centrais telefônicas) e não na concorrência intra-marca no mercado de manutenção (isto é, serviços relacionados apenas com as centrais *Matec*); (ii) a integração vertical dos serviços de manutenção era, na verdade, uma forma de prevenir o oportunismo dos prestadores de serviços independentes; e, (iii) a integração vertical também prevenia danos potenciais à marca, garantindo a qualidade dos serviços de manutenção.

O CADE rejeitou todas essas justificativas. Os Conselheiros definiram a existência de dois mercados distintos para peças de reposição e serviços de manutenção, em que a *Matec* detinha o monopólio no primeiro mercado e incentivos para excluir rivais no segundo mercado. Quanto ao argumento do oportunismo, o Conselheiro Roberto Pfeiffer expressamente reconheceu o risco do “oportunismo” por parte de empresas independentes. Contudo, argumentou que as características do mercado (pressão por inovação levava todos os prestadores de serviços a se tornarem altamente especializados e a modernizar seus serviços) poderiam reduzir o risco do oportunismo ou, pelo menos, reduzir sua “intensidade”. Por último, com relação à reputação da marca, não havia evidência de dano efetivo, e na verdade havia razões para acreditar que os clientes eram capazes de avaliar o produto e os serviços separadamente, também levando em consideração os mecanismos de certificação usados pela *Matec* para identificar “bons prestadores de serviços”.

Dessa forma, apesar de não ser plenamente enquadrado e tratado como um precedente de venda casada, o *Caso Matec* demonstra uma tentativa de sopesar potenciais efeitos negativos e justificativas de eficiência, levando o CADE a concluir pela existência de impactos líquidos negativos sobre a concorrência, condenando a *Matec*. Não obstante, a análise do CADE sobre os efeitos líquidos da conduta neste caso foi essencialmente qualitativa e algo superficial.

G. C. Uma abordagem baseada em efeitos com algumas inconsistências: o impacto de termos vagos na oscilação dos padrões de prova

Como ilustrado acima, a posição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência está alinhada, de uma forma geral, com a moderna teoria econômica, adotando oficialmente uma perspectiva

³⁴¹ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc., 504 U.S. 451 (1992).

³⁴² Ver nota 126 supra. Para o resumo dos argumentos da *Matec*, e para as contestações do CADE, ver os votos vogais dos Conselheiros Roberto Castellanos Pfeiffer e Ronaldo Porto Macedo Junior.

baseada em efeitos com relação às restrições verticais. Nesse sentido, a experiência brasileira tem sido objeto de elogios por evitar alguns dos problemas enfrentados por abordagens formalistas mais rígidas que prevaleceram por muito tempo nas jurisdições mais maduras³⁴³, inclusive na União Europeia e nos Estados Unidos. Contudo, a abordagem casuística adotada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com um sopesamento bastante aberto entre os efeitos negativos e as justificativas de eficiência, também tem gerado algumas inconsistências.

Uma observação mais acurada da jurisprudência mostra uma variação substancial na análise qualitativa realizada pelas autoridades brasileiras. Essa variação gera inconsistência, especialmente no tocante à definição dos padrões de prova no contexto de uma análise baseada na *regra da razão*. Na verdade, a estrutura geral relativamente clara da análise baseada em efeitos não conseguiu desenvolver testes e padrões mais detalhados para definir quando os efeitos líquidos de uma restrição vertical específica seriam considerados negativos a ponto de caracterizar a conduta como ilegal no âmbito da LDC/NLDC.

Em particular, a análise inicial realizada pelo SBDC sobre os efeitos da conduta tem sido relativamente superficial, já que não se concentra na demonstração dos efeitos efetivos de fechamento do mercado, nem no desenvolvimento de uma análise rigorosa dos efeitos potenciais. Essas avaliações exigem uma análise detalhada e factual sustentada por critérios econômicos objetivos, tais como, por exemplo, o teste do concorrente “igualmente eficiente” no caso dos descontos condicionados. Contudo, a abordagem utilizada pelas autoridades brasileiras não vai tão longe, limitando-se, por vezes, à observação de um fechamento hipotético para declarar determinada conduta anticompetitiva.

Quanto ao sopesamento dos efeitos pró e anticompetitivos, esta etapa da análise deveria ocorrer somente quando os efeitos do fechamento estivessem plenamente demonstrados. Na ausência de efeitos claros do fechamento de mercado, não há necessidade de realizar o sopesamento de efeitos negativos e positivos decorrentes da conduta. Por outro lado, nos casos em que os efeitos do fechamento ficarem demonstrados, um teste objetivo de efeitos líquidos será fundamental. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, contudo, tem aplicado uma análise de efeitos líquidos baseada quase exclusivamente em considerações qualitativas e raciocínio intuitivo, que carece de uma avaliação mais rigorosa e estruturada. Como resultado, algumas das decisões têm sido inconsistentes, dada a falta de um padrão analítico sólido.

Na verdade, a raiz do problema pode ser localizada nos termos vagos da própria lei que criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, já que o Artigo 20 caracteriza como ilegal qualquer conduta que possa produzir certos efeitos “*ainda que não sejam alcançados*” (efeitos potenciais) ou qualquer ato “*com o escopo*” de produzir certos efeitos negativos sobre a concorrência (escopo do ato). Na prática, esses termos vagos resultam em casos sendo arquivados porque a aplicação de padrões rígidos de prova que exigem evidências sólidas dos

³⁴³ Azevedo, nota 101 supra, p. 11: “*Como já mencionado, os fundamentos das decisões mostram uma surpreendente consistência nos procedimentos da análise [das restrições verticais], especialmente se considerarmos a significativa controvérsia existente sobre essa matéria*”.

efeitos negativos no mercado e outros casos sendo condenados com base nos padrões mais brandos de *efeitos potenciais* e *escopo do ato*.

Por exemplo, em um precedente referente a um acordo de exclusividade (*Caso Itambé*)³⁴⁴, o CADE afirmou que um caso não poderia ser arquivado com base em falta de prova dos efeitos reais sobre a concorrência, declarando:

“No nosso entender, a ausência de comprovação fática da produção de efeitos é insuficiente para concluir sobre a inexistência da infração antitruste. (...) para a condenação das representadas temos que primeiro provar a existência e materialidade dos fatos alegados. Posteriormente, verificar se eles se enquadram na hipótese do propósito objetivamente visado de que se produzam os efeitos anticompetitivos ou na hipótese da elevada probabilidade de que se produzam tais efeitos. Como é explícito no artigo 20 *fine*, a efetiva obtenção dos efeitos é irrelevante para o antitruste brasileiro.

Em vista disso, o mero fato de que, depois de quatro anos, os efeitos danosos não terem sido observados não significa que a prática não tinha o condão de produzir efeitos”.³⁴⁵

Se a falta de efeitos após quatro anos não é suficiente para arquivar um caso, que ainda poderia ser perseguido com base em *efeitos potenciais* ou *escopo do ato*, então o padrão de prova para caracterizar uma infração é, de fato, extremamente baixo. Para caracterizar a conduta como infração, seria suficiente demonstrar um dano à concorrência puramente teórico ou uma simples declaração do representado que demonstrasse o objetivo de dominar um mercado. Esse baixo padrão de prova que leva a negar o arquivamento de um caso está muito próximo da análise formalista, onde se presume que determinado tipo de conduta produzirá efeitos negativos. Mesmo que esta não tenha sido uma decisão definitiva, qual provavelmente teria levado a uma análise mais acurada do CADE, o Conselheiro Relator foi muito claro ao enfatizar que os “efeitos potenciais” poderiam ser o fundamento exclusivo da condenação, mesmo num contexto em que nenhum efeito anticompetitivo efetivo tivesse sido observado após quatro anos.

Um padrão de prova similarmente baixo de efeitos negativos efetivos parece ter sido aplicado no *Caso AmBev*, onde um nível alegadamente reduzido de fechamento (ou seja, 10%-12% dos pontos de venda servidos pela AmBev) foi insuficiente para a conduta ser considerada legal e o

³⁴⁴ Processo Administrativo n. 08012.009312/1998-39. Representante: Cooperativa Regional dos Produtores Rurais de Pará de Minas Ltda – COOPARÁ, Representada: CCPR – Cooperativa Central dos Produtores Rurais de Minas Gerais Ltda. (“Itambé”), Conselheiro Relator Abraham Benzaquen Sicsú, DOU 18 de maio de 2007 (o caso abordou, entre outras questões, um acordo de exclusividade para a venda de uma marca de leite específica e acabou sendo arquivado por motivos processuais, apesar de a SDE ter decidido abrir um novo processo para investigar as infrações alegadas).

³⁴⁵ Idem no Voto do Conselheiro Relator, p. 4.

processo arquivado. De fato, a percepção dos efeitos potenciais da conduta no contexto da AmBev, que detém uma posição claramente dominante, combinada com evidências de uma estratégia de marketing agressiva, foram considerados suficientes para que a conduta fosse declarada anticompetitiva. Quanto ao sopesamento dos alegados efeitos anticompetitivos da conduta em face das suas potenciais eficiências, esse exercício foi superficial e se baseou em elementos qualitativos bastante fluidos.³⁴⁶ Mais uma vez, a análise do CADE ficou próxima de uma análise formalista, já que não exigiu uma demonstração clara do fechamento, nem o sopesamento efetivo das eficiências potenciais.

Contudo, o CADE nem sempre é favorável à aplicação de padrões de prova reduzidos. Por exemplo, no *Caso CRT* mencionado acima, outro precedente sobre acordos de exclusividade, a questão sobre o padrão de prova foi colocada de forma muito direta e levou a uma divisão de votos dos Conselheiros do CADE.

Nesse caso a Anatel, agência reguladora do setor de telecomunicações, tinha colhido provas de que acordos de exclusividade entre a operadora de telecomunicações dominante no Rio Grande do Sul e varejistas tinham alcançado altos graus de fechamento (até 90% em alguns municípios). Não obstante, a representada alegou que, apesar da restrição vertical em questão, a concorrência era saudável e novos entrantes tinham obtido participação de mercado substancial durante o período investigado. Invocando a redação da LDC, e evidências disponíveis, o Conselheiro Relator sugeriu a condenação da representada:

“Por outro lado, deve-se esclarecer que, segundo a dicção do artigo 20 da Lei 8884/94, uma infração concorrencial pode-se configurar se ela tem por objeto ou pode produzir efeitos mencionados nos seus incisos I a IV, ainda que estes efeitos não sejam alcançados.

Assim, a efetiva obtenção do efeito é irrelevante para a caracterização da conduta, bastando que seja possível a obtenção dos mesmos . (...) Neste sentido, a pergunta mais apropriada não é se a conduta gerou efeitos, mas se havia elevado risco de limitação da concorrência ou utilização abusiva de posição dominante (e se esse risco era conhecido pelo agente).

Por todo o exposto, considero a Representada incurso no art. 21, V, VI e XI c/c art. 20, I, II e IV ambos da Lei 8884/94 (...).”³⁴⁷

³⁴⁶ A análise das eficiências e o sopesamento de efeitos negativos e positivos da conduta ocupam apenas uma página do voto do Conselheiro Relator, que conclui que as eficiências eram insuficientes para justificar o programa de fidelidade. Processo Administrativo no. 08012.003805/2004-10, Voto do Conselheiro Relator, em pp. 78-79.

³⁴⁷ Processo Administrativo 53500.000502/2001, Representante: Telet S.A.. Representada: Celular CRT S.A., Conselheiro Relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos, DOU: 23 de junho de 2008, Voto do Conselheiro Relator pp. 25 – 26.

Adotando a posição oposta e exigindo um padrão de prova muito mais rígido, o Conselheiro Divergente defendeu o arquivamento do processo com base na falta de provas, nos seguintes termos:

“Não estou convencido, portanto, que as provas existentes nos autos sejam suficientes para indicar que a representada tenha: (a) a possibilidade de fechar o mercado pela fidelização de empresas varejistas; (b) possa obter ganhos de monopólio com tal estratégia, impedindo que os consumidores tenham acesso aos produtos das concorrentes através de outros canais de venda; (c) tenham imposto um custo aos concorrentes, em decorrência de sua posição de mercado que tenha sido, mesmo que potencialmente, uma forte restrição aos seus rivais (...). Pelas razões expostas, determino o arquivamento da representação, pela insuficiência de provas para a caracterização de infração à legislação brasileira de defesa da concorrência”.³⁴⁸

A decisão definitiva de arquivamento do processo por falta de provas foi tomada em uma votação empatada em 3 a 3, com voto de desempate da Presidente.

É muito difícil conciliar os casos discutidos acima. Na verdade, no caso *Itambé*, a decisão unânime foi de que o processo não deveria ser arquivado apesar da falta de prova de efeitos negativos efetivos quatro anos após certo tipo de conduta ter sido adotado. No caso *AmBev*, os baixos níveis de fechamento de mercado alegados pela representada também foram considerados insuficientes para arquivar o processo. Por outro lado, no caso *CRT*, apesar da aparente quantidade substancial de provas que demonstravam altos níveis de fechamento em algumas cidades, o voto da maioria exigiu maiores evidências de efeitos negativos efetivos para chegar a uma condenação. Assim, enquanto nos dois primeiros casos o padrão de prova foi extremamente baixo, concentrando-se nos “efeitos potenciais” da conduta, no último caso o padrão foi bastante elevado, exigindo provas substanciais da presença de “efeitos reais”.

Esses casos ilustram as inconsistências geradas por padrões de prova oscilantes, baseados nos termos vagos da legislação brasileira de defesa da concorrência. Dependendo do caso em exame, e se o CADE puser mais peso na linguagem de “efeitos potenciais” e “*escopo do ato*”, a prova (ou a falta dela) considerada suficiente para um arquivamento ou condenação pode mudar drasticamente. Algumas condenações que se baseiam em padrões mais baixos de prova aproximam-se da abordagem formalista, já que podem simplesmente ignorar os efeitos reais ou qualquer análise mais rigorosa dos efeitos potenciais e impor uma multa baseada exclusivamente no escopo da conduta ou seus abstratos efeitos potenciais.

Em suma, mesmo que a abordagem do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para as restrições verticais pareça alinhada com a moderna teoria econômica, é necessário desenvolver testes mais claros para avaliar os efeitos reais e definir padrões de prova mais consistentes. Nesse sentido, por diferentes razões, tanto a União Europeia como o Brasil parecem ter um desafio

³⁴⁸ Idem, voto dissidente do Conselheiro Luis Carlos Delorme Prado, p. 3.

similar pela frente: desenvolver uma estrutura analítica capaz de traduzir a moderna teoria econômica em uma abordagem consistente dos casos concretos. Esse é o assunto da próxima seção.

VI. Estrutura analítica para a aplicação das normas concorrenciais às restrições verticais

Tendo em vista a necessidade atual de uma estrutura analítica mais detalhada no campo das restrições verticais, tanto na UE como no Brasil, esta Parte procura apresentar algumas regras objetivas para o cumprimento das normas concorrenciais neste campo, tomando como ponto de partida o Guia de Análise elaborado pela União Europeia.

Esta Parte está dividida em duas seções. A Seção A propõe um conjunto de princípios econômicos e jurídicos que deveriam ser utilizados para analisar restrições verticais adotadas por empresas dominantes. A Seção B aplica esses princípios à avaliação das várias categorias de restrições verticais analisadas neste estudo (acordos de exclusividade, descontos condicionados e vendas casadas) com referências específicas à UE e ao Brasil.

H. A. Princípios para avaliação das restrições verticais

Esta seção procura oferecer um claro caminho conceitual para as autoridades e tribunais da concorrência avaliarem a legalidade de restrições verticais adotadas por empresas dominantes. Os princípios relacionados abaixo são baseados em critérios econômicos objetivos³⁴⁹, afastando-se da abordagem formalista para a avaliação das restrições verticais que já foi adotada em inúmeras jurisdições, tais como a União Europeia e os Estados Unidos. As diretrizes aqui propostas também devem ajudar jurisdições que já evoluíram para uma análise baseada em efeitos, mas ainda precisam desenvolver um método de análise mais sólido e consistente, como o Brasil. A chave para a avaliação dessas restrições está em nos concentrarmos nas questões relevantes – que tem como ponto central a presença de fechamento de mercado - e, ao fazê-lo, lançar mão das ferramentas econômicas adequadas.

1. 1. As restrições verticais não devem ser avaliadas por meio de regras *per se*

Existe consenso amplo entre os advogados e economistas de que uma norma de ilegalidade *per se* contra restrições verticais não deve ser usada. Enquanto a norma *per se* pode ser justificada com relação a certas práticas, tais como, por exemplo, cartéis, que têm por objetivo essencial suprimir o processo competitivo de forma a cobrar preços supra-competitivos dos clientes, uma divisão tão clara não está presente no caso das restrições verticais. Como observou Herbert Hovenkamp no contexto dos descontos condicionados:

“nenhuma prática de desconto deveria ser considerada ilegal *per se*. O desconto é

³⁴⁹ E devem ser implementados com base em dados relevantes.

uma prática vertical que é presumivelmente pró-competitiva. Deve ser condenada somente na presença de significativo poder de mercado e de efeitos anticompetitivos comprovados”.³⁵⁰

A mesma observação é certamente válida para acordos de exclusividade e vendas casadas, que são, como os descontos, geralmente pró-competitivos.

2. 2. A forma e a natureza de uma prática não são relevantes para sua avaliação nos termos da normas de defesa da concorrência: somente os efeitos de fechamento de mercado importam

Por muito tempo as autoridades e os tribunais de defesa da concorrência em jurisdições maduras tenderam a dar mais importância à forma ou natureza das restrições verticais do que a seus efeitos sobre a concorrência. Por exemplo, o tratamento de descontos condicionados pela Comissão Europeia e pelos tribunais da UE foi essencialmente guiado pela distinção a ser feita entre descontos de *fidelidade* (que eram considerados ilegais *per se*) e descontos de *volume* (que podiam ser justificados em determinadas circunstâncias). Não obstante tais distinções terem o mérito de simplificar as questões, não se justificam do ponto de vista econômico, já que a forma e a natureza de determinada conduta não estão necessariamente relacionadas com seus efeitos.

O moderno pensamento econômico ensina que as autoridades e os tribunais concorrenciais devem se concentrar nos *efeitos* das restrições verticais sobre a concorrência no mercado. Como veremos abaixo, a determinação de se as restrições verticais criam efeitos de fechamento de mercado pode exigir análises complexas. Contudo, a não realização dessas análises levará aos chamados erros Tipo 1 e Tipo 2.³⁵¹ Os erros de Tipo 1 (também conhecidos como “falsos positivos”), mediante os quais as autoridades e tribunais de defesa da concorrência erroneamente declaram uma conduta como anticompetitiva, levam a uma aplicação excessivamente abrangente da Lei. Por outro lado, os erros de Tipo 2 (também conhecidos como “falsos negativos”), de acordo com os quais as autoridades e tribunais de defesa da concorrência erroneamente deixam de identificar uma conduta anticompetitiva, levam a uma aplicação insuficiente da Lei. A literatura debate se os erros de Tipo 1 são mais frequentes do que os de Tipo 2, e vice-versa. Como ambas as formas de erro são danosas, é importante que as autoridades e tribunais de defesa da concorrência consigam minimizá-los por meio de análises apropriadas.

A ênfase nos efeitos, ao invés da forma ou natureza, implica importantes questões. Uma primeira questão é se seria suficiente para a caracterização de uma infração que a conduta em exame tenha a “probabilidade” ou a “capacidade” de gerar efeitos anticompetitivos, ou se a presença “efetiva” de tais efeitos precisa ser demonstrada. Uma questão relacionada é se a autoridade de defesa da concorrência e os tribunais devem ter o direito de intervir antes ou somente após tais efeitos terem se concretizado. Essas são questões difíceis já que, enquanto a análise deveria se

³⁵⁰ Ver *OFT Report*, “Selective Price Cuts and Fidelity Rebates”, Economic Discussion Paper, julho de 2005, OFT804, § 1.7, em 2.9 e ss.

³⁵¹ Ver Frank Easterbrook, “*The Limits of Antitrust*”, (1984) 63 *Texas Law Review* 1.

concentrar nos efeitos, as autoridades e tribunais de defesa da concorrência não deveriam ter de esperar que rivais tenham sido totalmente alijados do mercado pelo comportamento anticompetitivo da empresa dominante para intervir. Por outro lado, uma intervenção baseada exclusivamente na possibilidade hipotética de materialização de efeitos leva a uma análise que pode ficar muito próxima da deficiente abordagem formalista, como a experiência brasileira ilustra em alguns casos.

Quanto ao primeiro problema, não deveria ser suficiente que uma autoridade ou tribunal de defesa da concorrência condenasse uma restrição vertical unicamente com base na “probabilidade” ou “capacidade” teórica de produção de efeitos anticompetitivos. Na verdade, enquanto qualquer restrição vertical é teoricamente passível de produzir efeitos anticompetitivos, se essa possibilidade teórica se concretizará ou não depende exclusivamente dos fatos de cada caso. Por exemplo, a determinação de se descontos condicionados (quer tenham a forma de descontos de fidelidade ou descontos de volume) criam efeitos de fechamento ou não, só pode ser feita mediante análise adequada, que siga a metodologia discutida no item VI.B.2 abaixo. Caso essa análise não seja feita, determinar se um desconto condicionado é anticompetitivo torna-se um mero exercício de adivinhação. O suporte de uma análise de fechamento de mercado apropriada também ajuda na mitigação do segundo problema, já que permite identificar um desconto como anticompetitivo antes que os rivais tenham sofrido qualquer efeito material, ou pelo menos antes que tenham sido suficientemente lesados a ponto de serem retirados do mercado. Como veremos abaixo, a análise de preço/custo adequada permite às autoridades ou tribunais de defesa da concorrência determinar se um desconto concedido por uma empresa dominante é excludente, já que rivais menores não conseguem equipará-lo de maneira lucrativa.

Além disso, é importante observar que, para que uma restrição vertical adotada por uma empresa dominante produza efeitos excludentes, essa restrição deve fechar uma parcela substancial do mercado. Isso pode ser mais bem explicado pelo seguinte exemplo. Presuma-se que a Empresa A é dominante no mercado de cimento em um dado país. Existem 10 compradores de cimento e cada qual compra 10% da quantidade de cimento disponível no mercado. A Empresa A firma um acordo de exclusividade de compra com dois desses dez compradores. Apesar de os rivais da Empresa A ficarem impedidos de fornecer cimento para esses dois compradores, 80% do mercado (ou seja, os oito compradores restantes) continuarão acessíveis à concorrência. Com certeza, a situação seria inteiramente diferente se a obrigação de exclusividade de compra se aplicasse a 80% do mercado, já que a parcela de compradores acessíveis à concorrência não seria suficientemente grande para que os rivais continuassem a ser lucrativos.

3. 3. O padrão do competidor “igualmente eficiente” é o padrão de análise correto

Uma questão importante quando se lida com restrições verticais relacionadas com preços, tais como descontos, diz respeito ao padrão de análise a ser utilizado pelas autoridades e tribunais de defesa da concorrência para avaliar a legalidade da conduta.

Em seu Guia de Análise, a Comissão Europeia declara que, para prevenir o fechamento anticompetitivo de mercado, a Comissão “geralmente intervirá apenas quando a conduta em questão já tiver lesado ou for capaz de lesar a concorrência travada por concorrentes

considerados tão eficientes quanto a empresa dominante”.³⁵² Como o objetivo da concorrência não é proteger concorrentes (menos eficientes), o “teste igualmente eficiente” é conceitualmente correto. Isso significa que, enquanto a empresa dominante vender seus produtos a um preço efetivo (preço padrão menos o desconto que concede a seus clientes) que seja superior a uma determinada medida de seus custos, o desconto em questão será legal, mesmo que tenha o efeito de eliminar os concorrentes mais fracos. Os testes baseados nos custos dos concorrentes ou qualquer outro benchmark que exceder os próprios custos da empresa dominante acabam protegendo os concorrentes menos eficientes e, ademais, privam os consumidores dos efeitos benéficos da concorrência de preços.³⁵³

Argumenta-se, algumas vezes, que nas indústrias caracterizadas por economias de escala as autoridades e os tribunais de defesa da concorrência deveriam oferecer proteção aos entrantes menos eficientes (impedindo as empresas de adotar descontos que estes últimos não consigam equiparar), de forma a lhes dar a oportunidade de ganhar participação de mercado e, assim, a escala de que precisam para se tornarem mais eficientes. Essas opiniões, contudo, não são convincentes pelo seguinte motivo: *ou* o entrante menos eficiente tem um bom produto e um plano de negócios confiável, caso no qual deverá encontrar capital suficiente para investir nas perdas iniciais relacionadas com sua entrada no mercado, *ou* o entrante menos eficiente não tem um bom produto e um plano de negócios confiável, caso no qual não há razão para os consumidores serem compelidos a subsidiar sua entrada pagando preços mais altos do que o fariam normalmente caso a legislação de defesa da concorrência não interviesse. Como explicado pelo então juiz (atual Ministro da Suprema Corte Norte Americana) Breyer em *Barry Wright*:

“um corte nos preços que resulta em um preço que excede o custo total – com toda a probabilidade um corte feito por uma empresa com poder de mercado – está quase certamente movendo o preço na direção ‘certa’ (para um nível que seria compatível com um mercado competitivo). As leis antitruste quase nunca rejeitam esses benéficos ‘pássaros na mão’ em favor de especulativos benefícios de ‘pássaros voando’ (futuros preços baixos).”³⁵⁴

4. 4. O dano ao consumidor deve ser demonstrado na medida em que os efeitos anticompetitivos das restrições em questão não forem objetivamente justificados ou compensados por eficiências

³⁵² Guia de Análise, nota 7 supra, no § 23.

³⁵³ Esses testes também gerariam um significativo grau de incerteza, já que seria impossível para a empresa dominante saber antecipadamente se seus descontos seriam ilegais. Apesar de as empresas dominantes estarem plenamente cientes de sua estrutura de custos, não estão em posição de saber os custos de seus concorrentes.

³⁵⁴ Ver *Barry Wright Corp. V. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227 (1st Cir. 1983), em 234. Ver também Einer Elhauge, “Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory- and the Implications for Defining Costs and Market Power” (2003) 112 *Yale Law Journal*, 681; Aaron S. Edlin, “Stopping Above-Cost Predatory Pricing” (2002) 111 *Yale Law Journal*, 941.

O objetivo central da legislação de defesa da concorrência é proteger o bem-estar do consumidor. Os consumidores precisam ser protegidos das condutas anticompetitivas, pois tais condutas geralmente acabam produzindo preços mais altos, menos escolhas e menos inovação. Isso leva à seguinte pergunta: dada a existência de uma conduta que provavelmente criará efeitos anticompetitivos, é possível inferir que o bem-estar do consumidor será necessariamente lesado? Em resposta a essa questão, deve-se determinar se tal conduta pode ser justificada pela presença de razões objetivas ou de eficiências compensadoras.

Vamos presumir, por exemplo, que um fabricante dominante de barbeadores descartáveis decida vincular lâminas a seus barbeadores. Isso pode ter efeitos claramente excludentes sobre produtores rivais de lâminas, mas não implica necessariamente dano ao bem-estar do consumidor. A empresa dominante poderá, por exemplo, demonstrar que existe um perigo real de que os usuários de seus barbeadores sejam feridos se usarem lâminas de qualidade inferior e que a única maneira prática de evitar tais acidentes é vinculando as lâminas aos seus barbeadores. A empresa dominante deverá, contudo, ser capaz de provar que não existe alternativa menos restritiva para a proteção dos consumidores, tal como, por exemplo, por meio de rotulagem adequada ou solicitando às autoridades sanitárias que proíbam a venda de lâminas de qualidade inferior.

Da mesma forma, apesar da venda casada ter efeitos excludentes, também é fonte de consideráveis eficiências. Como por exemplo, quando os fabricantes de telefones celulares começaram a incluir uma câmera em seus telefones, podem ter prejudicado os fabricantes de câmeras fotográficas. Mas, por outro lado, ao acrescentarem novas funcionalidades aos telefones celulares, aumentaram o valor de tais aparelhos para os usuários. Hoje em dia, os Smartphones não apenas contêm um telefone e uma câmera, mas também toda uma série de funcionalidades que eram inicialmente encontradas nos computadores, como a capacidade de enviar e-mails, baixar conteúdo online, jogar jogos, revisar documentos, etc. Novamente, isso criou desafios para os fabricantes de PCs e laptops, mas trouxe valor considerável para os usuários.

I. B. Aplicação dos princípios às restrições verticais

Nesta seção, aplicamos os princípios de análise econômica do direito discutidos acima à análise das restrições verticais. Como veremos a seguir, ainda que o teste ou os padrões aplicáveis aos acordos de exclusividade, descontos condicionados e vendas casadas sejam distintos (da mesma forma que seus efeitos sobre a concorrência variam), eles devem ser baseados no mesmo conjunto de princípios.

Antes de examinarmos a aplicação desses princípios às restrições verticais, é importante lembrar que a primeira etapa da análise consiste em determinar se a empresa que adotou as restrições verticais em questão é dominante em um ou vários mercados relevantes. Apesar de a discussão sobre as complexidades da definição de mercado relevante estar fora do escopo deste estudo,³⁵⁵

³⁵⁵ Sobre a definição de mercado, ver Elhauge and Geradin, nota 3 supra, em 276 e seg.

alguns comentários importantes precisam ser destacados com relação à avaliação do domínio de mercado. Em primeiro lugar, a avaliação da dominância não tem outro propósito senão determinar se a empresa objeto da investigação/litígio possui poder de mercado significativo, o que se traduz na sua capacidade de cobrar preços supra-competitivos.³⁵⁶ A chave para essa determinação é se a empresa sob investigação está sujeita a restrições que a impedem de cobrar preços supra-competitivos. Em segundo lugar, enquanto a participação de mercado geralmente é utilizada como um primeiro filtro para determinar a presença de uma empresa dominante no mercado relevante, a participação de mercado, por si só, é um substituto fraco para estabelecer a dominância.³⁵⁷ Uma participação de mercado elevada pode refletir tão somente que a empresa é receptiva às demandas dos clientes, ou seja, oferece produtos de alta qualidade a preços competitivos.³⁵⁸ Além disso, o foco na participação de mercado é estático por natureza, não demonstrando sua dinâmica³⁵⁹. Por exemplo, uma empresa que possui uma alta participação de mercado pode estar consistentemente perdendo clientes para seus competidores rivais nos últimos anos. Assim, de uma forma geral, a participação de mercado não é uma proxy perfeita para definição de poder de mercado e, por si só, não pode justificar um achado de dominância. Fatores adicionais precisam ser levados em consideração, independentemente da participação de mercado ser alta ou baixa.³⁶⁰ Tais fatores incluem, por exemplo, a ausência de barreiras para a entrada ou expansão, a presença de poder de compra compensatório, etc..

1. 1. Acordos de exclusividade

Uma obrigação de exclusividade de compra é um acordo de venda de um produto sob a condição de que o comprador o comprará exclusivamente, ou na maior parte, do fornecedor (dominante). Como já vimos na Parte II, a maior preocupação anticompetitiva que os acordos de exclusividade podem gerar é que possam fechar parte suficiente do mercado de forma a causar danos à concorrência e ao bem-estar do consumidor. Por outro lado, um acordo de exclusividade pode ser uma fonte de eficiências. As questões relevantes para as autoridades ou tribunais de defesa da

³⁵⁶ Ver Guia de Análise, nota 7 supra, no § 10. Damien Geradin et al., “The Concept of Dominance in EC Competition Law”, *Research Paper on the Modernization of Article 82 EC*, Global Competition Law Center, 2005, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144

³⁵⁷ Ver Bishop, nota 29 supra. (“A participação de mercado fornece apenas um indicador do poder de mercado de uma empresa e, portanto, fornece apenas uma proxy insatisfatória. Na verdade, em muitos mercados... mesmo empresas com participações de mercado elevadas podem estar sujeitas à concorrência efetiva, mesmo de empresas com participações de mercado menores. Outros fatores que precisam ser levados em consideração juntamente com o mero cálculo das participações de mercado são a facilidade com que uma empresa consegue expandir suas vendas, a facilidade com que novas empresas conseguem entrar no mercado”)

³⁵⁸ Ou, por exemplo, que a empresa sob investigação goza da “vantagem de ser o primeiro”, porque é o primeiro entrante em um novo mercado.

³⁵⁹ Ver Guia de Análise, nota 7 supra, no § 13.

³⁶⁰ Ver, por exemplo, Simon Bishop, nota 29 supra.

concorrência são, portanto, determinar se a obrigação de exclusividade em questão tem a probabilidade de produzir efeitos de fechamento de mercado e, em caso afirmativo, se esses efeitos são compensados por eficiências. O objetivo final deste sopesamento é determinar se a prática produz (ou tem a probabilidade de produzir) um efeito líquido negativo sobre o bem-estar do consumidor e, portanto, caracteriza uma infração.

Como ponto de partida, é importante observar que não existe fórmula matemática capaz de determinar se, em um dado contexto, obrigações de exclusividade devem ser considerada pró ou anticompetitiva. Contudo, inúmeros fatores podem ser levados em consideração na avaliação dessas obrigações.

O primeiro fator, e talvez o mais importante, está relacionado com o tamanho da participação de mercado ligada à obrigação de exclusividade, ou seja, a parcela do mercado coberta por tal obrigação. Como observado acima, enquanto uma participação de mercado “exclusiva” da ordem de 20% tem pouca probabilidade de criar efeitos de fechamento de mercado, o contrário pode ser dito sobre uma participação “exclusiva” de 80%. Obviamente, a dificuldade se mostra quando a participação vinculada a acordos de exclusividade está entre os dois extremos. Na verdade, não existe uma resposta padrão para a questão do tamanho da participação de mercado vinculada que teria a probabilidade de criar efeitos de fechamento já que isso depende da participação de mercado que um fornecedor igualmente eficiente precisa obter para conseguir ser lucrativo, uma questão particularmente importante em mercados caracterizados por economias de escala e escopo. Por exemplo, em um mercado onde a escala mínima eficiente (EME) é de 50% do mercado (ou seja, um duopólio), uma cobertura de 60% do mercado é excludente, enquanto em um mercado onde a EME é 20%, uma cobertura de 50% pode ser insuficiente para fechá-lo.³⁶¹ Por conseguinte, a determinação do fechamento do mercado exige uma análise caso a caso.

Quando a empresa dominante não vincula uma parte importante de seus clientes a uma obrigação de exclusividade, mas aplica tal obrigação seletivamente a alguns deles, é preciso investigar se os clientes vinculados são aqueles que tem probabilidade de serem mais receptivos às ofertas dos rivais da empresa dominante devido, por exemplo, às características de seus produtos (que podem ser especialmente satisfatórias para um subconjunto de clientes) ou de sua proximidade geográfica com relação a certos clientes. Como no caso de um corte de preços seletivo, essas questões precisam ser observadas com cuidado, pois determinar se um cliente é “particularmente receptivo” a um fornecedor alternativo é uma questão, até certo ponto, subjetiva.

Um segundo e importante critério está relacionado com a duração da obrigação de exclusividade. Geralmente, obrigações curtas tem menor probabilidade de produzir efeitos de fechamento de mercado, já que permitem aos fornecedores alternativos propor seus próprios contratos regularmente. O mesmo pode ser dito sobre os contratos de exclusividade que contêm

³⁶¹ Seguindo essa linha de raciocínio, um estudioso sugeriu o seguinte porto seguro: “a legalidade per se para acordos com prazo de menos de um ano de duração ou acordos que fechem menos de 40% da distribuição total aumentariam o bem-estar do consumidor sem risco significativo de dano anticompetitivo”. Ver Joshua D. Wright, “Antitrust Law and Competition for Distribution”, (2006) 23 *Yale Journal on Regulation* em 169-208.

disposições que permitem aos clientes rescindi-los a qualquer tempo sem penalidades. Essa disposição permite que os clientes recebam ofertas de rivais existentes ou novos entrantes, desde que eles não tenham restrições referentes à capacidade.

É importante observar que as empresas dominantes podem se engajar em práticas que, apesar de não poderem ser caracterizadas exatamente como exclusivas, podem ter efeitos de fechamento, como por exemplo, descontos de fidelidade/participação de mercado (ver a próxima seção), taxa de alocação de espaço de prateleira, e gerenciamento de categoria.³⁶² A avaliação de tais práticas deveria seguir os mesmos princípios aplicados às obrigações de exclusividade. As autoridades e os tribunais de defesa da concorrência também têm prestado a atenção às assim chamadas “Cláusulas Inglesas” pelas quais o comprador é obrigado a reportar ao fornecedor dominante qualquer oferta melhor e só poderá aceitá-la quando o fornecedor dominante não equipará-la.³⁶³ Apesar dessas cláusulas poderem apresentar vantagens para os compradores (já que estes criam uma concorrência de preços entre os fornecedores), elas não obstante podem produzir efeitos de fechamento, especialmente quando o comprador é obrigado a revelar a identidade do rival que está fazendo a oferta melhor, visto que isso pode desencorajar os concorrentes a fazerem ofertas competitivas.³⁶⁴

Se a análise acima revelar que a obrigação de exclusividade em questão cria efeitos de fechamento, esses efeitos precisam ser equilibrados com as eficiências que podem ser geradas pela obrigação. Como visto na Parte II acima, as obrigações de exclusividade reduzem a incerteza referente às vendas futuras, o que é especialmente crítico quando os fornecedores precisam de financiamento externo para expandir, ou quando precisam fazer um investimento específico para um cliente. O acordo de exclusividade também pode ser mais aceitável aos compradores do que as exigências de compra de uma quantidade específica de produtos da empresa dominante, especialmente nas indústrias em que a demanda flutua com o passar do tempo. A tarefa das autoridades e dos tribunais de defesa da concorrência é equilibrar os efeitos pró e anticompetitivos das obrigações de exclusividade. Esse equilíbrio não é necessariamente um processo de “tudo ou nada” em que as obrigações de exclusividade ou são integralmente aceitas ou integralmente rejeitadas. Em algumas circunstâncias, as autoridades concorrenciais podem exigir que a empresa dominante permita que seus compradores comprem parte de suas necessidades de rivais (transformando as obrigações de exclusividade em uma obrigação de comprar, por exemplo, pelo menos 75% das necessidades dos compradores da empresa dominante e deixando 25% para os rivais) ou reduza o prazo da obrigação de exclusividade.

³⁶² Sobre essas práticas, ver O’Donoghue and Padilla, nota 35 acima.

³⁶³ Idem no Brasil, as “Cláusulas Inglesas” foram discutidas em, pelo menos, dois casos importantes, ambos os quais resultaram em acordo com o CADE: Processo Administrativo 08012.003303/1998-25, Representante: Philip Morris Brasil S/A, Representadas: Souza Cruz S/A, Conselheiro Relator Mercio Felski, julgado em 13 de setembro de 2000; e, Processo Administrativo 08012.006504/1997-11, Requerentes: Chandre de Araújo Costa e outros, Requeridos: TV Globo Ltda. União Brasileira dos Grandes Clubes de Futebol (Clube dos Treze) e outros. Conselheiro Relator: César Costa Alves Mattos, DOU: 22 de outubro de 2010.

³⁶⁴ Idem.

2. 2. Descontos condicionados

Enquanto a avaliação das obrigações de exclusividade é, em geral, relativamente simples, determinar se os descontos condicionados concedidos pelas empresas dominantes são anticompetitivos e devem ser proibidos por serem abusivos exige avaliações mais complexas.³⁶⁵

Como vimos na Parte III, as autoridades e tribunais de defesa da concorrência, especialmente na União Europeia, mas também em outras jurisdições, geralmente empregam uma abordagem rígida na avaliação dos descontos, em alguns casos optando por regras de ilegalidade *per se* contra certos tipos de desconto como, por exemplo, os descontos de fidelidade. Contudo, vimos que essas regras *per se* não estão alinhadas com o moderno pensamento econômico, e que existe consenso entre os advogados e economistas de que as autoridades concorrenciais deveriam, inversamente, optar por uma análise baseada em efeitos e fundamentada em testes de preço e custo, uma abordagem que tem sido adotada em muitas jurisdições nos últimos anos. O Brasil está entre essas outras jurisdições, apesar de sua experiência recente também mostrar a falta de critérios substantivos para implementar uma análise baseada em efeitos.

Em seu Guia de Análise sobre o Artigo 102, a Comissão Europeia articulou testes econômicos para examinar descontos sobre produto unitário e sobre múltiplos produtos (pacotes mistos), que serão analisados nesta Seção já que representam uma tentativa interessante de aplicação aos descontos condicionados de uma metodologia rigorosa e com fortes bases econômicas. Testes comparáveis são frequentemente aceitos pelos tribunais norte-americanos para distinguir os descontos pró-competitivos dos anticompetitivos.

As autoridades e os tribunais concorrenciais precisam abordar três importantes questões para determinar se os descontos condicionados concedidos pelas empresas dominantes implicam abusos anticompetitivos. A primeira questão é se os descontos sob exame impedem concorrentes igualmente eficientes de ter acesso aos clientes da empresa dominante. Se a resposta a esta questão for positiva, a segunda questão é se os descontos representam uma participação substancial do mercado sobre a qual rivais igualmente eficientes poderiam exercer sua atividade comercial. Se a resposta a esta questão for positiva, a terceira questão é se os efeitos do fechamento de mercado dos descontos podem ser compensados pela presença de eficiências. Essas questões serão sucessivamente abordadas por meio de referências ao Guia de Análise, sugerindo um teste substantivo para avaliar os efeitos competitivos dos descontos condicionados.

2.14 2.1. Os descontos podem impedir concorrentes igualmente eficientes de ter acesso aos clientes da empresa dominante?

Como observação preliminar, é importante notar que uma das virtudes do Guia de Análise é tentar se afastar da terminologia tradicionalmente usada pela Comissão e pelas cortes da União Europeia, que se vale de conceitos, tais como descontos de fidelidade, descontos de quantidade

³⁶⁵ Ver Damien Geradin, “A Proposed Test for Separating Pro-competitive Conditional Rebates from Anti-competitive Ones” (2009) 32 *World Competition* 41.

ou descontos de meta, em direção a uma noção mais clara dos “descontos condicionados”, que são definidos como “descontos concedidos a clientes para premiá-los por uma forma específica de comportamento de compra”³⁶⁶. Enquanto o Guia de Análise reconhece que os descontos tradicionais não são uma prática incomum, observa que tais descontos – quando concedidos por uma empresa dominante – também podem ter efeitos potenciais ou efetivos de fechamento de mercado similares às obrigações de exclusividade.³⁶⁷

a. Distinção entre descontos para produtos unitários e múltiplos produtos

Para poder avaliar os efeitos do fechamento potencial dos descontos condicionados, o Guia de Análise faz uma distinção entre descontos para produtos unitários (ou seja, descontos que se aplicam a um único produto) e descontos para múltiplos produtos ou descontos para pacotes (isto é, descontos que se aplicam a vários produtos). O Guia de Análise discute os descontos para pacotes como parte de sua seção sobre venda casada, mas como tais descontos geram questões análogas aos descontos para produtos unitários, eles serão analisados como parte desta seção.

Descontos para produtos unitários

O Guia de Análise detalha vários fatores que considera serem de especial importância para determinar se um dado sistema de descontos condicionados é passível de resultar em fechamento anticompetitivo de mercado. O Guia de Análise indica que o fechamento anticompetitivo de mercado tem maior probabilidade de ocorrer quando os rivais da empresa dominante não conseguem competir em igualdade de condições pela inteira demanda de cada cliente individual. A razão é que um desconto condicionado concedido por uma empresa dominante pode permitir que esta use a parcela “não contestável” da demanda de cada cliente (ou seja, o montante que de qualquer forma seria adquirido pelo cliente da empresa dominante) como alavanca para reduzir o preço a ser pago pela parte “contestável” da demanda (ou seja, o montante para o qual o cliente pode achar substitutos de sua preferência).³⁶⁸

Uma preocupação expressa no Guia de Análise pode ser ilustrada como segue. Vamos presumir que um fornecedor dominante venda para uma empresa específica. O fornecedor tem uma base garantida de vendas para esse cliente porque, para uma parte da demanda do cliente, não existem substitutos adequados.³⁶⁹ Essas vendas representam a participação não contestável da demanda da empresa. Contudo, a parcela da demanda do cliente para a qual existem substitutos disponíveis é a parcela contestável da demanda desse cliente.³⁷⁰ O fornecedor dominante oferece à empresa um desconto retroativo, o que dá ao cliente um desconto sobre todas as quantidades fornecidas, se o cliente comprar mais do que a quantidade alvo do desconto dentro de certo

³⁶⁶ Guia de Análise, nota 7 acima, no § 37.

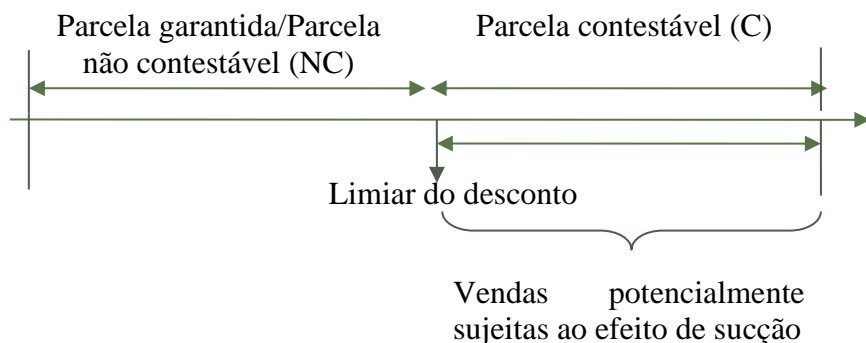
³⁶⁷ *Idem*.

³⁶⁸ *Idem* no § 39.

³⁶⁹ Ver Documento de Discussão, nota 73 supra, no § 143.

³⁷⁰ *Idem* no § 153.

período de referência.³⁷¹ Este cenário é ilustrado no gráfico abaixo.



A preocupação concorrencial é que quando a parte não contestável (*NC*) da demanda do cliente em questão é grande em comparação com a parte contestável (*C*), isto é, $NC > C$, o desconto retroativo pode permitir ao fornecedor dominante alavancar sua posição privilegiada na parte não contestável com relação à parcela contestável das vendas para o cliente. Na verdade, enquanto o fornecedor dominante pode recuperar o desconto em suas vendas totais, incluindo tanto a parte não contestável como a contestável (isto é, a empresa dominante não incorre em perdas em toda a extensão de suas vendas), os fornecedores concorrentes terão que recuperar o desconto sobre uma base menor, representada pela parte contestável. Esse esquema de desconto retroativo pode, assim, ter o efeito de excluir rivais igualmente eficientes da parte das vendas para o cliente que seria, de outra forma, contestável.

Refletindo essa posição expressa pelas cortes da União Europeia, o Guia de Análise também observa que os descontos “retroativos” podem fechar o mercado significativamente, “já que podem fazer com que seja menos atraente para os clientes passar uma pequena parte de sua demanda para um fornecedor alternativo, se isso resultar na perda dos descontos retroativos”.³⁷² Nesse tocante, quanto maior o desconto como porcentagem do preço total (por exemplo, 20% de desconto, o que é um grande desconto) e quanto mais alta a quantidade alvo (por exemplo, o fato de que o desconto de 20% seria concedido após o comprador ter adquirido mais de 90% de suas necessidades da empresa dominante), maior o efeito de indução abaixo da quantidade alvo (essa indução é algumas vezes conhecida como “efeito sucção”³⁷³) e, portanto, maior a probabilidade de fechamento de concorrentes atuais ou potenciais.

O Guia de Análise dispõe que a Comissão pretende investigar “na medida em que os dados estiverem disponíveis e forem confiáveis” se o desconto concedido pela empresa dominante consegue impedir a expansão ou entrada de concorrentes “igualmente eficientes”, tornando mais

³⁷¹ Idem no § 152.

³⁷² Idem, no § 40.

³⁷³ Documento de Discussão, nota 73 supra, no § 153.

difícil para estes últimos fornecerem parte das necessidades dos clientes individuais.³⁷⁴

A Comissão avaliará qual preço um rival precisaria oferecer ao cliente que tenha recebido um desconto condicionado de uma empresa dominante para compensar esse cliente pela perda desse mesmo desconto na hipótese de ele deslocar parte de sua demanda, que é conhecida como “intervalo relevante”, para fora da empresa dominante. O preço que o concorrente precisará igualar não é o preço médio da empresa dominante, mas o preço normal (lista) menos o desconto que o cliente perde com a troca (i.e., o “preço efetivo”), calculado sobre o intervalo relevante das vendas e durante o período de tempo relevante.

O Guia de Análise prevê que, para os descontos incrementais, o “intervalo relevante” é geralmente a das compras incrementais (ou seja, as compras feitas acima da quantidade alvo estipulada pela empresa dominante para a concessão do desconto) que estão sendo levadas em consideração. Para descontos retroativos, geralmente será relevante avaliar no contexto do mercado específico quanto das necessidades de compra do cliente podem ser realisticamente transferidas para um rival (a “participação contestável” ou a “porção contestável”).

Diante desse cenário, o Guia de Análise dispõe que:

- Quando o preço efetivo permanecer consistentemente acima do custo médio incremental de longo prazo (na sigla em inglês, LRAIC - *long run average incremental cost*) da empresa dominante, isso geralmente permitiria que um concorrente igualmente eficiente concorresse de forma lucrativa, independentemente do desconto. Nessas circunstâncias, o desconto normalmente não é suficiente para fechar o mercado de forma anticompetitiva.

³⁷⁴ Guia de Análise, nota 7 supra, no § 41. De acordo com esse padrão, desde que a empresa dominante venda seus produtos a um preço efetivo (preço padrão menos o desconto que concede a seus clientes) que está acima de certa medida de seus custos, o desconto em questão deveria ser considerado legal, mesmo que tenha o efeito de eliminar concorrentes mais fracos. Os testes que se baseiam nos custos dos concorrentes ou em qualquer outro benchmark que exceda os próprios custos da empresa dominante protegeriam os concorrentes menos eficientes e, em última análise, privariam os consumidores dos efeitos benéficos da concorrência de preços. Esses testes também gerariam um grau significativo de incerteza já que seria impossível para a empresa dominante saber antecipadamente se tais descontos não seriam ilegais. Apesar de as empresas dominantes estarem plenamente cientes de sua estrutura de custos, não estão em posição de saber os custos de seus concorrentes e, dessa forma, não podem auto-avaliar suas práticas de preços. Esse aspecto foi recentemente destacado pela Corte Geral em *Deutsche Telekom*, no qual a Comissão aplicou o teste “do concorrente igualmente eficiente”. A Corte aceitou o teste, tendo considerado que qualquer outra abordagem seria contrária ao princípio legal da segurança jurídica. Ver CG, *Deutsche Telekom v. Commission*, T-271/03, [2008] ECR II-477, no § 192. Abordagem similar prevalece no direito antitruste norte-americano, como um Juízo Federal dos Estados Unidos deixou claro em *Ortho Diagnostic Systems, Inc. v. Abbott Labs.*, 920 F. Supp. 455 (S.D.N.Y. 1996), ao determinar que: “somente o corte de preços que ameaça concorrentes igualmente ou mais eficientes é condenado nos termos da Seção 2. Qualquer outra regra implicaria risco excessivamente substancial de utilização das leis antitruste para proteger um concorrente ineficiente da competição de preços que proporcionaria benefícios substanciais aos consumidores”. Idem em pp. 469 – 470.

- Quando o preço efetivo fica abaixo do custo evitável médio (na sigla em inglês, AAC – *average avoidable cost*), como regra geral o esquema de desconto consegue fechar o mercado mesmo para concorrentes igualmente eficientes.
- Quando o preço efetivo fica entre o AAC e o LRAIC, a Comissão deverá investigar se outros fatores apontam para a conclusão de que a entrada ou expansão, mesmo de concorrentes igualmente eficientes, tem probabilidade de ser afetada. Nesse caso, a Comissão investigará se e em que medida os rivais possuem “contra-estratégias” realistas e efetivas à sua disposição, como por exemplo, a capacidade de também usar uma parcela “não contestável” da demanda do comprador como alavanca para reduzir o preço para o intervalo relevante.³⁷⁵

Um simples exemplo numérico pode ser utilizado para demonstrar o mecanismo de alavancagem descrito pela Comissão no Guia de Análise. Supondo-se que o Cliente A sempre comprará 50 Unidades que somente o fornecedor dominante pode disponibilizar, então a base garantida ou parcela não contestável é $Q_{NCS}^A = 50$ Unidades. Mas a demanda total do cliente é $Q_T^A = 100$ Unidades, e as 50 Unidades restantes poderiam ser satisfeitas com produtos vendidos pelo fornecedor dominante ou por um de seus concorrentes. Assim, a parcela contestável $Q_{CS}^A = 50$ Unidades. O AAC = 1 \$/Unidade. O LRAIC = 2 \$/Unidade.

O fornecedor dominante oferece o seguinte esquema de preço. O cliente paga 4\$/Unidade se comprar qualquer quantidade abaixo de 100 unidades. Então, $P_{antes\ do\ desconto} = 4$ \$/Unidade se $Q < 100$ Unidades. Mas se o cliente comprar 100 unidades ($Q = 100$ Unidades) receberá um desconto R no valor de \$ 120 no total, ou seja, 1.2 \$ para cada uma das 100 unidades adquiridas no total. $P_{depois\ do\ desconto} = 2.8$ \$/Unidade se $Q = 100$ Unidades. Para determinar se existe um efeito sucção, o Guia de Análise exige que seja feito o cálculo do preço efetivo, P_e para as unidades que pertencem à parcela contestável e também que seja determinado se este preço é inferior ao LRAIC do fornecedor dominante.

$$P_{antes\ do\ desconto} = 4 \text{ \$/Unid.}$$

$$P_{depois\ do\ desconto} = 2.8 \text{ \$/Unid.} = 4 \text{ \$/Unid.} - 1.2 \text{ \$/Unid.}$$

$$\text{Parcela Contestável } C = 50 \text{ Unidades.}$$

$$\rightarrow \text{Total}_{com\ desconto} = 100 \times 2.80 \text{ \$} = 280 \text{ \$}$$

$$\rightarrow \text{Total}_{sem\ desconto} = 50 \times 4 \text{ \$} = 200 \text{ \$}$$

$$\text{Total}_{com\ desconto} - \text{Total}_{sem\ desconto} = 280 \text{ \$} - 200 \text{ \$} = 80 \text{ \$} \text{ estão sendo pagos pelas últimas 50 unidades contestáveis}$$

$$\text{O preço efetivo } (P_e) \text{ sobre as últimas 50} = 80 \text{ \$} / 50 = 1.6 \text{ \$}$$

Como $AAC < P_e < LRAIC \rightarrow$ a Comissão deverá averiguar se os rivais da firma dominante têm contra-estratégias

Dentre os fatores levados em consideração pela Comissão em sua avaliação está se a quantidade alvo estipulada pela empresa dominante para o recebimento do desconto é “individualizada” ou “padrão”. A importância dessa distinção resulta do fato de que enquanto um limiar

³⁷⁵ Guia de Análise, nota 7 supra, no § 44.

“individualizado” permite ao fornecedor dominante estabelecer o limiar em nível que torne mais difícil para os clientes trocarem de fornecedor, um limiar de volume padronizado pode ser muito alto para alguns pequenos clientes e/ou muito baixo para clientes de maior porte para gerar um efeito de maior fidelização.³⁷⁶ Portanto, o efeito de indução de fidelidade é provavelmente mais forte para quantidades alvo individualizadas do que para padronizadas.

Descontos para pacotes

Em um ambiente de descontos para múltiplos produtos, um fornecedor dominante pode garantir certo nível de vendas para um cliente se a demanda desse cliente estiver dividida entre vários produtos, e o fornecedor dominante for a única empresa capaz de oferecer alguns desses produtos.³⁷⁷ Nesse caso, um esquema abrangendo múltiplos produtos pode funcionar da mesma forma que o esquema para um único produto – alavancar a posição privilegiada da empresa dominante na base garantida para a parte contestável das vendas para o cliente.

O teste proposto pela Comissão em seu Guia de Análise é:

“Se o preço incremental que os clientes pagam por cada produto no pacote da empresa dominante permanecer acima do LRAIC da empresa dominante na hipótese para a inclusão do produto no pacote, a Comissão normalmente não intervirá porque um concorrente igualmente eficiente com um único produto deve, em princípio, ser capaz de concorrer de forma lucrativa contra o pacote. As ações punitivas poderão ser postas em prática, contudo, se o preço incremental estiver abaixo do LRAIC, porque nesse caso mesmo um concorrente igualmente eficiente poderá ser impedido de expandir ou entrar”.³⁷⁸

Este teste pode, mais uma vez, ser ilustrado mediante um simples exemplo numérico. Vamos presumir que o fornecedor dominante vende dois produtos *X* e *Y*. O *Produto X* é oferecido somente pelo fornecedor dominante, mas o *Produto Y* é oferecido tanto pelo fornecedor dominante como por alguns rivais eficientes. O *Cliente A* sempre comprará 50 unidades do *produto X* do fornecedor dominante, de forma que esse fornecedor tem uma base assegurada de 50 unidades ($Q_X^A_{NCS} = 50 \text{ Unidades}$). Mas o cliente também tem uma demanda de 50 unidades do *produto Y* ($Q_Y^A_{CS} = 50 \text{ Unidades}$), sendo que essas vendas poderiam ser contestadas por entrantes ou rivais eficientes, existindo, portanto, um mercado contestável de 50 unidades. O LRAIC para a produção de uma unidade de *X* e *Y* é similar, ou seja, 2 \$.

³⁷⁶ Idem no § 45.

³⁷⁷ Ver Guia de Análise, no § 60 (“Se as evidências sugerem que os concorrentes da empresa dominante estão vendendo pacotes idênticos, ou poderiam fazê-lo oportunamente sem serem impedidos por possíveis custos adicionais, a Comissão geralmente considerará tal situação como uma concorrência entre pacotes, em cujo caso a questão relevante não é se a receita incremental cobre os custos incrementais de cada produto no pacote, mas se o preço do pacote como um todo é predatório”.)

³⁷⁸ Ver Guia de Análise, nota 7 supra, no § 60.

O fornecedor dominante oferece o seguinte esquema de desconto para múltiplos produtos. O cliente pagará 4 \$/Unidade por cada produto se comprar uma quantidade total menor do que 100 unidades. Então, $P_{antes\ do\ desconto} = 4\ \$/Unidade\ se\ Q < 100\ Unidades$. Mas se o cliente comprar 100 unidades receberá um desconto no valor de 120 \$ no total, ou seja, 1.2 \$/unidade para cada 100 unidades adquiridas no total. $P_{depois\ do\ desconto} = 2.8\ \$/Unidade\ se\ Q = 100\ Unidades$. Como a metodologia e os números são os mesmos utilizados no exemplo acima, o resultado será o mesmo. O preço efetivo (P_e) para as 50 unidades contestáveis do Produto Y = 80 \$ / 50 = 1.6 \$. Como $P_e < LRAIC$, o desconto pode excluir rivais igualmente eficientes.

b. Avaliação da abordagem baseada em efeitos implementada pelo Guia de Análise

Apesar da lógica do teste de sucção proposto pela Comissão ser atraente, e esse teste preço-custo representar um progresso significativo comparado à abordagem formalista seguida pelas cortes da União Europeia, este teste levanta inúmeras questões de implementação que são discutidas abaixo.

A dificuldade mais significativa apresentada pelo teste de sucção diz respeito à determinação do tamanho da parcela contestável da demanda de um determinado cliente.³⁷⁹ O efeito de sucção se apóia na presunção de que o fornecedor dominante controla uma parte da demanda do cliente para a qual dá o desconto (ou, na hipótese de descontos para múltiplos produtos, o fornecedor dominante vende um produto de que o cliente em questão necessita e para o qual não existe fornecedor alternativo), que constituirá sua base assegurada. Também se presume que essa base assegurada (ou seja, a parte não contestável da demanda do cliente) é grande (caso contrário, a empresa dominante não conseguiria alavancar seu controle da parte não contestável para a parte contestável).³⁸⁰

O teste é bastante intuitivo para descontos para múltiplos produtos, e é fácil distinguir entre os

³⁷⁹ Em sua apresentação à Mesa Redonda da OCDE sobre descontos, o OFT declarou: “Apesar de teoricamente sólido, talvez o aspecto mais difícil na aplicação do teste [do efeito de sucção] para avaliar, na prática, qual é a proporção ‘assegurada’ das compras do cliente em contraposição à ‘contestável’”. United Kingdom, Roundtable on Bundled and Conditional Discounts and Rebates, DAF/COMP/WP3/WD(2008)46, 10 de junho de 2008 no § 38.

³⁸⁰ Ver Documento de Discussão, nota 73 supra, no § 146: “Em mercados onde, com relação à totalidade ou maior parte da demanda existem substitutos adequados, por exemplo, onde o produto é homogêneo e os concorrentes da alegada empresa dominante não sofrem restrições em sua capacidade, os sistemas de descontos geralmente não geram um efeito de fechamento que distorce o mercado. Se os concorrentes estiverem competindo em igualdade de condições por todos os clientes ou pela inteira demanda de um cliente individual, então é pouco provável que o sistema de descontos tenha um efeito de fechamento do mercado, a não ser que o preço efetivo do sistema de descontos, calculado sobre todas as vendas realizadas pela empresa dominante a seus clientes, seja considerado predatório...”.

produtos competitivos e não competitivos, já que são bastante diversos. Considerando os descontos sobre um único produto, por outro lado, pode ser difícil determinar, na prática, se – e, nesse caso, em que medida – a demanda de uma cliente específico por determinado produto ou serviço é contestável. Vários fatores entram em jogo nessa determinação: (i) *custos de mudança*: quando esses custos são significativos, podem ter um efeito de vincular os clientes ao fornecedor dominante, mesmo que estivessem dispostos a passar parte de suas necessidades para fornecedores alternativos; a parcela contestável, nesse caso, será pequena; (ii) *marcas essenciais (ou produtos essenciais no estoque)*: algumas marcas ou produtos podem ser essenciais para várias categorias de varejistas;³⁸¹ (iii) *restrições de capacidade*: mesmo que os clientes estejam dispostos e possam mudar para fornecedores alternativos, esses fornecedores podem não conseguir satisfazer a demanda resultante, e assim, garantirão a base assegurada da empresa dominante (pelo menos igual à demanda total menos as capacidades máximas disponíveis de seus rivais); e, (iv) *única fonte de fornecimento*: em setores em que as economias dos custos de transação são fundamentais, os clientes muitas vezes preferem comprar de um único fornecedor que pode fazer o fornecimento integral, ou pelo menos, de grande parte, da gama de produtos de que precisam. Isso pode impedir fornecedores com uma pequena gama de produtos de fornecer para tais clientes.³⁸²

O problema é que esses diferentes fatores, e sua importância relativa para determinado produto/serviço e/ou cliente, são difíceis de medir. A dificuldade de determinar a parcela contestável da demanda de certo cliente pode fazer com que a aplicação do teste do efeito de sucção proposto pela Comissão seja muito difícil na prática.

c. Proposta de abordagem alternativa

Quando não é possível estabelecer com um grau suficiente de certeza o tamanho da parte contestável da demanda de determinado cliente, a melhor abordagem provavelmente é – como no caso dos descontos incrementais incondicionados ou condicionados – aplicar o clássico teste de predação sobre *todas* as unidades vendidas pela empresa dominante. Essa abordagem é sustentada pelo Professor Hovenkamp em seu magistral tratado antitruste sob o fundamento de que outros testes podem ser difíceis de administrar e correm o risco de congelar a concorrência por preço.³⁸³

³⁸¹ Por exemplo, os supermercados podem precisar estocar certas marcas de consumo popular, como Coca Cola, Danone ou Nestlé, e os varejistas do setor de produtos eletrônicos voltados para o consumidor deverão ter em estoque as marcas líderes, como Apple, LG, Samsung ou Sony. Com poucas limitações, as marcas tendem a ter um papel menor nos mercados de insumos, como por exemplo, matérias primas ou componentes eletrônicos, já que esses insumos serão embutidos nos produtos e, assim, não são diretamente identificáveis pelo consumidor final.

³⁸² Deve-se observar, contudo, que um fornecedor que não consegue fornecer toda a gama de produtos exigida por determinado cliente, pode tentar se unir a outros fornecedores que produzem os produtos que faltam de forma a oferecerem, em conjunto, a gama de produtos necessária.

³⁸³ Ver Philip E. Areeda and Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law* (Supp. 2007) § 749b, em 245.

Alguns podem argumentar que um teste de predação não é suficiente para identificar os potenciais efeitos anticompetitivos dos descontos retroativos, e assim incorreria no risco de criar erros de Tipo II.³⁸⁴ Mas isso somente será verdade quando as presunções estritas (inclusive o fato de que $NC > C$) adotadas no Documento de Discussão e no Guia de Análise estiverem presentes, e quando os concorrentes da empresa dominante não tiverem contra-estratégias para superar as deficiências que podem impedi-los de contestar uma parte da parcela NC. Além disso, como será visto abaixo, o teste de padrão de custo proposto pela Comissão no Documento de Discussão (custo total médio, ATC – average total cost) ou no Guia de Análise (LRAIC) é particularmente rigoroso e certamente ainda mais rigoroso do que os padrões de custos recomendados pela maioria dos estudiosos e profissionais da área (custo variável médio, AVC – average variable cost, ou custo evitável médio, AAC – average avoidable cost).³⁸⁵ Dessa forma, apoiar-se em *standards* de custo exigentes pode ser uma forma de reduzir o risco de falsos negativos que – alega-se – podem resultar da aplicação de um teste de predação puro aos descontos retroativos.

³⁸⁴ Ver, por exemplo, Robert H. Lande, “Should Predatory Pricing Rules Immunize Exclusionary Discounts?”, (2006) *Utah Law Review* 863, 878.

³⁸⁵ O *Documento de Discussão* justifica o uso de um padrão de custo de longo prazo como o ATC (e implicitamente o LRAIC) dizendo que uma empresa pode financiar os prejuízos das vendas na parte contestável da demanda por meio de lucros nas vendas em sua base assegurada e, dessa forma, usar um esquema de descontos por muito tempo. Ver nota 73 supra, no § 154. Esse raciocínio, contudo, não convence a maioria dos estudiosos de economia e direito, que por sua vez acreditam que o AAC é o padrão de custos correto. Ver, por exemplo, Simon Bishop and Philip Marsden, “Editorial - The Article 82 Discussion Paper: A Missed Opportunity”, April 2006, *European Competition Journal*, 1-7 na p. 5. Em primeiro lugar, enquanto cobrir seu AAC, faz todo sentido econômico para a empresa dominante fazer a venda, já que qualquer rendimento adicional contribuirá positivamente para a recuperação dos custos fixos, que é a primeira preocupação de muitas empresas. Dessa forma, o comportamento da política de preços pelos quais uma empresa vende parte ou mesmo a totalidade de sua produção a preços abaixo do ATC/LRAIC é uma prática difundida, em particular em setores em que as empresas incorrem em altos custos fixos (ou seja, indústrias de tecnologia da informação, setores intensivos em pesquisa, etc.). Portanto, preços abaixo do ATC mas acima do AAC podem representar uma conduta perfeitamente racional e não deveriam dar causa ao escrutínio antitruste. Em segundo lugar, o fato de que um esquema de descontos *pode* ser posto em prática por um longo período de tempo, não pode justificar o fato de *ficará* em vigor por no longo prazo. Empresas dominantes podem, *temporariamente*, precificar seus produtos abaixo tanto do ATC como do LRAIC por inúmeras razões legítimas, por exemplo, porque querem promover um novo produto por meio de um preço de entrada inicial relativamente baixo (o assim chamado “preço de penetração”), porque existe uma súbita queda na demanda, porque a empresa está em estágios iniciais de operação em um mercado com custos de mudança de fornecedor, etc. Quando os preços baixos são apenas temporários, os custos que variam somente no longo prazo não podem ser evitados e, assim, não deveriam ser incluídos na avaliação da rentabilidade dos preços. Além disso, se é verdade que uma empresa pode financiar as perdas nas vendas na parte contestável da demanda por meio dos lucros nas vendas em sua base assegurada, essa estratégia, não obstante, terá um custo (em termos de lucros abandonados) que a empresa dominante pode não querer, necessariamente, levar adiante por muito tempo.

Uma forma de reduzir o risco de erros do Tipo II é combinar o teste de predação padrão com a análise de uma série de fatores de mercado. Nesse contexto, a Comissão sugere no Documento de Discussão de 2005 sobre o Artigo 102 que:

“Quando não for possível, de uma forma geral, estabelecer detalhadamente a parcela [contestável], a Comissão deverá avaliar, genericamente, em que medida o sistema de descontos impede a expansão ou entrada de concorrentes. E o fará investigando o desempenho de mercado da empresa dominante, de preferência comparando a situação antes e depois do sistema de descontos ter sido introduzido. Entre outros, fará uma avaliação da importância do desconto, comparando seu tamanho com o preço cheio por unidade de produto e das indicações de um efeito de fechamento de mercado efetivo, como a saída ou o declínio das participações de mercado dos concorrentes ou a remoção dos produtos de suas lista de compras”.³⁸⁶

A seção do Guia de Análise que lida com descontos não mais menciona esses fatores citados acima. Contudo, em sua seção geral sobre fechamento de mercado, o Guia de Análise declara que inúmeros fatores serão levados em consideração para determinar quando uma conduta considerada abusiva terá a probabilidade de resultar em efeitos anticompetitivos, inclusive

*“possível evidência de fechamento de mercado efetivo. Se a conduta estiver em vigor por tempo suficiente, o desempenho de mercado da empresa dominante e seus concorrentes poderá fornecer provas diretas do fechamento anticompetitivo de mercado; por razões atribuíveis à alegada conduta abusiva, a participação de mercado da empresa dominante poderá ter aumentado ou o declínio de sua participação de mercado pode ter diminuído; por razões similares, concorrentes efetivos podem ter sido marginalizados ou ter saído, ou concorrentes potenciais podem ter tentado entrar e falhado”.*³⁸⁷

Apesar da disposição da Comissão em examinar os “efeitos” dos descontos condicionados concedidos pela empresa dominante serem bem-vindos, a análise dos fatores de mercado enumerados nas citações acima deve ser tratada com cuidado. Pode ser muito tentador para uma autoridade da defesa da concorrência examinar as respectivas participações de mercado da empresa dominante e de seus rivais *antes* e *depois* do sistema de descontos ter sido introduzido e, se a participação de mercado da empresa dominante tiver aumentado, enquanto a de seus rivais diminuiu durante o período relevante, concluir que isso é devido aos efeitos de fechamento de mercado dos descontos em questão, vindo a proibi-los por tal razão. Essa abordagem é muito simplista, contudo, porque as flutuações da participação de mercado podem ser devidas a uma ampla gama de fatores, tais como o fato de ter aumentado a qualidade dos produtos da empresa dominante, enquanto a dos rivais diminuiu, terem ocorrido mudanças na demanda do consumidor que não têm relação com os descontos concedidos, e outras mudanças que podem ser de difícil

³⁸⁶ Ver Documento de Discussão, nota 73 supra, no § 164.

³⁸⁷ Ver *Guia de Análise*, nota 7 supra, no § 20.

mensuração. A *causalidade* entre os descontos concedidos pelo fornecedor dominante e a redução (ou simples manutenção) das participações de mercado de seus rivais podem, dessa forma, ser difícil de estabelecer.³⁸⁸

Quando os descontos tiverem sido concedidos por certo período de tempo, uma abordagem mais relevante seria examinar se os próprios objetivos da política de preços excludentes foram alcançados. O fundamento dessa abordagem é que o motivo pelo qual as empresas dominantes buscam excluir seus concorrentes por meio de descontos anticompetitivos é para subsequentemente aumentar os preços (ou diminuir a produção), reduzir a qualidade ou desacelerar a corrida da inovação.³⁸⁹ Assim, quando esses efeitos não tiverem ocorrido, não se pode concluir que os consumidores tenham sido lesados. Quando muito, a queda de preços com nível de qualidade constante (ou melhorada) mostra que os descontos em questão são, como geralmente acontece, pró-competitivos e aumentam o bem-estar do consumidor. Na verdade, em um contexto de contínua queda de preços, os descontos provavelmente são apenas mais uma prova de concorrência acirrada. Nesses casos, pode ser tão importante evitar erros do Tipo I (super-dissuasão) como erros do Tipo II (sub-dissuasão), fazendo uso de uma abordagem muito cuidadosa na caracterização de um sistema de descontos específico como anticompetitivo.

2.15 2.2. Os clientes excluídos representam uma parcela significativa do mercado relevante?

Os testes preço-custo são instrumentos úteis para determinar se os descontos em questão *podem* eliminar concorrentes porque os clientes das empresas dominantes não podem simplesmente optar por fornecedores alternativos sem incorrer em substanciais custos de mudança, que concorrentes igualmente eficientes não conseguem superar. Mas o fato de que determinado regime não passa no teste preço-custo não pode significar o fim da investigação.

A próxima etapa é determinar se esses clientes representam uma parcela substancial do mercado a que os rivais teriam acesso, privando-os da possibilidade de expandir e/ou entrar com rentabilidade.³⁹⁰ O fato de que certo desconto elimina um ou mais concorrentes da empresa dominante do fornecimento a um ou mais clientes não é suficiente para demonstrar a presença de

³⁸⁸ O mesmo também é verdade com relação à saída dos rivais. Os concorrentes das empresas dominantes podem ser forçados a sair do mercado por inúmeras razões que não estão relacionadas com os descontos em questão, como preços altos, baixa qualidade dos produtos, má gestão, falta de marketing adequado, etc. Pode ser muito difícil medir o impacto efetivo dos descontos nos resultados do mercado que podem também ser decorrentes de vários outros fatores.

³⁸⁹ Esses resultados do mercado geralmente são fáceis de identificar e estão ao alcance das autoridades concorrenciais mais sofisticadas.

³⁹⁰ Para a aplicação deste padrão na legislação norte-americana, ver *Concord Boat*, 207 F.3d em 1059 (o juízo observou que os construtores de barcos “*não tinham conseguido apresentar provas suficientes para demonstrar que Brunswick tinha fechado uma parte substancial do mercado de motores de popa por meio de conduta anticompetitiva*”).

efeitos anticompetitivos. Tais efeitos aparecerão somente quando esses clientes representarem uma parcela substancial do mercado que é crítica para a competitividade dos rivais. Caso contrário, mesmo que eles não consigam fornecer para um ou vários clientes, os rivais terão acesso a uma parcela suficiente da demanda para os produtos/serviços em questão que lhes permitirá entrar ou permanecer no mercado de forma rentável, e assim limitar a atuação a empresa dominante.³⁹¹ Esse ponto fundamental foi apresentado por Philip Lowe, o então Diretor Geral do DG COMP, com relação ao Documento de Discussão:

“No [Documento de Discussão] propusemos que com relação aos descontos – bem como outros tipos de condutas baseadas em preços – a exclusão do “concorrente igualmente eficiente” é abusiva. Apesar deste não ser o único teste que pode ser utilizado para demonstrar o abuso, é muito útil, já que permite que as empresas dominantes tenham sua conduta avaliada com base em seus próprios custos. Um teste preço-custo que não apresente um bom resultado não significa, obviamente, o fim da análise. Ainda é preciso provar a probabilidade de efeitos de fechamento do mercado”.³⁹²

É claro que o problema é determinar qual é a parcela ou montante “substancial” do mercado, para poder estabelecer o nível de fechamento que seria preocupante para as autoridades de defesa da concorrência. Como observado acima, a resposta a essa pergunta está ligada às variações de um mercado para o outro e, portanto, exige uma análise caso a caso. Por exemplo, nos mercados com uma escala mínima eficiente (MES – *minimum efficient scale*) pequena e, em geral, baixas barreiras à entrada, descontos que cubram uma parte relativamente significativa do mercado podem ser insuficientes para barrar um novo entrante.

2.16 2.3. Os efeitos dos descontos anticompetitivos são contrabalançados por eficiências?

Se os descontos em questão fecham uma parcela substancial do mercado, a empresa dominante deve ter a possibilidade de demonstrar que os efeitos de fechamento dos descontos são compensados por eficiências pró-competitivas.

Apesar de a importância das eficiências ter sido reconhecida pelas cortes norte-americanas há muito tempo, uma das críticas mais frequentes contra as decisões da Comissão e das Cortes da

³⁹¹ Observar que em setores onde as economias de escala e escopo são pequenas e as externalidades de rede irrelevantes, um desconto que venha a fechar parte substancial do mercado poderá, por si só, não ser capaz de eliminar os concorrentes, e, portanto, deve ser considerado legal. Ver “Comments of Professor Elhauge on DG Competition Discussion Paper on Exclusionary Abuses”, na p. 3, disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/072.pdf>

³⁹² Philip Lowe, “Remarks on Unilateral Conduct”, Session on International Enforcement Perspectives, Federal Trade Commission and Antitrust Division Hearings on Section 2 of the Sherman Act, Washington DC, 11 de setembro de 2006 (grifos nossos).

UE é que não consideraram suficientemente as eficiências efetivas ou potenciais dos descontos, concentrando-se excessivamente nos efeitos excludentes efetivos ou potenciais.³⁹³ A jurisprudência mais recente das Cortes da UE, bem como o Guia de Análise da Comissão, assinalam a importância de levar as eficiências em conta na avaliação dos descontos.³⁹⁴

O Guia de Análise indica que a Comissão estará disposta a considerar “alegações feitas por empresas dominantes de que os sistemas de desconto obtêm vantagens de custo e outras vantagens que são repassadas aos clientes”.³⁹⁵ O Guia de Análise é, contudo, bastante crítico quanto às categorias de vantagens de custo que serão aceitas pela Comissão, dispondo meramente que as transações relacionadas com vantagens de custo têm, normalmente, maior probabilidade de serem alcançadas com metas de volume padronizadas do que com metas individualizadas. Quanto a outras eficiências, o Guia de Análise se limita a observar que os descontos incrementais têm, em geral, maior probabilidade de dar aos revendedores um incentivo para produzir e revender um volume maior do que os esquemas de descontos retroativos sem, contudo, explicar a razão.³⁹⁶ O Guia de Análise teria se beneficiado de uma revisão mais ampla das diferentes “eficiências” ou efeitos pró-competitivos que estão associados com os descontos, que discutimos na Parte II acima.

Como observado acima, um importante aspecto na avaliação dos descontos condicionados é analisar os possíveis efeitos pró e anticompetitivos de um determinado regime de descontos com mente aberta ao invés de tomarmos por base opiniões que afirmam que certos tipos de desconto nada mais fazem do que lesar os consumidores. Por exemplo, descontos de “fidelidade” ou “participação de mercado”, que são geralmente vistos negativamente pelas autoridades e tribunais concorrenciais, podem ser fontes de eficiências.³⁹⁷ Os descontos de participação de mercado podem, na verdade, ser necessários para se chegar a objetivos que não podem ser alcançados por meio de descontos por volume. Apesar dos descontos por volume tenderem a incentivar os compradores a adquirir grandes quantidades (permitindo que o fornecedor obtenha economias de escala, etc.), podem representar um risco para os compradores em indústrias onde

³⁹³ Ver Damien Geradin, “Efficiency Claims in EC competition Law and Sector-specific Regulation” in H. Ullrich, Ed., *The Evolution Of European Competition Law Whose Regulation, Which Competition?*, Edward Elgar, 2006.

³⁹⁴ Ver, por exemplo, European Commission, Roundtable on Bundled and Conditional Discounts and Rebates; DAF/COMP/WP3/WD(2008)48. “*Ultimamente, houve uma mudança na prática da Comissão e das Cortes Europeias, a qual, de forma mais clara do que no passado, garante que as eficiências serão levadas em consideração, permitindo que a empresa dominante demonstre que tais eficiências tem a probabilidade de suplantam os efeitos anticompetitivos em benefício dos consumidores*”.

³⁹⁵ Idem no § 46.

³⁹⁶ Idem.

³⁹⁷ As eficiências também podem ser difíceis de provar, especialmente quando um determinado desconto não é motivado por qualquer razão específica, mas reflete as opiniões concorrentes de vários executivos envolvidos em negociações comerciais.

é difícil prever antecipadamente como uma determinada linha de produtos venderá. Nessas indústrias, os clientes podem realmente não obter o desconto ao final do período por razões que podem ser totalmente independentes de sua vontade ou esforço. Os clientes podem, então, pedir aos fornecedores um desconto de participação de mercado, já que esse tipo de desconto garante que receberão o desconto adquirindo suas necessidades até o nível percentual exigido para atingir o limiar. Portanto, os descontos baseados em porcentagem equivalem a um mecanismo de divisão de risco entre os fornecedores e seus clientes.

Quando a demanda é incerta, os riscos também podem ser divididos entre fornecedores e clientes mediante a adoção de um desconto retroativo. Ao invés de estabelecer antecipadamente o preço e o volume dos produtos a serem adquiridos (o que garante volume para o fornecedor, mas coloca muita pressão sobre o comprador), o fornecedor e o comprador podem concordar com um desconto retroativo que será concedido acima de certo limiar. O fornecedor sabe que o comprador terá um forte incentivo financeiro para atingir esse limiar (que, por sua vez, deve garantir certo volume ao fornecedor), mas o comprador não é obrigado a atingir o limiar sob pena de quebra de suas obrigações contratuais. No pior cenário, se deixar de atingir o limiar isso significará somente que não obterá o desconto e assim sofrerá uma penalidade de preço.

Em resumo, para implementar realmente uma abordagem baseada em efeitos, fundamentada na moderna teoria econômica (como descrita acima), as autoridades concorrenciais devem levar a sério as eficiências potenciais dos descontos, avaliando-as detalhadamente, e não simplesmente considerando-as uma exceção ao que seria considerado, de qualquer outra forma, uma conduta excludente.

3. Venda casada

A venda casada é prática comercial habitualmente utilizada por empresas dominantes e não dominantes. A venda casada geralmente aumenta o valor dos produtos para os usuários.³⁹⁸ As vendas de Smartphones e tablets, por exemplo, estão crescendo rapidamente porque esses aparelhos integram múltiplas características. Combinam mobilidade e poder de computação, e os milhares de aplicativos que oferecem atraem os usuários. Proibir a venda casada com base em regras *per se* não faz sentido, e, em muitos casos, tem a probabilidade de causar danos à concorrência e prejuízo aos consumidores.

Como visto na Parte II, a análise econômica da venda casada atravessou diferentes fases e agora parece ter chegado a um equilíbrio, por meio do qual os economistas concordam que, apesar da venda casada ser geralmente pró-competitiva, há circunstâncias em que produz efeitos de fechamento de mercado. Essa é a linha adotada pela Comissão Europeia em seu Guia de Análise. Como a venda casada não deveria estar sujeita às regras de ilegalidade (ou legalidade) *per se*, é fundamental desenvolver o teste analítico correto para ajudar as autoridades e tribunais de defesa da concorrência a separar as vendas casadas pró-competitivas das anticompetitivas.

³⁹⁸ Elhauge and Geradin, nota 3 *supra*, em 570.

Na prática, as seguintes condições devem ser satisfeitas para declarar que uma venda casada é ilegal: (i) os produtos principal e vinculado devem ser distintos; (ii) deve existir dominância no mercado principal; (iii) a venda casada deve produzir fechamento anticompetitivo de mercado; e, (iv) não ser justificada por eficiências compensatórias. O resto desta seção revisa essas condições, antes de extrair algumas conclusões.

3.17 3.1. Os produtos principal e vinculado devem ser distintos

De acordo com a jurisprudência das cortes europeias, dois produtos são distintos quando existe uma demanda separada para o produto vinculado. Assim, em sua decisão no caso *Microsoft*, a Corte Geral entendeu que o Windows e o Windows Media Player eram produtos distintos, já que existe uma demanda separada para media players. Tomando literalmente, esse teste de “demanda separada para o produto vinculado” pode levar à conclusão de que telefones celulares e toques de chamada, PCs e teclados, e MP3 players e fones de ouvido são todos produtos distintos, apesar de os consumidores claramente os verem como partes de um único produto. Este teste cria, portanto, um risco considerável de que combinações de produtos absolutamente benignas possam ser consideradas anticompetitivas (um erro de Tipo I).

O teste correto é que dois produtos são distintos se não houver demanda separada do consumidor para os dois produtos – o produto principal e o produto vinculado. De fato, é perfeitamente possível haver demanda separada para toques de chamada sem um telefone celular, mas com certeza não existe demanda de telefone celular sem toque de chamada. Da mesma forma, apesar de existir demanda separada para cadarços, não existe uma demanda para sapatos sem cadarços. Por outro lado, apesar de a impressora e de o papel serem tipicamente usados em conjunto, existe uma demanda separada tanto para impressoras (neste caso o produto principal) e para papel (o produto vinculado). Uma tentativa de um fabricante de impressoras dominante vincular a venda de suas impressoras à compra de grandes quantidades de papel preencheria, assim, a segunda condição do teste.

Em seu Guia de Análise, a Comissão parece seguir essa linha de raciocínio quando diz que:

“Dois produtos são distintos se, na ausência da venda casada ou pacote, um número substancial de clientes comprar ou tiver comprado o produto principal sem, contudo, comprar o produto vinculado do mesmo fornecedor, permitindo, portanto, a produção independente tanto do produto principal como do vinculado”.³⁹⁹

3.18 3.2. Dominância no mercado principal

Como vimos na Parte II, a venda casada pode ser usada para alavancar a posição dominante no mercado do produto principal para o mercado vinculado. Logo, precisa ser demonstrado que a empresa que se engaja na prática da venda casada é dominante no mercado do produto principal, caso contrário não conseguirá impor a venda conjunta do produto vinculado. Na verdade, em um

³⁹⁹ Guia de Análise, nota 7 supra, no § 51.

contexto onde a empresa não ocupa a posição dominante no produto principal, a tentativa de impor a venda conjunta do produto vinculado fará somente com que os consumidores que não estão dispostos a comprar o pacote procurem outros fornecedores que oferecem os dois produtos separadamente.

3.19 3.3. Fechamento de mercado anticompetitivo

Como já discutimos na Parte II, a venda casada pode ser utilizada tanto para propósitos de alavancagem “ofensiva” como “defensiva”.⁴⁰⁰

a. Alavancagem ofensiva

Pelas razões descritas acima, a aplicação das regras de ilegalidade (ou legalidade) *per se* à venda casada não faz sentido, já que a venda casada pode ser fonte de eficiências significativas, o que pode compensar amplamente os efeitos anticompetitivos que tal conduta pode gerar. Mas mesmo antes de as autoridades e tribunais de defesa da concorrência se engajarem nesse equilíbrio (ver seção 3.4 abaixo), precisam estipular que a conduta em questão tem a probabilidade de resultar em efeitos anticompetitivos. Várias observações cabem aqui.

Primeiro, as autoridades e tribunais concorrenciais não devem tirar conclusões apressadas de que a venda casada exclui os rivais no mercado do produto vinculado. Isso depende, essencialmente, das circunstâncias e, em especial, de até que ponto os rivais podem desenvolver contra-estratégias para concorrer no mercado do produto vinculado. Por exemplo, se um cliente não pode adquirir uma impressora (produto principal) sem comprar uma grande quantidade de papel (produto vinculado) do fabricante da impressora, esse cliente não comprará o papel dos concorrentes do fabricante, pelo menos durante certo período. Nessas circunstâncias, o cliente foi claramente “coagido” a comprar o papel da empresa dominante e os fabricantes de papel rivais foram excluídos. Por outro lado, ao vender o Internet Explorer como parte de seu sistema operacional Windows, a Microsoft não elimina necessariamente os outros desenvolvedores de programas de navegação (browser) na internet. Apesar de os usuários de impressora forçados a comprar grandes quantidades de papel não comprarem quantidades adicionais de outros fornecedores, nada impede que os usuários de computador tenham diferentes programas de navegação em seus computadores (uma prática denominada “*multi-homing*”), especialmente se browsers concorrentes puderem ser facilmente baixados da web. Assim, ao desenvolver um modelo de negócio de dois lados, que lhes permita oferecer seu browser gratuitamente e fazendo com que esse browser seja fácil de baixar na internet, os desenvolvedores de browsers rivais conseguem concorrer e ter sucesso no mercado do produto vinculado. Isso explica por que, apesar do Internet Explorer vir junto com o Windows, muitos usuários de computador usam browsers rivais, como Firefox ou Chrome.

Em segundo lugar, para sustentar sua análise de fechamento de mercado, as autoridades e

⁴⁰⁰ Idem no § 52.

tribunais de defesa da concorrência podem usar diferentes técnicas econômicas, tais como a “análise contrafactual”. Por exemplo, em seu Guia de Análise, a Comissão Europeia dispõe que, ao investigar um caso, geralmente comparará:

“a situação efetiva ou a provável situação futura no mercado relevante (com a conduta da empresa dominante em vigor) com uma análise contrafactual adequada, tal como a simples ausência da conduta em questão, ou com outro cenário realista alternativo relacionado com práticas comerciais estabelecidas”.⁴⁰¹

Quando a informação estiver disponível, as autoridades ou os tribunais de defesa da concorrência poderão, por exemplo, comparar a situação nos mercados em que a empresa dominante se engajou na venda casada com a situação em mercados onde ela não se engajou em tal prática. Isso geralmente permite uma visão melhor do impacto da venda casada sobre a concorrência.

Em terceiro lugar, como no caso dos acordos de exclusividade e descontos condicionados, a venda casada só consegue eliminar rivais se for aplicada a uma parcela substancial do mercado. Por exemplo, uma empresa dominante que pratica a venda casada contratual com certo número de clientes que representam uma pequena parcela da demanda geral para o produto vinculado tem pouca probabilidade de criar efeitos de fechamento de mercado já que a parcela contestável do mercado do produto vinculado continuará a ter tamanho suficiente para permitir que esses rivais façam negócios lucrativos.

b. Alavancagem defensiva

Apesar de existirem circunstâncias em que a venda casada pode ser usada por uma empresa dominante para proteger seu poder de mercado no mercado principal, as alegações de alavancagem defensiva devem ser analisadas cuidadosamente, já que geralmente se baseiam em raciocínios especulativos. Como vimos acima, na década de 1990, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos alegou que ao vincular seu browser Internet Explorer ao Windows, a Microsoft estava tentando eliminar o Netscape (o principal rival do Internet Explorer), já que a Microsoft estava preocupada que o Netscape pudesse eventual ameaçar sua posição dominante no mercado de sistemas operacionais de PCs.

3.20 3.4. Eficiências

Como vimos acima, a venda casada pode ser fonte de significativas eficiências. Esta opinião é compartilhada pela Comissão Europeia, que em seu Guia de Análise declara que examinará as alegações de empresas dominantes de que suas práticas de venda casada ou pacote podem levar a economias de custos que beneficiam os clientes, reduzem custos de transação para os clientes, ou que, a combinação de dois produtos independentes em um produto único e novo, aumenta a possibilidade de introduzir esse produto para o mercado em benefício dos consumidores.⁴⁰²

⁴⁰¹ Guia de Análise, nota 7 supra, no § 21.

⁴⁰² Idem no § 62.

O sopesamento dos efeitos potencialmente anticompetitivos com as eficiências potenciais é uma tarefa fundamental para as autoridades e tribunais de defesa da concorrência. O motivo é que, apesar da venda casada poder ter um grave impacto negativo sobre os rivais e, dessa forma, produzir efeitos de fechamento de mercado, ela pode não prejudicar o bem-estar do consumidor. Em muitos casos, os consumidores se beneficiam, e muito, da integração de produtos que antes eram vendidos separadamente. Na economia moderna, a integração de produtos é uma das possibilidades que os fabricantes utilizam pra aumentar o valor das ofertas que fazem a seus clientes, e ofertas de diferentes valores podem ser consideradas uma dimensão competitiva importante.

Conclusão. Tomando o Guia de Análise da Comissão da União Europeia como ponto de partida, esta seção desenvolveu uma moldura analítica para lidar com as dificuldades de identificar as restrições verticais que devem ser consideradas violações do direito de defesa da concorrência. Os princípios e diretrizes propostos tentam criar padrões mais concretos para definir as infrações nos termos da linguagem vaga das legislações concorrenciais da União Europeia, do Brasil e provavelmente de várias outras jurisdições. Ao fazê-lo, a meta fundamental é atingir um nível mais eficiente de aplicação da legislação, evitando erros do tipo 1 ("falsos positivos") e do tipo 2 ("falsos negativos") com suas respectivas consequências de super-dissuasão e sub-dissuasão.

VII. Contexto Institucional Necessário para a Implementação da Moldura Analítica Proposta

O desenvolvimento de uma moldura analítica para a avaliação dos efeitos competitivos das restrições verticais é um passo na direção de um nível mais eficiente de aplicação da lei de defesa da concorrência. Contudo, a efetiva implementação dessa estrutura dependerá, na maioria das vezes, da dotação institucional da jurisdição relevante (autoridades e tribunais de defesa da concorrência, advogados especializados em antitruste, etc.). Em outras palavras, a aplicação eficiente da lei só pode ser alcançada quando os padrões substantivos adequados forem combinados com as capacidades institucionais corretas.

Nesse contexto é importante nos voltamos para os desafios institucionais associados com a implementação da estrutura analítica proposta. Esta seção examina, em primeiro lugar, esses desafios em um nível mais geral, indicando as capacidades institucionais gerais necessárias para a implementação de uma análise das restrições verticais baseada em efeitos. Em seguida, discute os contextos institucionais da UE e do Brasil de uma perspectiva mais próxima, ilustrando os desafios concretos nessas duas importantes jurisdições.

Em primeiro lugar, um ponto crucial é o ajuste da estrutura regulatória para permitir às autoridades implementar uma abordagem baseada em efeitos. Na maioria das jurisdições que não estão inseridas no sistema Anglo-Saxão, isso pode envolver mudanças legislativas que necessitam de intervenção explícita do Congresso ou das autoridades relevantes. Contudo, essas mudanças exigirão que grande parte da comunidade política seja persuadida dos benefícios significativos de uma abordagem flexível baseada em efeitos com relação às restrições verticais, impedindo que os consumidores sejam lesados e que ao mesmo tempo permita que os negócios se desenvolvam de maneira mais eficiente e possam distribuir melhor seus bens e serviços.

Segundo, assim que a estrutura legislativa estiver em vigor, as atenções deverão se voltar para regulamentos capazes de traduzir a abordagem geral baseada em efeitos em padrões que funcionem adequadamente na avaliação das condutas específicas. Essas diretrizes são desejáveis não apenas porque aumentam a aplicabilidade das normas concorrenciais, mas também porque enviam os sinais corretos aos players do mercado. Na medida em que são claras e específicas, essas diretrizes podem se tornar uma importante fonte de referência para programas de *compliance* desenvolvidos por empresas dominantes. Apresentar padrões consistentes, portos seguros (por exemplo, um porto seguro para níveis de fechamento que não gerem preocupações anticompetitivas), e circunstâncias que podem aumentar o nível de preocupação, é fundamental para melhorar a aplicação da lei num sistema baseado em efeitos, tal como o proposto neste trabalho.

Terceiro, considerando que a estrutura analítica proposta acima é fortemente baseada em um raciocínio econômico, é importante garantir que as autoridades concorrenciais terão a capacidade institucional de implementar esse tipo de análise. Isso exige comprometimento multidisciplinar dessas autoridades, que deverão aplicar uma argumentação jurídica e econômica de forma integrada. Na prática, isso significa que tanto advogados como economistas terão que trabalhar lado a lado no órgão concursal. O recrutamento de funcionários com experiência tanto em direito como em economia também é desejável.

Em algumas autoridades, a implementação de uma estrutura analítica mais sofisticada também exigirá a contratação de pessoal adicional. Na verdade, o aumento dos níveis de dissuasão por meio de uma análise baseada em efeitos certamente exige mais tempo e pessoal do que a aplicação de uma abordagem formalista mais simplista. Apesar de o recrutamento de funcionários adicionais ser sempre um processo difícil em qualquer burocracia, por exigir um orçamento maior, não obstante deve ser visto como um investimento no melhor funcionamento dos mercados, o que, por sua vez, trará importantes dividendos para a economia nacional.

Em quarto lugar, como os tribunais provavelmente terão a palavra final nas decisões de defesa da concorrência, é importante que as cortes tenham a capacidade necessária para revisar decisões com base em argumentos econômicos. A extensão dessa capacidade depende da profundidade e alcance da revisão judicial de decisões antitruste: quanto mais profunda a revisão, mais ampla será a argumentação econômica necessária. Nesse contexto, as regras procedimentais que permitem a participação de especialistas econômicos e o peso do testemunho dos peritos certamente influenciarão a capacidade de os tribunais emitirem decisões sólidas em questões de defesa da concorrência.

Por último, para implementar uma análise baseada em efeitos mais sofisticada, é essencial que a grande comunidade antitruste esteja tecnicamente preparada para o desenvolvimento de uma análise econômica e jurídica detalhada. Com efeito, consultores jurídicos externos, economistas e advogados internos devem compreender, desenvolver e responder a argumentos jurídicos e econômicos complexos para alcançar resultados sólidos. Caso contrário, não será possível desenvolver o tipo de análise aprofundada exigida pela moldura analítica proposta.

Como delineado acima, para implementar a moldura analítica proposta neste estudo, é

importante desenvolver um sistema institucional com regras, diretrizes, capacidade analítica sólida das autoridades, e advogados e economistas bem preparados na área. Os próximos dois sub-tópicos discutirão em mais detalhes como a UE e o Brasil podem enfrentar esse desafio.

J. A. O Contexto Institucional da UE

Como visto acima, as restrições verticais adotadas pelas empresas dominantes devem ser avaliadas com base no Artigo 102 do TFUE, que é um dispositivo amplo designado para capturar todos os tipos de abuso de dominância. O Artigo 102, aplicável às restrições verticais, foi interpretado pelas cortes da União Europeia em inúmeras decisões basilares. Em seu Guia de Análise de 2008, a Comissão também expressou suas prioridades com relação à executoriedade do Artigo 102. Portanto, não é necessário introduzir emendas ao TFUE ou adotar diretrizes interpretativas para que uma abordagem baseada em efeitos seja utilizada na avaliação das restrições verticais adotadas por empresas dominantes.

Com relação às instituições encarregadas de executar as normas concorrenciais da UE, o sistema da União Europeia combina elementos centralizados e descentralizados.⁴⁰³ Os casos que apresentam o assim chamado “interesse da Comunidade”, porque envolvem uma conduta que atinge vários Estados-Membros ou questões de direito concorrencial inovadoras, por exemplo, ficarão sob a responsabilidade da Comissão Europeia, enquanto outros casos serão tratados pelas autoridades concorrenciais nacionais (conhecidas como "NCAs" na sigla em inglês para *National Competition Authorities*).⁴⁰⁴ Como o Artigo 102 tem o denominado “efeito direto”,⁴⁰⁵ também pode ser aplicado pelos juízos nacionais seja por motivação própria ou quando invocado pelas partes. A Corte Geral em Luxemburgo aprecia os recursos interpostos contra as decisões da Comissão e a Corte de Justiça Europeia conhece dos recursos impetrados contra as decisões da Corte Geral ou questões de interpretação jurídica trazidas pelos juízos nacionais.⁴⁰⁶

Considerando-se o nível europeu, o Diretório Geral (DG) da Concorrência encarregado de executar as normas concorrenciais da União Europeia é uma instituição sofisticada, perfeitamente capaz de aplicar molduras analíticas complexas. Em suas avaliações dos contratos e fusões anticompetitivos, nestas últimas duas décadas a Comissão se apoiou em argumentos econômicos, e seu Guia de Análise de 2008 sugere que a avaliação da conduta das empresas dominantes também deve se basear em análises econômicas. Apesar de a maioria dos funcionários da Comissão ser composta de advogados, o DG da Concorrência compreende um número significativo de economistas, bem como um Economista Chefe que conta com o apoio

⁴⁰³ Ver Damien Geradin, “Competition between Rules and Rules of Competition: A Legal and Economic Analysis of the Proposed Modernization of the Enforcement of EC Competition Law”, 9 (2002) *Columbia Journal of European Law*, 1

⁴⁰⁴ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, O.J. 2004, C 101/43, no §15.

⁴⁰⁵ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, O.J. L 1/1, no § 4.

⁴⁰⁶ Artigo 256 TFUE.

de mais de vinte Doutores em Economia. Não há dúvida, portanto, que o DG da Concorrência está apto a aplicar o tipo de análise baseada em efeitos que ele próprio recomenda em seu Guia de Análise.

As cortes de justiça da União Europeia devem ser vistas sob uma perspectiva com certas nuances. A Corte Geral, cuja principal função é apreciar os recursos interpostos contra decisões concorrenciais emitidas pela Comissão, é composta principalmente por juízes generalistas que ascendem à Corte com pouca ou nenhuma experiência em direito da concorrência. Uma avaliação similar pode ser feita da Corte de Justiça Europeia, que compreende ainda menos juízes com especialização em questões de direito da concorrência. É claro que nada impede que as Cortes da UE contratem especialistas em economia para assisti-las na avaliação da força dos argumentos econômicos apresentados pela Comissão e pelas empresas que contestam as decisões da Comissão, mas isso ocorreu apenas em um limitado número de circunstâncias no passado.⁴⁰⁷ Como será discutido abaixo, as cortes da UE não parecem dispostas, contudo, a examinar os argumentos econômicos quando revisam as decisões da Comissão.

Apesar de as Cortes da União Europeia fazerem, na maior parte das vezes, uma revisão “integral” dos aspectos jurídicos e factuais das decisões da Comissão, elas tradicionalmente aplicam um padrão de revisão deferente a questões econômicas complexas. No caso *Microsoft*, por exemplo, a Corte Geral observou que:

“com base em jurisprudência consistente que, não obstante como regra geral as Cortes da Comunidade façam uma revisão compreensiva da questão em debate para saber se as condições para a aplicação das normas concorrenciais foram satisfeitas ou não, sua revisão das complexas avaliações econômicas feitas pela Comissão está necessariamente limitada a averiguar se as normas relevantes sobre o procedimento e sobre as razões alegadas foram cumpridas, se os fatos foram precisamente registrados e se existe qualquer erro manifesto de avaliação ou abuso de poder”.⁴⁰⁸

Na área de fusões, a jurisprudência das cortes da União Europeia tende, contudo, a mostrar que, apesar de sujeitar a revisão das avaliações econômicas complexas a uma revisão menos abrangente ou completa do que as questões de fato e de direito, essa revisão permanecerá intensa. Como a Corte de Justiça observou em *Tetra Laval*, o fato de a Comissão ter uma margem de discricionariedade nos assuntos econômicos:

“não significa que as Cortes da Comunidade devem deixar de revisar a interpretação da Comissão das informações de natureza econômica. Não apenas as Cortes da Comunidade devem, *inter alia*, estabelecer se as provas têm suporte factual acurado, confiável e consistente, mas também se essas provas contêm todas as informações que precisam ser levadas em consideração para avaliar uma situação complexa e se

⁴⁰⁷ Especialistas foram utilizados, por exemplo no caso *Wood Pulp*, Case C-129/85 *AhlströmOsakeyhtiö and Others v. Commission*, [1993] ECR I-1307.

⁴⁰⁸ Case T-201/04, *Microsoft v. Commission*, [2007] ECR II-3601, §87.

são capazes de consubstanciar as conclusões ali contidas”.⁴⁰⁹

Isso significa claramente que, apesar de as cortes da UE estarem prontas para reconhecer que a Comissão tem certa margem de manobra, isso não as autoriza a serem descuidadas em suas análises dos assuntos qualificados sob a noção de avaliações econômicas complexas.

O problema no campo das restrições verticais não é tanto que as cortes da União Europeia não conseguem captar a argumentação econômica, mas sim que se mantenha atreladas à sua jurisprudência formalista, que não está mais alinhada com o pensamento econômico. Por exemplo, apesar de a sentença *Hoffmann-La Roche* da ECJ ter sido prolatada em 1979, ou seja, em um período em que a influência da economia na legislação concorrencial europeia era mínima, a posição das cortes da UE sobre descontos de fidelidade não evoluiu. Na verdade, os testes jurídicos desenvolvidos pela Corte de Justiça no campo do abuso de dominância são por vezes tão rígidos que podem acomodar praticamente qualquer decisão da Comissão, mesmo que esta pareça estar muito pouco alinhada com preceitos econômicos elementares. Em outras palavras, o problema não é de deferência judicial no grau de controle exercido pela Corte Geral no tocante às decisões de abuso de dominância, mas de tomada de decisão falha na medida em que os padrões jurídicos sob os quais a Corte se baseia encontram-se ultrapassados com relação à economia contemporânea (e mesmo, em alguns casos, com o bom senso básico).

É claro que o problema é que essa jurisprudência tem, por sua vez, um impacto negativo na prática decisória da Comissão, como pode ser observado na decisão *Intel*.⁴¹⁰ Apesar de, nessa decisão, a Comissão ter realizado uma análise de “concorrente igualmente eficiente” para demonstrar que os descontos da Intel eram excludentes, alegou que essa análise “não era indispensável para o achado de uma infração nos termos do Artigo 82 do Tratado [atualmente Artigo 102 do TFUE] de acordo com a jurisprudência”.⁴¹¹ Referindo-se a *British Airways* e *Michelin II*, a Comissão realmente observa que “para os propósitos de estabelecer uma infração nos termos do Artigo 82 do Tratado [atualmente Artigo 102 do TFUE] não é necessário demonstrar que o abuso em questão teve efeito concreto sobre os mercados envolvidos”.⁴¹² A Comissão parece estar dizendo, dessa forma, que nenhuma prova de fechamento do mercado é necessária.

Apesar de esta abordagem dar à Comissão a vantagem de que suas decisões se tornem *de facto*

⁴⁰⁹ Ver C-12/03 P, *Commission v. Tetra Laval* (“Tetra Laval II”), [2005] ECR I-987, §328.

⁴¹⁰ Em *Intel*, a Comissão considerou que o Guia de Análise não se aplicava sob o fundamento de que esse documento “foi publicado somente após a Intel ter tido a oportunidade de apresentar seus argumentos em 26 de julho de 2007 SO, 17 de julho de 2008 SSO e quando da carta da Comissão de 19 de dezembro de 2008”. Decisão Intel, nota 77 acima, no §916. A Comissão, contudo, especificou em sua decisão que estava “alinhada com as orientações estabelecidas no Guia de Análise”. Idem.

⁴¹¹ Idem no § 925.

⁴¹² Idem no § 922.

“à prova de recursos”⁴¹³, é danosa para os objetivos do Guia de Análise. O motivo é que esta abordagem dificilmente incentiva a Comissão a realizar uma análise séria baseada em efeitos, já que em qualquer hipótese, o caso poderá ser vencido com o suporte da jurisprudência rígida da Corte de Justiça Europeia. Quando muito, a análise baseada em efeitos é incluída na decisão para dar ao réu a impressão de que a questão foi meticulosamente avaliada pela Comissão, mesmo que uma avaliação metódica não fosse necessária no final.

Isso não significa, contudo, que o Guia de Análise seja inútil. Não é, já que continua a fornecer um mapa para a forma de aplicação do Artigo 102 do TFUE que será adotada pela Comissão. Em outras palavras, a Comissão usará a metodologia apresentada no Guia de Análise para decidir se inicia um processo contra uma empresa dominante engajada em restrições verticais anticompetitivas. Assim que a Comissão iniciar o processo, continuará a aplicar a metodologia incluída no Guia de Análise, mas também deverá se valer da jurisprudência das cortes europeias para sustentar sua decisão. Um grande passo avante nesse campo das restrições verticais seria as cortes da UE modificarem os padrões jurídicos que aplicam a tais condutas, de forma a acomodar melhor o raciocínio econômico.

Quando se considera a comunidade antitruste europeia mais ampla, não há dúvida de que seus membros (tanto assessores jurídicos internos como externos) são perfeitamente capazes de aplicar um raciocínio baseado em efeitos na área das restrições verticais. De fato, os advogados de direito da concorrência da UE estavam entre os mais ferrenhos apoiadores da adoção de uma abordagem baseada em efeitos. Nos últimos anos, o número de economistas voltados para a concorrência também cresceu imensamente na UE e atualmente é a regra, e não mais a exceção, envolver economistas em casos de concorrência. Esse é o caso, já que, como observado acima, a Comissão reforçou suas próprias capacidades de análise econômica.

K. B. O Contexto Institucional Brasileiro

No Brasil, como já discutido, a análise baseada em efeitos está incorporada no sistema legal pelo menos desde 1994. Tanto a antiga⁴¹⁴ como a nova⁴¹⁵ lei brasileira de defesa da concorrência definem as violações antitruste com base nos efeitos efetivos ou potenciais, ou no escopo da conduta visando gerar tais efeitos. Além da própria redação da lei, existe um consenso geral que emerge tanto da jurisprudência como da doutrina sobre a adequação da abordagem baseada em efeitos para identificar as restrições verticais que violam as leis de defesa da concorrência. Desta forma, do ponto de vista legal, é justo dizer que o Brasil está pronto para implementar a estrutura analítica proposta.

Contudo, as diretrizes desenvolvidas para avaliar a conduta anticompetitiva sob a antiga Lei de Defesa da Concorrência (ou seja, a Resolução CADE n. 20)⁴¹⁶ ainda são insuficientes para servir

⁴¹³ A Corte Geral e a ECJ com grande probabilidade sustentariam esta decisão como estando alinhada com sua jurisprudência

⁴¹⁴ Ver a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, artigos 20 e 21.

⁴¹⁵ Ver a Nova Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, artigo 36.

⁴¹⁶ Resolução 20/1999.

de base para uma mais detalhada análise baseada em efeitos. Na verdade, as atuais diretrizes meramente sugerem, de uma forma geral, que as restrições verticais precisam ser avaliadas de forma a sopesar seus efeitos negativos potenciais com suas eficiências.⁴¹⁷ Além disso, algumas condutas discutidas neste estudo, como os descontos condicionados, sequer são mencionados nas atuais diretrizes.

Neste contexto, novas diretrizes devem ser implementadas, incorporando os recentes desenvolvimentos na teoria jurídica e econômica discutidos neste estudo. A publicação da Nova Lei de Defesa da Concorrência é o momento certo para o desenvolvimento de tais diretrizes, já que as autoridades estão fazendo uma revisão completa dos regulamentos necessários para a implantação da nova lei. Diferentemente das atuais diretrizes (Resolução n. 20) que tentam abordar todas as condutas em um único regulamento, as novas diretrizes poderiam ser desenvolvidas em diferentes Resoluções destinadas aos diferentes tipos de conduta, aplicando-se as distinções clássicas entre restrições horizontais e verticais. Isso permitiria um tratamento mais detalhado da conduta sob investigação.

Também seria importante submeter as novas diretrizes à consulta pública, para engajar toda a comunidade que participa da política de defesa da concorrência (ou seja, advogados, economistas, reguladores setoriais) no debate. Isso serviria não apenas para obter comentários e sugestões de melhora da redação inicial, mas também para sinalizar para toda a comunidade que as autoridades pretendem aplicar o raciocínio econômico na avaliação das restrições verticais, aperfeiçoando seus padrões de prova e designando testes mais objetivos para avaliar essas restrições.

Com a estrutura normativa estruturada, as atenções voltam-se para a capacidade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência de implementar o tipo de análise recomendada na Parte V acima que se apóia significativamente no pensamento econômico. Nesse ponto, as autoridades que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência receberam reconhecimento internacional.⁴¹⁸ De fato, elas foram capazes de lidar com uma quantidade crescente de casos cada vez mais complexos nos últimos anos, desenvolvendo uma expertise crescente em várias indústrias.⁴¹⁹ Contudo, as restrições de pessoal serão certamente um desafio para a

⁴¹⁷ Ver Resolução 20/1999, Anexo I, alínea B: “(...) as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante “de origem”, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado “alvo” das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (“eficiências econômicas”) que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade”.

⁴¹⁸ Por exemplo, o Global Competition Review concedeu ao CADE o prêmio “Agência do Ano, Américas” em 2011. Ver <http://www.globalcompetitionreview.com/news/article/29379/gcr-awards-2011-finalists/>

⁴¹⁹ Os últimos dados divulgados de 2009, 2010 e 2011, mostram que o CADE realizou 24 sessões de julgamento em 2011, julgando 814 casos: (i) 716 fusões; (ii) 16 processos administrativos; (iii) 51 averiguações preliminares; (iv) 21 embargos de declaração; e (v) 11 outros procedimentos (Relatório Anual do CADE para a OCDE, 2012, p. 10). Isso representa um aumento de 6,5% desde 2010, quando o CADE realizou 24 sessões de julgamento, julgando 765 (continued...)

implementação de estrutura analítica mais demandante, como a proposta neste estudo.

O último Relatório Anual apresentado pelo CADE para a OCDE informou que, em 2011, havia um total de 158 profissionais dedicados à aplicação da legislação de defesa da concorrência e outros 223 funcionários de apoio (ver tabela abaixo). Além desses totais, é importante observar o seguinte: (i) a SDE/DPDE, a principal autoridade investigativa, contava com somente 39 profissionais dedicados em tempo integral à aplicação da legislação de defesa da concorrência, um número que seria considerado muito pequeno até em economias muito menores que a brasileira; (ii) o CADE, o tribunal administrativo, tinha somente 54 funcionários dedicados à aplicação da legislação e um número muito maior de pessoal de apoio; (iii) os funcionários da SEAE não se dedicavam somente à política da defesa da concorrência, já que assumiram outras responsabilidades nas reformas regulatórias que ocorrem nos diferentes setores governamentais (por exemplo, mercados de aviação civil, petróleo e gás, saúde e energia); e (iv) a Procuradoria do CADE(ProCADE), responsável por representar o CADE em todas as ações judiciais, contava com somente 8 advogados. Não é surpresa que a última revisão publicada pela OCDE em 2010 chegou à conclusão óbvia de que o número de pessoas que trabalha no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência “é pequeno para um país do tamanho do Brasil”.⁴²⁰

Quadro de Pessoal do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência					
	SDE/DPDE	SEAE	CADE	ProCade	MPF
Profissionais	39	60	54	8	Não disponível
Apoio	21	72	130	Não disponível	Não disponível
Total	70	132	184	-	-

Fonte: Relatório Anual do CADE para a OCDE (2012)

Contudo, a falta de pessoal não é a única dificuldade enfrentada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A alta rotatividade dos funcionários também mina a capacidade do SBDC de examinar os casos de maior complexidade. A SEAE é um exemplo. Na última revisão da OCDE, a SEAE relatou a perda de 35% de sua equipe de profissionais em um ano (27 dos 77 profissionais), tornando difícil desenvolver uma expertise ao longo do tempo.⁴²¹ Essa alta rotatividade dos profissionais afeta a SDE/DPDE e o CADE também. O fato é que o SBDC não tem um quadro de pessoal baseado em um corpo de funcionários públicos selecionados especificamente para a aplicação da política de defesa da concorrência. Uma parte relevante da equipe é composta por especialistas em políticas públicas, que pode facilmente obter cargos em

cases: (i) 660 fusões; (ii) 20 processos administrativos; (iii) 57 averiguações preliminares; (iv) 13 embargos de declaração; e, (v) 15 outros procedimentos. (Relatório Anual do CADE, 2010, p. 109) e um aumento de 51% com relação a 2009, quando o CADE realizou 22 sessões de julgamento, julgando 538 cases: (i) 474 fusões; (ii) 18 procedimentos administrativos; (iii) 40 averiguações preliminares; e, (iv) 6 consultas (Relatório Anual do CADE, 2009, p. 57).

⁴²⁰ Ver OCDE, Peer Review 2010, em p. 48.

⁴²¹ Idem.

outras áreas governamentais.⁴²²

Além da alta rotatividade, a equipe é composta, em grande parte, por advogados; assim, a necessidade de realizar análises econômicas em maior profundidade certamente exigiria um quadro de funcionários mais equilibrado, inclusive uma quantidade maior de pessoas com especialização econômica. Com exceção da SEAE, que conseguiu atrair diversos economistas, o SBDC têm-se concentrado principalmente nos advogados para preencher suas vagas. A SDE/DPDE é um bom exemplo de como, em 2012, dos 39 profissionais dedicados à aplicação da política de defesa da concorrência, 20 eram advogados, 8 economistas, e os outros 11 tinham históricos acadêmicos variados.⁴²³ Em outras palavras, há um economista para cada 2,5 advogados na SDE/DPDE. Da mesma forma, o quadro do CADE era composto por 34 advogados, 14 economistas e 6 outros profissionais, ou seja, uma proporção similar.

A nova Lei que entrou em vigor em meados de 2012, apresenta uma boa oportunidade para dar um impulso no quadro de pessoal do Novo CADE, mas também traz algumas armadilhas. De fato, a lei que reformulou o SBDC prevê autorização legislativa expressa para a contratação de 200 novos funcionários permanentes, especialmente selecionados para executar a política de defesa da concorrência. Essa é uma oportunidade significativa para selecionar uma equipe equilibrada de advogados e economistas para trazer a política concorrencial brasileira para o mesmo nível das jurisdições maduras em todo o mundo. Além disso, a nova lei cria um Departamento de Estudos Econômicos dentro do CADE, demonstrando um compromisso com a argumentação econômica na execução da política de defesa da concorrência.⁴²⁴

Por outro lado, sob a lei nova, como a SEAE não mais se dedica à aplicação da política de defesa da concorrência, e a maior parte de seus funcionários não se transferiu para o Novo CADE, a expertise da SEAE não foi transmitida para a nova autoridade. Portanto, existe o risco de que o Novo CADE venha a sofrer inicialmente a perda de uma parte da expertise da SEAE. Ainda assim, terá as ferramentas para se reconstruir e expandir essa expertise quando os 200 novos funcionários se tornarem operacionais. A expansão da equipe aprovada pela nova legislação é provavelmente o maior aperfeiçoamento institucional na política concorrencial brasileira nos últimos 20 anos e deve ser tratada como uma grande prioridade, já que certamente dará ao Novo CADE a capacidade de implementar uma estrutura analítica mais complexa, do tipo proposto neste estudo.

Além das autoridades, o Judiciário terá um papel fundamental nos casos complexos, já que qualquer multa de valor significativo imposta a uma empresa dominante provavelmente será submetida à revisão da Justiça Federal brasileira, tendo em vista que os réus podem contestar a

⁴²² De acordo com a OCDE: “A maioria dos profissionais da SEAE [assim como do CADE e da SDE] é qualificada como Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental ou como Analistas Financeiros. Como tal, eles estão mais dispostos a considerar cargos em outras agências do governo quando eles se tornam disponíveis”. Idem

⁴²³ Relatório Anual do CADE para a OCDE, 2012, p. 23.

⁴²⁴ Nova lei de defesa da concorrência, artigo 5, inciso III e artigo 121.

decisão final do CADE perante o Poder Judiciário. A questão é se o Poder Judiciário está preparado para revisar decisões referentes a restrições verticais baseadas em argumentos econômicos.

A resposta a esta questão não está clara no Brasil. Por um lado, a Justiça brasileira ainda é muito formalista, com juízes que dominam as normas processuais mas tem pouco treinamento específico em legislação concorrencial e, em geral, nenhuma formação em economia. Isso faz com que qualquer caso envolvendo revisão judicial de restrições verticais complexas seja um desafio. Por outro lado, os juízes podem desenvolver padrões de revisão com base em certo grau de deferência à análise econômica das autoridades e mais concentrada nas garantias processuais.

Caso os juízes optem por uma completa revisão judicial de mérito, não há dúvida que um caso complexo de restrição vertical se tornará uma batalha de peritos. Um juiz generalista provavelmente terá dificuldade em revisar os tipos de testes propostos para descontos condicionados neste relatório. Isso posto, os juízes generalistas terão a mesma dificuldade quando revisarem decisões relacionadas com preços predatórios, fusões complexas, ou qualquer outro caso que exija uma análise econômica (inclusive em outras áreas do direito, como a regulamentação de serviços públicos).

Portanto, apesar de os juízes não estarem preparados para uma revisão do mérito de uma decisão relacionada com restrições verticais complexas, isso não deverá ser uma desculpa para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deixar de implementar uma análise mais sofisticada dos casos. A autoridade concorrencial e as partes privadas terão que aprender a lidar com as limitações dos tribunais, como o fizeram em outras questões. Quanto aos juízes, terão que adaptar o padrão de revisão judicial aos aspectos que eles estão mais aptos a avaliar. Aqui, o desafio no Brasil parece similar ao da União Europeia, ou seja, é preciso achar o equilíbrio entre certo grau de deferência e a intervenção judicial para exigir uma análise rigorosa das autoridades administrativas.

Por fim, com vistas a implementar padrões de análise mais detalhados para as restrições verticais, a comunidade antitruste como um todo precisa se preparar para lidar com esse tipo de análise. Isso significa que tanto os advogados internos como externos devem estar familiarizados com complexos argumentos econômicos e jurídicos e desenvolver os meios de buscar e processar os dados empíricos que são necessários na consultoria e nos litígios envolvendo casos de restrições verticais.

É justo dizer que a comunidade antitruste brasileira é bastante sofisticada e está à altura do desafio. Na última década, advogados e economistas foram expostos a uma série cada vez mais complexa de argumentos e ferramentas econômicas.⁴²⁵ Por exemplo, em casos complexos, as

⁴²⁵ Para uma interessante revisão de casos com análises econômicas mais complexas no Brasil ver Cesar Mattos, “A Revolução do Antitruste no Brasil: O Papel da Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos”, São Paulo, Editora Singular, 2003. O livro (publicado em português) é claramente inspirado – e adota formato similar – no livro *Antitrust Revolution* editado por John E. Kwoka Jr. e Lawrence White nos Estados Unidos, e apresenta estudos em casos onde uma (continued...)

partes, os advogados e consultores econômicos estão familiarizados com testes econométricos para definir mercados relevantes⁴²⁶, assim como simulações de preço pós-fusões.⁴²⁷ Em alguns casos recentes, as ferramentas utilizadas eram mais complexas do que as sugeridas neste estudo. Caso as autoridades decidam adotar diretrizes claras com base em argumentos econômicos sólidos, a comunidade antitruste como um todo precisará estar preparada para aplicá-las aos casos concretos.

Nesse contexto, o ambiente antitruste brasileiro parece razoavelmente bem preparado para implementar a estrutura analítica sugerida neste estudo, mas com importantes áreas a serem aperfeiçoadas. Essas áreas incluem: (i) o desenvolvimento de regulamentações mais detalhadas com diretrizes para avaliar as restrições verticais com base na nova legislação de defesa da concorrência; (ii) a utilização da oportunidade aberta pela nova lei para aumentar a equipe de profissionais de maneira a equilibrar o número de advogados e economistas; e, (iii) a melhoria da capacidade dos juízes de lidar com argumentos econômicos e/ou o desenvolvimento de padrões adequados de revisão judicial, inclusive com algum grau de deferência para a análise econômica substantiva.

VIII. Conclusões

Acordos de exclusividade, descontos condicionados e venda casada são práticas comerciais habituais adotadas tanto por empresas dominantes como não dominantes. Na maior parte das vezes, essas práticas são pró-competitivas e uma fonte de eficiências consideráveis. Podem existir casos, contudo, em que tais práticas produzam efeitos de fechamento de mercado. A tarefa das autoridades e dos tribunais de defesa da concorrência em qualquer jurisdição é, portanto, separar as restrições pró-competitivas das anticompetitivas e proibir somente as últimas.

Como as restrições verticais podem ser uma fonte de eficiências, as normas de ilegalidade *per se* devem ser evitadas já que podem levar a um viés condenatório excessivo das normas de defesa

análise econômica profunda era necessária. John E. Kwoka Jr. and Lawrence White, “The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy”, Oxford University Press, 2004.

⁴²⁶ Ver, por exemplo, o caso AmBev (Ato de Concentração 08012.005846/1999-12), que usou testes de elasticidade para definir os mercados relevantes e avaliar o poder de mercado na indústria da cerveja, bem como o caso Braskem-Ipiranga (Ato de Concentração 08012.002818/2007-14) e o caso Braskem-Quattor (Ato de Concentração 08012.001205/2010-65), que utilizaram detalhados testes econométricos (por exemplo, testes de co-integração e de causalidade de Granger) para a definição dos mercados relevantes na dimensão geográfica na indústria petroquímica.

⁴²⁷ Ver o caso Nestlé-Garoto (Ato de Concentração 08012.001697/2002-89) e, mais recentemente, o caso Sadia-Perdigão (Ato de Concentração 08012.004423/2009-18), usando simulações de preço pós-fusão nos mercados de chocolate e alimentos processados, respectivamente.

da concorrência e, assim, proibir alguns tipos de conduta pró-competitiva. As normas que tentam distinguir entre uma conduta pró e anticompetitiva com base na forma dessa conduta (por exemplo, se o desconto pode ser considerado um desconto de “fidelidade” (o que seria ilegal) ou um desconto por “volume” (o que é ocasionalmente aceitável)), deveriam ser igualmente evitadas já que a forma de uma medida diz muito pouco sobre seu impacto sobre a concorrência. A aplicação de normas formalistas pode, portanto, levar a erros significativos de avaliação e afetar a credibilidade dos regimes de concorrência em questão, como alguns exemplos em jurisdições maduras como a União Europeia e os Estados Unidos tão bem ilustraram.

Ao invés disso, as autoridades e os tribunais concorrenciais deveriam adotar testes que procurem identificar os efeitos pró e anticompetitivos de uma dada conduta e sopesá-los. Nenhuma restrição vertical deveria ser banida sem ficar demonstrado que afeta a concorrência e lesa o consumidor. Essa análise baseada em efeitos precisa ser desenvolvida de acordo com uma sólida estrutura analítica para estabelecer padrões consistentes de prova. Na verdade, na ausência dessa estrutura, mesmo com uma alegada abordagem baseada em efeitos, as autoridades podem acabar desenvolvendo padrões de prova inconsistentes, atingindo resultados que se aproximam da análise formalista, como demonstra em parte a experiência brasileira.

Nesse contexto, o Guia de Análise adotado pela Comissão Europeia em dezembro de 2008, tenta estruturar, de forma bastante detalhada, essa abordagem baseada em efeitos. Apesar do Guia de Análise conter algumas deficiências, como vimos no caso dos descontos condicionados, ele oferece uma estrutura analítica útil para a análise de restrições verticais adotadas por firmas dominantes. Esta abordagem baseada em efeitos contida no Guia de Análise, que é baseada no pensamento econômico moderno, é bastante seguida pelas agências e cortes dos Estados Unidos, assim como pelas agências e cortes em muitos outros países.⁴²⁸ Também é sustentada pela vasta maioria dos estudiosos das leis de defesa da concorrência e de economia em todo o mundo.

Para jurisdições em rápido desenvolvimento, como o Brasil, que estão tentando pular estágios iniciais das jurisdições mais maduras, a estrutura analítica proposta pelo Guia de Análise poderia servir como um ponto de partida para fornecer algumas definições concretas para a abordagem baseada em efeitos aplicada pelas autoridades atualmente. De fato, no Brasil, o problema não é tanto a falta de consenso sobre a abordagem baseada em efeitos, mas o fato de que essa abordagem é realizada por meio de testes de sopesamento que se baseiam em critérios qualitativos e não quantitativos. Isso conduz a considerável inconsistência e incerteza. Com algumas adaptações à realidade dessas jurisdições em desenvolvimento, novas diretrizes poderiam ser utilizadas para estabelecer padrões substantivos para avaliar as restrições verticais, levando a uma convergência saudável das abordagens analíticas baseadas na moderna teoria econômica.

Finalmente, este artigo também chama a atenção para a importância do ambiente institucional para a implementação da estrutura analítica proposta. Discutimos cinco diferentes elementos institucionais: legislação, regulamentação com diretrizes para implementar a legislação,

⁴²⁸ Ver Elhauge and Geradin, *supra* nota 3, Capítulo III.

capacidade das autoridades para desenvolver sólidas análises econômicas, preparo dos juízes para revisar esse tipo de análise e a capacidade da comunidade antitruste (ou seja, advogados internos e externos e consultores econômicos). A interface entre esses elementos é muito importante para o sucesso de uma análise mais sólida das restrições verticais. Apesar de tanto a União Europeia como o Brasil parecerem razoavelmente preparados para implantar o tipo de análise proposto neste estudo, ainda há espaço para melhora, especialmente no Brasil.