

Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Superintendência-Geral

Documento de Trabalho

Nº 001/2023

Concentrações não-horizontais: experiência nacional e internacional e subsídios para o novo Guia do Cade

Amanda Athayde
(Consultora PNUD)

Brasília, novembro de 2023

**Ministério da Justiça e Segurança Pública
Conselho Administrativo de Defesa Econômica**

**Concentrações não-horizontais: experiência nacional e internacional e
subsídios para o novo Guia do Cade**

Superintendência-Geral
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano
Cep: 70770-504 – Brasília-DF
www.cade.gov.br

Este é um documento de trabalho da Superintendência-Geral (SG/Cade).

O texto foi elaborado por

Amanda Athayde¹
(Consultora PNUD²)

Revisão por

Danielle Kineipp de Souza
Letícia Ribeiro Versiani

¹ Professora doutora adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Concorrência, Comércio Internacional e Compliance. Consultora no Pinheiro Neto Advogados nas práticas de Concorrencial, Compliance e, a partir de 2023, Comércio Internacional. Doutora em Direito Comercial pela USP, bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. Autora e organizadora de livros, autora de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Compliance, Acordos de Leniência, Defesa Comercial e Interesse Público, Anticorrupção. As opiniões são pessoais e não necessariamente representam a percepção das instituições às quais esteja vinculada.

² Contrato Nº 2023/000019 - Processo nº 08700.009168/2022-19, Contrato firmado em 30/03/2023, entre o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - Pnud, como CONTRATANTE, e Amanda Athayde Linhares Martins Rivera no âmbito do Projeto BRA816, executado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. Termo de Referência nº 144351 Modalidade Produto. Objeto do Contrato: consultoria técnica especializada em matéria de defesa da concorrência para desenvolver guia sobre ato de concentração vertical.

SUMÁRIO EXECUTIVO

Este Documento de Trabalho consolida os três primeiros produtos do contrato de consultoria PNUD referente à preparação para o Guia de Concentrações Não Horizontais do Cade, com data limite de atualização em julho de 2023. O quarto produto consistiu na revisão, reestruturação e reelaboração da minuta preliminar do Guia, que consta em arquivo separado, sujeito a consulta pública e aprovação final pelo Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("Cade").

No **Capítulo 1** é apresentada uma análise quantitativa a partir dos dados coletados da pesquisa conduzida pela EU DG-Comp para o projeto *ICN MWG on Updating the Recommendations Procedures Chapter on non-horizontal mergers*, no âmbito do Grupo de Trabalho sobre Atos de Concentração (MWG - Merger Working Group) da rede *International Competition Network (ICN)*, em dezembro de 2022. Estes dados de 2022 foram comparados com o relatório da ICN/Competition and Markets Authority do Reino Unido ("CMA") de 2018, a fim de se identificar eventuais diferenças e/ou evoluções. Inicialmente, serão apresentados os aspectos gerais sobre a prática das autoridades antitruste respondentes ao questionário da ICN (Seção 1.I). Em seguida, serão apresentados aspectos específicos sobre concentrações não-horizontais sob a ótica das autoridades antitruste respondentes (Seção 1.II). Posteriormente, serão apresentadas as principais reflexões em sede de concentrações verticais (Seção 1.III), seguida por concentrações conglomeradas sob a ótica das autoridades antitruste respondentes (Seção 1.III). Por fim, será descrita a experiência dessas autoridades antitruste respondentes com o uso de métodos quantitativos (Seção 1.IV) e na análise de eficiências (Seção 1.V). A consolidação dos resultados da pesquisa, em Excel, não poderá ser divulgada, uma vez que são confidenciais, nos termos determinados pela ICN.

No **Capítulo 2** é apresentada uma análise quantitativa da experiência nacional quanto a atos de concentração não horizontais, elaborada com base em planilha Excel ofertada pela Superintendência-Geral do Cade ("SG/Cade"), que contou com 242 processos de concentração econômica não horizontais analisados pelo Cade (tanto SG/Cade quanto Tribunal) entre 2012 e julho 2022³. Foram apresentados, a partir dos dados consolidados, os principais achados em termos de teorias do dano analisadas nas concentrações não horizontais no Brasil (Seção 2.I), sobretudo referente às preocupações com fechamento de mercado, aumento de custos de rivais, discriminação, alavancagem de posição de mercado, acesso a informações sensíveis de rivais, efeitos coordenados, efeitos de portfólio ou conglomerados, e potenciais reações de empresas terceiras. Em seguida, foi apresentado, a partir dos dados consolidados, o ferramental analítico em concentrações não horizontais no Brasil (Seção 2.II), com preponderância nas seguintes respostas: possibilidade de exercício de poder de mercado, probabilidade de exercício de poder de mercado, análise de entrada, análise de rivalidade, poder de

³ Dentre os 242 processos consolidados, todos foram analisados pelo rito ordinário, sendo que apenas 13 foram declarados complexos.

compra, possibilidade de fechamento de mercado, existência de cláusula de não concorrência, estrutura de governança e eficiências.

Apresenta-se no **Capítulo 3** uma análise comparativa com a visão geral sobre o tratamento do tema dos Guias de Concentração Não Horizontais nos guias estrangeiros – data limite de atualização em julho de 2023. Inicialmente foi apresentada a estrutura de cada um dos guias que contém trechos específicos para concentrações verticais, com base nas respostas de 28 autoridades antitruste ao redor do mundo ao questionário da ICN de 2022 (Seção 3.I). Em seguida, por solicitação da SG/Cade, foram detalhados o conteúdo dos Guias de Concentrações Não Horizontais das autoridades do Reino Unido (Seção 3.II) e da União Europeia (Seção 3.III).

Ainda, no **Capítulo 4**, foi apresentado, de modo comparativo, um caso analisado em quatro jurisdições – data limite de atualização em julho de 2023 –, a fim de se identificar diferenças concretas na implementação dos Guias, iniciando pela análise do Reino Unido (Seção 4.I), da Comissão Europeia (Seção 4.II), dos Estados Unidos (Seção 4.III) e do Brasil (Seção 4.IV), especificamente quanto aos argumentos de concentração não horizontal, objeto de análise neste Documento de Trabalho.

Por fim, no **Capítulo 5** foi apresentada uma proposta de estrutura para o Guia de concentrações não horizontais do Brasil (Seção 5.I), bem como de passo a passo metodológico (Seção 5.II), a partir dos achados dos Capítulos anteriores, que subsidiará a revisão, reestruturação e reelaboração da minuta preliminar do Guia, que consta em arquivo separado.

SUMÁRIO

1. PESQUISA QUANTITATIVA INTERNACIONAL SOBRE CONCENTRAÇÕES NÃO HORIZONTAIS.....	7
1.I. Aspectos gerais sobre a prática das autoridades antitruste.....	8
1.II. Aspectos específicos sobre concentrações não-horizontais das autoridades antitruste....	9
1.III. Principais conclusões sobre concentrações verticais.....	12
1.IV. Principais conclusões sobre concentrações conglomerais.....	18
1.V. Métodos Quantitativos em concentrações não-horizontais.....	22
1.VI. Análise de eficiência em concentrações não-horizontais.....	23
2. PESQUISA QUANTITATIVA NACIONAL SOBRE CONCENTRAÇÕES NÃO HORIZONTAIS.....	26
2.I. Teorias do dano em concentrações não horizontais no Brasil (2012/jul 2022).....	27
2.II. Ferramental analítico em concentrações não horizontais no Brasil (2012/jul 2022).....	32
3. PESQUISA QUALITATIVA INTERNACIONAL SOBRE CONCENTRAÇÕES NÃO HORIZONTAIS: ANÁLISE COMPARATIVA DA ESTRUTURA E DO CONTEÚDO DE GUIAS ESTRANGEIROS.....	34
3.I. Estrutura geral dos Guias indicados.....	34
3.II. Detalhamento do Guia de Concentrações Não Horizontais do Guia da CMA do Reino Unido.....	40
3.III. Detalhamento do Guia de Concentrações Não Horizontais do Guia da Comissão Europeia.....	53
4. COMPARATIVO CONCRETO DA IMPLEMENTAÇÃO DOS GUIAS: CASE STUDY DO MERCADO DE VIDEOGAMES NO REINO UNIDO, NA UNIÃO EUROPEIA, NOS EUA E NO BRASIL.....	70
4. I. Análise da CMA do Reino Unido do caso Microsoft – Activision Blizzard.....	70
4. II. Análise da Comissão Europeia do caso Microsoft – Activision Blizzard.....	75
4. III. Análise da FTC dos Estados Unidos do caso Microsoft – Activision Blizzard.....	78
4. IV. Análise do Cade no Brasil do caso Microsoft – Activision Blizzard.....	79
5. PROPOSTA DE ESTRUTURA E METODOLÓGICA PARA O GUIA DE CONCENTRAÇÕES NÃO HORIZONTAIS DO BRASIL.....	82
5. I. Proposta de estrutura do Guia do Cade de concentrações não horizontais.....	82
5. II. Proposta metodológica para a análise de concentrações não horizontais no Brasil.....	84

1. PESQUISA QUANTITATIVA INTERNACIONAL SOBRE CONCENTRAÇÕES NÃO HORIZONTAIS

Consta neste Capítulo 1 uma análise quantitativa dos dados coletados da pesquisa conduzida pela EU DG-Comp para o projeto *ICN MWG on Updating the Recommendations Procedures Chapter on non-horizontal mergers*, no âmbito do Grupo de Trabalho sobre Atos de Concentração (MWG - Merger Working Group) da rede *International Competition Network (ICN)*, em dezembro de 2022.

A pesquisa contou com respostas de 28 autoridades antitruste (Argentina, Brasil, Bulgária, Chile, Colômbia, Croácia, República Tcheca, Dinamarca, França, Israel, Itália, Japão, Lituânia, Malawi, México, Nova Caledônia, Nova Zelândia, Noruega, Peru, Taipé Chinês, Sérvia, Eslovênia, Suécia, Suíça, Holanda, Reino Unido e Estados Unidos). Este *benchmarking* de 2022 também foi comparado com o relatório da ICN/ Competition and Markets Authority do Reino Unido ("CMA") de 2018, a fim de se identificar eventuais diferenças e/ou evoluções.

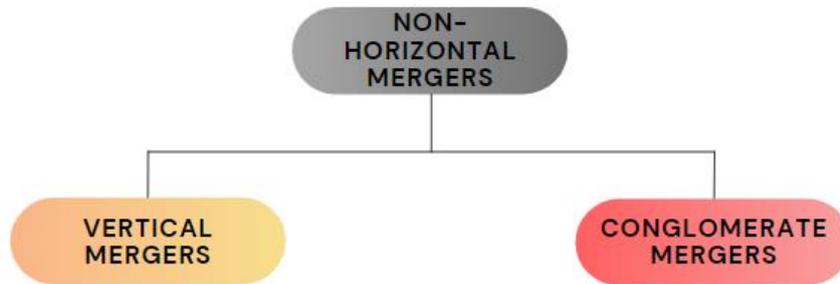
Todas as respostas foram consolidadas. A consolidação dos resultados, em planilha em Excel, não poderá ser divulgada, uma vez que são confidenciais, nos termos determinados pela ICN.

A pesquisa da ICN, quando utiliza o termo concentrações não-horizontais ("non-horizontal mergers"), abarca dois tipos de conceito como espécies: (i) concentrações verticais ("vertical mergers")⁴ e (ii) concentrações conglomerais ("conglomerate mergers")⁵, como se apresenta visualmente a seguir:

⁴ Definição trazida na survey: "Vertical mergers refer to mergers that happen between an upstream supplier and a downstream customer which purchases the supplier's goods or services either as an input into its own production or for resale. By 'pure' vertical merger we mean where the merging parties only operate at different levels of the supply chain pre-merger."

⁵ Definição trazida na survey: "Conglomerate mergers are mergers between firms with products or services in unrelated industries that are neither substitutable (horizontally overlapping) nor vertically connected but they could be complementary, adjacent or offered in closely related markets. In practice, the focus is on mergers between companies that are active in closely related markets (i.e. mergers involving suppliers of complementary products or of products that belong to a range of products, which are generally purchased by the same set of customers for the same end use)."

Imagem 1 – Conceito de concentrações não-horizontais

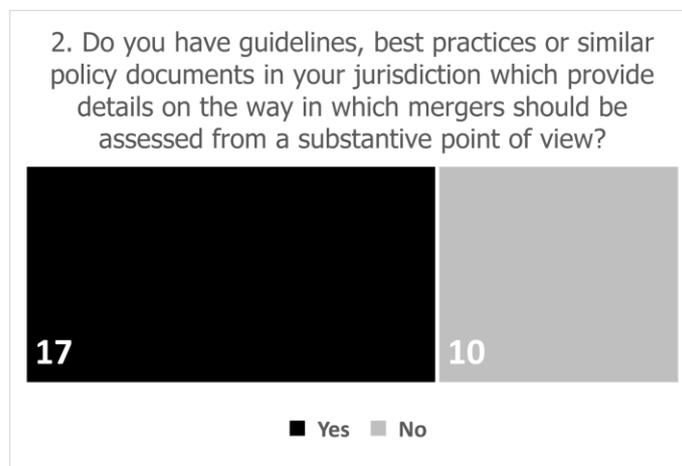


Fonte: elaboração própria.

Assim, utilizar-se-á a mesma estrutura da pesquisa da ICN. Inicialmente, serão apresentados os aspectos gerais sobre a prática das autoridades antitruste (Seção 1.I). Em seguida, serão apresentados aspectos específicos sobre concentrações não-horizontais pela ótica das autoridades antitruste (Seção 1.II). Posteriormente, serão apresentadas as principais reflexões em sede de concentrações verticais (Seção 1.III), seguida por concentrações conglomeradas (Seção 1.III). Por fim, será descrita a experiência dessas autoridades com o uso de métodos quantitativos (Seção 1.IV) e na análise de eficiências (Seção 1.V).

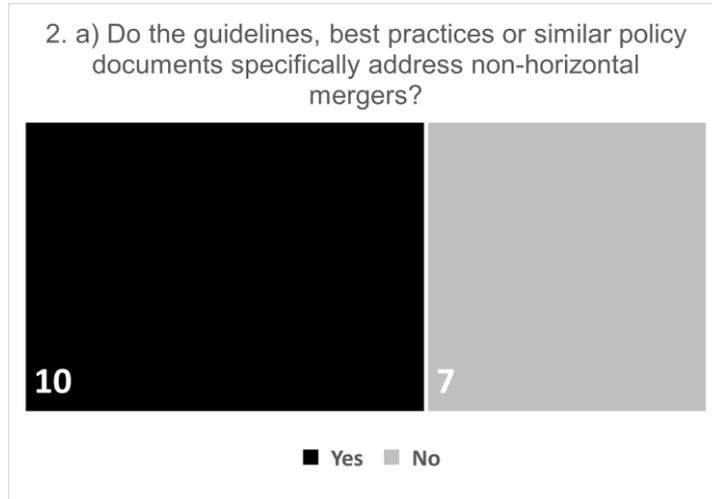
1.I. Aspectos gerais sobre a prática das autoridades antitruste

Quanto à existência de Guias publicados pelas autoridades antitruste sobre Atos de Concentração, a pesquisa da ICN sinaliza que 17/27 (63%) possui guias de atos de concentração ou similares.



Fonte: elaboração própria.

Dentre essas autoridades que possuem guias de atos de concentração ou similares, a pesquisa da ICN sinaliza que 10/17 (59%) traz uma seção específica sobre concentrações não-horizontais, todas elas com a apresentação de um *framework* de análise.

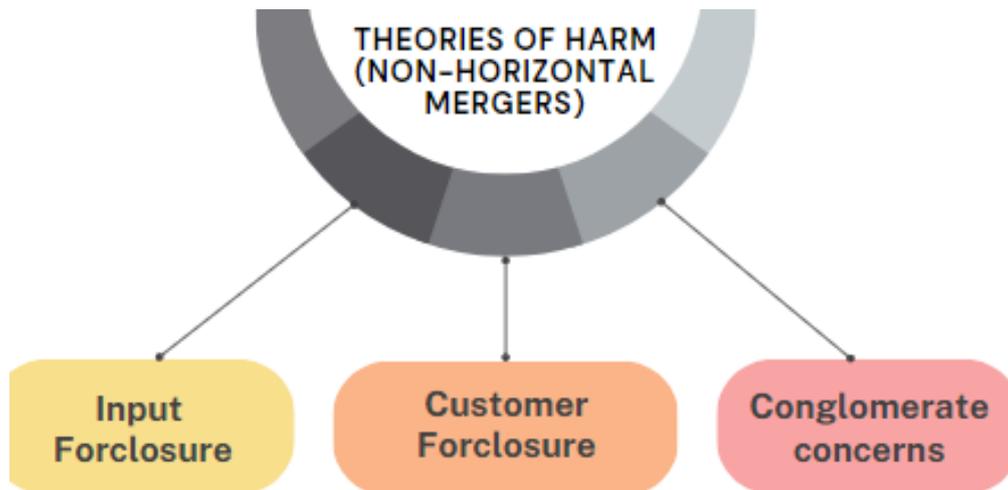


Fonte: elaboração própria.

1.II. Aspectos específicos sobre concentrações não-horizontais das autoridades antitruste

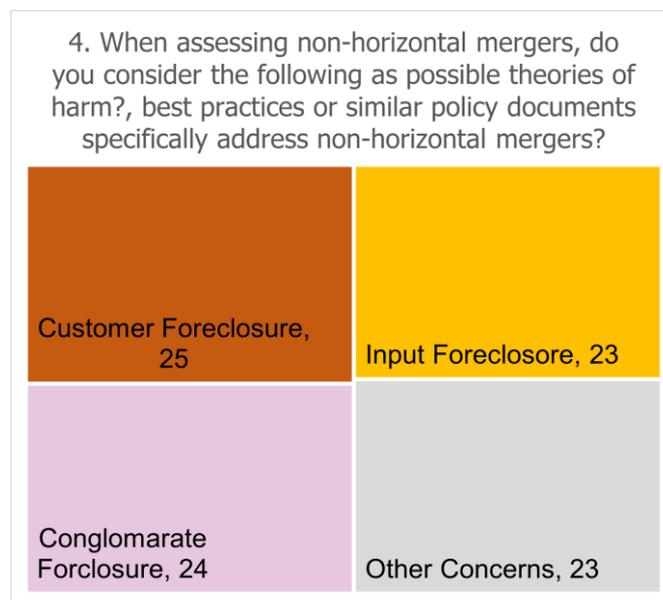
Dentre as teorias do dano apresentadas, tanto para concentrações verticais quanto para concentrações conglomerais, algumas opções foram apresentadas em formato de lista, com a escolha disponível para as autoridades antitruste sinalizarem se seriam ou não utilizadas tais teorias do dano em cada uma das jurisdições. Havia, também, espaço para a apresentação de considerações adicionais. As principais teorias do dano apresentadas na pesquisa da ICN estão apresentadas visualmente a seguir:

Imagem 2 – Resumo das teorias do dano em concentrações não-horizontais nos termos das respostas à pesquisa da ICN



Fonte: elaboração própria.

Quanto às quatro principais categorias de teorias do dano, 23/27 (85%) analisam fechamento de insumos (“input foreclosure”⁶), 25/27 (93%) analisam fechamento de clientes (“customer foreclosure”⁷), 24/27 (89%) analisam preocupações conglomeradas (“conglomerate concerns”) e 23/27 sinalizam existir outras preocupações.



⁶ Definição trazida na survey: “Input foreclosure refers to (i) a refusal by the upstream division of the integrating firm to supply an input to rivals of its downstream division (i.e. total input foreclosure); or (ii) the supply of the input on ‘worse terms’ than prior to the merger (i.e. partial input foreclosure). ‘Worse terms’ include higher prices, lower quality or service for the same price, or choosing to use technology that is not compatible with rivals’ technologies.”.

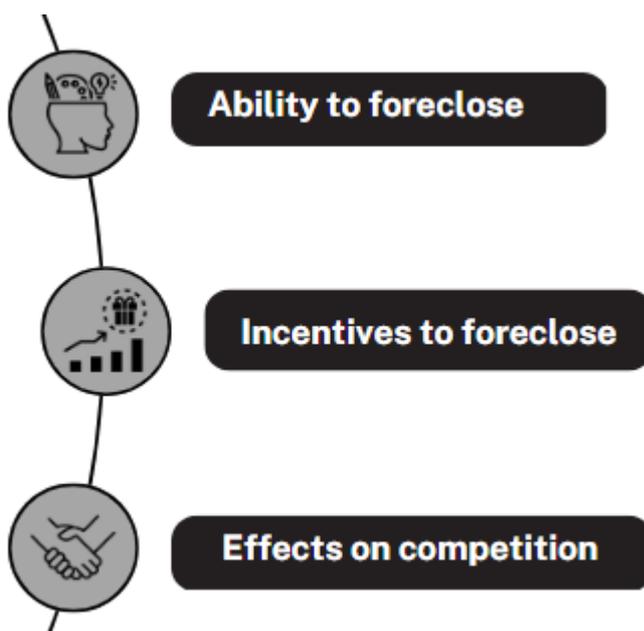
⁷ Definição trazida na survey: “Customer foreclosure refers to (i) the vertically integrated firm refusing to purchase products or inputs from rival upstream suppliers (i.e. total customer foreclosure); or (ii) the vertically integrated firm purchasing inputs from an upstream rival at a lower price (that is, it reduces the upstream rival’s revenues) or degrading the terms (increases the price or degrades the quality) at which it sells to final consumers the products incorporating the inputs supplied from the upstream rival.”

Fonte: elaboração própria.

Importante mencionar que é apresentada, ainda, a diferenciação entre as preocupações concorrenciais com o fechamento de mercado total ou parcial (“total and partial foreclosure”⁸), que existe em 20/27 (74%) das jurisdições.

Ademais, interessante mencionar que, para cada uma dessas quatro principais teorias do dano em concentrações não-horizontais, a metodologia de análise baseada no **tripé (1) capacidade** (“ability to foreclose”), **(2) incentivos** (“incentives to foreclose”) e **(3) efeitos na concorrência** (“effects on competition”)⁹ é utilizada em 25/27 (93%) das jurisdições. Para cada uma dessas fases de análise da metodologia, foram apresentadas novas listas para as autoridades antitruste sinalizarem se seriam ou não utilizadas tais teorias do dano em cada uma das jurisdições.

Imagem 3 – Metodologia de análise em concentrações não-horizontais nos termos da pesquisa da ICN



Fonte: elaboração própria.

⁸ Definição trazida na survey: “Total and partial foreclosure refers to the differentiation between (i) refusing to deal with other market participants and (ii) worsening the terms based on which to deal with other market participants (see input and customer foreclosure).”.

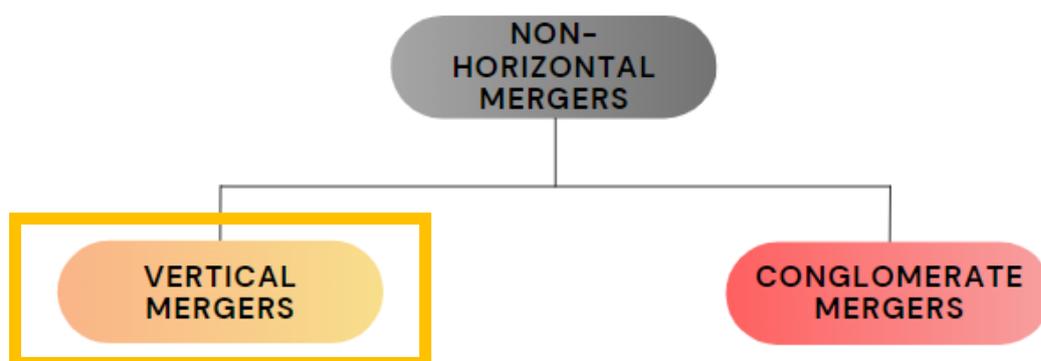
⁹ Definição trazida na survey: “Ability, incentive and effect framework refers to an assessment of a vertical merger based on three questions: (i) Would the merged firm have the ability to harm rivals due to its market power, for example through raising prices or refusing to supply them or another foreclosure strategy (i.e. ability)?, (ii) Would it find it profitable to do so (i.e. incentive)?, and (iii) Would the effect of the foreclosure strategy by the merged firm be sufficient to reduce competition in the affected market (i.e. effect)?”

Em 16/27 (59%) das jurisdições há presunções sobre concentrações econômicas não horizontais, sendo que várias delas indicam a existência de *safe harbours* ou de ausência de preocupações com concentração inferior a 30% de participação de mercado.

1.III. Principais conclusões sobre concentrações verticais

Recorde-se, inicialmente, que concentração vertical é considerada uma espécie do gênero concentrações não-horizontais, nos termos já apresentados.

Imagem 4 – Conceito de concentrações não-horizontais



Fonte: elaboração própria.

Quanto à análise de fechamento de insumos (*"input foreclosure"*),¹⁰ 9 (nove) itens foram apresentados como subcategorias de preocupações antitruste: (i) total foreclosure¹¹; (ii) price increases; (iii) quality degradation¹²; (iv) interoperability or access to IP; (v) dynamic effects¹³; (vi) ecosystem theories of harm¹⁴; (vii) strengthening of a

¹⁰ Definição trazida na survey: "Input foreclosure refers to (i) a refusal by the upstream division of the integrating firm to supply an input to rivals of its downstream division (i.e. total input foreclosure); or (ii) the supply of the input on 'worse terms' than prior to the merger (i.e. partial input foreclosure). 'Worse terms' include higher prices, lower quality or service for the same price, or choosing to use technology that is not compatible with rivals' technologies."

¹¹ Definição trazida na survey: "Total and partial foreclosure refers to the differentiation between (i) refusing to deal with other market participants and (ii) worsening the terms based on which to deal with other market participants (see input and customer foreclosure)."

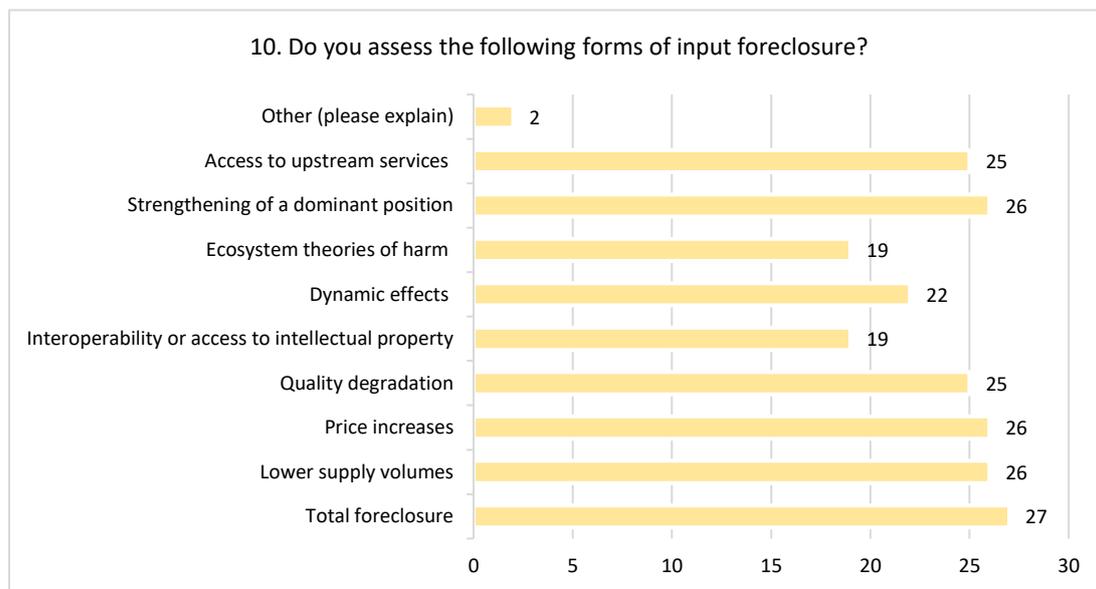
¹² Definição trazida na survey: "Quality degradation (quality of the input, interoperability, delays in delivery of orders or release of new technologies)."

¹³ Definição trazida na survey: "Dynamic effects (e.g. denying economies of scale) Economies of scale exist when an increase in scale of production leads to a reduction in average unit cost."

¹⁴ Definição trazida na survey: "Ecosystems theories of harm refers to business ecosystems-groups of connected firms, drawing on platforms which leverage their complementors and lock-in their customers, exploiting the "bottlenecks" that emerge in new industry architectures. In terms of assessing a vertical/conglomerate theory of harm, potential foreclosure scenarios could be related to (i) increasing consumer dependency and creating high switching costs for the consumers, (ii) forcing competitors to create an ecosystem to compete and (iii) leveraging the ecosystem power to other markets. User base perspective could be useful to build these foreclosure scenarios as it could address the ecosystem power more accurately. The definition of ecosystems could also refer to branded ecosystems."

dominant position; e (viii) access to upstream services¹⁵; e (ix) Outros – como acesso a infraestrutura.

Cada uma das autoridades respondeu dizendo se avalia ou não cada ou uma das subcategorias de preocupações antitruste de teoria do dano em atos de concentração não horizontais, tendo sido alcançado o seguinte resultado:



Fonte: elaboração própria.

Ademais, sob a perspectiva da metodologia de análise baseada no tripé (1) capacidade, (2) incentivos e (3) efeitos na concorrência, os seguintes passos tipicamente são seguidos para a análise do fechamento de insumos:

Metodologia de análise 1 – Preocupações concorrenciais na teoria do dano de “input foreclosure”

(1) capacidade de fechamento de insumos
• Importance of the input for downstream competitors ¹⁶
• Merged entity has market power over the input upstream ¹⁷
• Ability of upstream player to target rivals

¹⁵ Definição trazida na survey: “Access to upstream services (e.g. maintenance, product development, etc).”

¹⁶ Definição trazida na survey: Importance of the input for downstream competitors (e.g.1., The input supplied by the upstream firm must be sufficiently important that a change in the terms of supply can have a substantial impact on downstream competition; e.g.2. The input constitutes a significant share of input costs).

¹⁷ Definição trazida na survey: Merged entity has market power over the input upstream (e.g., as evidenced by high profit margins or high market shares or high capacity shares, strength of network effects, barriers to entry, must have nature of the product, or limited ability of upstream competitors to expand output, e. g., due to capacity constraints or decreasing returns to scale). Network effects occur when the value of a product for a customer increases when the number of other customers also using it increases. Examples include communication devices, specific software programmes, products requiring standardisation, and platforms bringing together buyers and sellers.

• Countervailing factors ¹⁸
(2) incentivos de fechamento de insumos
• Loss of profits in the upstream vs gains in downstream market ¹⁹
• Variable profit margins on the upstream and downstream product ²⁰
• Diversion ratios upstream and downstream ²¹
• Ability to target foreclosure towards potential switchers ²²
• Strength of scale or network effects ²³
• Previous foreclosure strategies
(3) efeitos na concorrência
• Extent of the impact on the market ²⁴
• Share/importance of vertically integrated competitors
• Deterrent effect on potential entrants (raising entry barriers)
• Higher prices, reduced choice, lower output or worse
• Quality on the downstream market
• Reduced incentives to innovate

Fonte: elaboração própria

Comparativamente com o relatório da ICN/CMA de 2018, interessante notar que as seguintes evidências eram apresentadas para determinar os riscos de fechamento de insumos (“*input foreclosure*”): (i) Importance of input for downstream firms; (ii) Variable profit margins on the input and final product; (iii) Alternatives upstream and downstream; (iv) Evidence on pass-through of cost increases; (v) Evidence on economies of scale

¹⁸ Definição trazida na survey: Countervailing factors (e.g. buyer power, upstream entry).

¹⁹ Definição trazida na survey: Loss of profits in the upstream vs gains in downstream market The greater the number of upstream units likely to be lost following a price rise, the more that upstream profit is harmed when attempting to foreclose downstream rivals. The greater the diversion of customers to the downstream firm of the merged entity as a result of its rivals facing worse purchasing conditions, the more profitable the foreclosure strategy.

²⁰ Definição trazida na survey: Variable profit margins on the upstream and downstream product (to gauge potential gains and losses from foreclosure and to inform the likelihood of customers switching upstream or downstream due to foreclosure)

²¹ Definição trazida na survey: Diversion ratios upstream and downstream (i.e., evidence of switching to gauge the likelihood of customer gains downstream and of customer losses upstream)

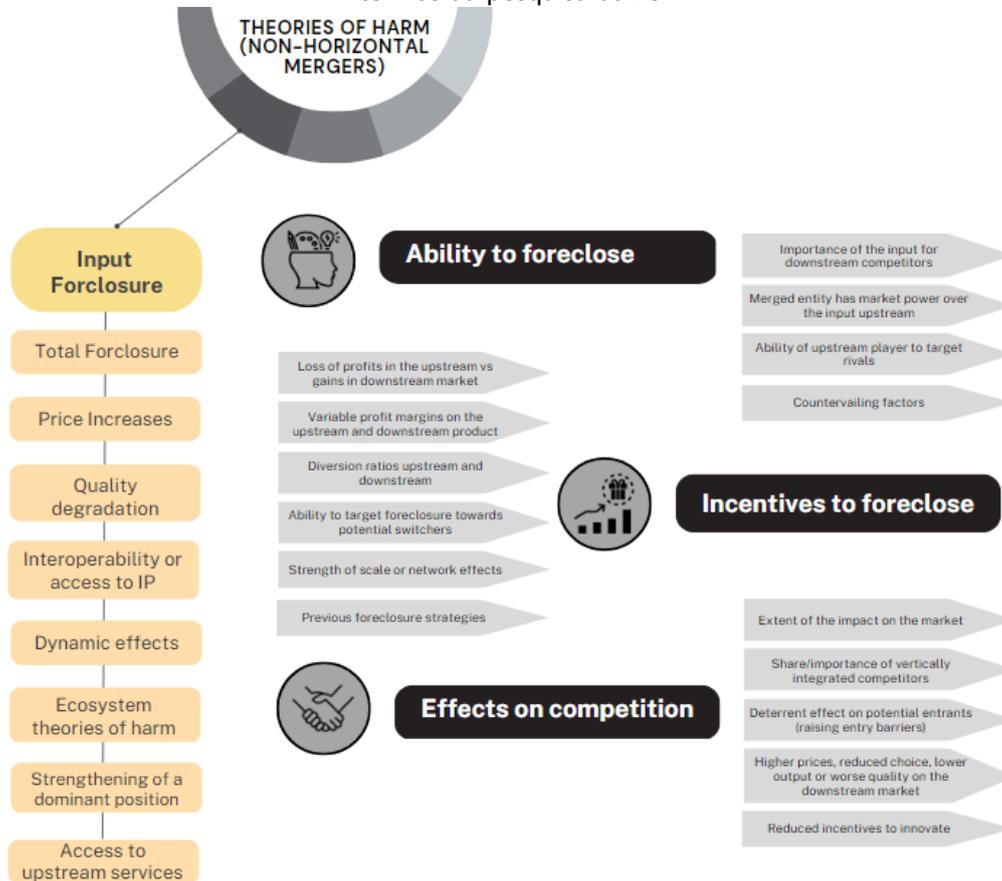
²² Definição trazida na survey: Ability to target foreclosure towards potential switchers (e.g., ability to price discriminate)

²³ Definição trazida na survey: Strength of scale or network effects (to gauge the likelihood that foreclosure may impede the competitive strength of actual and potential rivals upstream or downstream)

²⁴ Definição trazida na survey: Extent of the impact on the market (e.g. number and importance of rivals being foreclosed)

upstream. Infere-se, portanto, que entre 2018 e 2022 houve um relevante amadurecimento sobre o tema.

Imagem 5 – Consolidado das preocupações concorrenciais na teoria do dano de “input foreclosure” nos termos da pesquisa da ICN



Fonte: elaboração própria

Houve uma pergunta específica na pesquisa da ICN sobre a forma de análise de informações concorrenciaismente sensíveis, avaliando se a entidade resultante da concentração teria acesso a informação sensível como dados de vendas e propostas específicas, bem como estratégias de preços e algoritmos, além de especificações técnicas dos produtos e planos de inovações. Nas respostas, 18/27 (67%) das autoridades respondeu dizendo esse tema é objeto de análise específica em concentrações não horizontais.

Quanto à análise de fechamento de clientes (“customer foreclosure”),²⁵ não foram apresentadas subcategorias de preocupações antitruste.

²⁵ Definição trazida na survey: “Customer foreclosure refers to (i) the vertically integrated firm refusing to purchase products or inputs from rival upstream suppliers (i.e. total customer foreclosure); or (ii) the vertically integrated firm purchasing inputs from an upstream rival at a lower price (that is, it reduces the upstream rival’s revenues) or

Ademais, sob a perspectiva da metodologia de análise baseada no tripé (1) capacidade, (2) incentivos e (3) efeitos na concorrência, os seguintes passos são seguidos para a análise do fechamento de clientes:

Metodologia de análise 2 – Preocupações concorrenciais na teoria do dano de “customer foreclosure”

(1) capacidade de fechamento de clientes
• Merged entity has market power downstream ²⁶
• Countervailing factors ²⁷
(2) incentivos de fechamento de clientes
• Loss of sales in the downstream vs gains in the upstream market ²⁸
• Variable profit margins on the upstream and downstream product ²⁹
• Diversion ratios upstream and downstream ³⁰
• Ability to target foreclosure towards potential switchers ³¹
• Strength of scale or network effects ³²
• Quality and costs of products from competitors
• Other qualitative elements (e.g. reputational risks)
(3) efeitos na concorrência
• Extent of the impact on the market ³³
• Share/importance of vertically integrated competitors
• Deterrent effect on potential entrants

degrading the terms (increases the price or degrades the quality) at which it sells to final consumers the products incorporating the inputs supplied from the upstream rival.”

²⁶ Definição trazida na survey: Merged entity has market power downstream (e.g., as evidenced by high shares of purchases of the upstream product, strength of network effects).

²⁷ Definição trazida na survey: Countervailing factors (e.g. risk of more aggressive pricing by upstream competitors, downstream expansion/entry, must-have nature of the input supplied by the other upstream players, buyer power downstream).

²⁸ Definição trazida na survey: Loss of sales in the downstream vs gains in the upstream market The greater the number of downstream units likely to be lost following reduced input purchasing, the more that downstream profit is harmed when attempting to foreclose upstream rivals. The greater the gains upstream (and upstream rivals’ losses) the more likely the foreclosure strategy could be profitable.

²⁹ Definição trazida na survey: Variable profit margins on the upstream and downstream product (to gauge potential gains and losses from foreclosure and to inform the likelihood of customers switching upstream or downstream due to foreclosure).

³⁰ Definição trazida na survey: Diversion ratios upstream and downstream (i.e., evidence of switching)

³¹ Definição trazida na survey: Ability to target foreclosure towards potential switchers (e.g., ability to price discriminate).

³² Definição trazida na survey: Strength of scale or network effects (to gauge the likelihood that foreclosure may impede the competitive strength of actual and potential rivals upstream or downstream).

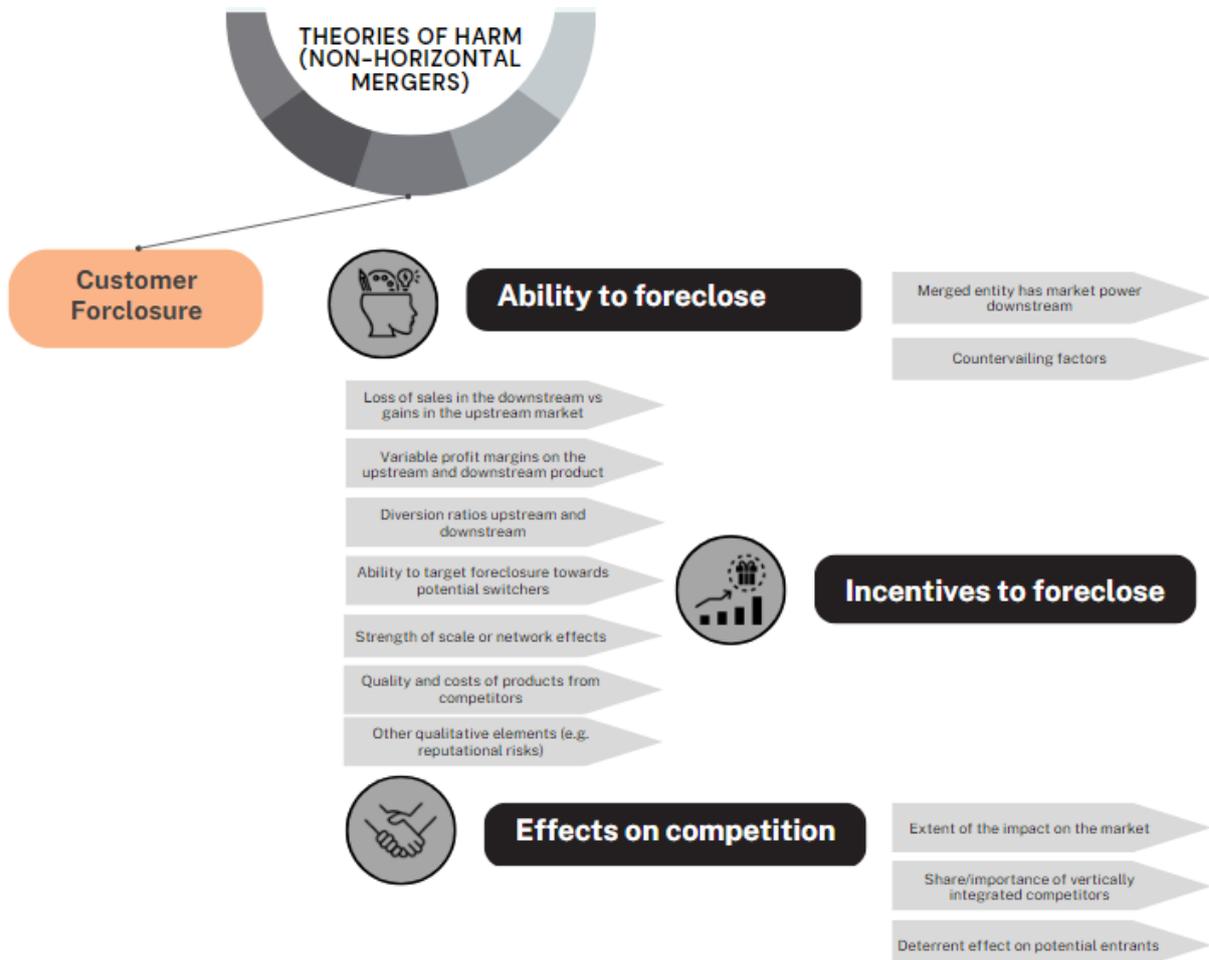
³³ Definição trazida na survey: Extent of the impact on the market (e.g. number and importance of rivals being foreclosed).

- Higher prices, reduced choice, lower output or worse quality on the downstream market
- Reduced output/quality degradation
- Reduced incentives to innovate

Fonte: elaboração própria

Comparativamente com o relatório da ICN/CMA de 2018, interessante notar que as seguintes evidências eram apresentadas para determinar os riscos de fechamento de clientes (“customer foreclosure”): (i) Importance of input for downstream firms; (ii) Variable profit margins on the input and final product; (iii) Alternatives upstream and downstream; (iv) Evidence on pass-through of cost increases; (v) Evidence on economies of scale upstream. Infere-se, portanto, que entre 2018 e 2022 também houve um relevante amadurecimento sobre o tema.

Imagem 6 – Consolidado das preocupações concorrenciais na teoria do dano de “customer foreclosure” nos termos da pesquisa da ICN

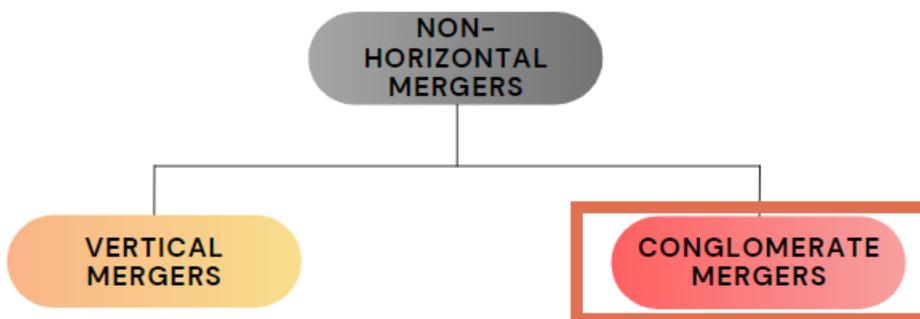


Fonte: elaboração própria

1.IV. Principais conclusões sobre concentrações conglomerais

Recorde-se, inicialmente, que “conglomerate merger” é considerada uma espécie do gênero concentrações não-horizontais, nos termos já apresentados.

Imagem 7 – Conceito de concentrações não-horizontais



Fonte: elaboração própria.

Quanto à análise de preocupações conglomerais (“*conglomerate concerns*”), 9 (nove) itens foram apresentados como subcategorias de preocupações antitruste pelas autoridades antitruste respondentes: (i) Technical tying³⁴; (ii) Contractual tying³⁵; (iii) Pure bundling³⁶; (iv) Mixed bundling³⁷; (v) dynamic effects³⁸; (vi) ecosystem theories of

³⁴ Definição trazida na survey: “Tying occurs when the merged entity would foreclose its competitors for the sale of product A by tying/bundling product A with product B, on which the merged entity possess significant market power. Tying commonly refers to the situation when the buyer of a product is contractually and/or technically required to purchase another product.”

³⁵ Definição trazida na survey: “Tying occurs when the merged entity would foreclose its competitors for the sale of product A by tying/bundling product A with product B, on which the merged entity possess significant market power. Tying commonly refers to the situation when the buyer of a product is contractually and/or technically required to purchase another product.”

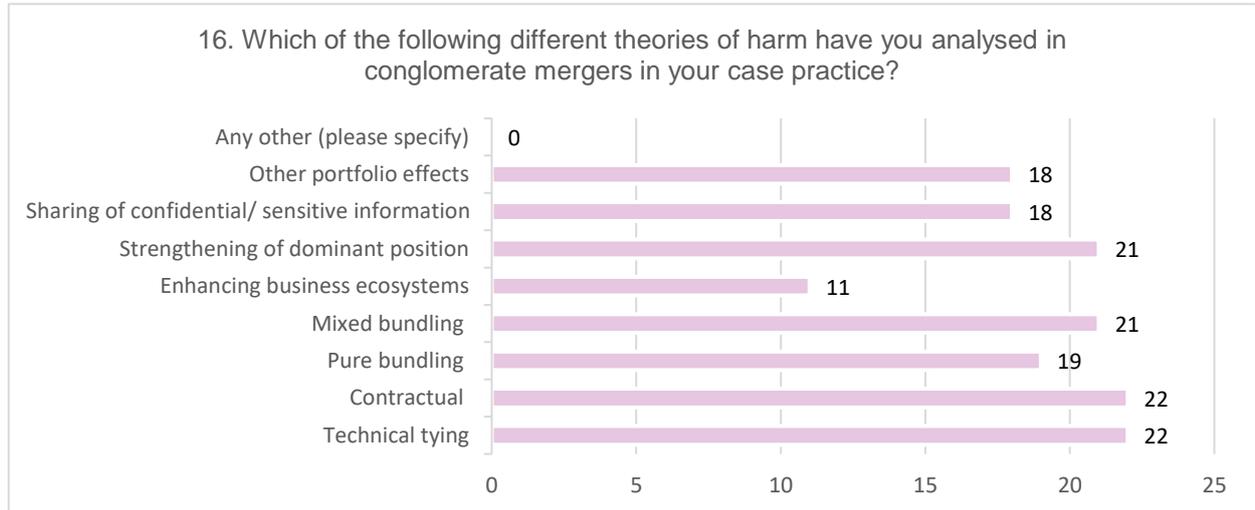
³⁶ Definição trazida na survey: “Pure bundling (i.e. products are only available jointly in fixed proportions) Bundling refers to the situation when products are only sold together in fixed proportions (pure bundling) or are also available separately, but the sum of the standalone prices is higher than the bundled price (mixed bundling).”

³⁷ Definição trazida na survey: “Pure bundling (i.e. products are only available jointly in fixed proportions) Bundling refers to the situation when products are only sold together in fixed proportions (pure bundling) or are also available separately, but the sum of the standalone prices is higher than the bundled price (mixed bundling).”

³⁸ Definição trazida na survey: “Mixed bundling (i.e. products are available separately, but discount for purchasing them jointly). Bundling refers to the situation when products are only sold together in fixed proportions (pure bundling) or are also available separately, but the sum of the standalone prices is higher than the bundled price (mixed bundling).”

harm³⁹; (vii) strengthening of a dominant position; e (viii) access to upstream services⁴⁰; e (ix) Outros.

Cada uma das autoridades respondeu dizendo se avalia ou não cada ou uma das subcategorias de preocupações antitruste de teoria do dano em atos de concentração não horizontais, tendo sido alcançado o seguinte resultado:



Fonte: elaboração própria.

Ademais, sob a perspectiva da metodologia de análise baseada no tripé (1) capacidade, (2) incentivos e (3) efeitos na concorrência, os seguintes passos são seguidos para as preocupações conglomerais:

Metodologia de análise 1 – Preocupações concorrenciais na teoria do dano de “conglomerate concerns”

(1) capacidade de fechamento conglomeral
<ul style="list-style-type: none"> • "Importance of products in adjacent markets (i.e. strong brands, must have or must stock)"
<ul style="list-style-type: none"> • Relationship between the markets
<ul style="list-style-type: none"> • Significant market power over important products in adjacent markets.

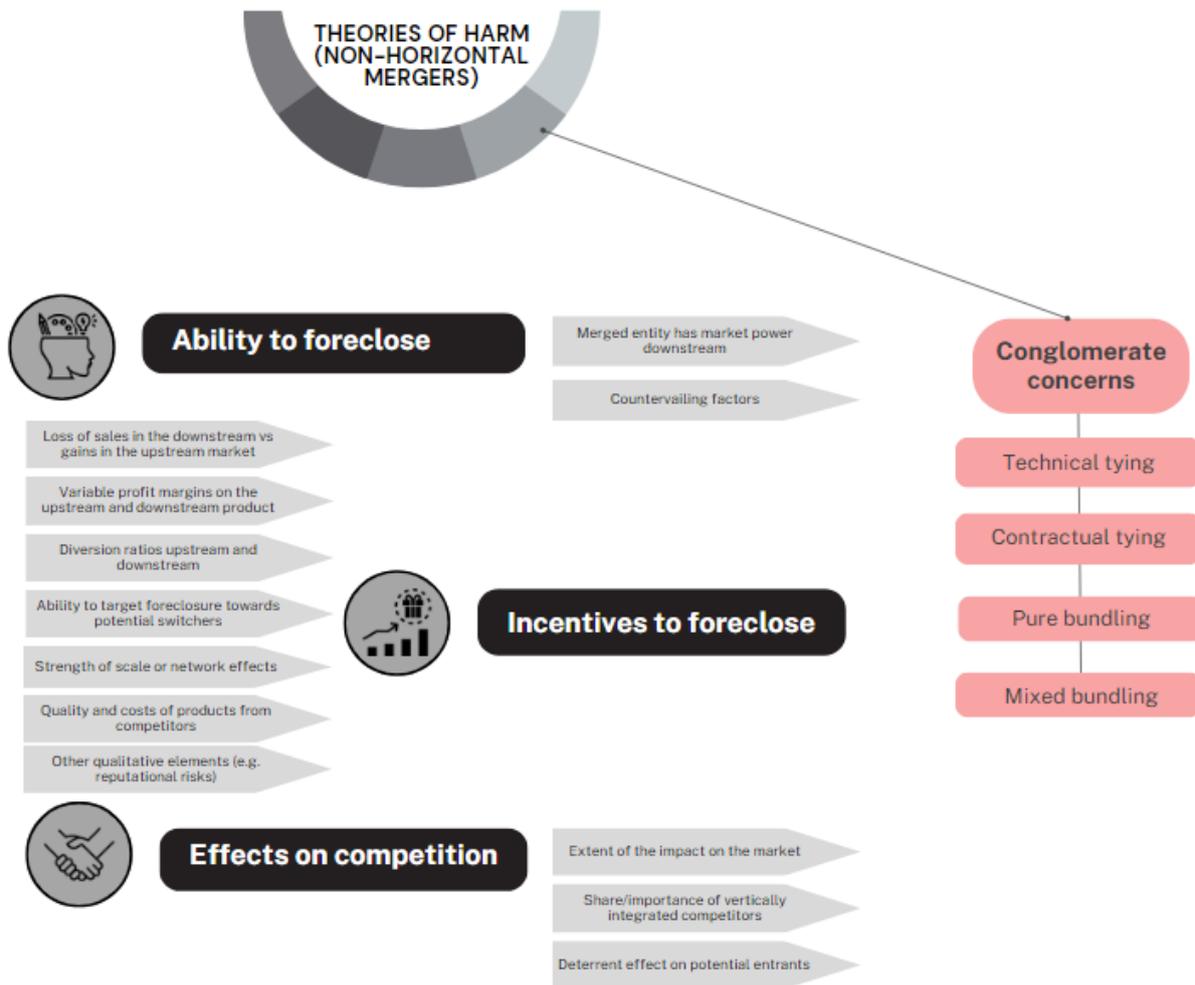
³⁹ Definição trazida na survey: “Ecosystems theories of harm refers to business ecosystems-groups of connected firms, drawing on platforms which leverage their complementors and lock-in their customers, exploiting the “bottlenecks” that emerge in new industry architectures. In terms of assessing a vertical/conglomerate theory of harm, potential foreclosure scenarios could be related to (i) increasing consumer dependency and creating high switching costs for the consumers, (ii) forcing competitors to create an ecosystem to compete and (iii) leveraging the ecosystem power to other markets. User base perspective could be useful to build these foreclosure scenarios as it could address the ecosystem power more accurately. The definition of ecosystems could also refer to branded ecosystems.”

⁴⁰ Definição trazida na survey: “Access to upstream services (e.g. maintenance, product development, etc).”

<ul style="list-style-type: none"> • "Ability of the merged entity to "tip" its various business segments through some commercial strategies, (for example, through exclusivity arrangements).
<ul style="list-style-type: none"> • Countervailing factors (e.g. buyer power, new entry) Any other (please specify)
<ul style="list-style-type: none"> • Any other (please specify)
(2) incentivos de fechamento conglomeral
<ul style="list-style-type: none"> • Profit gain of the foreclosure strategy versus profit loss of the foreclosure strategy
<ul style="list-style-type: none"> • Any other (please specify)
(3) efeitos na concorrência conglomeral
<ul style="list-style-type: none"> • "Share/importance of rivals being foreclosed"
<ul style="list-style-type: none"> • "Share/importance of vertically integrated competitors"
<ul style="list-style-type: none"> • Deterrent effect on potential entrants
<ul style="list-style-type: none"> • Higher prices Reduced output/quality degradation
<ul style="list-style-type: none"> • Reduced incentives to innovate
<ul style="list-style-type: none"> • Other (please explain)

Fonte: elaboração própria

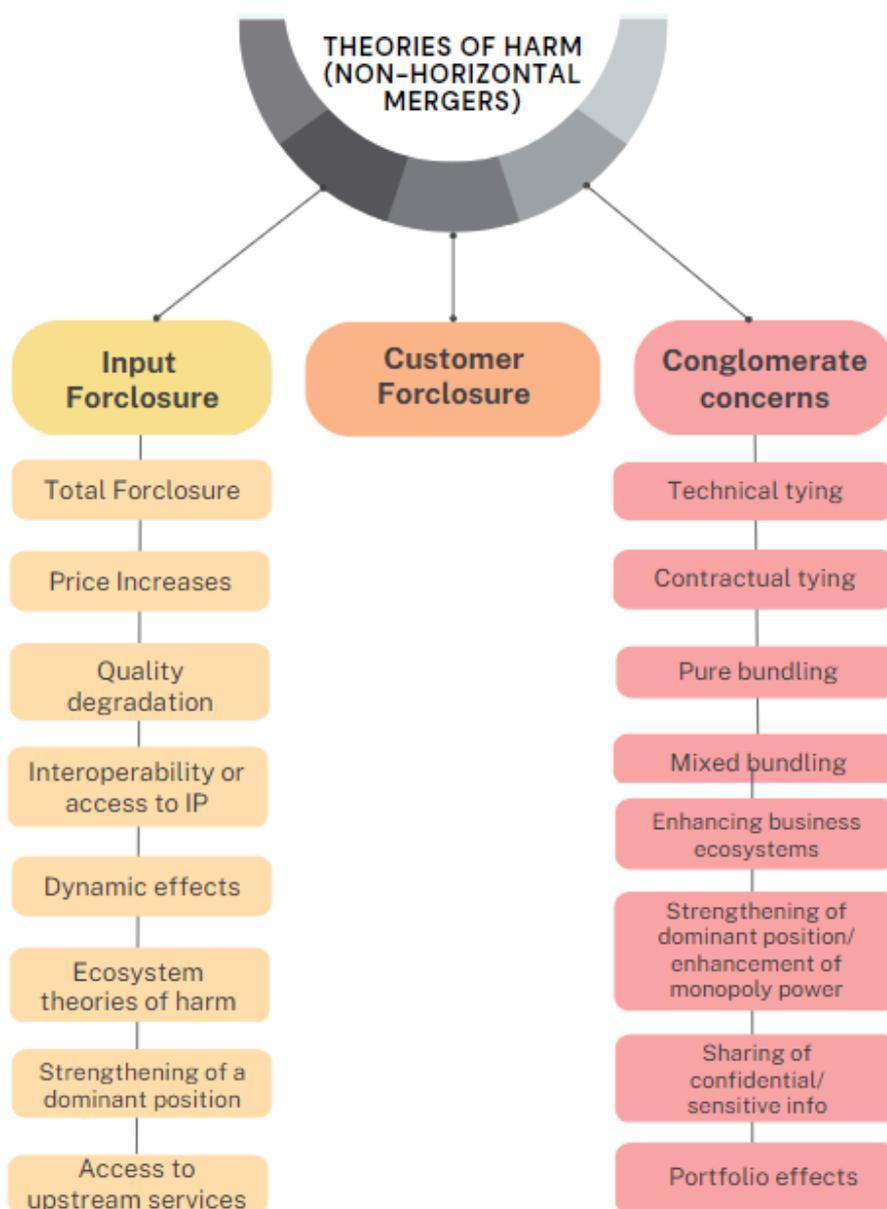
Imagem 8 – Consolidado das preocupações concorrenciais na teoria do dano de “customer foreclosure” nos termos da pesquisa da ICN



Fonte: elaboração própria

Em síntese, segue a consolidação das principais preocupações apresentadas nas perguntas contidas na *survey*, que direcionaram as respostas das 27 autoridades antitruste respondentes:

Imagem 9 – Detalhamento das Teorias do dano em concentrações não-horizontais nos termos da pesquisa da ICN



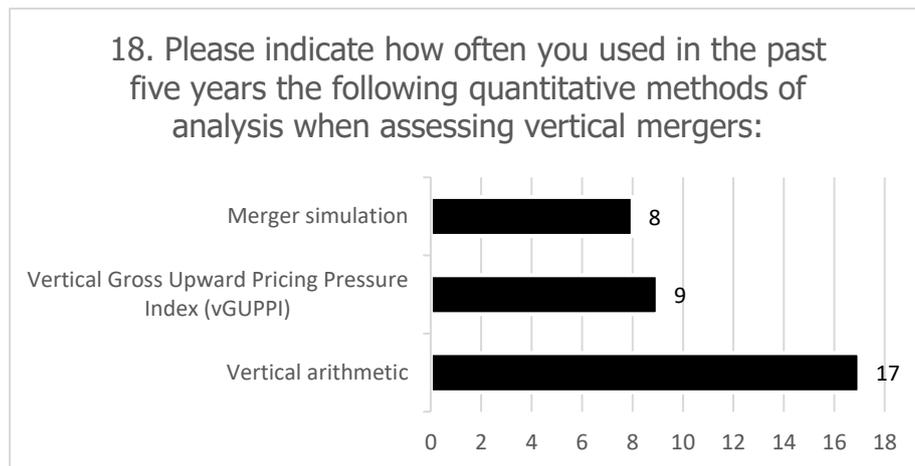
Fonte: elaboração própria.

1.V. Métodos Quantitativos em concentrações não-horizontais

Quanto aos métodos quantitativos, 3 (três) itens foram apresentados como subcategorias de métodos quantitativos em concentrações não-horizontais, para que as autoridades antitruste respondessem sobre a sua utilização ou não: (i) Vertical

arithmetic⁴¹; (ii) Vertical Gross Upward Pricing Pressure Index (vGUPPI)⁴²; (iii) Merger Simulation⁴³; e (iv) Outros – dentre eles a resposta apresentada foi de “critical loss calculation”.

Cada uma das autoridades respondeu dizendo se utilizou pelo menos uma ou alguma vezes esses métodos quantitativos em atos de concentração não horizontais, tendo sido alcançado o seguinte resultado:



Fonte: elaboração própria.

Interessante notar, comparativamente com a pesquisa da ICN/CMA de 2018, que o método quantitativo de *merger simulation* não constava, tendo sido mencionado apenas Vertical Arithmetic e vGUPPI, que continuam sendo os mais utilizados pelas autoridades antitruste respondentes.

1.VI. Análise de eficiência em concentrações não-horizontais

Quanto às possíveis eficiências, 4 (quatro) itens foram apresentados como subcategorias de eficiências em concentrações não-horizontais, para que as autoridades antitruste respondessem sobre a sua utilização ou não: (i) Internalisation or elimination

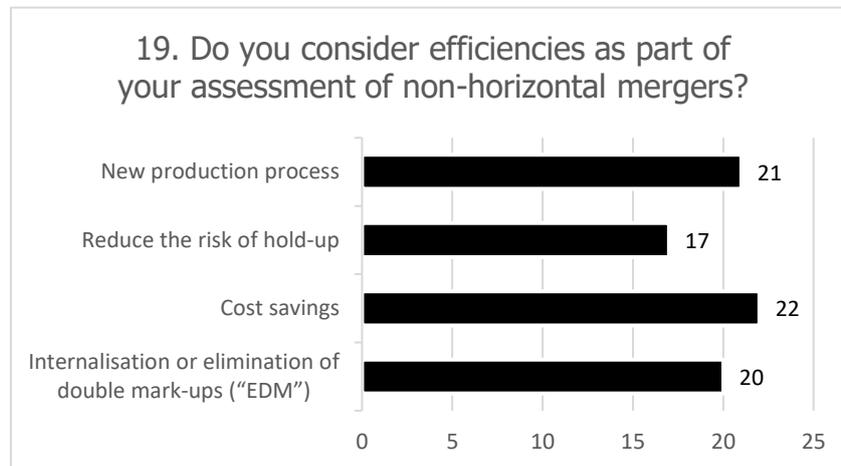
⁴¹ Definição trazida na survey: “Vertical arithmetic refers to the use of empirical evidence in vertical mergers (e.g. comparison of margins up and downstream with expected diversion ratios..”.

⁴² Definição trazida na survey: “vGUPPI refers to the Vertical Gross Upward Pricing Pressure Index, which estimates the incentive of a merged firm to raise upstream prices. It measures the percentage value of diverted sales by balancing two main price effects resulting from a merger, which are (i) the pressure to increase prices following the loss of competition between the merged firms, and (ii) the pressure to lower prices as merger efficiencies reduce incremental costs..”.

⁴³ Definição trazida na survey: “Merger simulation (e.g., posted pricing models; bargaining models) Merger simulation is a quantitative economic method used in the assessment of mergers. This technique seeks to approximate the effects of a merger on the main competitive variable of interest, typically price.”.

of double mark-ups (“EDM”); (ii) Cost savings⁴⁴; (iii) Reduce the risk of hold-up⁴⁵; e (iv) Outros – dentre eles a resposta apresentada foi de “critical loss calculation”.

Cada uma das autoridades respondeu dizendo se considera essas eficiências em atos de concentração não horizontais, tendo sido alcançado o seguinte resultado:



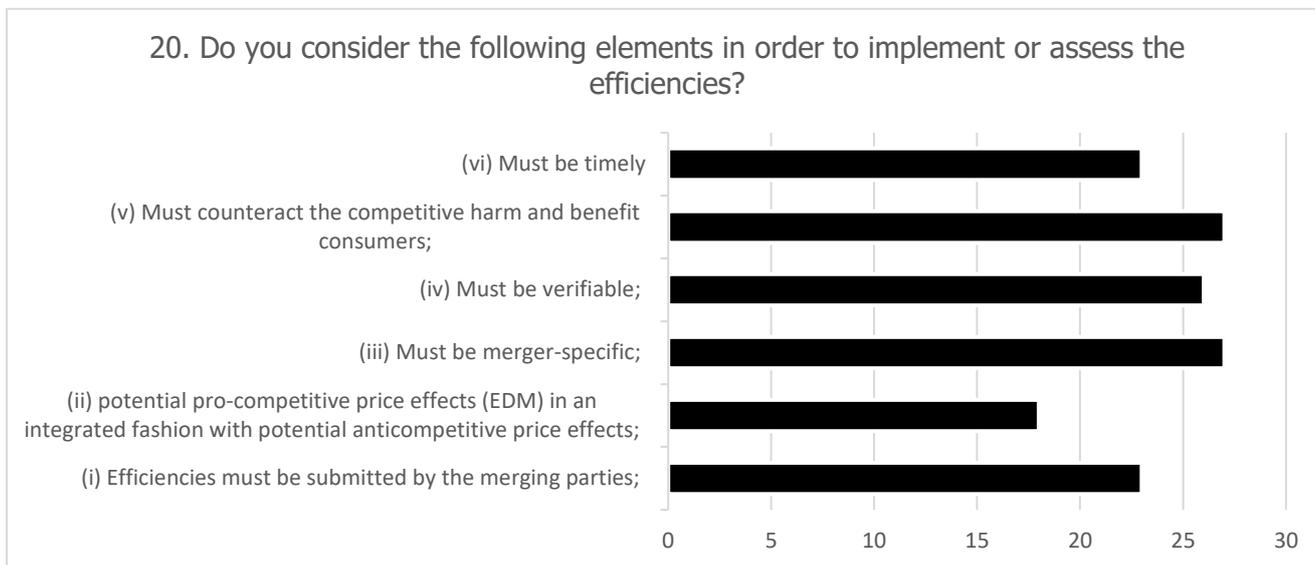
Fonte: elaboração própria.

Ainda, quanto à forma de verificação das eficiências, 6 (seis) novos desdobramentos foram apresentados como subcategorias: (i) Efficiencies must be submitted by the merging parties; (ii) potential pro-competitive price effects (EDM) in an integrated fashion with potential anticompetitive price effects; (iii) Must be merger-specific; (iv) Must be verifiable; (v) Must counteract the competitive harm and benefit consumers; e (vi) Must be timely.

⁴⁴ Definição trazida na survey: “Cost savings (e.g. via better coordination between production and distribution, economies of scope from joint sale of products, vertical integration benefits including self-supply)”.

⁴⁵ Definição trazida na survey: “Reduce the risk of hold-up (e.g., by aligning incentives to invest in new products or to do marketing for products).”.

Cada uma das autoridades respondeu dizendo se exige esses elementos quando da análise de argumentos de eficiências em atos de concentração não horizontais, tendo sido alcançado o seguinte resultado:



Importante mencionar, por fim, que diferentemente da pesquisa da ICN/CMA de 2018, nesta pesquisa realizada em 2021 não houve identificação de mercados nos quais as análises de concentração não-horizontais estão mais presentes. Em 2018, foram mencionadas as indústrias de energia (eletricidade, gás, combustível), mídia e comunicação, telecomunicações, setores saúde e farmacêutico, e indústria alimentícia e agricultura.

Também não houve, nesta pesquisa de 2022, identificação de tipos de remédios aplicáveis a operações com preocupações verticais. Na pesquisa da ICN/CMA de 2018, foi identificada a priorização de remédios comportamentais.

2. PESQUISA QUANTITATIVA NACIONAL SOBRE CONCENTRAÇÕES NÃO HORIZONTAIS

Neste Capítulo 2 é apresentada uma análise quantitativa da experiência nacional quanto a atos de concentração não horizontais, elaborado com base em planilha Excel ofertada pela Superintendência-Geral do Cade ("SG/Cade"), que contou com **242 processos de concentração econômica não horizontais analisados pelo Cade (tanto SG/Cade quanto Tribunal) entre 2012 e julho 2022**⁴⁶.

Dentre as 242 operações consolidadas na tabela em Excel, havia também sobreposições horizontais concomitantes em 117 destas (48%), sendo que em apenas 72 (30%) tais sobreposições horizontais foram consideradas relevantes.

Interessante notar que em apenas 11 (4%) destas 242 operações de concentrações não horizontais houve a manifestação de terceiros interessados.

Ademais, das 242 operações consolidadas na tabela em Excel, em apenas 3 (1%) houve menção ao uso de método quantitativo econométrico.

Por fim, apenas 1 dos casos de concentrações não horizontais teria sido reprovado⁴⁷, segundo os dados constantes na tabela em Excel.

Para tanto, serão apresentados os principais achados em termos de teorias do dano analisadas nas concentrações não horizontais no Brasil (Seção 2.I), sobretudo referente às preocupações com (1) fechamento de mercado; (2) aumento de custos de rivais; (3) discriminação; (4) alavancagem de posição de mercado; (5) acesso a informações sensíveis de rivais; (6) efeitos coordenados; (7) efeitos de portfólio ou conglomerados; (8) potenciais reações de empresas terceiras. Em seguida, foi apresentado o ferramental analítico em concentrações não horizontais no Brasil (Seção 2.II), com preponderância nas seguintes respostas: (1) possibilidade de exercício de poder de mercado; (2) probabilidade de exercício de poder de mercado; (3) análise de entrada; (4) análise de rivalidade; (5) poder de compra; (5) possibilidade de fechamento de mercado; (6) existência de cláusula de não concorrência; (7) estrutura de governança; (8) eficiências.

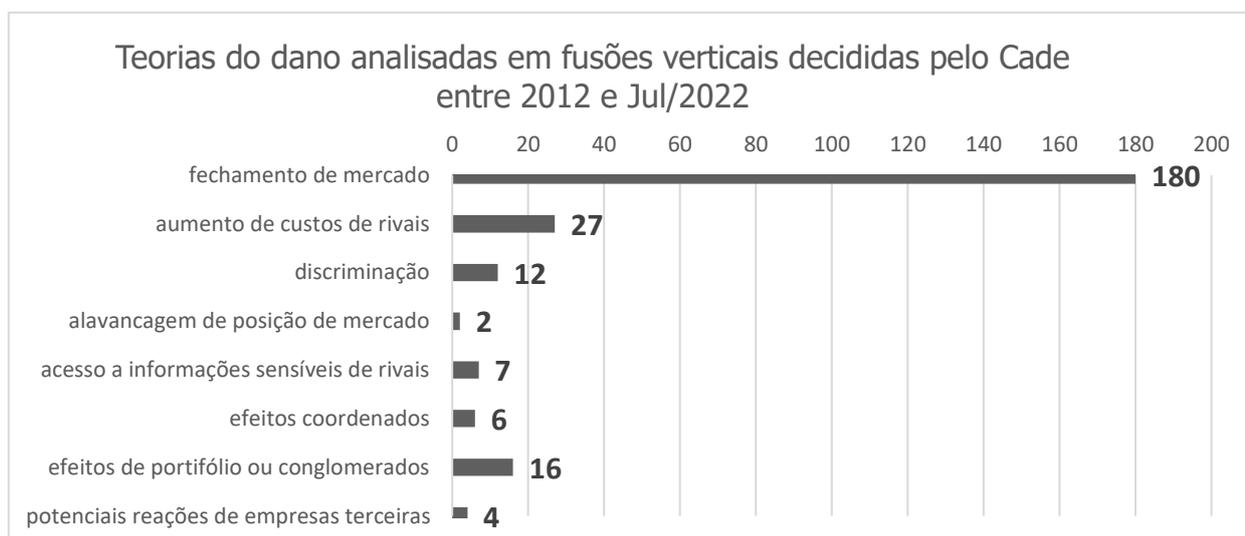
⁴⁶ Dentre os 242 processos consolidados, todos foram analisados pelo rito ordinário, sendo que apenas 13 foram declarados complexos.

⁴⁷ 08700.003699/2015-79

2.I. Teorias do dano em concentrações não horizontais no Brasil (2012/jul 2022)

Dentre as teorias do dano em concentrações não horizontais, houve a identificação prévia, na tabela em Excel, de algumas das principais preocupações que poderiam ser levantadas em casos de concentrações não horizontais, a fim de se verificar se, no caso concreto, aquelas teriam sido analisadas: (1) fechamento de mercado; (2) aumento de custos de rivais; (3) discriminação; (4) alavancagem de posição de mercado; (5) acesso a informações sensíveis de rivais; (6) efeitos coordenados; (7) efeitos de portfólio ou conglomerados; (8) potenciais reações de empresas terceiras.

O gráfico abaixo resume os dados encontrados a partir das respostas preenchidas na tabela em Excel.⁴⁸



Fonte: elaboração própria, a partir de dados consolidados pela SG/Cade.

Dentre os 180 casos em que se identificou o risco de (1) **fechamento de mercado**, interessante mencionar que as preocupações foram tanto isoladamente com o fechamento (i) a montante (*“upstream”*)⁴⁹⁻⁵⁰⁻⁵¹⁻⁵² quanto isoladamente com o (ii) a

⁴⁸ Registre-se que há, na tabela em Excel, linhas de casos em que há respostas como “N/A” e vazias.

⁴⁹ 08700.007114/2014-09

⁵⁰ “Com relação ao mercado upstream, eventuais preocupações de fechamento de mercado podem ser mitigadas por alguns fatores (...) de modo que é improvável que haja fechamento do mercado upstream em decorrência desta operação.”. 08700.003502/2016-82

⁵¹ “A participação da Patheon nos três mercados à jusante em que a empresa registra faturamento no Brasil é extremamente baixa, sendo menor que 1% nos três segmentos considerados. Tal cenário torna altamente improvável a possibilidade de que as Requerentes tenham condições de efetuar o fechamento de mercado à jusante, num cenário pós-operação, dada a pouca relevância da Patheon nos segmentos downstream no Brasil.”. 08700.004128/2017-13

⁵² Hipótese de fechamento do mercado de insumos (upstream). 08700.004955/2019-79.

jusante (“*downstream*”)⁵³⁻⁵⁴⁻⁵⁵, mas também com o fechamento concomitante em (iiii) ambos os mercados⁵⁶⁻⁵⁷⁻⁵⁸⁻⁵⁹⁻⁶⁰⁻⁶¹. Considerando o quantitativo de 180 casos catalogados na tabela em Excel como tendo sido objeto dessa preocupação antitruste, foram identificadas, nesse documento apenas alguns dos casos cujo detalhamento parecia mais completo. Nota-se, pelo que já se depreende pelo próprio quantitativo, que essa teoria do dano é aquela que concentra grande parte das preocupações das análises do Cade.

⁵³ “a presente operação poderá acarretar dificuldades de acesso aos serviços de transporte de carga aérea para concorrentes da ECT no mercado de encomenda e se exariam de ter empresas de encomendas demandando-lhes serviços, resultando em um fechamento do mercado downstream.”. 08700.003530/2014-38

⁵⁴ “fechamento do mercado downstream para concorrentes da Mexichem”. 08700.000756/2016-49

⁵⁵ Risco de fechamento do mercado à jusante, de varejo de materiais de construção. 08700.006291/2016-30

⁵⁶ “possibilidade de fechamento do mercado à montante (upstream): quando a empresa à jusante detém poder de mercado, esse agente tem incentivos para adquirir insumos apenas da empresa verticalizada, acarretando prejuízos aos demais agentes do mercado à montante; possibilidade de fechamento do mercado à jusante (downstream): quando a empresa à montante possui poder de mercado, esse agente tem incentivos para direcionar sua produção para a empresa verticalizada, ou ainda, praticar condutas tendentes ao fechamento de mercado, tal como a discriminação de preços.”. 08700.012652/2015-04

⁵⁷ “i. possibilidade de fechamento do mercado à montante/upstream: quando a empresa à jusante detém poder de mercado, esse agente tem incentivos para adquirir insumos apenas da empresa verticalizada, acarretando prejuízos aos demais agentes do mercado à montante; ii. possibilidade de fechamento do mercado à jusante/downstream: quando a empresa à montante possui poder de mercado, esse agente tem incentivos para direcionar sua produção para a empresa verticalizada, ou ainda, praticar condutas tendentes ao fechamento de mercado, tal como a discriminação de preços.” 08700.000266/2016-42

⁵⁸ “fechamento do mercado upstream (mercado de direitos creditórios) e refere ao mercado a jusante” 08700.000374/2016-15

⁵⁹ “De fato, a larga oferta do produto (ACESSO RESTRITO) em face da demanda mundial da DCC de apenas ACESSO RESTRITO afasta preocupação com estratégias de elevação do custo de rivais ou fechamento de mercado, tanto no sentido downstream, como no sentido upstream.”. 08700.000958/2016-91

⁶⁰ “De todo modo, apesar da relevância da Cryptera, a operação não é capaz de gerar fechamento de mercado upstream ou downstream.”. 08700.003045/2016-26

⁶¹ “ I – possibilidade de fechamento do mercado de exames de medicina laboratorial (downstream) para os demais prestadores de serviços de apoio a outros laboratórios, impedindo ou dificultando a concorrentes não verticalizados o acesso a clientes; II – possibilidade de fechamento do mercado de serviços de apoio a outros laboratórios (upstream) para estabelecimentos de medicina diagnóstica concorrentes da empresa verticalizada (ofertantes de exames de medicina laboratorial que não tenham capacidade de processamento desses exames), impedindo ou dificultando o acesso dos estabelecimentos independentes aos laboratórios de grande porte que oferecem o serviço de processamento de exames.”. 08700.005609/2019-16

Além disso, as análises sobre fechamento tendem a concentrar sobretudo nos riscos do fechamento a concorrentes⁶²⁻⁶³⁻⁶⁴⁻⁶⁵⁻⁶⁶⁻⁶⁷⁻⁶⁸⁻⁶⁹, de modo que não foram identificadas, a partir de dados da tabela em Excel fornecida pela SG/Cade, análises detidas nos possíveis efeitos de fechamento aos clientes⁷⁰.

Ainda sobre as teorias do dano, dentre os 27 casos em que se identificou o risco de (2) **aumento de custos de rivais** ("raising rivals costs") percebe-se que foram assim classificados pela existência de análises de rivalidade ou por menções a reduções de custos resultantes da operação, mas não necessariamente específica sobre aumento de custos de rivais. Em um dos casos em que a preocupação com o aumento de custos de rivais foi específica, esta foi centrada nos mercados *downstream* da operação.⁷¹

Por sua vez, dentre os 12 casos em que se identificou o risco de (3) **discriminação**, interessante mencionar que houve preocupações com discriminação (i)

⁶² "se a Odontoprev, operadora de plano odontológico e detentora de empresas de radiologia, fosse capaz, após a operação, de direcionar seus beneficiários para prestadores próprios (a Clidec e a Papaiz), fechando o seu plano odontológico (e seus respectivos beneficiários) para prestadores de serviços de radiologia concorrentes da Clidec e da Papaiz". 08700.010125/2012-12

⁶³ "De toda forma, as Requerentes destacaram que não há previsão de exclusividade no fornecimento de aço pela CSN à Armco, não havendo impedimentos para que a Armco adquira o aço de outros fornecedores." 08700.006539/2015-81

⁶⁴ "fechamento do mercado downstream para concorrentes da Mexichem". 08700.000756/2016-49

⁶⁵ "Com base no exposto nessa seção, considerando a instrução realizada junto a clientes e concorrentes, bem como a análise das informações disponíveis sobre o mercado, é pouco provável que a entidade resultante da presente operação tenha o incentivo de adotar uma estratégia de fechamento de mercado ou mesmo de discriminação de concorrentes da Dell no mercado de servidores." 08700.003054/2016-17

⁶⁶ "Ao longo da instrução, alguns concorrentes oficiados levantaram preocupações relacionadas ao reforço de poder de portfólio, que poderia, segundo arguido, levar a um fechamento de canais de distribuição para outros concorrentes das Requerentes." 08700.006269/2016-90

⁶⁷ "A possibilidade de fechamento de mercado para concorrentes tanto no mercado à jusante (downstream), quanto no mercado à montante (upstream), pode vir a resultar na exclusão ou prejuízo de competidores e, assim, na redução da oferta e degradação de qualidade de produtos e serviços, bem como nas condições de preço dos mesmos." 08700.005455/2017-92

⁶⁸ "Fechamento de mercado para os demais concorrentes da JDB, no tocante a fornecimento de peças originais para colhedoras; Fechamento de mercado para os demais concorrentes da Unimil, no tocante ao acesso a clientes de peças genuínas para colhedoras; Fechamento de mercado para outros concorrentes da Unimil no mercado de peças de reposição, caso os clientes da JDB passem a adquirir peças de reposição apenas da Unimil; Fechamento de mercado para outros concorrentes da JDB no mercado de colhedoras, diante da eventual indisponibilidade de peças de reposição Unimil;" 08700.005767/2019-68

⁶⁹ "Hipótese de a Microsoft passar a distribuir apenas os jogos da Zenimax e os por ela própria publicados, fechando, por consequência, o mercado de distribuição para outros publicadores." 08700.006064/2020-91

⁷⁰ "Portanto, conclui-se que a operação não tem o condão de possibilitar o fechamento de mercado, seja do acesso a insumos do mercado de licenciamento de eventos de milho a concorrentes no mercado downstream de melhoramento genético de milho, seja o fechamento do acesso a clientes no mercado de melhoramento genético de milho a concorrentes no mercado upstream de licenciamento de eventos transgênicos de milho." 08700.002495/2018-63

⁷¹ "ainda que a DCC passe a comprar apenas da Dow, a demanda direcionada para esta seria irrelevante em termos de efeito ao mercado upstream e sem qualquer incentivo para a Dow no sentido de elevar custos dos rivais da DCC no mercado downstream." 08700.000958/2016-91

de rivais⁷²⁻⁷³⁻⁷⁴, (ii) de fornecedores⁷⁵ e (iii) de adquirentes⁷⁶⁻⁷⁷⁻⁷⁸. Além disso, quanto à implementação, foram analisadas tanto as formas de discriminação de preços⁷⁹ quanto discriminação voltada a fatores não preço, como redução da qualidade do insumo, atrasos e prazos mais alongados para fornecer ou piora nas formas de pagamento pelo insumo⁸⁰.

Ainda, nos 2 casos em que se identificou o risco de (4) **alavancagem de posição de mercado**, a análise passou basicamente pela existência de outros mercados de atuação das Requerentes nos quais haveria participação de mercado relevante, sem maior aprofundamento sobre a eventual forma da alavancagem

Ademais, dentre os 7 casos em que se identificou o risco de (5) **acesso a informações sensíveis de rivais**, em 2 deles houve a identificação de salvaguardas/políticas comerciais e contratuais que mitigavam tais preocupações.⁸¹⁻⁸²

Adicionalmente, dentre os 6 casos em que se identificou o risco de (6) **efeitos coordenados**, em apenas 1 caso foi apresentada uma posição histórica de preocupação com condutas colusivas naquele mercado específico.⁸³ Interessante mencionar, ainda,

⁷² "Em caso de aumento de preço, com discriminação de rivais ainda superior à já exercida, e a depender da rota, haveria prejuízo e se veria sem alternativas, pois, como dito, ela não planeja se verticalizar com empresas de transporte aéreo.". 08700.003530/2014-38.

⁷³ "Diante dessas informações, à despeito do aumento da concentração do mercado hospitalar na região de Osasco e dos elevados custos de transação para eventual renegociação e substituição de prestadores hospitalares, é de se ressaltar que não haveria, a princípio, incentivos à discriminação de outros planos de saúde por parte da Intermédica". 08700.005455/2017-92

⁷⁴ "Dessa forma, esta SG entende que não é provável o fechamento de mercado (ou discriminação de rivais) em oncologia ambulatorial decorrente da atuação conjunta das requerentes após a operação.". 08700.001510/2020-71

⁷⁵ "a fim de avaliar se a posição dominante da Honda no mercado de monocabs lhe permite, de alguma forma, discriminar fornecedores ou restringir o fornecimento de freios a disco e a tambor para os demais fabricantes (atuais e potenciais) de veículos monocab.". 08700.002191/2020-11

⁷⁶ "Fechamento do mercado de embalagens metálicas a partir da discriminação a adquirentes não integrados à CSN". 08700.000404/2022-31.

⁷⁷ "Considerando que a FMC já era um player verticalizado previamente à operação, há apenas um reforço dessa integração vertical. Contudo, dada a pequena participação da DuPont no mercado de MCC alimentício, e, como já dito, não ser ela uma produtora, mas tão somente uma revendedora residual do referido insumo, não se vislumbra qualquer incremento na capacidade e/ou incentivos para que, após a Operação, as Requerentes passem a discriminar outras produtoras de sistemas à jusante.". 08700.003118/2017-61

⁷⁸ "poderia em tese haver um risco de discriminação de clínicas oncológicas concorrentes do grupo da adquirente, privilegiando o acesso no Hospital São Carlos a pacientes oriundos da Fujidayclinic, dificultando ou impedindo o acesso de pacientes e de profissionais médicos de outras clínicas nesse hospital.". 08700.006071/2019-59

⁷⁹ 08700.005861/2020-51, 08700.001663/2022-80,

⁸⁰ "A discriminação ainda pode assumir formas mais sutis, como redução da qualidade do insumo, atrasos e prazos mais alongados para fornecer ou piora nas formas de pagamento pelo insumo.". 08700.002024/2020-70

⁸¹ "A esse respeito, a conclusão a que se chegou foi de que esse aspecto parece já ser objeto de tratamento adequado pelo das políticas comerciais e contratuais das Requerentes." 08700.005611/2022-82

⁸² Existência de salvaguardas contra a troca de informações concorrencialmente sensíveis. 08700.001462/2022-82

⁸³ "sobre probabilidade de coordenação entre os agentes nesse Mercado, não são evidentes, nestes autos e na experiência do SBDC, até o momento, - elementos que indiquem probabilidade alta de conluio nos mercados de processados em análise.". 08700.000811/2014-39

que em alguns destes casos, a preocupação com efeitos coordenados passou pela preocupação com o acesso e a troca de informações sensíveis, nos termos apresentados anteriormente.

Ainda, dentre os 16 casos em que se identificou o risco de (7) **efeitos de portfólio ou conglomerados**, interessante mencionar que em 4 casos houve uma ponderação, de modo comparativo, entre o poder de portfólio dos Requerentes com os demais concorrentes no mercado.⁸⁴⁻⁸⁵⁻⁸⁶⁻⁸⁷ Em outros 2 casos, analisou-se a opinião dos clientes diante de eventual incremento do poder de portfólio.⁸⁸⁻⁸⁹

Por fim, dentre os 4 casos em que se identificou o risco de (8) **potenciais reações de empresas terceiras**, houve dois tipos de análise. Em termos de (i) posição ativa dos concorrentes, 3 casos contaram com a análise no sentido da existência ou não de capacidade destes em absorver eventual desvio de demanda dos clientes decorrente

⁸⁴ "O teste de mercado realizado por esta SG, portanto, apontou que o reforço do portfólio das Partes, decorrente da Operação, não confere às partes um poder de portfólio, dado as características das aquisições de produtos no mercado, a intensa rivalidade nos segmentos de produtos de bioprocessamento e a existência de muitos produtos substitutos interoperáveis, em termos de qualidade e segurança, que são fornecidos por empresas concorrentes, dentre as quais também há aquelas que detém amplo portfólio e condições de rivalizar mundialmente com as Requerentes. Tais elementos dificultam a adoção pelas Requerentes de práticas de anticompetitivas, mesmo detendo um amplo portfólio.". 08700.004203/2019-16

⁸⁵ "as Requerentes, as empresas MC Bauchemie, BASF, Denver, Vedacit e Viapol possuem portfólio variado, além de atuar em todo o território nacional. O mesmo ocorre com todas as concorrentes oficiadas, exceto a Pavmix e a Tilecol que possuem forte presença regional. Portanto, a utilização do poder de portfólio não é algo exclusivo pelas requerentes; pelo contrário, outros agentes detém um portfólio igual ou maior ao da Saint Gobain e também podem utilizar dessa estratégia no momento de negociação com os clientes. 08700.006390/2015-31

⁸⁶ "Conclui-se, portanto, que a Operação Comercial, ao ampliar o escopo do portfólio da Boeing, não afeta negativamente os níveis de rivalidade observados no mercado mundial de aeronaves comerciais de grande porte com número de assentos entre 100 e 150. Empresas oficiadas, inclusive, afirmaram que a ampliação do portfólio da Boeing tende a acirrar a rivalidade nesse mercado e pode gerar alguns benefícios aos clientes. Tais constatações reforçam a percepção quanto à ausência de probabilidade de exercício de poder unilateral de mercado.". 08700.003896/2019-11

⁸⁷ "O teste de mercado para exames de SAD incluiu perguntas a respeito de análises clínicas e anatomia patológica e citopatológica, já que possuem sobreposição e/ou integração em virtude da Operação. Entretanto, a maioria dos concorrentes reportou atuação em ambos os segmentos, o que sugere a disponibilidade de um portfólio variado na maioria dos agentes do mercado.". 08700.003593/2021-13

⁸⁸ "Finalmente, as manifestações obtidas por terceiros oficiados indicam que a operação proporciona às Requerentes incremento de portfólio que pode permitir à empresa atuar de forma mais agressiva concedendo maiores vantagens comerciais e, conseqüentemente, conquistando mais espaço junto a determinados distribuidores. Ainda assim, parte relevante dos distribuidores afirma que não tenderia a concentrar suas compras em Adama e Syngenta, mesmo após a operação. Se a conquista de maior espaço junto a distribuidores se dá em razão da concessão de melhores descontos, de outras condições comerciais mais vantajosas ou da redução de custos de transação, e considerando ainda a presença de outros concorrentes capazes de rivalizar de forma efetiva (com portfólio competitivo), não há que se falar em preocupação concorrencial.". 08700.006269/2016-90

⁸⁹ "Poder-se-ia ainda questionar se o incremento de portfólio gerado pela operação não teria o condão de dificultar o acesso de concorrentes a outros canais de revenda que não os do grupo Saint-Gobain.". 08700.005534/2017-01

da operação⁹⁰⁻⁹¹. Por sua vez, em termos de (ii) posição reativa dos concorrentes, 1 caso contou com análise que identificou uma percepção positiva ou negativa destes sobre a operação.⁹²

2.II. Ferramental analítico em concentrações não horizontais no Brasil (2012/jul 2022)

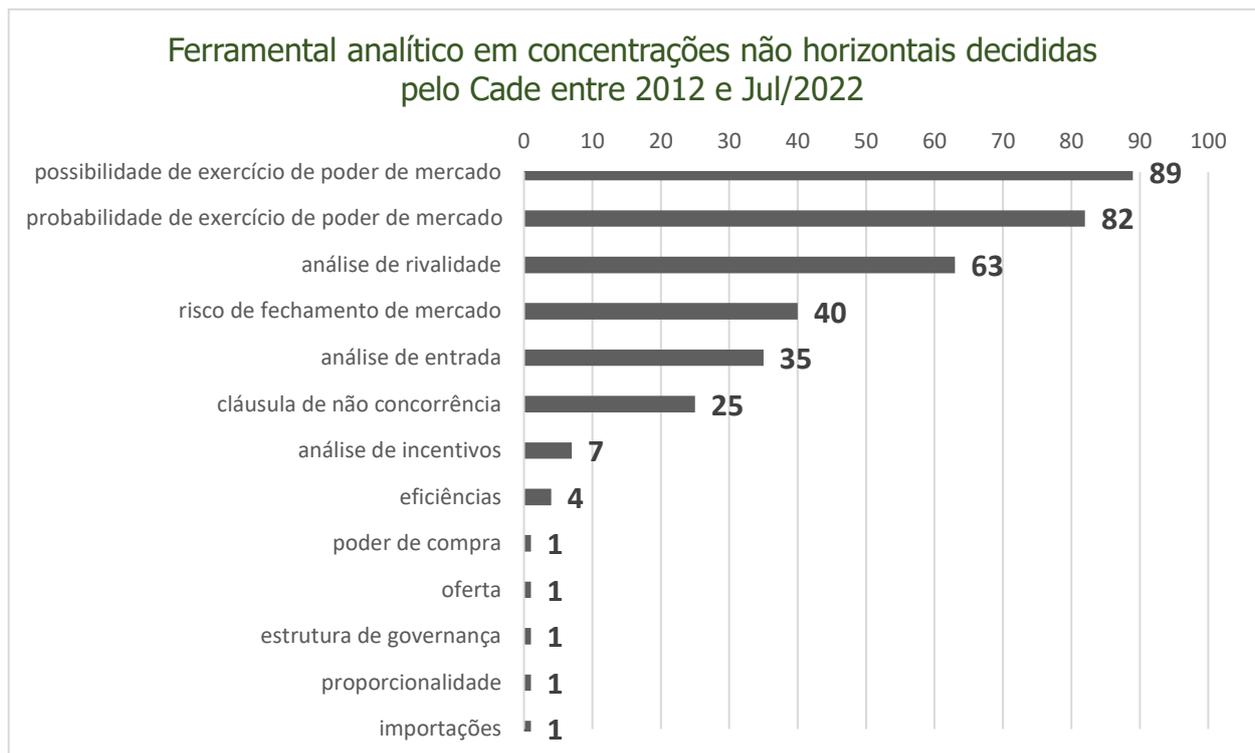
Quanto ao ferramental analítico utilizado, não houve a definição de respostas “sim” ou “não” para cada item – diferentemente da pesquisa realizada pela ICN em 2022, objeto de análise no relatório de *benchmarking* internacional, nos termos do Capítulo 1 deste Documento de Trabalho.

A partir das respostas livres preenchidas no Excel pela SG/Cade, foi possível consolidar certa preponderância nas seguintes respostas: (1) possibilidade de exercício de poder de mercado; (2) probabilidade de exercício de poder de mercado; (3) análise de entrada; (4) análise de rivalidade; (5) poder de compra; (5) possibilidade de fechamento de mercado; (6) existência de cláusula de não concorrência; (7) estrutura de governança; (8) eficiências. Não houve estruturação, na tabela em Excel, da ordem de uso desse ferramental analítico pelo Cade.

⁹⁰ “As informações apresentadas são suficientes para evidenciar que, nos portos em que atuam, os concorrentes teriam capacidade de absorver grande parte, se não a totalidade, de um eventual desvio da demanda por parte dos atuais clientes das Requerentes. Além disso, cabe ressaltar também a possibilidade, relativamente simples e rápida, de se deslocar embarcações entre os portos para ajustar eventuais demandas e planos estratégicos.”. 08700.005151/2021-10 e 08700.004682/2022-68.

⁹¹ “Desse modo, considerando que: (i) o volume de motores a diesel comercializado pela Volkswagen T&B, em relação ao mercado total de motores a diesel é inferior a (acesso restrito às Requerentes); (ii) existe uma diferenciação relevante entre os motores ofertados pelas duas Requerentes em questão de potência e; (iii) há grande capacidade ociosa das concorrentes e estas afirmaram ser capazes de absorver eventuais desvios de demanda, esta SG entende que a operação proposta não confere às Requerentes a possibilidade de exercício de poder de mercado, sob qualquer perspectiva de definição de mercado relevante..”. 08700.007628/2016-26.

⁹² Opinião da DOTZ em relação à operação de Aquisição acionária da Smiles na Netpoints, incluindo se a DOTZ acredita que tal operação seria benéfica ao mercado. 08700.009606/2013-58



Fonte: elaboração própria, a partir de dados consolidados pela SG/Cade.

Importante mencionar que, mesmo se tratando de casos de concentrações não horizontais, em 64 dos 242 processos analisados (26%) não foi preenchida qualquer informação detalhada sobre o uso de qualquer dessas análises.

Ainda, é possível inferir certa confusão entre as teorias do dano a serem identificadas e endereçadas no parecer com o ferramental analítico utilizado justamente para se avaliar o risco de implementação dessas teorias do dano. Isso é possível notar, por exemplo, na medida em que o “fechamento de mercado” é mencionado em ambas as seções, praticamente como sinônimos.

3. PESQUISA QUALITATIVA INTERNACIONAL SOBRE CONCENTRAÇÕES NÃO HORIZONTAIS: ANÁLISE COMPARATIVA DA ESTRUTURA E DO CONTEÚDO DE GUIAS ESTRANGEIROS

Apresenta-se neste Capítulo 3 uma análise comparativa com a visão geral sobre o tratamento do tema dos Guias de Concentração Não Horizontais nos guias estrangeiros. Inicialmente, na Seção 3.I é apresentada a estrutura de cada um dos guias que contém trechos específicos para concentrações verticais, com base nas respostas de 28 autoridades antitruste ao redor do mundo ao questionário da ICN de 2022, apresentadas quantitativamente no Capítulo 1. Em seguida, por solicitação da SG/Cade, foi detalhado na Seção 3.II o conteúdo do Guia de Concentrações Não Horizontais das autoridades do Reino Unido, seguido pela Seção 3.III, com a apresentação detalhada do Guia da União Europeia.

3.I. Estrutura geral dos Guias indicados

Nesta Seção 3.I, serão apresentadas as estruturas de 8 (oito) dos guias indicados nas respostas de 28 autoridades antitruste ao redor do mundo ao questionário da ICN de 2022 (Argentina, Brasil, Bulgária, Chile, Colômbia, Croácia, República Tcheca, Dinamarca, França, Israel, Itália, Japão, Lituânia, Malawi, México, Nova Caledônia, Nova Zelândia, Noruega, Peru, Taipé Chinês, Sérvia, Eslovênia, Suécia, Suíça, Holanda, Reino Unido e Estados Unidos).

A estrutura do Guia da **Argentina**⁹³ de Concentrações Econômicas – não específico para Guias Verticais – é o seguinte:

INTRODUCCIÓN

II. MEDICIÓN DE LA CONCENTRACIÓN EN EL MERCADO RELEVANTE

II.1. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

II.2. IDENTIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS QUE PARTICIPAN EN EL MERCADO RELEVANTE

II.3. CÁLCULO DE LAS PARTICIPACIONES DE MERCADO

⁹³ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/308818/res208.pdf>

- II.4. CONCENTRACIÓN Y PARTICIPACIONES DE MERCADO
- III. EVALUACION DE TEORÍAS DEL DAÑO
 - III.1. EFECTOS UNILATERALES
 - III.2. EFECTOS COORDINADOS
- IV. BARRERAS A LA ENTRADA.
- V. OTROS FACTORES A CONSIDERAR
 - V.1. COMPETENCIA PROVENIENTE DE PRODUCTOS IMPORTADOS
 - V.2. PODER DE COMPRA COMPENSATORIO
 - V.3. RESTRICCIONES ACCESORIAS
- VI. GANANCIAS DE EFICIENCIA
- VII. EMPRESAS EN DECADENCIA
- VIII. CONCENTRACIONES VERTICALES
- IX. CONCENTRACIONES DE CONGLOMERADO

A estrutura do Guia da **Chile**⁹⁴ de Concentrações Econômicas – não específico para Guias Verticais – é o seguinte:

- PRESENTACIÓN
- I. MARCO ANALÍTICO
- II. MERCADO RELEVANTE
 - A. MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO
 - B. MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO
 - C. OTRAS CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO
- III. ANÁLISIS COMPETITIVO
 - A. PARTICIPACIONES DE MERCADO
 - B. ÍNDICES DE CONCENTRACIÓN
 - C. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA
 - 1. RIESGOS UNILATERALES
 - 2. RIESGOS COORDINADOS
 - 3. JOINT VENTURES
 - 4. MERCADOS DINÁMICOS Y DE INNOVACIÓN
 - 5. PLATAFORMAS DIGITALES Y MERCADOS DIGITALES

⁹⁴ <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf>

D. CONDICIONES DE ENTRADA

1. PROBABILIDAD DE LA ENTRADA

2. OPORTUNIDAD DE LA ENTRADA

3. SUFICIENCIA DE LA ENTRADA

4. BARRERAS A LA ENTRADA

E. CONTRAPESOS A LOS RIESGOS

1. EFICIENCIAS

2. PODER DE NEGOCIACIÓN DE LOS CLIENTES

F. DEFENSA DE EMPRESA EN CRISIS

A estrutura do Guia da **Colômbia**⁹⁵ de Concentrações Econômicas – não específico para Guias Verticais – é o seguinte:

Definición del mercado relevante

Efectos potenciales de la operación

Barreras a la entrada

Competencia potencial

Poder de negociación de los compradores

Eficiencias de la operación

Conductas durante el estudio de la solicitud de pre-evaluación

Condicionamientos

A estrutura do Guia da **França**⁹⁶ de Concentrações Econômicas – *com trecho específico para Guias Verticais* – é o seguinte:

III. L'examen au fond d'une opération de concentration

A. La délimitation des marchés pertinents

1. L'objectif

2. Les critères d'analyse

3. La prise en compte d'indices qualitatifs et quantitatifs

⁹⁵[https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/Integraciones_Empresariales/2019/Guía%20Integraciones%20Empresariales_agosto16_2019_%20\(1\).pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/Integraciones_Empresariales/2019/Guía%20Integraciones%20Empresariales_agosto16_2019_%20(1).pdf)

⁹⁶ https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/Lignes_directrices_concentrations_2020.pdf

- a) Pour la délimitation des marchés de produits ou de services
- b) Pour la délimitation des marchés géographiques
- 4. Les méthodes quantitatives
- B. L'analyse concurrentielle
- 1. Identification des caractéristiques des marchés concernés
 - a) Les parts de marché des parties et le degré de concentration du marché
 - b) Les caractéristiques des entreprises
 - c) Les caractéristiques des produits ou des services
 - d) Les caractéristiques des clients ou des fournisseurs des parties
 - e) Les caractéristiques du marché et ses modalités de fonctionnement
 - f) Les sources de concurrence potentielle
- 2. Les effets horizontaux d'une concentration
 - a) La nature des effets horizontaux
 - b) Les critères d'analyse
- 3. Les effets verticaux d'une concentration
 - a) La nature de ces effets
 - b) Les critères d'analyse
- 4. Les effets congloméraux d'une concentration
 - a) La nature de ces effets
 - b) Les critères d'analyse
- 5. La création ou le renforcement d'une puissance d'achat
- 6. Les effets coordonnés
 - a) La nature de ces effets
 - b) Les critères d'analyse
 - c) L'analyse des effets coordonnés spécifiques aux concentrations verticales et conglomérales
 - d) L'analyse des effets coordonnés spécifiques à la création d'entreprises communes de plein exercice
- 7. Les contributions au progrès économique
 - a) L'objectif
 - b) Les critères d'analyse
 - c) Exemples de contributions au progrès économique
- 8. L'exception de l'entreprise défaillante

- a) La disparition rapide de la société en l'absence de reprise
 - b) L'absence d'offres de reprise moins dommageables pour la concurrence
 - c) La neutralité pour les consommateurs
9. Les restrictions accessoires

A estrutura do Guia da **Nova Zelândia**⁹⁷ de Concentrações Econômicas – *com trecho específico para Guias Verticais* – é o seguinte:

Chapter 5: How we assess mergers where the parties are not direct competitors

Vertical mergers

Ability to foreclose

Incentive to foreclose

Effect on competition

Conglomerate mergers

A estrutura do Guia do **Reino Unido**⁹⁸ de Concentrações Econômicas – *com trecho específico para Guias Verticais* – é o seguinte:

1. Introduction
2. A substantial lessening of competition
3. The counterfactual
4. Horizontal unilateral effects
5. Potential and dynamic competition
6. Coordinated effects
7. Vertical and conglomerate effects
8. Countervailing factors
9. The market in which an SLC arises

A estrutura do Guia da **Taiwan**⁹⁹ de Concentrações Econômicas – *com trecho específico para Guias Verticais* – é o seguinte:

⁹⁷https://comcom.govt.nz/__data/assets/pdf_file/0020/91019/Mergers-and-acquisitions-Guidelines-May-2022.pdf

⁹⁸https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1051823/MAGs_for_publication_2021_--_.pdf

⁹⁹<https://www.ftc.gov.tw/internet/english/doc/docDetail.aspx?uid=744&docid=2719>

11 Factors to be considered in the assessment of the effects of competition restriction in vertical mergers

When adopting the regular procedure to review vertical mergers, the FTC may consider the following factors to determine their possible effects on competition restriction:

- (1) The possibility for other competitors to choose trading counterparts after the merger;
- (2) The level of difficulty to enter the relevant market for businesses not participating in the merger;
- (3) The possibility for the merging parties to abuse their market power in the relevant market;
- (4) The possibility of raising rivals' cost.
- (5) The possibility of concerted actions occurring as a result of the merger;
- (6) Other factors likely to lead to market foreclosure.

12 Review of conglomerate mergers

The FTC may consider the following factors to determine whether potential competition exists between the parties to a conglomerate merger:

- (1) The possibility of change of regulations and its impact on cross-industry operations of the merging parties;
- (2) The possibility of technological improvement enabling the merging parties to engage in cross-industry operations;
- (3) Whether any of the merging parties originally has the intention to develop cross-industry operations;
- (4) Other factors likely to affect market competition.

When the existence of significant potential competition is deemed likely in a conglomerate merger according to the assessment described in the preceding paragraph, further analysis of the likely effects on competition restriction shall be taken into account as the post-merger status similar to a horizontal or vertical merger.

A estrutura do Guia da **União Europeia**¹⁰⁰ de Concentrações Econômicas – *c específico para concentrações não-horizontais* – é o seguinte:

III. Market Share and Concentration Levels

IV. Vertical Mergers

- A. Non-Coordinated effects: foreclosure
 - 1. Input foreclosure
 - a. Ability to foreclose access to inputs
 - b. Incentive to foreclose access to inputs
 - c. Overall likely impact on effective competition
 - 2. Customer foreclosure
 - a. Ability to foreclose access to downstream markets
 - b. Incentive to foreclose access to downstream markets
 - c. Overall likely impact on effective Competition
- B. Other non-coordinated effects
- C. Coordinated effects
 - 1. Reaching terms of coordination
 - 2. Monitoring deviations
 - 3. Deterrent mechanisms
 - 4. Reactions of outsiders

Esclarece-se que o novo *Draft Merger Guidelines* dos Estados Unidos¹⁰¹ foi publicado posteriormente à entrega deste Documento de Trabalho, de modo que não foi objeto de análise detalhada no objeto desta Consultoria PNUD.

Conforme solicitado pela SG/Cade, serão apresentados maiores detalhes do conteúdo de concentrações não-horizontais de dois guias específicos, o do Reino Unido (3.II.) e o da União Europeia (3.II.).

3.II. Detalhamento do Guia de Concentrações Não Horizontais do Guia da CMA do Reino Unido

¹⁰⁰[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03))

¹⁰¹ DOJ e FTC. <https://www.justice.gov/atr/d9/2023-draft-merger-guidelines>

O Guia da Competition & Market Authority (CMA) do Reino Unido¹⁰² (“Guia CMA”) de Concentrações Econômicas possui *trecho específico para Guias Verticais*, conforme já mencionado. Trata-se de documento publicado em 2021, para todos os tipos de concentração econômica, e que possui, na Seção 7, um capítulo separado para “*Vertical and Conglomerate effects*”.

Similarmente a outros guias, bem como à terminologia utilizada pela pesquisa da ICN, o Guia CMA também utiliza a expressão concentrações não-horizontais para tratar tanto de concentrações verticais¹⁰³ quanto concentrações conglomerais.¹⁰⁴

Segundo o Guia, existem estudos doutrinários indicando um *under enforcement* em concentrações não horizontais¹⁰⁵, sendo que as principais teorias do dano seriam as seguintes:

- Fechamento de mercado para concorrenciais atuais e futuros;
- Acesso a informações concorrencialmente sensíveis de rivais pelo papel das Requerentes como fornecedor ou consumidor (dependendo do contexto do mercado, isso poderia incluir dados sobre vendas específicas, propostas, estratégias de preços e algoritmos, especificações técnicas dos produtos e planos de inovação);
- Menores incentivos à concorrência, reduzindo incentivos a inovação ou a melhores preços e produtos dos serviços;
- Aumento nos preços a jusante, na hipótese de que qualquer perda de vendas de clientes que mudam para rivais for mitigada pelo aumento das vendas de *insumos* para esses rivais a jusante;
- Coordenação entre as Requerentes e seus rivais, por exemplo pela facilitação no fluxo de informações entre os rivais;¹⁰⁶

¹⁰²https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1051823/MAG_s_for_publication_2021_--_.pdf

¹⁰³ 7.1.a. Vertical mergers are those between firms active at different levels in the same industry (ie an upstream firm and a downstream firm), so competition in one market could be directly affected by outcomes in the other.

¹⁰⁴ 7.1.b. Conglomerate mergers are those between firms that are not active within the same supply chain, and so cannot directly affect each other’s markets, but which are nevertheless related in some way. For example, this may be because their products target similar customers or may be purchased alongside each other. These mergers raise the possibility that competition in one market may be indirectly affected by actions in the other.

¹⁰⁵ Steven C. Salop (2018), ‘Invigorating Vertical Merger Enforcement’, The Yale Law Journal, and Jonathan B. Baker, Nancy L. Rose, Steven C. Salop and Fiona Scott Morton (2020), ‘Recommendations and Comments on the Draft Vertical Merger Guidelines’.

¹⁰⁶ Apesar de não ter sido utilizada essa expressão, é possível que a implementação seja realizada por meio de uma coordenação do tipo hub-and-spoke.

- Riscos concorrenciais potenciais e dinâmicos se, por conta da Operação, as empresas deixarem de lançar produtos concorrentes.

Dentre todas essas teorias do dano, três seriam as principais: (i) fechamento de insumos (“input foreclosure”)¹⁰⁷; (ii) fechamento de clientes (“customer foreclosure”)¹⁰⁸; e (iii) efeitos conglomerados (“conglomerate effects”)¹⁰⁹.

Quanto a **(i) fechamento de insumos**, a preocupação é com o risco de a entidade resultante da fusão usar seu controle de um insumo importante para prejudicar a competitividade de seus rivais a jusante, por exemplo, recusando-se a fornecer o insumo (fechamento total) ou aumentando o preço ou piorando a qualidade do insumo fornecido a eles (fechamento parcial). Isso pode prejudicar a concorrência geral no mercado a jusante, em detrimento dos clientes apesar de poder ocorrer independentemente de as empresas da fusão terem ou não uma relação comercial pré-existente.

Nessa análise, a metodologia de três passos é seguida: (i.1.) capacidade, (i.2.) incentivos e (i.3.) efeitos.

Na análise sobre (i.1.) capacidade de fechamento de insumos, a CMA vai além de meramente examinar se o fornecimento dos insumos aos rivais poderia ser realizado em termos menos benéficos, passando para considerar se essa prática poderia prejudicar a competitividade dos rivais, se implementada.

A implementação desse fechamento poderia ser realizada por uma série de mecanismos, como por exemplo: recusar ou restringir o fornecimento, aumentar os preços, reduzir a qualidade ou os níveis de serviço, deteriorar a interoperabilidade do produto, retardar o lançamento de atualizações, restringir o licenciamento de propriedade intelectual, desativar APIs, repriorizar os gastos com P&D ou limitar o acesso aos dados. A análise, portanto, não é segmentada, mas global, no sentido de se esses mecanismos, implementados em conjunto, teriam o condão de permitir que a empresa

¹⁰⁷ Input foreclosure: where a merger involves one party that supplies an input to rivals of the other party, the merged entity may restrict these rivals’ access to this input or offer it on worse terms, directly harming the rival’s competitiveness and therefore competition in the downstream market.

¹⁰⁸ Customer foreclosure: where a merger involves one party that buys inputs from rivals of the other party, the merged entity may restrict these rivals’ access to this customer, which would in turn harm the rival’s competitiveness and therefore competition in the upstream market.

¹⁰⁹ Conglomerate effects: where a merger involves two parties in adjacent markets, the merged entity may link the sales of the two products and thereby restrict its rivals’ access to customers, which would in turn harm the rival’s competitiveness and therefore competition.

resultante da Operação poderia fechar os rivais, não necessariamente prevendo quais as ações específicas seriam adotadas.

Nessa análise, a CMA sinaliza que se concentra em dois principais focos:

- *Poder de mercado a montante*: Se os rivais a jusante puderem facilmente mudar da empresa a montante para uma gama de fornecedores alternativos eficazes, eles terão menos probabilidade de sofrer danos do que se a empresa resultante da fusão ocupar uma posição importante a montante. O ponto de partida para esta avaliação será, portanto, a estrutura do mercado a montante. A CMA também pode investigar se existem características que podem limitar a restrição de rivais a montante, como economias de escala, custos de troca, efeitos de rede diretos ou indiretos, marca e reputação, altos custos fixos, controle de propriedade intelectual, acesso a dados ou integração em ecossistemas mais amplos. Também pode considerar se qualquer tentativa de fechamento de mercado de insumos seria acomodada por fornecedores rivais também competindo de forma menos agressiva.
- *Importância do insumo*: A CMA entende que a empresa resultante da concentração só poderia prejudicar a competitividade de seus rivais se o insumo que fornece desempenhar um papel importante na formação da concorrência a jusante. Ao avaliar isso, a CMA leva em consideração todos os mecanismos de fechamento de mercado, considerando não apenas a proporção dos custos dos concorrentes que o insumo representa, mas também, por exemplo, o papel que desempenha como determinante na qualidade do produto ou da taxa de inovação. Novamente, o Guia explica que não é necessário prever o impacto preciso de cada um dos possíveis modos de deterioração do negócio dos rivais, mas sim uma análise global sobre a possibilidade de os negócios em geral serem objeto do fechamento.

A CMA já sinaliza que proteções contratuais (ex. continuidade do fornecimento do insumo para ambas as empresas) não são consideradas suficientes para mitigar os riscos,

na medida em que não retirariam a capacidade da empresa de prejudicar os rivais. Apesar disso, poderiam ser aceitos argumentos sobre custos financeiros e reputacionais ou de rescisão de contratos como elementos de incentivo (ou não) ao fechamento de insumos.

Na análise sobre (i.2.) incentivos a fechamento de insumos, a CMA verifica se, mesmo tendo capacidade de fechar o mercado de insumos, as Requerentes teriam incentivos para implementá-lo. Isso porque, apesar de o fechamento de mercado de insumos poderia resultar em maiores lucros no mercado a jusante, haveria também custos envolvidos nessa escolha, notadamente a perda de vendas no mercado a montante. A CMA irá, portanto, considerar se a empresa resultante da operação teria incentivo para seguir uma estratégia de fechamento dos insumos, em particular por meio de uma consideração da magnitude e probabilidade dos custos e benefícios.

A avaliação sobre incentivos tipicamente envolve uma combinação de evidências quantitativas e qualitativas, concentrando-se na magnitude relativa do custo e do benefício geral do fechamento, e não na métrica de cada um dos elementos. Nessa análise, a CMA sinaliza que se concentra em cinco principais focos:

- *Estratégia empresarial*: análise das práticas empresariais no passado, da estratégia empresarial e da razão de ser da Operação. Por exemplo, se os documentos internos das empresas de fusão mostrarem que seria estrategicamente benéfico parar de fornecer aos rivais, pode não ser necessário inferir seu comportamento a partir de seus incentivos financeiros.
- *Aumento de vendas a jusante*: o incentivo ao fechamento dos insumos será tanto maior quanto maior for o poder de mercado da empresa resultante da Operação e quanto maior for o nível de concorrência no mercado a jusante. Também será maior se a empresa resultante da Operação tiver uma capacidade particularmente forte de fechar mercados, pois isso provavelmente resultaria em uma mudança no padrão de compras das rivais afetadas. Estas vendas adicionais podem, por sua vez, permitir-lhe aumentar também os preços a jusante.
- *Perda de vendas a montante*: o incentivo ao fechamento de mercado é menor se a empresa resultante da Operação tiver poder

de mercado a montante e se puder se envolver em distribuição de preços ou estratégias de deterioração do fornecimento. Esse poder permitiria impedir rivais específicos de competir por clientes que a divisão a jusante estaria mais bem posicionada para obter. Em paralelo, poderia minimizar o risco de perda de vendas a montante, ao continuar a fornecer os insumos em condições competitivas para a maior parte do mercado.

- Proporção de margens de lucro a montante e a jusante: fechamento de insumos tende a ser mais rentável se as margens de lucro a jusante forem maiores do que aquelas do mercado a montante.
- Outros custos e benefícios que não sejam de curto prazo: eliminar uma possível ameaça de longo prazo, aumentar a fidelidade dos clientes existentes, posicionar-se fortemente em mercados de alto crescimento, conquistar clientes para obter efeitos de rede diretos ou indiretos, obtendo acesso a dados de clientes ou permitindo vendas cruzadas dentro de um ecossistema mais amplo.

Na análise sobre (i.3.) efeitos do fechamento de insumos, a CMA analisa o impacto mais amplo do mercado a jusante, o que incluirá a avaliação de aumento de barreiras à entrada para futuros entrantes. A CMA sinaliza que a identificação de que haverá riscos a competidores possivelmente sinaliza que haverá também riscos para toda a concorrência, caso as empresas alvo do fechamento de mercado detiverem um papel importante no processo competitivo no mercado a jusante. A preocupação aumenta ainda mais quando uma das Requerentes já detiver poder de mercado pré-existente no mercado a jusante e se já enfrenta dificuldades concorrenciais. O fato de existirem, porém, concorrentes não afetados pela operação, por exemplo porque também são verticalmente integrados, poderá sinalizar ausência de preocupações concorrenciais.

Quanto a **(ii) fechamento de clientes**, a preocupação é que a empresa resultante da Operação possa usar seu controle de uma empresa a jusante para transferir as compras de rivais para si mesma e, assim, restringir o acesso de seus concorrentes aos clientes. Embora uma perda de vendas por concorrentes não seja problemática por

si só, e que uma empresa que usa seus próprios insumos possa resultar em eficiências, isso pode ser uma preocupação se resultar em fornecedores rivais se tornando concorrentes menos eficazes para outros clientes. A entidade resultante da concentração enfrentaria então menos concorrência no mercado a montante, resultando em preços mais elevados e qualidade inferior.

Para além de uma redução explícita das compras, a CMA sinaliza que considera outras ações como podendo resultar em perda de vendas pelos rivais a montante. Por exemplo, se um fabricante de telefone pré-instalou seu próprio aplicativo de rede social em seus aparelhos, isso pode reduzir o uso de redes sociais alternativas e, portanto, o tamanho de suas bases de usuários, tornando os concorrentes menos eficazes.

Nessa análise, a metodologia de três passos é seguida: (ii.1.) capacidade, (ii.2.) incentivos e (ii.3.) efeitos.

Na análise sobre (ii.1.) capacidade de fechamento de clientes, a CMA não verifica apenas se haveria a possibilidade de restringir o acesso aos consumidores, mas também se a competitividade dos concorrentes seria prejudicada por essa restrição. A CMA sinaliza que se concentra em dois principais focos:

- Tamanho do comprador: A operação terá um impacto significativo nos volumes dos rivais se a parte a jusante for um cliente importante que responda por uma proporção substancial das compras. A CMA considerará isso no contexto de toda a gama de oportunidades alternativas de vendas que os rivais têm, incluindo diferentes canais, segmentos de clientes, usos e localizações geográficas.
- Importância da escala no mercado a montante: caso haja uma relação relevante no mercado entre volumes e competitividade, uma perda de vendas poderá resultar em empresas menos competitivas. Por exemplo, menos vendas podem levar a um aumento nos custos, se as economias de escala forem substanciais. Também pode resultar em uma redução na qualidade do produto, por meio da perda de efeitos de rede diretos ou indiretos, redução nos dados do cliente ou diminuição do incentivo para inovar, se forem importantes. Mais significativamente, poderia reduzir o número total de rivais, seja levando as empresas a sair ou

dissuadindo potenciais entrantes, se forem financeiramente marginais.

Na análise sobre (ii.2.) incentivo de fechamento de clientes, a CMA considera se o benefício de vendas adicionais a montante, como resultado da exclusão de rivais, excederia o custo potencial de perda de vendas a jusante, como resultado de uma oferta deteriorada. A CMA sinaliza que se concentra nos mesmos cinco principais focos identificados na análise anterior:

- Estratégia empresarial: o incentivo ao customer foreclosure será mais provável se a estratégia empresarial da Operação, mais ampla, e a razão de ser do negócio envolverem o fornecimento cativo. Ademais, práticas anteriores de fechamento a clientes no passado podem tornar desnecessário inferir riscos concorrenciais de seu comportamento a partir de seus incentivos financeiros.
- Aumento de vendas a montante: o incentivo ao fechamento dos clientes será tanto maior quanto maior for o poder de mercado da empresa resultante da Operação e quanto maior for o nível de concorrência no mercado a montante. Também será maior se a empresa resultante da Operação tiver uma capacidade particularmente forte de fechar mercados, pois isso provavelmente resultaria em uma mudança no padrão de compras das rivais afetadas.
- Perda de vendas a jusante: mudança no padrão de compras dos rivais para a empresa resultante da Operação a montante pode reduzir a competitividade da oferta a jusante e resultar na perda de clientes. Por exemplo, se os rivais oferecerem insumos com custos significativamente mais baixos ou qualidade superior aos da parte a montante.
- Proporção de margens de lucro a montante e a jusante: fechamento de insumos tende a ser mais rentável se as margens de lucro a montante forem maiores do que aquelas do mercado a jusante.

- Outros custos e benefícios que não sejam de curto prazo: aumento da aderência dos clientes existentes da parte a montante, posicionando-a fortemente se o mercado a montante estiver crescendo rapidamente, conquistando clientes para obter efeitos de rede diretos ou indiretos ou obtendo acesso aos dados do cliente.

Na análise sobre (ii.3.) efeitos do fechamento de clientes, a CMA analisa o impacto mais amplo do mercado a montante, o que incluirá a avaliação de aumento de barreiras à entrada para futuros entrantes. A CMA sinaliza que a identificação de que haverá riscos a competidores possivelmente sinaliza que haverá também riscos para toda a concorrência, caso as empresas alvo do fechamento de mercado detiverem um papel importante no processo competitivo no mercado a montante.

Por fim, quando a **(iii) efeitos conglomerados**, a preocupação concorrencial é de que a empresa resultante da Operação possa restringir a atuação dos rivais em um mercado “focal” ao usar sua posição dominante em um mercado “adjacente”. As Requerentes poderiam fazer isso vinculando as vendas de dois produtos, incentivando que os clientes que desejam o seu produto no mercado “adjacente” comprem também o seu produto no mercado “focal”. Estratégias desse tipo tendem a acontecer via *bundling* (“empacotamento”), pela integração destes em um ecossistema digital ou oferecendo aos clientes do produto adjacente um desconto se eles também comprarem seu produto focal, potencialmente aumentando, assim, o preço individual do produto adjacente.

O problema concorrencial surgiria, segundo a CMA, quando os rivais no mercado “focal” se tornam menos competitivos, resultando em maiores preços ou menor qualidade no longo prazo. Particularmente em mercados digitais, isso seria possível de ser implementado por meio da negativa de oportunidades de crescimento a entrantes, por exemplo pela perda de vendas em relação ao contrafactual, protegendo e reforçando o poder de mercado das empresas históricas no mercado.

Nessa análise, a metodologia de três passos é seguida: (iii.1.) capacidade, (iii.2.) incentivos e (iii.3.) efeitos.

Na análise sobre (iii.1.) capacidade de efeitos conglomerados, a CMA verifica não apenas se seria possível interligar as vendas dos dois produtos de algum modo, mas principalmente se haveria perda na competitividade dos rivais ao fazer isso. A CMA sinaliza que se concentra em quatro principais focos:

- Poder de mercado no mercado adjacente: a empresa resultante da Operação apenas poderá causar um impacto substancial no mercado “focal” se detiver, previamente, posição dominante no mercado “adjacente”. Essa análise tipicamente começa com a consideração sobre a estrutura do mercado “adjacente”, e também pode levar em conta fatores que limitariam as repercussões aos rivais.
- Possibilidade de ofertar combos: a CMA analisa se os consumidores teriam incentivos a comprarem dois produtos conjuntamente, ou se seria realístico que as Requerentes juntassem, de algum modo, a venda dos produtos, por exemplo via *bundling* (“empacotamento”) ou *tying* (“venda casada”). A análise nesse ponto será também sobre o futuro do mercado.
- Perda de vendas dos rivais: concorrentes no mercado “focal” teriam maiores chances de serem alvos do fechamento se puderem ser privados de parte substancial do seu volume de vendas. Este será o caso se um número suficientemente grande de clientes no mercado “focal” for ou puder ser clientes no mercado “adjacente” e se seu comportamento puder ser facilmente influenciado pela combinação de produtos. É menos provável que os rivais possam mitigar de forma realista qualquer perda, por exemplo, desenvolvendo ou fazendo parceria para criar sua própria oferta combinada.
- Importância da escala: caso haja uma relação relevante no mercado entre volumes e competitividade, uma perda de vendas poderá resultar em empresas menos competitivas no mercado “focal”. Por exemplo, por meio de economias de escala, efeitos de rede diretos ou indiretos, acesso a dados, incentivos para inovar – se esses fatores forem importantes. Alternativamente, isso pode ser feito levando-os a sair ou dissuadindo potenciais entrantes, se eles forem financeiramente marginais.

Na análise sobre (iii.2.) incentivo de efeitos conglomerados, a CMA analisa se qualquer ganho obtido pelo fechamento de rivais no mercado “focal” seria compensado por perdas no mercado “adjacente”. A CMA sinaliza que se concentra nos mesmos cinco principais focos identificados nas análises anteriores:

- Estratégia empresarial: o incentivo aos efeitos conglomerais será mais provável se a estratégia empresarial da Operação, mais ampla, e a razão de ser do negócio envolverem o fornecimento de ambos os produtos combinados. Ademais, práticas anteriores de fechamento a clientes no passado podem tornar desnecessário inferir riscos concorrenciais de seu comportamento a partir de seus incentivos financeiros.
- Aumento de vendas no mercado “focal”: o incentivo aos efeitos conglomerais será tanto maior quanto maior for a atratividade das Requerentes no mercado “focal”. Também será maior se a empresa resultante da Operação tiver uma capacidade particularmente forte de fechar mercados, pois isso provavelmente resultaria em uma mudança no padrão de compras das rivais afetadas.
- Perda de vendas no mercado “adjacente”: o incentivo aos efeitos conglomerais será tanto maior se muitos clientes do produto adjacente tiverem pouco interesse em comprar o produto focal, e se a entidade resultante da fusão precisar adotar uma estratégia agressiva para excluir concorrentes, como por meio de vendas casadas. Essas perdas podem ser menores se a entidade resultante da fusão puder fornecer a oferta combinada de forma direcionada apenas aos clientes que provavelmente a aceitariam.
- Proporção de margens de lucro nos mercados “focal” e “adjacente”: fechamento de insumos tende a ser mais rentável se as margens de lucro no mercado “focal” forem maiores do que aquelas do mercado “adjacente”.
- Outros custos e benefícios que não sejam de curto prazo: aumentar a fidelidade dos clientes existentes no mercado focal, posicionar-se fortemente se o mercado focal estiver crescendo

rapidamente, conquistar clientes para obter efeitos de rede diretos ou indiretos, obter acesso aos dados do cliente ou permitir vendas cruzadas em um ecossistema mais amplo.

Na análise sobre (iii.3.) efeitos dos efeitos conglomerados, a CMA considerará se há um dano à concorrência no mercado “focal”, ainda que por meio do aumento de barreiras à entrada, dado que o fechamento de mercado para possíveis concorrentes poderia demorar algum tempo para se materializar.

Segundo a autoridade, as preocupações com o efeito conglomerado tendem a ser maiores em mercados nascentes e digitais, pois novos clientes podem ser mais facilmente desviados entre as empresas, o dimensionamento pode ser particularmente crítico, os concorrentes são mais facilmente marginalizados e os benefícios futuros de controlar esses mercados são especialmente grandes. No entanto, esses efeitos anticompetitivos poderiam não surgir totalmente até que o mercado tenha atingido a maturidade. Portanto, ao avaliar essas fusões, a CMA poderia se concentrar em seu impacto na estrutura do mercado e na concorrência a longo prazo. Essa avaliação provavelmente estaria sujeita a um certo grau de incerteza.

Em síntese, temos a seguinte estrutura de análise do Guia da CMA do Reino Unido:

ESTRUTURA GUIA CMA

(i) fechamento de insumos

i.1. capacidade de fechamento de insumos

i.1.1. poder de mercado a montante

i.1.2. importância do insumo

i.2. incentivos a fechamento de insumos

i.2.1. estratégia empresarial

i.2.2. aumento de vendas a jusante

i.2.3. perda de vendas a montante

i.2.4. proporção de margens de lucro a montante e a jusante

i.2.5. outros custos e benefícios que não sejam de curto prazo

i.3. efeitos do fechamento de insumos

(ii) customer foreclosure

ii.1. capacidade de customer foreclosure

ii.1.1. tamanho do comprador

ii.1.2. importância da escala no mercado a montante

ii.2. incentivos a customer foreclosure

ii.2.1. estratégia empresarial

ii.2.2. aumento de vendas a montante

ii.2.3. perda de vendas a jusante

ii.2.4. proporção de margens de lucro a montante e a jusante

ii.2.5. outros custos e benefícios que não sejam de curto prazo

ii.3. efeitos do customer foreclosure

(iii) conglomerate effects

iii.1. capacidade de conglomerate effects

iii.1.1. poder de mercado no mercado adjacente

iii.1.2. possibilidade de ofertar combos

iii.1.3. perda de vendas dos rivais

iii.1.4. importância da escala

iii.2. incentivos a conglomerate effects

iii.2.1. estratégia empresarial

iii.2.2. aumento de vendas no mercado "focal"

iii.2.3. perda de vendas no mercado "adjacente"

iii.2.4. proporção de margens de lucro nos mercados "focal" e "adjacente"

iii.2.5. outros custos e benefícios que não sejam de curto prazo

iii.3. efeitos do conglomerate effects

3.III. Detalhamento do Guia de Concentrações Não Horizontais do Guia da Comissão Europeia

O Guia da **União Europeia** ("EC")¹¹⁰ de Concentrações Econômicas é específico para *non-horizontal concentrations*, conforme já mencionado. O Guia é estruturado na identificação de preocupações quanto a efeitos não coordenados e preocupações de efeitos coordenados, tanto nas concentrações verticais quanto conglomerais.

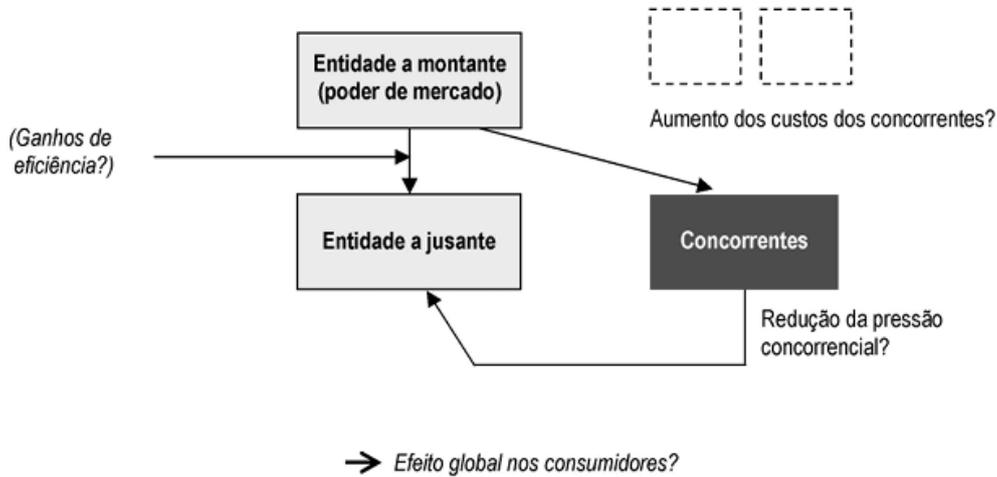
Em sede de **concentrações verticais**, quanto aos efeitos não coordenados, as preocupações são segmentadas entre (i) fechamento de insumos; e (ii) fechamento de clientes. Há, ainda, a identificação de outros efeitos não coordenados (iii). Há, ainda a identificação de (iv) preocupações coordenadas.

Verifica-se, segundo a EC, **(i) fechamento de insumos** nos casos em que, após a concentração, a nova entidade é suscetível de restringir o acesso aos produtos ou aos serviços que seriam de outra forma fornecidos ou prestados caso não se tivesse realizado a concentração, aumentando assim os custos dos concorrentes a jusante ao dificultar o seu abastecimento em termos de bens e serviços a preços e condições semelhantes aos prevalecentes caso não se tivesse realizado a concentração. Assim, a entidade resultante da concentração pode aumentar de forma rentável o preço cobrado aos consumidores, resultando numa restrição significativa da concorrência efetiva. Para que o fechamento de fatores de produção constitua uma preocupação em matéria de concorrência, a empresa integrada verticalmente resultante da concentração deve dispor de um grau suficiente de poder no mercado a montante. A seguinte imagem consta do Guia:

¹¹⁰ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03))

Figura 1

Encerramento de fatores de produção



Fonte: Guia da EC.

Nessa análise, a metodologia de três passos também consta no Guia da EC: (i.1.) capacidade, (i.2.) incentivos e (i.3.) efeitos. Na prática, esses fatores são frequentemente analisados em conjunto, uma vez que estão estreitamente interligados.

Na análise sobre (i.1.) **capacidade** de fechamento de insumos, a EC indica que a preocupação surge quando o fator de produção for considerado importante para o produto a jusante (representar custo significativo do produto final, ser um componente essencial para a produção, gerar custos elevados de mudança para fatores de produção alternativos). Assim, terá capacidade de fechar os fatores de produção aos concorrentes a jusante se, ao reduzir o acesso aos seus próprios produtos ou serviços no mercado a montante, afetar de forma negativa a disponibilidade global de bens e serviços no mercado a jusante, em termos de preço ou qualidade.

A EC menciona que as concentrações não horizontais de mercado apenas constituem uma ameaça para a concorrência efetiva se a entidade resultante da concentração detiver um poder de mercado significativo (não necessariamente a ponto de atingir o nível de posição dominante) em pelo menos um dos mercados em causa.

O fechamento de mercado pode assumir diversas formas, de acordo com o Guia. Pode se dar pela recusa de contratar com concorrentes atuais ou potenciais no mercado verticalmente relacionado, mas também pode se dar por maneiras mais sutis. Seira o caso, por exemplo, que a entidade resultante da concentração poderia reduzir o

fornecimento ou aumentar os preços aos concorrentes no mercado a jusante, tornando as condições de fornecimento menos favoráveis do que as que prevaleceriam na ausência da concentração. Além disso, seria possível que a entidade resultante da operação utilizasse tecnologia específica no interior da nova empresa, incompatível com as tecnologias utilizadas pelas empresas concorrentes, que degradasse a qualidade dos fornecimentos, dentre outras estratégias possíveis.

Esse fechamento só terá efeitos à concorrência se, ao reduzir o acesso aos seus próprios produtos ou serviços no mercado a montante, afetar de forma negativa a disponibilidade global de bens e serviços no mercado a jusante, em termos de preço ou qualidade. Essa situação poderia acontecer, segundo o Guia, quando os restantes fornecedores a montante são menos eficientes, oferecem alternativas menos atraentes ou não dispõem de capacidade para aumentar a produção em resposta à limitação de oferta, nomeadamente porque estão confrontados com restrições de capacidade ou, de forma mais geral, com rendimentos decrescentes à escala. Similarmente, a existência de contratos exclusivos entre a entidade resultante da concentração e fornecedores independentes pode limitar as possibilidades de os concorrentes a jusante disporem de um acesso adequado aos fatores de produção.

Ponto interessante mencionado pelo Guia, como um fator de não preocupação com a concentração, diz respeito ao fato de que, ao mesmo tempo em que uma priorização na aquisição de insumos por parte da sua própria empresa verticalmente integrada, a entidade resultante da operação poderá liberar capacidade produtiva dos demais fornecedores no mercado a montante, que poderão então um realinhamento dos padrões de compra das empresas do mercado a jusante, adquirindo de outros fornecedores a montante. Outras estratégias de resposta podem ser a alteração do processo produtivo a fim de depender menos dos fatores de produção ou o apoio à entrada de novos fornecedores a montante.

Uma preocupação apontada pelo Guia da EC diz respeito ao risco de redução da pressão concorrencial de uma operação quando o mercado dos fatores de produção/insumos apresenta um caráter oligopolístico. Isso porque se a entidade resultante da operação restringir o acesso aos seus bens ou serviços, os demais fornecedores poderão ter o mesmo incentivo, de reduzir a disponibilidade de insumos e, concomitantemente, aumentarem seus preços a concorrentes não integrados verticalmente, a jusante. Ou seja, o fechamento de mercado poderia resultar em um

reforço do poder de mercado *de terceiros*, que será tanto maior quanto menor for o grau de diferenciação dos produtos entre a entidade resultante da concentração e outros fornecedores a montante e quanto maior for o grau de concentração a montante. Contudo, a tentativa de aumentar os preços dos fatores de produção pode ser frustrada se os fornecedores independentes, confrontados pela redução da procura dos seus produtos, reagirem com uma política de preços mais agressiva.

Na análise sobre (i.2.) incentivos de fechamento de insumos, a EC sinaliza que o incentivo dependerá do grau de rentabilidade nos elos a montante e a jusante. Ou seja, a entidade resultante da concentração irá ponderar, de um lado, as perdas de lucro no mercado a montante em caso de redução das vendas de insumos a concorrentes (atuais ou potenciais) no mercado a jusante, e, por outro lado, os ganhos de lucro resultantes, a curto ou longo prazo, da expansão das suas vendas a jusante ou do aumento da capacidade de aumentar preços aos consumidores.

Assim, o resultado da análise de incentivos dependerá do nível dos lucros realizados pela entidade resultante da concentração a montante e a jusante. Todos os fatores permanecendo constantes, quanto menores forem as margens a montante, menores serão as perdas resultantes da redução das vendas de bens e serviços a montante. Da mesma forma, quanto mais elevadas forem as margens a jusante, mais elevados serão os ganhos resultantes do aumento da participação de mercado a jusante, às custas dos concorrentes que foram objeto do fechamento.

O Guia da EC sinaliza, ainda, que o incentivo da empresa integrada para aumentar os custos dos seus concorrentes depende ainda da medida em que a demanda a jusante é suscetível de ser desviada dos concorrentes objeto do fechamento e da proporção da demanda desviada que a empresa integrada a jusante pode conquistar. Esse percentual será tanto maior quanto menores forem as restrições de capacidade a que está sujeita a entidade resultante da concentração relativamente aos concorrentes a jusante não objeto do fechamento de mercado e quanto maior for o grau de substitutibilidade entre os produtos da entidade resultante da operação e os concorrentes alvo do fechamento.

O efeito na demanda a jusante será mais relevante se o produto representar uma proporção significativa dos custos dos concorrentes a jusante ou se constituir um componente essencial do produto a jusante.

Ainda, o incentivo para fechamento de mercado de insumos a concorrentes atuais ou potenciais pode depender, segundo a TC, da medida em que o departamento a

jusante integrada possa tirar partido dos aumentos dos preços a jusante, decorrente da estratégia de aumentar os custos das empresas concorrentes. Assim, quanto maior for a participação de mercado da empresa resultante da operação no mercado a jusante, maior será a base de vendas em que podem ser aplicadas tais margens superiores. Apesar disso, reconhece-se que uma empresa monopolista a montante que já esteja em condições de extrair todos os lucros disponíveis nos mercados relacionados verticalmente, poderia não ter qualquer incentivo para adotar uma estratégia de fechamento de mercado após uma concentração vertical, dado que a capacidade de extrair os lucros disponíveis junto dos consumidores não decorreria diretamente de uma participação de mercado elevada.

Outros fatores também poderiam ser levados em consideração, como a estrutura societária da entidade resultante da operação (existência ou não de controle), o tipo de estratégias comerciais já adotadas no passado ou o conteúdo de documentos estratégicos internos da empresa.

Na análise sobre (i.3.) efeitos/impactos globais prováveis de fechamento de insumos na concorrência efetiva, a EC apresenta que a preocupação concorrencial relevante seria suscitada quanto o fechamento de mercado resultasse em aumento de preços no mercado a jusante, restringindo significativamente a concorrência efetiva.

Para que haja um prejuízo significativo à concorrência efetiva, seria normalmente necessário que as empresas objeto do fechamento de mercado desempenhassem um papel suficientemente importante a nível do processo concorrencial no mercado a jusante. Quanto mais elevada for a proporção de concorrentes que poderiam ser objeto do fechamento de mercado a jusante, maiores as probabilidades de a concentração provocar um aumento significativo dos preços no mercado a jusante e, por conseguinte, restringir de forma significativa a concorrência efetiva nesse mercado. Apesar disso, mesmo em casos em que a empresa concorrente detém baixa participação de mercado, poderá desempenhar papel relevante a nível concorrencial se, por exemplo, for um concorrente próximo da empresa integrada verticalmente ou porque é um concorrente particularmente agressivo.

Ainda, a concorrência efetiva poderia ser significativamente restringida através do aumento das barreiras à entrada de concorrentes potenciais. A concentração vertical pode resultar em fechamento da concorrência potencial no mercado a jusante quando for provável que a entidade resultante da concentração não forneça os novos

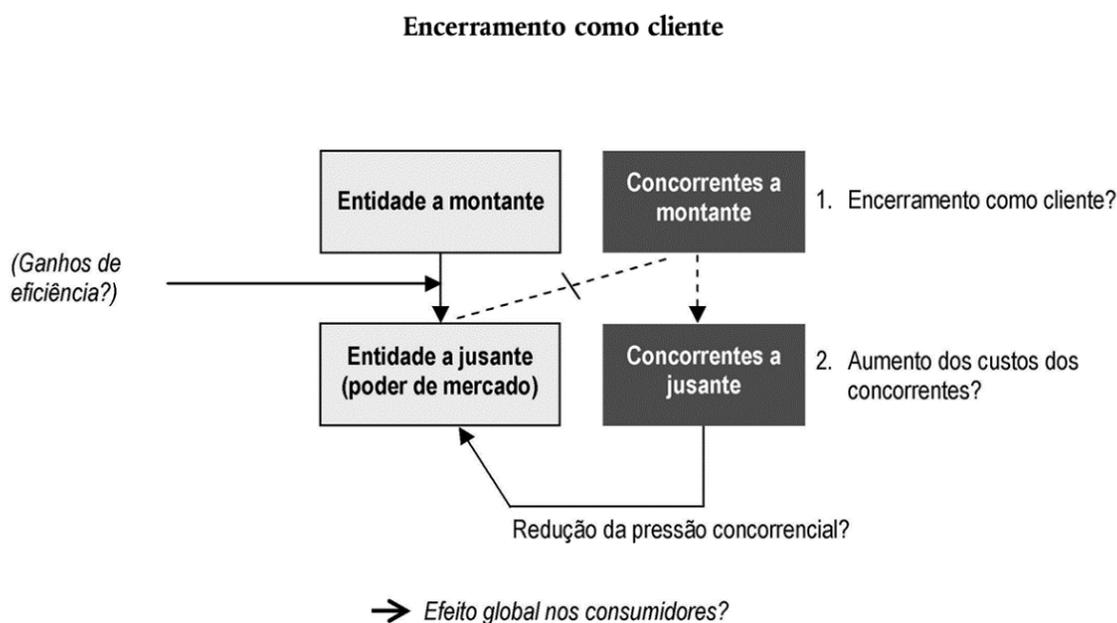
participantes potenciais do mercado a jusante, ou forneça apenas em condições menos favoráveis do que as que seriam aplicáveis na ausência de concentração. A concorrência efetiva tende a ser prejudicada de modo significativo pelo aumento das barreiras à entrada em especial na hipótese de o fechamento dos insumos obrigar os concorrentes potenciais a entrar tanto no mercado a jusante quanto no mercado a montante, como modo de concorrer de forma efetiva em qualquer dos dois mercados.

Como contraponto, o Guia da EC sinaliza que, caso haja um número suficiente de concorrentes no mercado a jusante, cujos custos não são suscetíveis de serem aumentados por eventual fechamento de insumos a montante (ex. se eles próprios estão integrados verticalmente ou porque têm condições de mudar de fornecedores de insumos alternativos adequados), a concorrência exercida por estas empresas pode constituir uma pressão concorrencial suficiente sobre a entidade resultante da concentração, impedido assim que os preços aumentem para níveis superiores aos verificados antes da concentração.

Outros fatores de contraposição seriam a presença de poder negocial dos compradores ou a probabilidade de que a entrada de novos concorrentes a montante preserve a concorrência efetiva.

Por sua vez, verifica-se, segundo a EC, **(i) o fechamento de clientes** nos casos em que a integração entre um fornecedor e um cliente importante no mercado a jusante confere à entidade resultante da concentração possibilidades de fechar o acesso dos seus concorrentes atuais ou potenciais no mercado a montante a uma base de clientes suficiente, reduzindo a sua capacidade ou incentivo para concorrer. Essa situação pode resultar em um aumento dos custos dos concorrentes a jusante, dificultando o seu abastecimento de insumos a preços e condições semelhantes às que prevaleceriam caso a concentração se tivesse realizado. A entidade resultante da operação pode, assim, fixar de forma rentável preços mais elevados no mercado a jusante.

Interessante mencionar que a EC deixa claro que para o fechamento de clientes seja prejudicial para os consumidores não é necessário que os concorrentes sejam excluídos do mercado, mas sim saber se o aumento dos custos dos insumos provoca ou não um aumento dos preços para os consumidores. A seguinte imagem consta do Guia:



Fonte: Guia da EC.

Nessa análise, a metodologia de três passos novamente é seguida: (ii.1.) capacidade, (ii.2.) incentivos e (ii.3.) efeitos. Na prática, esses fatores são frequentemente analisados em conjunto, uma vez que estão estreitamente interligados.

Na análise sobre (ii.1.) capacidade de fechamento de clientes, a EC sinaliza que uma concentração vertical pode afetar os concorrentes a montante ao aumentar os custos de acesso aos clientes a jusante, ou se restringir o acesso a uma base de clientes significativa. A implementação desse fechamento poderia acontecer de diversas formas, como a obtenção de todos os insumos de que necessita junto do seu departamento a montante podendo, assim, deixar de realizar comprar junto a concorrentes a montante, bem como de forma mais sutil, ao reduzir suas aquisições junto dos seus concorrentes a montante ou ao efetuá-las em condições menos favoráveis do que as que prevaleceriam na ausência de concentração.

O Guia da EC aponta que, ao determinar a capacidade da entidade resultante da concentração para fechar o acesso aos mercados a jusante, analisa se existem suficientes alternativas econômicas no mercado a jusante para os concorrentes (atuais ou

potenciais) situados a montante venderem a sua produção. Assim, para que o fechamento a cliente constitua uma preocupação concorrencial, a concentração vertical deveria envolver uma empresa que seja um cliente importante, com grau significativo de poder no mercado a jusante. Se, pelo contrário, existir uma base de clientes suficientemente ampla, atual ou futura, suscetível de recorrer a fornecedores independentes, seria pouco provável ter preocupações concorrenciais.

O fechamento a clientes poderia aumentar os preços dos insumos em especial se existirem economias de escala (concorrentes a montante operando no limiar mínimo de eficiência ou perto dele e, com o fechamento de cliente e perda de produção para os concorrentes, haja um aumento dos custos de produção variáveis, resultando em pressão de subida de preços aplicados aos clientes) ou quando a procura se caracteriza por efeitos de rede. No caso de economias de escala, o fechamento a clientes poderia resultar em menor atratividade para a entrada no mercado a montante para concorrentes potenciais, visto que reduz significativamente as suas perspectivas de receitas.

Ainda, quando o fechamento a cliente tem um impacto sobre os fluxos de receitas dos concorrentes a montante, poderia reduzir significativamente a sua capacidade e o incentivo a reduzir na redução dos custos, em pesquisa e desenvolvimento e em qualidade dos produtos. Com isso, poderia reduzir a sua capacidade de concorrer a longo prazo, podendo provocar a sua saída do mercado.

Como contraposição, a EC analisará se existem estratégias efetivas, tempestivas e sustentáveis a longo prazo que as empresas concorrentes possam, com elevado grau de probabilidade, utilizar para contrariar a ação da nova entidade resultante da operação (ex. política de preços agressiva para manter os níveis de vendas no mercado a jusante).

Na análise sobre (ii.2.) incentivos de fechamento de clientes, o Guia da EC sinaliza que os incentivos para adotar uma estratégia de fechamento de mercado dependem de sua rentabilidade, pois a entidade resultante da concentração deverá pesar, por um lado, os eventuais custos associados ao fato de não adquirir produtos junto a concorrentes a montante e, por outro lado, os eventuais ganhos dessa estratégia (ex. aumento de preços a montante ou a jusante).

Os custos associados à redução das aquisições junto dos fornecedores concorrentes a montante são mais elevados quando o departamento a montante da empresa integrada é menos eficiente do que os fornecedores objeto do fechamento (ex. restrições de capacidade ou produtos não diferenciados).

Os incentivos para adotar uma estratégia de fechamento de clientes dependem da medida em que o departamento a montante da entidade resultante da concentração pode se beneficiar do aumento de preços no mercado a montante, resultante do fechamento dos concorrentes a montante. Os incentivos serão tanto maiores quanto maiores forem as probabilidades do departamento a jusante da empresa integrada poder beneficiar com o aumento dos preços a jusante resultante do fechamento. Assim, quanto maior for a participação de mercado a jusante, maior será a base de vendas em que poderão ser obtidas margens superiores.

Por fim, na análise sobre (ii.3.) efeitos/impacto global provável do fechamento de clientes na concorrência efetiva, o fechamento de clientes pode ter efeito negativo no mercado a jusante e ser prejudicial a consumidores. Isso porque, ao negar aos concorrentes (a montante) o acesso a uma base de clientes significativa para seus produtos, a concentração é capaz de reduzir a capacidade destes concorrentes para concorrer em um futuro previsível. Dessa forma, os concorrentes a jusante correm o risco de serem colocados em desvantagem concorrencial, por exemplo através de um aumento dos seus custos dos insumos, ao passo que a entidade resultante da operação pode aumentar os preços ou reduzir a produção total no mercado a jusante.

O impacto negativo pode ser sutil, na medida em que o fechamento a clientes pode ser sentido em termos de fluxos de receitas dos concorrentes a montante, reduzindo o seu incentivo para investirem na redução dos custos, na qualidade dos produtos ou em outros fatores ligados à concorrência.

A restrição seria significativa à concorrência efetiva no mercado a montante se o fechamento a clientes afetar uma proporção significativa da produção a montante, afetada com a redução das receitas provocada pela concentração vertical. Em contraponto, se existirem outros concorrentes a montante não afetados, a concorrência exercida por estes pode ser suficiente para evitar um aumento de preços a montante e, conseqüentemente, no mercado a jusante. Para que estas empresas exerçam uma pressão concorrencial suficiente, é necessário que não sejam confrontadas com barreiras à expansão (ex. restrições de capacidade ou diferenciação de produtos).

A concorrência efetiva também poderia ser significativamente restringida através do aumento das barreiras à entrada de concorrentes potenciais, especialmente se o fechamento a clientes obrigar os concorrentes potenciais a entrar tanto no mercado a

jusante como no mercado a montante, a fim de poder concorrer de forma efetiva em qualquer dos dois mercados.

Como contrapontos, devem ser analisados elementos como a presença de poder negocial dos compradores ou a probabilidade de que a entrada de novos concorrentes a montante preserve a concorrência efetiva nos mercados a montante ou a jusante.

Há, ainda, no Guia da EC, a identificação de **(iii) outros efeitos não coordenados**. Isso porque a entidade resultante da concentração poderia, através de uma integração vertical, obter acesso a informações comerciais sensíveis relativas às atividades a montante ou a jusante dos seus concorrentes. O uso dessas informações poderia ser tanto para redução dos incentivos a uma política de preços agressiva ou por meio do uso das informações a ponto de colocar concorrentes em situação de desvantagem concorrencial, dissuadindo-os de entrar ou de se expandir no mercado.

Há, ainda a identificação de **(iv) preocupações coordenadas**, são definidas três condições para que a coordenação seja sustentável: as empresas que participam da coordenação devem poder verificar, com suficiente clareza, se (iv.1.) as condições de coordenação estariam sendo cumpridas; (iv.2.) a possibilidade de verificação de desvios; (iv.3.) existência de mecanismos de dissuasão; (iv.4.) a reação das empresas terceiras, como concorrentes atuais e futuras que não participam da coordenação, e também clientes, que não deveriam poder prejudicar os resultados esperados da coordenação.

Quanto à definição das (iv.1.) condições da coordenação, o Guia da EC aponta que uma concentração vertical poderia permitir que as empresas nos mercados a jusante ou a montante chegassem mais facilmente a um consenso sobre as condições da coordenação, devido à redução do número de concorrentes efetivos, ao aumento do grau de simetria entre as empresas ativas no mercado, ao aumento do grau de transparência do mercado, à saída da empresa "dissidente".

Quanto à (iv.2.) verificação de desvios, o Guia da EC sinaliza que a integração vertical, ao aumentar o grau de transparência do mercado entre as empresas, através do acesso a informações sensíveis relativas aos concorrentes ou facilitando a verificação de preços, poderia facilitar a coordenação.

Quanto aos (iv.3.) mecanismos de dissuasão, as concentrações verticais poderiam afetar os incentivos das empresas participantes nas coordenações cumprirem as condições da coordenação, tendo em vista que uma empresa integrada poderia punir

mais eficazmente as empresas concorrentes que desviassem do acordado, uma vez que seria um cliente ou fornecedor.

Por fim, quanto às (iv.4) reações de empresas terceiras, o Guia da EC identifica que concentrações verticais poderiam reduzir a margem de manobra de que dispõem as empresas não participantes na coordenação para desestabilizar o mercado, aumentando as barreiras à entrada no mercado ou limitando de outro modo a sua capacidade concorrencial.

Em sede de **concentrações conglomerais**, o Guia da EC define esse tipo de concentração como aquela entre empresas que mantêm relações que não são estritamente nem horizontais (enquanto concorrentes no mesmo mercado relevante) nem verticais (enquanto fornecedor e cliente). Na prática, seriam empresas que desenvolvem atividades em mercados estreitamente relacionados.

Embora a EC reconheça que, na maioria dos casos as concentrações conglomerais não dariam origem a preocupações em matéria concorrencial, poderiam, ainda assim, prejudicar a concorrência em casos específicos.

Quanto aos efeitos não coordenados, a preocupação é com o fechamento de mercado. Isso porque a combinação de produtos em mercados relacionados poderia proporcionar à entidade resultante da concentração a capacidade e o incentivo para utilizar, através da alavancagem, a sua posição dominante em um determinado mercado para reforçar a sua posição em outro mercado, através de vendas subordinadas ou casadas ou de outras práticas de exclusão.

Nessa análise, a metodologia de três passos novamente é seguida: (1.) capacidade, (2.) incentivos e (3.) efeitos. Na prática, esses fatores são frequentemente analisados em conjunto, uma vez que estão estreitamente interligados.

Quanto à (1) capacidade de fechamento de mercado por efeitos conglomerais, o método de implementação seria por meio da subordinação (técnica ou contratual) ou do agrupamento de vendas (agrupamento puro ou misto).

Para que se possa adotar uma estratégia de exclusão de concorrentes, a nova entidade deveria deter um poder de mercado significativo em um dos mercados em causa, que não teria necessariamente de atingir o nível de posição dominante. Ademais, só terão efeitos significativos quando pelo menos um dos produtos das partes objeto da concentração é considerado por um elevado número de clientes como particularmente importante e quanto existem poucas alternativas adequadas para esse produto. Ainda,

para que o fechamento de mercado possa constituir uma preocupação concorrencial, seria necessário que existisse uma ampla base de clientes comuns para cada produto em causa, de modo que, quanto mais os clientes dependerem a adquirir ambos os produtos, mais afetada estará à procura dos produtos individuais abrangidos pelas vendas subordinadas ou agrupadas.

Os efeitos seriam mais significativos em setores onde se verificam economias de escala e onde a estrutura da procura em um determinado momento teria repercussões dinâmicas nas condições futuras de abastecimento do mercado, bem como se houver externalidades de rede (ou seja, quando os clientes ou produtores se beneficiam do fato de outros clientes ou produtores utilizarem também os mesmos produtos).

Como contraposição, a Comissão também analisará se existem estratégias efetivas, como por exemplo se, ao comprar os produtos agrupados, uma empresa consegue revendê-los em separado de forma rentável, ou quando os concorrentes adotem políticas de preço agressivas, ou mesmo quando as empresas concorrentes pudessem agrupar outros produtos e torná-los mais atraentes aos clientes.

Quanto aos (2) incentivos de fechamento de mercado por efeitos conglomerais, o incentivo para adotar uma estratégia de exclusão dos concorrentes por meio de vendas subordinadas ou agrupadas dependeria do grau de rentabilidade de tal estratégia. Por um lado, as vendas subordinadas ou agrupadas poderiam resultar em perdas, se não houver interesse dos clientes em adquirir os produtos agrupados, ou quando os clientes adquirem a oferta agrupada de concorrentes. Por outro lado, poderia também gerar um aumento dos lucros, resultante de um aumento do poder de mercado no mercado de produtos subordinados.

Ainda, poderia ser relevante avaliar o valor relativo dos diferentes produtos, sendo pouco provável que a entidade resultante da concentração estivesse disposta a renunciar às vendas em um mercado altamente rentável para conquistar participação de mercado em outro mercado com volume de negócios relativamente reduzido e com lucros modestos.

Quando da análise dos incentivos, a Comissão ainda poderia levar em consideração como a estrutura societária da entidade resultante da concentração (controle), o tipo de estratégias comerciais adotadas no passado ou o conteúdo dos documentos estratégicos internos da empresa.

Quanto ao (3) **efeitos**/impacto global provável a nível de preços e da escolha do fechamento de mercado por efeitos conglomerais, as vendas subordinadas ou agrupadas poderiam provocar uma redução significativa das perspectivas de vendas para os concorrentes no mercado que produzem só um componente, que se for suficientemente significativa, pode levar a uma redução da capacidade ou do incentivo para concorrerem por parte de outras empresas.

Em especial, as práticas de fechamento de mercado poderiam dissuadir concorrentes potenciais de entrar no mercado, ao reduzir as perspectivas de vendas dos concorrentes potenciais em um determinado mercado a um nível inferior à escala mínima de viabilidade (em ambos os mercados de produtos complementares).

O Guia da EC aponta que só quando uma proporção suficientemente elevada da produção no mercado é afetada pelo fechamento resultante da concentração conglomeral é que estaria suscetível de restringir significativamente a concorrência efetiva. Se permanecessem vários fabricantes de um dos produtos apenas com presença efetiva em qualquer dos mercados, não seria provável que a concorrência se deteriorasse na sequência de uma concentração conglomeral.

Dentre os fatores que contrabalanceiam esses efeitos, poderia estar a existência de poder negocial por parte dos compradores ou a probabilidade de que a entrada de novos concorrentes preserve a concorrência efetiva nos mercados a montante e a jusante.

Por fim, quanto aos **efeitos coordenados**, a preocupação é com a facilitação à coordenação anticoncorrencial no mercado, mesmo na ausência de um acordo ou prática concertada. A concentração conglomeral poderia influenciar a probabilidade de um comportamento coordenado em um determinado mercado ao reduzir o número de concorrentes efetivos a ponto de que a coordenação tácita passe a ser uma possibilidade. Ainda, os concorrentes não excluídos do mercado podem ter menos propensão à contestabilidade do conglomerado, preferindo a proteção que lhes é proporcionado por preços mais elevados.

Ainda, uma concentração conglomeral poderia aumentar o âmbito e a importância da concorrência multimercados, dado que a interação concorrencial em diversos mercados poderia aumentar a gama e a eficácia dos mecanismos disciplinadores para garantir o respeito das condições de coordenação.

Em todos os cenários, a EC sempre sinaliza que a Comissão tomará em consideração tanto os possíveis efeitos anticoncorrenciais das concentrações conglomeradas como os possíveis efeitos pró-concorrenciais decorrentes de ganhos de eficiência devidamente fundamentados pelas partes.

Em síntese, temos a seguinte estrutura de análise do Guia da EC:

ESTRUTURA GUIA EC
CONCENTRAÇÕES VERTICAIS
EFEITOS NÃO COORDENADOS: FECHAMENTO
(i) Fechamento de insumos
<u>i.1. capacidade</u> de fechamento de insumos
<ul style="list-style-type: none">• grau suficiente de poder de mercado a montante (não necessariamente posição dominante)• importância do insumo• implementação explícita ou sutil• realinhamento de padrões de compra (liberação de capacidade de outros fornecedores)• Reforço do poder de mercado de <i>terceiros</i> a montante• Estratégias de resposta possíveis
<u>i.2. incentivos</u> de fechamento de insumos
<ul style="list-style-type: none">• grau de rentabilidade nos elos a montante e a jusante• aumento de vendas a jusante• perda de vendas a montante• possibilidade de desvio (capacidade produtiva/substitutibilidade)• estratégia empresarial (aumento dos custos dos rivais)
<u>i.3. Impactos gerais</u> do fechamento de insumos
<ul style="list-style-type: none">• papel das empresas concorrentes no processo concorrencial do mercado a jusante• aumento das barreiras à entrada de concorrentes potenciais (necessidade de entrada nos dois mercados)

(ii) Customer foreclosure

ii.1. capacidade de customer foreclosure

- Alternativas no mercado a jusante
- Tamanho do comprador
- Importância da escala no mercado ou efeitos de rede a montante

ii.2. incentivos a customer foreclosure

- grau de rentabilidade nos elos a jusante e a montante
- redução das compras junto a fornecedores concorrentes a montante
- aumento de vendas a montante
- participação de mercado a jusante

ii.3. efeitos do customer foreclosure

- impacto em proporção significativa da produção a montante
- aumento das barreiras à entrada de concorrentes potenciais (necessidade de entrada nos dois mercados)

OUTROS EFEITOS NÃO COORDENADOS: ACESSO A INFORMAÇÕES

- acesso a informações comerciais sensíveis relativas a atividades a montante ou a jusante
- Redução do nível de competitividade
- Uso das informações que coloca concorrentes em situação de desvantagem concorrencial

EFEITOS COORDENADOS

1. Definição das condições de coordenação

- Redução do número de concorrentes efetivos
- Aumento do grau de simetria
- Aumento da transparência do mercado

2. Verificação de desvios

- Aumento da transparência do mercado
- Facilitação à verificação dos preços

3. Mecanismos de dissuasão

- Punição mais eficaz via empresa integrada verticalmente

4. Reação de empresas terceiras

- Eliminação do mercado de um comprador desestabilizador

CONCENTRAÇÕES CONGLOMERAIS

EFEITOS CONGLOMERADOS NÃO

COORDENADOS

capacidade de conglomerate effects

- Oferta de combos (produtos subordinados ou agrupados)
- Poder de mercado em um dos mercados
- Importância de um dos produtos para um elevado número de clientes
- Ampla base de clientes comuns para cada produto
- Importância das economias de escala e externalidades de rede

incentivos a conglomerate effects

- Grau de rentabilidade da estratégia
- Valor relativo dos diferentes produtos

efeitos do conglomerate effects

- Dissuasão à entrada de concorrentes potenciais
- Proporção do mercado afetada

EFEITOS CONGLOMERADOS COORDENADOS

- Redução do número de concorrentes efetivos
- Coordenação tácita

• **EFICIÊNCIAS**

Eficiências das integrações verticais

- Internalização de eventuais margens comerciais duplas

- Melhoria na coordenação do processo de produção e distribuição
- Incentivos a investimentos em novos produtos, novos processos de produção e de comercialização de produtos

4. COMPARATIVO CONCRETO DA IMPLEMENTAÇÃO DOS GUIAS: CASE STUDY DO MERCADO DE VIDEOGAMES NO REINO UNIDO, NA UNIÃO EUROPEIA, NOS EUA E NO BRASIL

Neste Capítulo será apresentado, de modo comparativo, caso analisado em quatro jurisdições – com data limite de atualização em julho de 2023 –, a fim de se identificar diferenças concretas na implementação dos Guias.

Um dos casos recentes que tem gerado bastante repercussão é a operação no mercado de games, envolvendo as empresas **Microsoft e Activision Blizzard**. A CMA opinou pela reprovação da operação (pendente de decisão final pelo CTA), a Comissão Europeia aprovou com restrições, o Brasil aprovou sem restrições e os EUA ainda estão em fase de análise judicial da operação – data limite de atualização em julho de 2023.

A Microsoft é empresa global de tecnologia, atuante em uma série de mercados, incluindo segmentos operacionais: (i) processos de produtividade e negócios; (ii) nuvem; (iii) computação. Por sua vez, a Activision Blizzard desenvolve jogos eletrônicos – videogames, cujos principais títulos são Call of Duty (CoD), disponível em PC, console e dispositivos móveis, World of Warcraft, disponível em PC, e Candy Crush, disponível em dispositivos móveis.

Seguindo a estrutura apresentada pelos Guias anteriormente, tentar-se-á elaborar análise comparativa do mesmo caso, sob a ótica de cada uma das autoridades antitruste, iniciando pela análise do (Seção 4.I) Reino Unido, da (Seção 4.II) Comissão Europeia, dos (Seção 4.III) Estados Unidos e do (Seção 4.IV) Brasil, especificamente quanto aos argumentos de concentração não horizontal, objeto neste Documento de Trabalho.

4. I. Análise da CMA do Reino Unido do caso Microsoft – Activision Blizzard

No Reino Unido, a operação Microsoft – Activision Blizzard foi bloqueada pelo CMA, em 26.4.2023.¹¹¹ O caso ainda está pendente de decisão final pelo CTA – data limite de atualização em julho de 2023.

¹¹¹ CMA. Microsoft e Activision Blizzard. Relatório Final de 23.4.2023. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/644939aa529eda000c3b0525/Microsoft_Activision_Final_Report_.pdf

Em grandes linhas, em termos de fechamento de insumos, a preocupação da CMA era de que pode levar a empresa resultante da Operação poderia usar o Call of Duty (CoD) ou outro conteúdo da Activision para fechar provedores rivais de serviços de jogos de console. Especificamente, analisou-se se a Microsoft poderia prejudicar a competitividade de seus rivais deixando de fornecer CoD e outro conteúdo da Activision (fechamento total de insumos) ou piorando os termos ou a qualidade do conteúdo fornecido aos rivais (fechamento parcial de insumos).

Dentre as preocupações com fechamento de insumos, pode-se mencionar as seguintes:

- Fechamento total dos insumos: conteúdos atuais ou futuros da Activision não poderiam ser disponibilizados para outros consoles, configurando exclusividade dos games da Activision para a Microsoft.
- Fechamento parcial dos insumos:
 - Conteúdos futuros da Activision serem disponibilizados com atraso em outros consoles (exclusividade cronometrada);
 - Degradação da qualidade gráfica (ex. resolução e pixagem) dos games da Activision quando disponíveis em games de plataformas rivais à Microsoft;
 - Tornar ferramentas ou atualizações dos jogos da Activision apenas para outras plataformas rivais à Microsoft (exclusividade de conteúdo);
 - Aumentar o preço dos jogos da Activision nas plataformas rivais;

Alguns pontos interessantes podem ser extraídos, para além da análise comparativa a realizada:

- Efeitos de rede podem potencializar estratégias de fechamento de mercado, na medida em que um maior número de usuários poderia mudar seus padrões de jogo para continuar jogando com os mesmos amigos (efeitos de rede diretos) ou por incentivar que publicadores de jogos focassem seus esforços em

disponibilizar seus jogos em uma determinada plataforma com grande base de clientes (efeitos de rede indiretos).

- Apesar de existirem três principais empresas rivais no mercado de consoles (Microsoft Xbox, Sony PlayStation and Nintendo), a CMA optou por analisar o risco de fechamento de mercado para o concorrente mais próximo (Sony PlayStation).
- Todo o parecer, para cada um dos itens, é dividido em: visão das partes, análise preliminar da CMA, visão de terceiros, documentos internos das Requerentes, conclusões da CMA.

Nessa análise do caso, a metodologia de (i) capacidade, (ii) incentivos e (iii) efeitos, prevista no Guia da CMA, foi seguida, para duas teorias do dano diferentes: (1) Teoria do dano de fechamento de mercado no fornecimento de *console gaming services* e (2) Teoria do dano de fechamento de mercado no fornecimento de *cloud gaming services*.

Na análise da **(1) Teoria do dano de fechamento de mercado no fornecimento de console gaming services**, quanto à (i) **capacidade** de fechar o mercado, a CMA concluiu que a empresa resultante da Operação teria capacidade de fechar o mercado para o Sony PlayStation (rival da Microsoft no mercado de consoles), incluindo nos serviços de vitrine de distribuição e assinatura. A análise concentrou-se em especial na relevância do jogo Call of Duty (CoD), atualmente disponibilizado e uma das principais fontes de receita para a Sony PlayStation. A conclusão foi de que a preocupação concorrencial seria com fechamento total, não com o parcial.

Quanto aos (ii) **incentivos** para fechar o mercado, para além de realizar estudos quantitativos, a CMA analisou a experiência pretérita da Microsoft em outras aquisições no mercado de desenvolvimento de games. De acordo com a conclusão, a Microsoft já teria, em aquisições anteriores, redirecionado esforços da empresa adquirida para que produzisse games exclusivos para o Xbox (apesar de esse elemento não ter sido considerado suficiente). Ademais, a CMA indicou que estratégias de benefícios de longo prazo deveriam ser analisadas, como por exemplo os planos de crescimento do Game Pass da Microsoft e a potencial aquisição de consumidores leais (apesar de esse elemento também não ter sido considerado suficiente).

Quanto aos (iii) **efeitos**, à luz das conclusões anteriores, de que (i) a Entidade Incorporada não terá a capacidade de se envolver em estratégias de execução hipotecária parcial em relação ao PlayStation e (ii) que a Entidade Incorporada não teria incentivo para se envolver em execução hipotecária total, não é necessário concluirmos sobre os efeitos da exclusão na concorrência no fornecimento de serviços de jogos de console no Reino Unido.

Por sua vez, na análise da **(2) Teoria do dano de fechamento de mercado no fornecimento de *cloud gaming services***, quanto à (i) **capacidade** de fechar o mercado, a CMA que a popularidade dos jogos da Activision em consoles e PCs para jogos é um indicativo de sua importância para os serviços de jogos em nuvem atualmente e no futuro próximo. Nos consoles, a CMA identificou que CoD é um jogo importante e que alternativas com níveis semelhantes de tempo de jogo, receita e engajamento, são limitadas. No PC, as evidências indicaram que CoD e World of Warcraft (WoW) estariam entre os jogos mais jogados no Reino Unido, e Overwatch também seria razoavelmente popular. CMA apontou que há mais jogos no PC do que no console, e que CoD é relativamente menos popular no PC do que no console (embora ainda esteja confortavelmente entre os 10 melhores jogos). No geral, no entanto, a CMA concluiu que o conteúdo da Activision é apenas um pouco menos importante no PC do que no console. Esta evidência indicaria que o conteúdo da Activision provavelmente se tornaria um insumo importante para os serviços de jogos em nuvem na ausência da Operação.

A CMA considerou que quaisquer alternativas não seriam um substituto suficientemente bom para o conteúdo da Activision, especialmente CoD e WoW, e que não seriam suficientes para compensar qualquer perda de conteúdo da Activision por rivais de jogos em nuvem, nem para compensar a redução no alcance e escolha para os clientes desses rivais.

Isso seria particularmente relevante em um mercado nascente como jogos em nuvem, em que economias de escala e efeitos de rede podem desempenhar um papel significativo na determinação do sucesso de um serviço. Por sua vez, qualquer dano à força competitiva dos rivais de jogos em nuvem provavelmente se auto reforçaria e poderia impedir que esses rivais crescessem com rapidez suficiente, o que seria especialmente importante para competir com sucesso quando os efeitos de rede desempenham um papel.

Assim, a CMA concluiu que: (a) o conteúdo da Activision, em particular CoD WoW e Overwatch, seria um insumo particularmente importante para os serviços de jogos em nuvem. (b) seria provável que quaisquer alternativas não seriam suficientes para compensar a perda incorrida para os rivais de jogos em nuvem pelo encerramento do conteúdo da Activision, nem para compensar a redução no alcance e na escolha dos clientes desses rivais; e (c) seria improvável que o multihoming limitasse a capacidade de encerramento em jogos na nuvem. Na verdade, o encerramento pode impactar negativamente o surgimento do próprio multihoming no futuro. Portanto, a CMA concluiu que a empresa resultante da Operação teria a capacidade de excluir rivais no mercado de jogos em nuvem no Reino Unido usando o conteúdo da Activision.

Assim, quanto aos (ii) **incentivos** para fechar o mercado, a CMA identificou que cloud gaming seria um mercado nascente, e que mesmo neste cenário a Microsoft já seria um dos operadores mais fortes em serviços de jogos em nuvem, conforme evidenciado pelas atuais participações de mercado, e seu ecossistema de vários produtos significa que ela estaria bem-posicionada para competir nesse mercado à medida que continua crescendo e se desenvolvendo. Assim, entendeu que a Microsoft teria um incentivo mais forte para encerrar devido à sua posição excepcionalmente forte em jogos em nuvem.

Assim, concluiu que a Microsoft tem o incentivo para excluir rivais de jogos em nuvem, incluindo empresas como NVIDIA GFN, Amazon Luna, Boosteroid e novos participantes em potencial.

Por fim, quanto aos (ii) **efeitos** do fechamento, a evidência sugeriria, segundo a CMA, que a Microsoft tenha pontos fortes significativos no fornecimento de serviços de jogos em nuvem por meio de sua propriedade de sistemas operacionais Windows e Xbox, seus recursos de infraestrutura em nuvem e seu conteúdo de *first mover*. Embora alguns provedores também tenham alguns recursos relevantes para jogos em nuvem, nenhum é tão forte em todas as áreas importantes para jogos em nuvem quanto a Microsoft. Os serviços de jogos em nuvem ainda estariam engatinhando, então as atuais participações de mercado não forneceriam a indicação mais precisa dos pontos fortes relevantes de diferentes concorrentes. No entanto, as atuais participações de mercado também apontariam no sentido de a Microsoft estar numa posição de liderança no mercado.

Entendeu haver barreiras significativas à entrada no mercado, principalmente o custo da infraestrutura em nuvem, o custo de aquisição de conteúdo e a necessidade de

crescer o suficiente para se beneficiar das economias de escala. Haveria também efeitos de rede diretos e indiretos materiais, embora estes pudessem ser mitigados até certo ponto pela possibilidade de *multi-homing*. A evidência, portanto, sugeriria que o mercado já estaria relativamente concentrado no momento. As maiores restrições para a Microsoft vêm da NVIDIA e da Amazon, ambas significativamente mais fracas que a Microsoft. A SIE/Sony poderia apresentar uma restrição maior no futuro à medida que expandisse seu serviço de jogos em nuvem, embora tenha desvantagens na infraestrutura de nuvem. Dado o pequeno número de concorrentes existentes e a força da Microsoft, a CMA concluiu que a perda da concorrência de qualquer um desses concorrentes seria preocupante.

Assim, a CMA concluiu que o uso do conteúdo da Activision pela Microsoft para excluir rivais em serviços de jogos em nuvem distorceria o desenvolvimento do mercado de jogos em nuvem e resultaria em danos substanciais à concorrência geral nesse mercado. Como resultado, após outras análises complementares, sugeriu a reprovação total da operação.

4. II. Análise da Comissão Europeia do caso Microsoft – Activision Blizzard

No União Europeia, a operação Microsoft – Activision Blizzard foi aprovada com restrições, em 15.5.2023.¹¹²

A investigação preliminar da Comissão havia sinalizado que a Microsoft poderia prejudicar a concorrência (i) na distribuição de videogames para console e PC, incluindo serviços de assinatura de vários jogos e serviços de *streaming* de jogos em nuvem; e (ii) no fornecimento de sistemas operacionais para PC.

Em seu relatório final, Comissão concluiu que a Microsoft não seria capaz de prejudicar consoles rivais e serviços de assinatura de vários jogos rivais. Ao mesmo tempo, confirmou que a Microsoft poderia prejudicar a concorrência na distribuição de jogos por meio de serviços de *streaming* de jogos em nuvem e que sua posição no mercado de sistemas operacionais para PC seria fortalecida.

Em particular, a Comissão concluiu que:

¹¹² EC. Microsoft e Activision Blizzard. Relatório Final de 15.5.2023.
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2705

- A Microsoft não teria nenhum incentivo para se recusar a distribuir os jogos da Activision para a Sony, que é a principal distribuidora de jogos de console em todo o mundo, inclusive na Europa, onde há quatro consoles Sony PlayStation para cada console Microsoft Xbox comprado por jogadores. De fato, a Microsoft teria fortes incentivos para continuar distribuindo os jogos da Activision por meio de um dispositivo tão popular quanto o PlayStation da Sony.
- Mesmo que a Microsoft decidisse retirar os jogos da Activision do PlayStation, isso não prejudicaria significativamente a concorrência no mercado de consoles. Mesmo que *Call of Duty* seja amplamente jogado em console, é menos popular na Europa do que em outras regiões do mundo e é menos popular na Europa dentro de seu gênero em comparação com outros mercados. Portanto, mesmo sem poder oferecer esse jogo específico, a Sony poderia alavancar seu tamanho, extenso catálogo de jogos e posição de mercado para se defender de qualquer tentativa de enfraquecer sua posição competitiva.
- Mesmo sem essa transação, a Activision não teria disponibilizado seus jogos para serviços de assinatura de vários jogos, pois isso canibalizaria as vendas de jogos individuais. Portanto, a situação para provedores terceirizados de serviços de assinatura de vários jogos não mudaria após a aquisição da Activision pela Microsoft.
- A aquisição prejudicaria a concorrência na distribuição de jogos para PC e console por meio de serviços de *streaming* de jogos em nuvem, um segmento de mercado inovador que pode transformar a maneira como muitos jogadores jogam videogames. Apesar de seu potencial, o streaming de jogos em nuvem é muito limitado hoje. A Comissão descobriu que a popularidade dos jogos da Activision poderia promover seu crescimento. Em vez disso, se a Microsoft tornasse os jogos da Activision exclusivos para seu próprio serviço de streaming de jogos em nuvem, Game Pass

Ultimate, e os retivesse de provedores rivais de streaming de jogos em nuvem, isso reduziria a concorrência na distribuição de jogos por meio de streaming de jogos em nuvem.

- Se a Microsoft tornasse os jogos da Activision exclusivos para seu próprio serviço de streaming de jogos em nuvem, a Microsoft também poderia fortalecer a posição do Windows no mercado de sistemas operacionais para PC. Esse pode ser o caso, caso a Microsoft impeça ou prejudique o streaming de jogos da Activision em PCs que usam sistemas operacionais diferentes do Windows.

Por essa razão, negociou remédios com a Microsoft, que concordou com os seguintes remédios antitruste: (i) licença gratuita para consumidores na Europa que lhes permitiria transmitir, por meio de qualquer serviço de streaming de jogos em nuvem de sua escolha, todos os jogos atuais e futuros da Activision Blizzard para PC e console para os quais eles tenham uma licença; (ii) licença gratuita correspondente para provedores de serviços de streaming de jogos em nuvem para permitir que os jogadores na Europa transmitam qualquer PC da Activision Blizzard e jogos de console.

Como atualmente a Activision Blizzard não licencia seus jogos para serviços de streaming de jogos em nuvem, nem transmite os jogos em si, a Comissão entendeu que as duas licenças garantirão que os jogadores que compraram um ou mais jogos da Activision em um PC ou loja de console, ou que assinaram um serviço de assinatura de vários jogos que inclui jogos da Activision, tenham o direito de transmitir esses jogos com qualquer serviço de streaming de jogos em nuvem de sua escolha e reproduzi-los em qualquer dispositivo usando qualquer sistema operacional. Os remédios também garantiriam, segundo a Comissão, que os jogos da Activision disponíveis para streaming tenham a mesma qualidade e conteúdo dos jogos disponíveis para download tradicional.

Nota-se, portanto, que a preocupação da EC se concentrou também no mercado de *cloud gaming*, assim como a CMA do Reino Unido. O streaming de jogos em nuvem, embora ainda incipiente, representa uma tendência crescente do setor, com o aumento da disponibilidade de plataformas de streaming, também baseadas na UE. Graças a essa tecnologia, os jogos podem ser executados em servidores remotos e não precisam ser instalados nos dispositivos finais dos jogadores. Portanto, o streaming de jogos em nuvem permite que os jogadores transmitam jogos e os joguem em qualquer dispositivo

de sua escolha, mesmo em dispositivos que normalmente não suportam o jogo (por exemplo, PCs com um sistema operacional diferente do Windows da Microsoft, Smart TVs, smartphones e tablets). Apesar de seu potencial, o streaming de jogos em nuvem ainda representa uma parte muito limitada do mercado geral de distribuição de jogos hoje, representando apenas cerca de 1% do mercado mundial total em 2022.

A CMA entendeu que os remédios aceitos pela EC não seriam suficientes para resguardar as condições de concorrência nesse mercado nascente, ao passo que a EC entendeu que os remédios seriam sim suficientes.

4. III. Análise da FTC dos Estados Unidos do caso Microsoft – Activision Blizzard

Nos Estados Unidos, a Federal Trade Commission também propôs, em dezembro de 2021, o bloqueio da operação da Microsoft – Activision Blizzard.¹¹³ Ainda não há decisão definitiva¹¹⁴ – data limite de atualização em julho de 2023 –, mas em seu arrazoado inicial a FTC argumenta que, se consumada, a Proposta de Aquisição seria a maior da história da indústria de videogames e a maior da história da Microsoft. A Aquisição Proposta continuaria o padrão da Microsoft de assumir o valioso controle de conteúdo de jogos. Com o controle do conteúdo da Activision, a Microsoft teria a capacidade e maior incentivo para reter ou degradar o conteúdo da Activision de forma a diminuir substancialmente a concorrência, incluindo a concorrência na qualidade do produto, preço e inovação. Essa perda de concorrência provavelmente resultaria em danos significativos aos consumidores em vários mercados em um momento crucial para o setor.

Segundo a FTC, a Microsoft, além de produzir seus próprios títulos de videogame, teria, nos últimos anos, adquirido mais de dez estúdios de terceiros, de modo a expandir suas ofertas de jogos. Ao fazer isso, a Microsoft frequentemente teria tornado esses títulos adquiridos exclusivos para seus próprios consoles e/ou serviços de assinatura, eliminando a oportunidade dos consumidores de jogar esses títulos em produtos ou

¹¹³ EUA. Federal Trade Commission - FTC. https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/D09412MicrosoftActivisionAdministrativeComplaintPublicVersionFinal.pdf

¹¹⁴ EUA. Federal Trade Commission - FTC. <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/2210077-microsoftactivision-blizzard-matter>

serviços rivais. Ao tornar os jogos exclusivos, a Microsoft fortaleceria, então, a posição de mercado de seus consoles e produtos de serviço de assinatura em relação aos concorrentes.

Interessante mencionar que a Presidente da FTC também sinalizou, em 11.5.2023, preocupação com o fato de que apenas poucas empresas¹¹⁵ acabam controlando a indústria de *cloud computing*. Segundo Lina Khan, seria importante olhar com cuidado para as altas barreiras à entrada que têm surgido a provedores de computação em nuvem em suas tentativas de ingressar no mercado norte-americano.¹¹⁶ Khan enfatizou que os novos provedores que desejam competir hoje precisam superar vários obstáculos, como acesso restrito a data centers físicos nos quais a tecnologia opera, problemas de equipamentos e obstáculos de propriedade intelectual, tornando “extremamente caro” o surgimento de novos rivais. Essa manifestação pública vem em linha com esforços anteriores do FTC de aprofundar escrutínio em serviços de nuvem, e também se assemelham a algumas das preocupações indicadas pelo Reino Unido.

4. IV. Análise do Cade no Brasil do caso Microsoft – Activision Blizzard

No Brasil, a operação da Microsoft – Activision Blizzard foi aprovada sem restrições em 6.10.2022.¹¹⁷

¹¹⁵ Amazon Web Services, Microsoft Azure e Google Cloud controlavam cerca de 76% do mercado de computação em nuvem em 2022, de acordo com a empresa de pesquisa de mercado Synergy Research Group. As mesmas três empresas controlavam quase 65% do mercado global no primeiro trimestre de 2023, enquanto o Alibaba Cloud ocupava o quarto lugar com 4%.

¹¹⁶ GCR. FTC steps up cloud computing scrutiny. 12.5.2023. “The FTC is lagging slightly behind European competition authorities when it comes to increasing scrutiny over cloud computing. Last year, Microsoft changed its European cloud computing business to avoid a formal European Commission investigation after the enforcer began looking into a complaint against the company in the summer of 2021. France’s Competition Authority launched a public consultation in July, seeking feedback on the market definition and practices it intends to investigate as part of a sector inquiry into the cloud computing market. The Netherlands’ Authority for Consumers and Markets also dived into cloud infrastructure service providers last year when it proposed amendments to the draft European Data Act, following an internal report finding that Microsoft Azure and Amazon Web Services controlled about 75% of the Dutch market. Last month, the UK’s Office of Communications signalled its intent to refer its cloud service study to the Competition and Markets Authority for a market investigation, which would allow the antitrust enforcer to assess its concerns and impose market-wide remedies on the entire sector.”. https://globalcompetitionreview.com/gcr-usa/article/ftc-steps-cloud-computing-scrutiny?utm_source=FTC%2Bsteps%2Bup%2Bcloud%2Bcomputing%2Bscrutiny&utm_medium=email&utm_campaign=GCR%2BUSAA%2BBriefing

¹¹⁷ Ato de Concentração. 08700.003361/2022-46

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddZWozymAm3fzadi2ZAXvLcQ_mPnh9TKYr-vfYEwy6keZZOMKZczt9vQOXNv1vNhntbvXC7ELtVe2yf0-z4a85-

Interessante notar que o Cade adotou uma delimitação de mercado relevante bem menos segmentada do que aquela adotada no Reino Unido, tendo analisado conjuntamente o desenvolvimento e a publicação de *softwares* de jogos. Por sua vez, analisou os efeitos da Operação segmentado por tipo de plataforma, PC, console e dispositivos móveis, bem como em todos os dispositivos.

A maior parte da análise antitruste realizada pelo Cade concentrou-se nas sobreposições horizontais da Operação, apesar de ter sido realizada avaliação sobre as integrações verticais. Destaca-se, inclusive, o trecho que sinaliza preocupação com os mercados digitais, que podem se tratar de "*mercados com atuação em ecossistema pelas empresas de tecnologia, mantendo-as sempre à frente da curva de inovação, não sendo deixadas de lado ou pegadas de surpresa por novas ondas de inovação tecnológicas, especialmente no tocante ao desenvolvimento de novos produtos, a presente análise não ficará restrita aos dados de market share, especialmente pelo fato essa métrica pode não ser capaz de apreender as pressões competitivas pelo desenvolvimento de novos produtos e serviços*".

Em termos comparativos, interessante notar que o Cade entendeu que, apesar da popularidade dos títulos da Microsoft ou da Activision Blizzard para o público jogador, isso não seria sinalizador de poder de mercado no segmento de publicação de jogos eletrônicos no Brasil (em especial pela menor popularidade do CoD no Brasil comparativamente com outros países do mundo). Trata-se de posição diferente daquela do Reino Unido, que entendeu que em especial o jogo CoD seria muito relevante para a concorrente PlayStation, e que a teoria do dano iria se concentrar na possibilidade de fechamento de mercado para a sua concorrente mais próxima. A CMA entendeu que as Requerentes teriam sim capacidade de fechamento de mercado para outros desenvolvedores/publicadores de jogos, mas que não teria incentivos para tal implementação, razão pela qual essa teoria do dano de fechamento de mercado no fornecimento de console gaming services.

Nota-se, ainda, que o Cade não considerou relevante a segunda teoria do dano analisada pelo Reino Unido, este sim central para a decisão de bloquear a operação, consistente na teoria de fechamento de mercado no fornecimento de *cloud gaming services*. Enquanto o CMA entendeu que os serviços de jogos em nuvem configurariam um mercado nascente, cuja posição da Microsoft poderia ser prejudicial para a concorrência cujas entrantes estariam justamente em processo de entrada. O Cade

identificou o contrário, ou seja, mesmo reconhecendo o pioneirismo da Microsoft com o Xbox Game Pass nesse mercado, que o fato de a Microsoft ter ingressado no segmento de assinaturas multijogos antes dos concorrentes não traduziria em uma vantagem competitiva permanente para o Game Pass, de modo que haveria espaço para empresas se desenvolverem em escopo e conteúdo. Ainda, mesmo reconhecendo que o Game Pass da Microsoft seria o único serviço de assinatura que oferece uma biblioteca de jogos nos PCs, essa conjuntura não seria impeditiva à entrada de novos players no mercado. Concluiu, portanto, que a Operação, por si só, não teria o condão de provocar o fechamento do acesso ao mercado de distribuição de jogos para provedores de serviços de assinatura concorrentes da Microsoft.

Ao final, e de modo oposto à CMA do Reino Unido, o Cade concluiu que as possíveis integrações verticais e complementaridades que viessem a ser geradas ou reforçadas pela Operação não ensejariam riscos significativos à concorrência, por não terem sido identificados elementos que pudessem inferir o fechamento de quaisquer dos mercados verticalmente relacionados.

5. PROPOSTA DE ESTRUTURA E METODOLÓGICA PARA O GUIA DE CONCENTRAÇÕES NÃO HORIZONTAIS DO BRASIL

Neste Capítulo 5, a partir das análises quantitativas e qualitativas apresentadas nos Capítulos anteriores, é apresentada uma proposta de estrutura para o Guia de concentrações não horizontais do Brasil (Seção 5.I), bem como de passo a passo metodológico (Seção 5.II), a partir dos achados dos Capítulos anteriores, que poderá subsidiar a revisão, reestruturação e reelaboração da minuta preliminar do Guia, que consta em arquivo separado.

5. I. Proposta de estrutura do Guia do Cade de concentrações não horizontais

I. IDENTIFICANDO CONCENTRAÇÕES NÃO HORIZONTAIS.....

- I.1. Integrações verticais.....
- I.2. Integrações conglomerais.....

II. PROCEDIMENTOS PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NÃO HORIZONTAL.....

- II.1. Etapa 1: Definição do(s) Mercado(s) Relevante(s).....
- II.2. Etapa II: Determinação da Participação de Mercado e dos Índices de Concentração.....
- II.3. Etapa III: Análise do Potencial Ofensivo à Concorrência a Jusante e a Montante.....
 - II.3.1. Capacidade.....
 - II.3.2. Incentivos.....
 - II.3.3. Efeitos.....
- II.4. Etapa 4: Análise dos Benefícios Líquidos Decorrentes da Operação.....
 - II.4.1. Eliminação da Margem Dupla.....
 - II.4.2. Redução de custos de transação.....
 - II.4.3. Melhoria na coordenação do processo produtivo.....
 - II.4.4. Melhoria na coordenação do processo de distribuição.....
 - II.4.5. Alinhamento de incentivos.....
 - II.4.6. Redução dos problemas de hold-up.....
 - II.4.7. Compartilhamento de dados.....
 - II.4.8. Eliminação do "efeito carona"
- II.5. Etapa 5: Remédios.....

III. INTEGRAÇÕES VERTICAIS.....

III.1. Efeitos não coordenados/unilaterais em integrações verticais: fechamento de mercado...

III.1.1. Fechamento de insumos.....	
III.1.1.1. Capacidade de fechamento de insumos.....	
III.1.1.1.1. Importância do insumo.....	
III.1.1.1.2. Poder de mercado a montante.....	
III.1.1.1.3. Realinhamento dos padrões de compra e no processo produtivo.....	
III.1.1.1.4. Reforço do poder de mercado de terceiros a montante.....	
III.1.1.2. Incentivo de fechamento de insumos.....	
III.1.1.2.1. Grau de rentabilidade nos elos a montante e a jusante.....	
III.1.1.2.2. Taxa de desvio para a empresa integrada.....	
III.1.1.2.3. Aumento de vendas a jusante e perda de vendas a montante.....	
III.1.1.3. Efeitos do fechamento de insumos.....	
III.1.2. Fechamento de clientes.....	
III.1.2.1. Capacidade de Fechamento de clientes.....	
III.1.2.1.1. Poder de mercado a jusante.....	
III.1.2.1.2. Importância da escala no mercado e efeitos de rede a montante.....	
III.1.2.1.3. Alternativas no mercado a jusante.....	
III.1.2.2. Incentivo de Fechamento de clientes.....	
III.1.2.2.1. Grau de rentabilidade nos elos a jusante e a montante.....	
III.1.2.2.2. Aumento de vendas a montante e redução de compras junto a fornecedores concorrentes a montante.....	
III.1.2.2.3. Aumento de preços a montante.....	
III.1.2.3. Efeitos do fechamento de clientes.....	
III.2. Outros efeitos não coordenados/unilaterais.....	
III.2.1. Elevação de custos de rivais.....	
III.2.2. Acesso e uso de informações concorrentialmente sensíveis de rivais.....	
III.3. Efeitos coordenados.....	
III.3.1. Condições da coordenação.....	
III.3.2. Possibilidade de monitoramento/verificação de desvios da ação coordenada.....	
III.3.2. Existência de mecanismos de dissuasão de desvios.....	
III.3.3. Probabilidade da reação das empresas que não participam da coordenação poder prejudicar os resultados esperados da coordenação.....	

IV. INTEGRAÇÕES CONGLOMERAIS.....

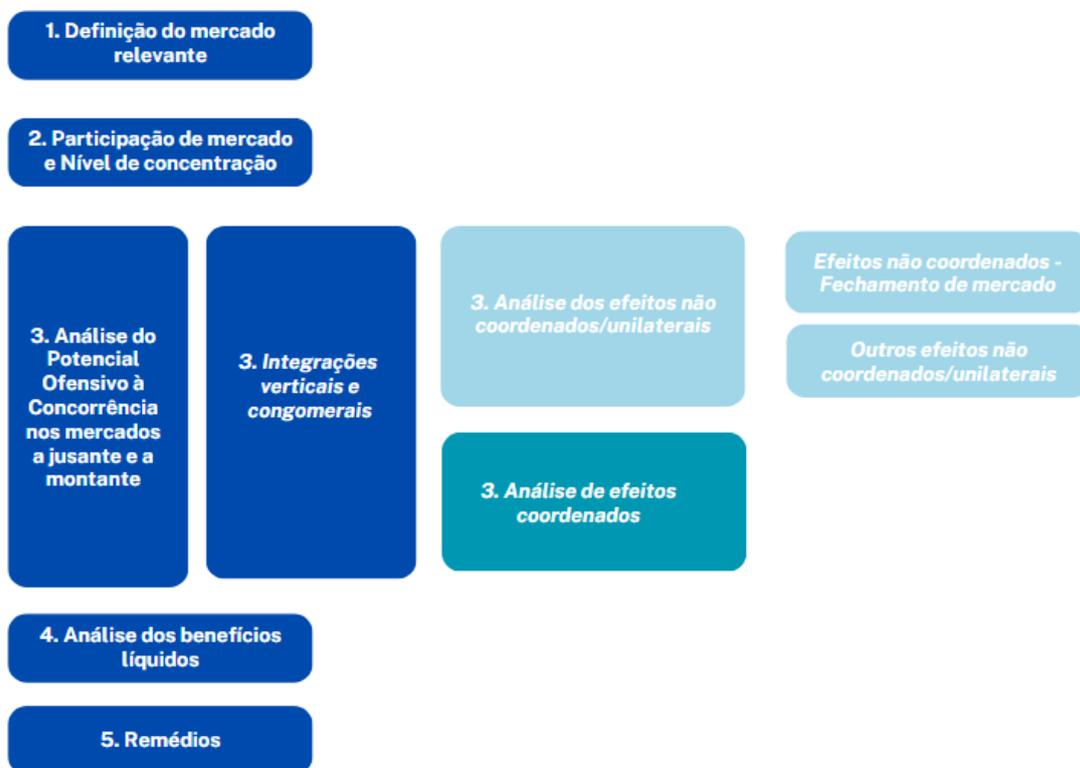
IV.1. Efeitos Conglomerados Não Coordenados/unilaterais - fechamento.....	
III.1.1. Capacidade de Fechamento de mercado pelos Efeitos Conglomerados.....	
III.1.2. Incentivo de Fechamento de mercado pelos Efeitos Conglomerados.....	
III.1.3. Efeitos do Fechamento de mercado de pelos Efeitos Conglomerados.....	
IV.1. Outros Efeitos Conglomerados Não Coordenados/unilaterais.....	

IV.3. Efeitos Conglomerados Coordenados.....

5. II. Proposta metodológica para a análise de concentrações não horizontais no Brasil

Em termos metodológicos, sugere-se a adoção do seguinte passo a passo analítico, nos termos da imagem abaixo:

Imagem 10 – Passo a passo analítico para concentrações não horizontais



Fonte: elaboração própria.

Especificamente sobre a análise dos efeitos não coordenados/unilaterais e dos efeitos coordenados, apresenta-se nossa imagem para evidenciar as principais teorias do dano que tendem a ser levantadas na análise:

Imagem 11 – Principais teorias do dano em concentrações não horizontais (verticais e conglomerais)



Fonte: elaboração própria.