

NOTA TÉCNICA DEE/CADE

Referência: Ato de Concentração referente aos autos abaixo referidos

Autos nº 08700.004211/2016-10 (público)

Autos nº 08700.004734/2016-58 (acesso restrito SBDC)

Autos nº 08700.004219/2016-78 (acesso restrito SBDC e requerentes)

Requerentes:

- TAM Linhas Aéreas S.A. ("TAM")
- Iberia Líneas Aéreas de Espana, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal ("Iberia"),
- British Airways Pico ("British")

Assunto: Operação TAM/IAG

Conclusão: A presente operação analisou alguns aspectos da operação acima referida entre IAG (British e Iberia) e Latam. Neste caso, embora as requerentes alegassem que há concorrência de vôos indiretos, o DEE verificou que mercado relevante é restrito apenas a vôos diretos (nas rotas GRU-LHR e GRU-MAD), pelo resultado do exercício da perda crítica clássica e pelo resultado do uso da metodologia KSFOV; Também, compreendeu-se que há fortes indícios pré-fusão de que as requerentes gozam de elevado poder de mercado, com alto grau de discriminação de clientes; Além disso, verificou-se que há grande raio de desvio entre as requerentes nas rotas analisadas. No caso de haver um mercado restrito a vôos diretos, haverá monopolização do trecho GRU-LHR com grande concentração no trecho GRU-MAD. Segundo a jurisprudência do CADE, mesmo em face de elevadas eficiências, não seria justificável, do ponto de vista concorrencial, a monopolização de um mercado relevante; Ainda que se leve em consideração o argumento das eficiências, há razoável debate internacional e nacional sobre as eficiências que foram referidas pelas requerentes neste Ato de Concentração. Não há evidências concretas de que há dupla marginalização no setor ou que o presente ato de concentração irá diminuir a referida dupla marginalização. Os modelos de simulação demonstram que há grandes preocupações concorrenciais neste ato de concentração, mesmo em face das eficiências alegadas

VERSÃO PÚBLICA

1. ESCOPO DA NOTA

A presente nota irá fazer uma análise breve do escopo da operação, verificando que haverá elevada concentração derivada deste ato, independentemente do cenário escolhido.

Após, serão demonstrados os esforços do DEE para aferir quais são as elasticidades do mercado e os lucros de cada agente. Tais medidas foram utilizadas pelo DEE para embasar as conclusões deste Departamento a respeito das dimensões das preocupações concorrenciais que as concentrações causariam.

Ou seja, auxiliaram estas medidas tanto na análise da definição do mercado relevante, como no âmbito da mensuração sobre a discussão de eficiências apresentadas no presente caso. Também, o DEE fez breves referências à discussão de barreiras à entrada (ou da falta de dados disponíveis para fazer qualquer tipo ou espécie de análise).

Ao final, a nota concluiu no sentido de que as preocupações concorrenciais não conseguem ser afastadas, considerando as informações até agora produzidas pelas requerentes.

2. OPERAÇÃO

De acordo com as requerentes:

A Operação consiste em um Acordo de Negócio Conjunto (Joint Business Agreement) entre a TAM Linhas Aéreas S.A. (“TAM”) e o Grupo LATAM, de um lado, e a Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal (“Iberia”) e British Airways Plc. (“British”), membros do grupo Grupo IAG, do outro – envolvendo o transporte aéreo de passageiros e cargas nas rotas Europa-América do Sul.

(...)

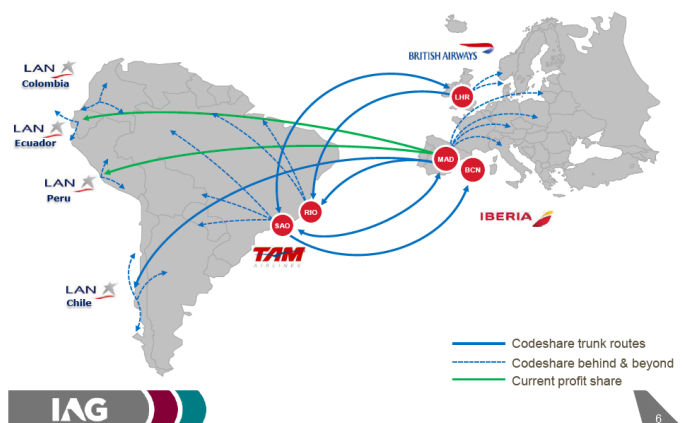
A Operação envolve um acordo comercial que permitirá às Partes estabelecerem um acordo estratégico de longo prazo além da relação atual do acordo de codeshare. Essa nova Operação vai permitir que as Partes coordenem suas malhas aéreas conjuntas como uma só, o que trará um melhor alinhamento dos incentivos econômicos, a fim de garantir a otimização da malha aérea combinada. O JBA será guiado pelo princípio da “neutralidade de aeronaves” (metal neutrality), em que todos os produtos e serviços ofertados no âmbito do acordo serão tratados pelas Partes como se fossem ofertados pelas próprias malhas aéreas de cada uma delas, independentemente de quem é operador ou vendedor.

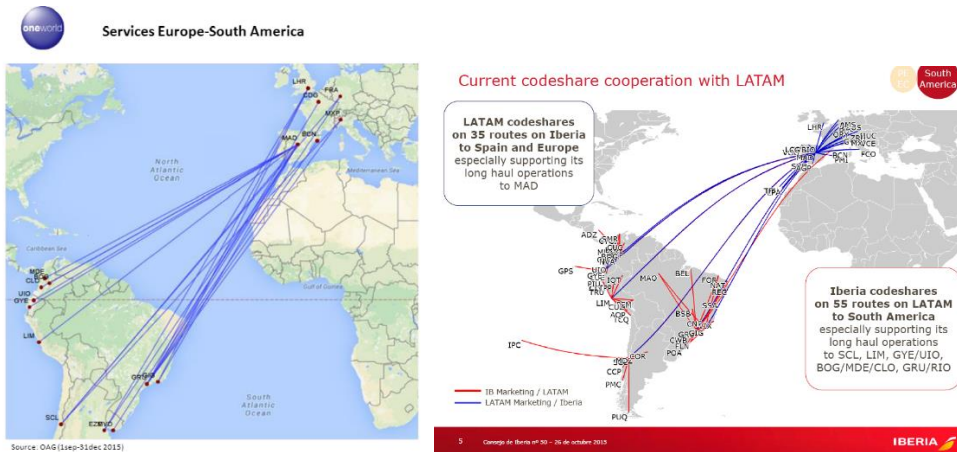
Conforme explicado pelas requerentes já há acordos – aprovados pelo CADE – de codeshare entre as mesmas, a saber:

- Ato de Concentração n.º 08700.003836/2014-94. Acordo de Codeshare celebrado entre TAM Linhas Aéreas S.A. e Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal, aprovado pela Superintendência-Geral do CADE em 27 de maio de 2014
- Ato de Concentração n.º 08700.000292/2015-90. Aditivo ao Acordo de Codeshare celebrado entre TAM Linhas Aéreas S.A. e Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal, aprovado pela Superintendência-Geral do CADE em 19 de fevereiro de 2015.
- Ato de Concentração n.º 08700.006571/2015-67. Acordo de Codeshare celebrado entre TAM Linhas Aereas S.A. e British Airways Plc., aprovado pela Superintendência-Geral do CADE em 24 de julho de 2015

Frise-se, também, que as requerentes já possuem um “profit share” [ou metal alliance] em relação às rotas Madrid-Lan Ecuador e Lan Perú, conforme gráfico abaixo. Assim, pretendem transformar as demais rotas que hoje são operadas como “code share” em “profit share” [ou metal alliance].

Codeshare implementation (post MoU)





Fonte: confidencial – requerentes

Figura 1 – Codeshare e profit share atuais

E frise-se que mesmo pré-fusão, acredita-se que as empresas já possuem uma série de parceiros no estilo codeshare [vide item 6].

De todo modo, ao avaliar os termos da referida joint-venture, as requerentes sustentam que, mesmo levando a presente operação a cenários de elevada concentração, em especial na rota São Paulo Londres, a mesma será extremamente benéfica aos consumidores brasileiros, considerando os seguintes argumentos:

*Os JBAs são acordos comerciais extremamente comuns na indústria de aviação e amplamente aceitos pelas autoridades concorrenciais da Europa, Estados Unidos, Austrália, Japão, Canadá, entre outros. Os incentivos econômicos do JBA proposto referem-se à **associação em uma base de neutralidade de aeronaves (metal neutrality) de malhas complementares combinada com ganhos de densidade nos trechos de conexão e redução da dupla marginalização**, dentre outros benefícios, que vão otimizar os fluxos de tráfego e criar mais opções de viagens aos consumidores, semelhante ao ocorrido em outros mercados globais e aceito pelas referidas autoridades.*

Do ponto de vista geográfico, o JBA proposto envolve o transporte de passageiros e cargas em rotas que conectam cidades da América do Sul e Europa: esses são voos transatlânticos (rotas troncais) usados não apenas para servir a O&D, mas também para conectar o tráfego das rotas troncais para destinos aquém e além dentro do escopo geográfico acima mencionado. Na presente Operação, o mercado de transporte aéreo de passageiros resulta em apenas duas sobreposições em rotas envolvendo o Brasil como uma O&D, quais sejam: (i) Madri-São Paulo e (ii) Londres-São Paulo; em relação ao transporte aéreo de cargas, as Partes possuem serviços sobrepostos nas rotas Brasil-Europa e Europa-Brasil.

O JBA será guiado por princípios da neutralidade de aeronaves (metal neutrality), em que todos os produtos e serviços ofertados no âmbito do acordo serão tratados pelas Partes como se fossem ofertados pelas próprias malhas aéreas de cada uma delas, independentemente de qual operador ou vendedor. A Operação criará uma otimização das malhas aéreas complementares, que elevará o nível de eficiência dos mercados relevantes e também aumentará o nível dos benefícios aos consumidores, especialmente por eliminar os riscos oportunistas e por permitir que as Partes explorem plenamente todas as economias que podem ser alcançadas através da melhor organização de suas malhas aéreas (uma vez que compartilharão de forma equitativa todos os benefícios econômicos resultantes de tal cooperação).

O JBA proposto não suscita preocupações concorrenciais e irá aumentar o nível de eficiência dos mercados relevantes afetados, bem como o nível de benefícios aos consumidores, razões pelas quais deve ser aprovado sem restrições por este e. CADE.

(conforme Anexo I da Petição Inicial – p.7).

Assim, as requerentes já possuem algum nível de integração (codeshare) e buscam com a presente operação aumentar tal integração para uma “neutralidade metal”, em que o “metal” seria o avião. Ou seja, os consumidores de uma empresa seriam neutros ou indiferentes em escolher o

avião de uma empresa ou de outra empresa, já que ambas estarão precificando em conjunto e atuando do ponto de vista de marketing em conjunto. Trata-se, deste modo, de uma “quase fusão”.

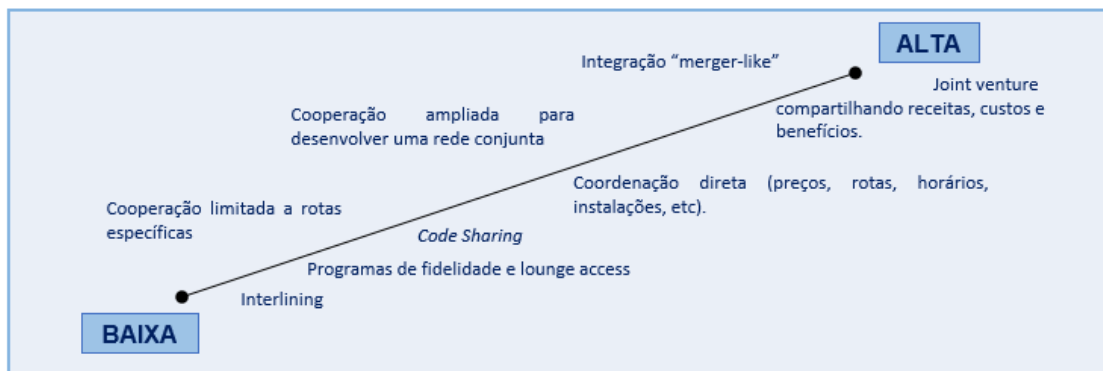
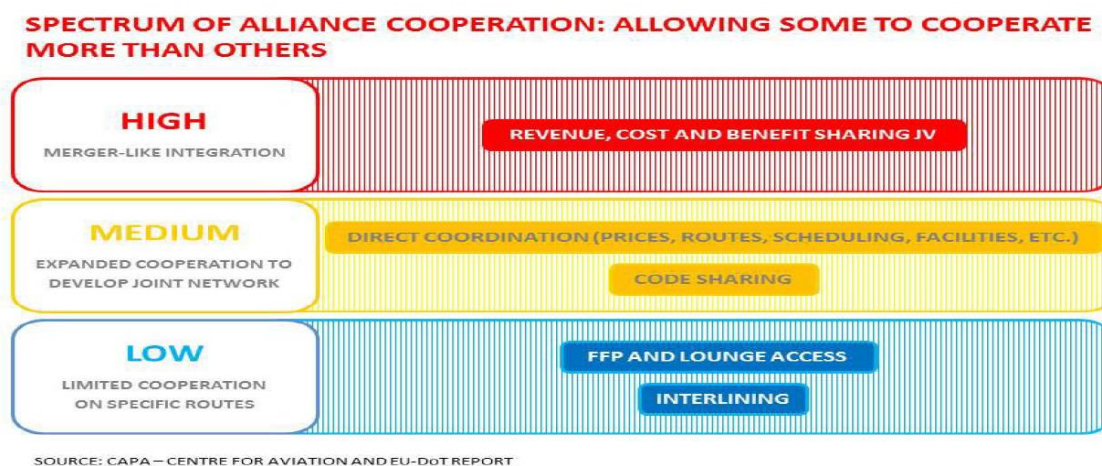


Figura 2 – Espectro de cooperação entre empresas aéreas

Fonte: apresentação das requerentes

Em estudo do setor, a OCDE [com base em parecer da Consultoria chamada “CAPA”] resumiu as possibilidades de cooperação do setor da seguinte forma:



Fonte: OCDE, Roundtables. Airline Competition - Background Paper do Secretariado – 18 e 19 de Junho de 2014. Conforme [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=En), verificado em setembro de 2016

Pelo que se conseguiu depreender do presente caso, no entanto, o acordo de code sharing das requerentes atual não permite a coordenação em termos de preços, sendo que, após a operação, as requerentes não só poderão estipular em conjunto os preços das passagens, como, também, dividirão as receitas dos vôos entre si, como sócios de um empreendimento.

2.1. Mercado abrangido pela operação

Para as requerentes, tem-se que – para avaliação das sobreposições horizontais – apenas rotas com vôos diretos, com origem e destino bem especificados, seriam relevantes à análise realizada, a saber:

Dentre as rotas abrangidas pela Operação, as únicas rotas pertinentes para os fins de análise antitruste seriam aquelas que operadas pela LATAM e IAG ao abrigo do Contrato, e nas quais ambas as Requerentes atuam com voos diretos (rotas sobrepostas). Haveria, assim, duas rotas sobrepostas no transporte aéreo de passageiros:

- (i) *Madri – São Paulo e*
- (ii) *Londres – São Paulo; e*

rotas sobrepostas no transporte aéreo de cargas: Brasil – Europa e Europa – Brasil, para os quais serão apresentados os dados de mercado pertinentes (com cenários de mercado diferentes, de modo a apresentar as informações mais completas ao CADE para uma rápida análise do caso).

As Requerentes apresentarão apenas as rotas sobrepostas mencionadas no parágrafo anterior, a serem consideradas relevantes para a análise antitruste. No entanto, para fins de completude e transparência, informa-se que, no que diz respeito ao transporte aéreo de passageiros, há outras rotas que serão operadas sob o joint business agreement que são atualmente operadas por apenas uma das Requerentes com voos diretos, mas que poderiam teoricamente ser operadas por outra companhia aérea no futuro. As rotas em tal situação que são atualmente operadas com voos diretos apenas pela IAG são:

- (i) *Madri – Rio de Janeiro e*
- (ii) *Londres – Rio de Janeiro.*

Ademais, informa-se que as rotas Barcelona – São Paulo; Milão – São Paulo (operadas pela LAN, como um trecho do voo indireto Santiago-São Paulo-Milão); Frankfurt – São Paulo; e Paris – São Paulo, são operadas pela LATAM com voos diretos, e pela IAG com voos indiretos.

(conforme Anexo I da Petição Inicial – p.36).

Ocorre que, para a análise das sobreposições, as requerentes apresentam uma postura restritiva (olhando apenas vôos diretos), mas para a compreensão de qual a dimensão do mercado relevante afetado pela operação, as requerentes contestam tal avaliação restritiva, se valendo da jurisprudência do CADE. O que não é referido com muita clareza é que se vôos indiretos forem levados em consideração para a análise do mercado, poderiam, em tese, gerar novos cenários de concentração [ou sobreposição] horizontal que poderiam ser explorados com maior profundidade.

De todo modo, sobre o argumento das requerentes relacionado à necessidade de o mercado relevante contemplar vôos diretos e indiretos, tem-se que as requerentes alegaram o seguinte:

Como tais rotas são intercontinentais de longas distâncias, as autoridades normalmente indicam que voos indiretos também poderiam ser considerados no mesmo mercado relevante. Nesse sentido, as autoridades concorrenciais também já reconheceram que voos com uma ou duas paradas ou conexões são comumente consideradas pelos consumidores como substitutos aos voos diretos para rotas longas (cf.: Parecer da SEAE no Ato de Concentração n.º 08012.011750/2007-64 (TAM e LAN) e n.º 08012.014594/2007-93 (TAM e Deutsche).

Vale ainda ressaltar o parecer emitido pelo Procurador Geral do CADE a esse respeito, in verbis: “Não obstante o elevado market share dos voos diretos operados por ambas as companhias requerentes com destinos São Paulo - Frankfurt e Frankfurt - São Paulo (Quadro III do Parecer da SEAE), diversas outras companhias ofertam esses trechos também por meio de conexões internacionais (Quadro I), sendo tais voos com conexão substitutos pelo lado da demanda dos voos diretos, do que se conclui pela efetiva concorrência e rivalidade no que se refere a essa rota.” (cf. § 17 ProCADE Parecer n.º 376/2008, emitido no Ato de Concentração n.º. 08012.014594/2007-93).

Nesse contexto, em recente precedente do CADE relativo ao transporte aéreo de passageiros, verificou-se (i) a possibilidade de que a substituição por voos indiretos deve ser levada em consideração (isto é, voos com conexão/parada), com base no tempo de duração dos voos, o número de conexões e tempo adicional em relação à operação direta, assim como a existência de aeroportos intermediários e preços de passagens; pode haver competição entre rotas diretas e indiretas 26 ; e (ii) abordou discussões relativas à substituíbilidade entre os aeroportos situados em uma mesma área metropolitana. Nesse sentido, o Ato de Concentração n.º 08700.006571/2015-67 (TAM Linhas Aéreas S.A. e British Airways Plc.), aprovado em 24 de julho de 2015, resume a discussão, com enfoque nos voos indiretos: “Como demonstrado pelo entendimento já consolidado em precedentes do CADE, para definir precisamente o mercado relevante, é necessário identificar: (i) se há substituíbilidade entre voos diretos e indiretos (com escala ou conexão); e (ii) se os aeroportos de um mesmo lugar são substituíveis. A rota em análise envolve um itinerário particularmente longo [...], de modo que a substituíbilidade entre voos diretos e indiretos com paradas/conexões tende a ser maior. Considerando a natureza intercontinental da rota

afetada, é possível que passageiros dispostos a tomar a rota indireta, aceitassem alternativas com algumas horas extras na viagem, a depender do preço e do dia/hora de saída. Assim, esta análise considerará voos diretos e indiretos”. Ainda sobre a substituibilidade dos voos indiretos, o CADE também assinalou que uma participação de mercado elevada em um dado trecho deveria ser, de alguma forma, minimizada para aeroportos que servem como hubs, uma vez que um alto número de passageiros que estão em trânsito poderiam usar igualmente qualquer outro ponto de conexão para chegar ao destino final. “A demanda desses passageiros em conexão não é propriamente pelo aeroporto no qual ela ocorre, mas sim pela origem/destino final para o qual serão direcionados. Assim, passageiros que realizam esse voo podem ter como origem outras cidades no Brasil e destino outras cidades da Europa. Dessa forma, é razoável supor que parte relevante dos passageiros transportados por TAM e British na rota possam estar dispostos a chegar a seus destinos finais via outros pontos de conexão (caso outras opções existam e, naturalmente, desde que o preço e o tempo total de viagem sejam vantajosos), o que tornaria mais amplo o leque de possíveis voos substitutos.”. (Cf. § 36 do parecer da Superintendência Geral do CADE do Ato de Concentração n.º 08700.006571/2015- 67. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A. e British Airways Plc).

(conforme Anexo I da Petição Inicial – p.44 e 45).

“Também, para o transporte aéreo de passageiros, é válido ressaltar que quando considerado um cenário mais amplo com voos indiretos, companhias aéreas importantes podem oferecer diariamente voos indiretos através de seus respectivos hubs; essa pressão competitiva seria ainda mais intensa sobre as Requerentes uma vez que a larga maioria dos passageiros nas rotas sobrepostas é de passageiros em conexão, o que significa, como já mencionado, que a competição ocorre no nível entre as redes, ao invés da competição em um O&D em si.

Nesse contexto, há várias companhias aéreas com operações em São Paulo que oferecem voos entre Brasil e Europa permitindo alternativas adicionais aos passageiros com origem/destino a Madri/Londres, por meio de seus próprios hubs (i.e., Air France, via Paris; KLM via Amsterdã; Alitalia via Roma; Turkish Airlines via Istanbul; TAP via Lisboa e Swiss via Zurique, entre outros).

(conforme Anexo I da Petição Inicial – p.123).

A respeito destes argumentos será feita uma análise empírica, ao longo da presente nota.

2.2. Concentração

Do ponto de vista de concentração, as requerentes apresentaram dados ao CADE em que seria possível referir que as mesmas possuiriam monopólio pós-operação no trecho direto São Paulo – Londres. Já se o CADE adotar o cenário de vôos indiretos, a participação das requerentes, segundo a própria estimativa das requerentes, continuaria a ser extremamente elevada no referido trecho [entre 90% e 75% do mercado] **CONFIDENCIAL**.

De igual forma, o trecho São Paulo – Madri teria uma grande concentração em vôos diretos e indiretos (superior a 60%), conforme referido abaixo:

Fonte: apresentação das requerentes ao CADE - CONFIDENCIAL

Tabela 1 – Participação de mercado conforme requerentes – considerando número de reservas

Fonte: apresentação das requerentes ao CADE- CONFIDENCIAL

Tabela 2 - Participação de mercado conforme requerentes – considerando assentos em vôos diretos

Caberia, assim, avaliar se há elementos capazes de mitigar o acréscimo de poder de mercado derivado da presente operação.

3. ELASTICIDADES E LUCROS

3.1. Elasticidade

3.1.1. Estudos anteriores

Uma análise que auxilia a compreensão dos efeitos de uma Ato de Concentração é a forma como os consumidores reagem em relação às variações de preços. Há uma série de estudos já realizados sobre elasticidade própria preço da demanda no setor aéreo, conforme já referido nas tabelas abaixo referidas:

Estimated Elasticities of Demand for Overseas Leisure Travel and Tourist Expenditure Abroad

Type of travel	Dependent variable	Income elasticity	Own-price elasticity	Cross price elasticity	Source
International from U.S.	Trips	2.2	-1.4 to -1.7		Newman (1971) (Pan Am forecasting)
U.S. mainland to Hawaii	Trips	1.0 to 1.1	-1.6 to -3.3		Bechdolt (1973)
U.S. to Latin America other than Mexico	Trips	2.0	-2.0	-1.5 (ratio of foreign to U.S. prices)	Jud and Joseph (1974)
North Atlantic: (1) High discount	Trips	1.1	-2.7		Straszheim (1978)
(2) High discount and promotion	Trips		-1.8		Straszheim (1978)
International from Australia	Trips	2.4	-1.8		Smith and Toms (1978)
International to Australia	Trips	1.1 to 2.6	-1.9		Smith and Toms (1978)
International from U.S.	Spending abroad (other than fares)	1.2 to 1.3	-1.4 to -1.6 (ratio of foreign to U.S. prices)		Kwack (1972)
U.S. and Canada to Europe	Spending in countries visited		-1.0 and -1.6 (ratio of foreign to domestic prices)		Artus (1972)
U.S. to Latin America	Spending in countries visited		-0.9 to -2.7 (ratio of foreign to U.S. prices)		Jud and Joseph (1974)

Fonte: (TAPLIN, 1980)

Tabela 3 – Alguns estudos sobre elasticidades de demanda de viagens internacionais

	Tipo da elasticidade	Medida superior	Medida inferior
Estudo 1	Geral	-1.152	
Estudo 2	Geral	-1.24	-2.34
Estudo 3	Geral	-0.27	
Estudo 4	Lazer nacional	-0.14	-1.19
Estudo 4	Lazer internacional	-0.5	-1.86
Estudo 4	Negócios nacional	-0.01	-0.04
Estudo 4	Negócios internacionais	-0.16	-0.62
Estudo 5	Geral	-0.37	-0.83
Estudo 6	Geral	-0.53	
Estudo 7	Geral	-1.7	-2.1
Estudo 8	Geral	-0.35	-2.23
Estudo 9	Geral	-1.09	-1.43
Estudo 9	Lazer	-2.95	-3.04
Estudo 9	Negócios	-0.94	-1.28

Estudo 10	Vôo longo internacional negócios	-0.27	
Estudo 10	Vôo longo internacional lazer	-1.04	
Estudo 10	Vôo longo doméstico negócios	-1.15	
Estudo 10	Vôo longo doméstico lazer	-1.10	
Estudo 10	Vôo curto negócios	-0.70	
Estudo 10	Vôo curto lazer	-1.52	
Estudo 11	Doméstico	-1.30	
Estudo 11	Internacional	-1.80	
Estudo 12	Geral	-0.75	-1.62
Estudo 13	Negócio	-0.73	
Estudo 13	Lazer	-1.52	
Estudo 13	Serviço completo (1ª. Classe)	-1.23	
Estudo 13	Baixo custo	-1.38	
Estudo 13	Carga	-1.02	
Estudo 14	Lazer	-2.4	
Estudo 15	Geral	-0.64	-1.12
Estudo 16	Geral	-0.70	

Tabela 4 – Estudos referidos pela IATA

- Estudo 1** - Oum, Gillen, and Noble - Demands for Fareclasses and Pricing in Airline Markets (1986)
Estudo 2 - Oum, Zhang, and Zhang - Inter-Firm Rivalry and Firm-Specific Price Elasticities in Deregulated Airline Markets (1993)
Estudo 3 - Alperovich and Machnes - The Role of Wealth in the Demand for International Air Travel (1994)
Estudo 4 - Australian Bureau of Transport and Communications Economics - Demand Elasticities for Air Travel to and from Australia (1995)
Estudo 5 - Cohas, Belobaba, and Simpson - Competitive Fare and Frequency Effects in Airport Market Share Modeling (1995)
Estudo 6 - Jorge-Calderon - A Demand Model for Scheduled Airline Services on International European Routes (1997)
Estudo 7 - Taplin - A Generalised Decomposition of Travel-Related Demand Elasticities into Choice and Generation Components (1997)
Estudo 8 - Hamal - Australian Outbound Holiday Travel Demand Long-haul Versus Short-haul (1998)
Estudo 9 - Carlsson - Private vs. Business and Rail vs. Air Passengers: Willingness to pay for Transport Attributes (1999)
Estudo 10 - Gillen, Morrison, Stewart - Air Travel Demand Elasticities: Concepts Issues and Measurement (2002)
Estudo 11 - New Zealand Commerce Commission - Final Report Part IV Inquiry into Airfield Activities at Auckland, Wellington and Christchurch International Airports (2002)
Estudo 12 - Castelli, Pesenti, Ukovich - An Airline-Based Multilevel Analysis of Airfare Elasticity for Passenger Demand (2003)
Estudo 13 - PriceWaterhouseCoopers - Aviation Emissions and Policy Instruments, Final Report (2005)
Estudo 14 - Rubin and Joy - Where are the Airlines Headed? Implications of Airline Industry Structure and Change for Consumers (2005)
Estudo 15 - Goolsbee and Syverson - How Do Incumbents Respond to the Threat of Entry? Evidence from the Major Airlines (2006)
Estudo 16 - Njegovan - Elasticities of Demand for Leisure Air Travel: A System Modelling Approach (2006)

Fonte: (IATA, 2007)



Figura 3 – Representação gráfica dos estudos referido (média geral da elasticidade de demanda -1,13)

Trata-se, portanto, de tema já conhecido da academia e da literatura econômica, havendo divergência de resultados (o que pode se explicar pelas diferentes características de cada mercado

ou rota, ou mesmo tempo de mensuração). De todo modo, em média, os estudos apontam para uma elasticidade próxima da elasticidade de demanda unitária, conforme se verifica acima.

Neste sentido, é possível indicar como conhecimento prévio à análise de elasticidades (“prior”) que a elasticidade deste tipo de setor situa-se em torno de -1,13 (média geral da elasticidade mensurada por outros estudos).

CONFIDENCIAL

4. EFICIÊNCIAS

Em recente parecer (no Ato de Concentração nº 08700.003462/2016-79) o DEE já fez uma análise teórica sobre as diferentes acepções do que pode significar eficiência, em face dos diferentes tipos de conceitos e standards de eficiências.

Cumpra, neste caso, referir que o art. 88, § 6º, da Lei 12.529/2011 dispõe que:

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

*II - sejam repassados aos consumidores **parte relevante** dos benefícios decorrentes.*

Além disso, o argumento de eficiência em si, deve ser lido com algum grau de cautela, considerando a possibilidade da “ineficiência X”. A este respeito, como ressaltado por (POSTALI, 2012, p. 38):

“o princípio fundamental da eficiência econômica se fundamenta no comportamento otimizador do agente econômico o qual, sob hipótese de racionalidade teriam um incentivo em maximizar sua utilidade ou minimizar sua desutilidade, sujeito a um conjunto de restrições. Assim, firmas” (ou seja, empresas) “sempre maximizam lucro e, como contrapartida da dualidade, minimizam custos. O comportamento maximizador (ou minimizador) é, desta forma, a base para construção dos diversos benchmarks de eficiência utilizados na análise econômica”

Todavia, (LEIBENSTEIN, 1966) analisa como seria possível haver um relaxamento do comportamento maximizador, o que ficou conhecido como “ineficiência X”. O autor refere que a falta de pressão competitiva em alguns setores, além de outras questões, pode auxiliar no tamanho da ineficiência X, independentemente da obtenção de diminuições de custos de produção (que seriam eventualmente uma questão alocativa, estática, de curto prazo).

Independentemente da discussão de (STIGLER, 1976) e (LEIBENSTEIN, 1978) sobre esta questão, houve um grande desenvolvimento doutrinário a este respeito. No âmbito do CADE, tal preocupação se verifica de forma muito transparente em alguns votos.

Segundo voto de Paulo Furquim em (AC DGB/Chinaglia, 2009, p. 49)], ainda que operações consigam demonstrar que os benefícios decorrentes do AC sejam distribuídos equitativamente entre os participantes e os consumidores ou usuários finais, gerando, portanto, eficiências impossíveis de se obter por vias alternativas, **não se admitiria a eliminação de “parte substancial” da concorrência.** No mesmo sentido, em outros precedentes, o CADE compreendeu, citando a Autoridade Antitruste Europeia, que “há um claro limite para o uso do argumento de eficiências: a eliminação da competição” [Voto do Conselheiro-relator Elvino de Carvalho Mendonça no (AC Unimed Franca/Hosp.Regional Franca, 2013)].

Assim, no presente caso, se o mercado relevante é definido como vãos diretos de SP a Londres, não há como negar que a operação irá gerar monopólio e, portanto, irá gerar eliminação de parte substancial da concorrência. Da mesma forma, a rota SP-Madri, considerando vãos diretos, acarretará um nível muito grande de concentração. Assim, é questionável em que sentido a discussão sobre eficiências deve ser levada a cabo, já que a Jurisprudência do CADE refuta o uso deste argumento em situações como a que se verifica aqui.

De todo modo, para fins de completude do estudo, no presente caso, o DEE irá utilizar, como instrumental de sua análise, o que foi compreendido no âmbito do julgamento (AC Sadia/Perdigão, 2011), para avaliação do que são ou não eficiências passíveis de serem consideradas. Em tal precedente, compreendeu-se o seguinte:

- (i) *Primeiramente, deve estar claro que as eficiências não podem servir como justificativa para a aprovação de ACs que impliquem restrições substanciais à concorrência. Em tais casos, os ganhos de eficiência muito dificilmente são capazes de ultrapassar os danos gerados aos consumidores e ao bem-estar econômico, razão pela qual o art. 88, § 5º, da Lei nº 12.529/11 veda, expressamente, a aprovação de ACs que eliminem a concorrência em parte substancial de um dado mercado.*
- (ii) *Em segundo lugar, deve-se ter em mente que prever e quantificar eficiências não constitui tarefa trivial. Trata-se de uma projeção, por vezes, de difícil mensuração, com elevado grau de incertezas¹ (ou mesmo impossível, para parte da literatura)², que comumente depende de vários fatores e que pode ou não se concretizar, em maior ou menor grau. Ao mesmo tempo, na medida em que alegações de eficiências, em regra, são apresentadas justamente nos casos em que há risco relevante de danos ao mercado, deve-se usar de rigor na consideração dessas eficiências, afastando-se qualquer benefício que seja puramente especulativo ou que não seja concretamente provável e verificável, sob pena de se subestimar, equivocadamente, efeitos negativos severos aos consumidores e à coletividade em geral.³ Não por outra razão,*

¹ Nos autos do AC nº 08012.001383/2007-91 (Recofarma/Leão Júnior), quando da análise de eficiências, cita-se o estudo do *Bureau of Economics* da *Federal Trade Commission* americana (COATE, M. B.; HEIMERT, A. J. *Economic Issues – Merger Efficiencies at the Federal Trade Commission – 1997-2007*. Bureau of Economics, Federal Trade Commission, Fev/2009, p. 9):

“O estudo realizado pelo *Bureau of Economics* analisou 186 casos submetidos ao *second request*, que foram enviados para o FTC para uma decisão final no período entre abril de 1997 e março de 2007. Na maioria desses casos, 147 deles, o *Bureau of Competition* e o *Bureau of Economics* avaliaram algum tipo de argumento de eficiências. O estudo categorizou essas eficiências em 12 categorias para depois determinar, para cada uma delas, se a mesma foi aceita ou rejeitada. Em seguida, foram estabelecidas seis categorias para a legitimidade das eficiências.

A conclusão do estudo é que, em geral, não existe uma categoria explícita para aceitação ou rejeição de uma eficiência. Para um grande número de casos, não houve uma recomendação clara (explícita ou implícita) com respeito ao argumento de eficiência.(...). Múltiplas razões foram utilizadas para rejeitar ou aceitar um dado tipo eficiência.

A natureza da análise dos *Bureaus* feita nos casos desafiou qualquer análise quantitativa para balancear as eficiências e os efeitos anticompetitivos identificados. O estudo não verificou um padrão geral para comparar eficiências com os efeitos anticompetitivos de uma fusão e um conjunto extremamente variado de eficiências foi considerado para aceitação ou rejeição. O estudo, em suma, não permitiu a constatação de um padrão de quando e em que casos eficiências devem ser aceitas ou rejeitadas pela autoridade antitruste. A decisão foi feita caso a caso e inúmeras e diferentes razões são utilizadas para contrabalançar eficiências com efeitos anticompetitivos.”

² Ver, por exemplo: BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1978, p. 124-129.

³ Conforme consta das *Guidelines* americanas: “Alegações de eficiências não serão consideradas se elas forem vagas, especulativas ou de outra maneira não possam ser verificadas por meios razoáveis. Projeções de eficiências podem ser vistas com ceticismo,

*o Guia para Análise Econômica de ACs Horizontal (Guia Horizontal) determina que somente serão contabilizadas as eficiências em que a magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas de modo razoável, cujas causas e momento de ocorrência (tempestividade) estejam especificados e que não sejam apresentadas de modo vago ou especulativo.*⁴

(iii) *Sendo a coletividade a beneficiária da Lei de Defesa da Concorrência*⁵, o art. 88, § 6º, II, *coloca como condição para aprovação de um AC com base em eficiências, que parte relevante dos benefícios decorrentes sejam repassados aos consumidores.*⁶ *Assim, para que uma eficiência seja contabilizada, no sentido de compensar os prováveis efeitos negativos ao bem-estar coletivo, não basta que esta gere reduções de custos, aumento de lucros ou outros benefícios que sejam incorporados unicamente pelas empresas fusionadas. Deve ficar demonstrado que os benefícios serão repassados aos consumidores, conforme também resta consignado no Guia Horizontal.*⁷

(iv) *Outro ponto de grande relevância para nossa análise baseia-se também no Guia Horizontal, que esclarece que “não serão consideradas eficiências os ganhos pecuniários decorrentes de aumento de parcela de mercado ou de qualquer ato que represente apenas uma transferência de receitas entre agentes econômicos”.*⁸

(v) *Finalmente, considera-se que eficiências passíveis de contabilização apenas aquelas que sejam “específicas” da operação, ou seja, somente aquelas que não poderiam ser alcançadas de outra forma senão por meio do AC. Segundo o Guia Horizontal, “não serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para concorrência”*⁹. *Dessa forma, se as mesmas ou semelhantes eficiências puderem, de modo factível, ser geradas por meio de mero esforço ou alterações internas da própria empresa requerente, por meio de uma fusão com outra empresa*¹⁰ *(que gere menos danos à concorrência) ou por quaisquer outras alternativas menos drásticas para o mercado, então as eficiências alegadas pelas firmas fusionadas não devem ser consideradas, já que essas mesmas eficiências poderiam ser atingidas sem gerar tamanhos prejuízos ao bem-estar econômico da coletividade.*¹¹

Feitas tais considerações, passa-se à análise dos números deste caso concreto.

particularmente quando geradas fora do processo usual de planejamento de negócio”. (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. **Horizontal Merger Guidelines**. Issued in August 19, 2010).

⁴ Conforme estabelece o Guia Horizontal no item 72: “Os incrementos de eficiência são difíceis de se verificar e quantificar, em parte porque as informações necessárias se referem a eventos futuros. Em particular, incrementos de eficiência projetados, ainda que com razoável boa fé, podem não se concretizar. Por isso, serão consideradas como eficiências específicas da concentração aquelas cuja magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas por meios razoáveis, e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam razoavelmente especificados. As eficiências alegadas não serão consideradas quando forem estabelecidas vagamente, quando forem especulativas ou quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis”.

⁵ “Art. 1º (...)

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”

⁶ “Art. 88 (...)

§ 6º Os atos (...) poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - (...) propiciar a *eficiência* e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam *repassados aos consumidores* parte relevante dos benefícios decorrentes”.

⁷ Segundo o item 87 do Guia Horizontal, a autoridade antitruste deve “analisar se os efeitos da operação se revertem em benefício do consumidor em período de tempo razoável”.

⁸ Item 73 do Guia Horizontal.

⁹ Item 71 do Guia Horizontal.

¹⁰ A esse respeito, ver discussões no âmbito do AC nº 08012.001383/2007-91 (Recofarma/Leão Júnior), tanto no voto do Conselheiro Paulo Furquim quanto no Voto-Vista do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

¹¹ Nesse sentido, a Lei nº 12.529/11, em seu art. 88, § 6º, prevê que, para a aprovação de ACs com vistas à geração de eficiências, é necessário que “sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os (...) objetivos”. Como se vê, trata-se, também, de uma clara deferência ao princípio da proporcionalidade.

CONFIDENCIAL

5. CONCLUSÃO

Considerando o que já foi exposto, verifica-se que:

- O mercado relevante é restrito apenas a vôos diretos (tanto para rota GRU-LHR como para a rota GRU-MAD), pelo resultado do exercício da perda crítica clássica e pelo resultado do uso da metodologia KSFOV;
- Também, compreendeu-se que há fortes indícios pré-fusão de que as requerentes gozam de elevado poder de mercado, com alto grau de discriminação de clientes;
- Além disso, verificou-se que há grande raio de desvio entre as requerentes nas rotas analisadas. No caso de haver um mercado restrito a vôos diretos, haverá monopolização do trecho GRU-LHR com grande concentração no trecho GRU-MAD.
- Segundo a jurisprudência do CADE, mesmo em face de elevadas eficiências, não seria justificável, do ponto de vista concorrencial, a monopolização de um mercado relevante;
- Ainda que se leve em consideração o argumento das eficiências, há razoável debate internacional e nacional sobre as eficiências que foram referidas pelas requerentes neste Ato de Concentração.
- Não há evidências concretas de que há dupla marginalização no setor ou que o presente ato de concentração irá diminuir a referida dupla marginalização.
- Os modelos de simulação demonstram que há grandes preocupações concorrenciais neste ato de concentração, mesmo em face das eficiências alegadas

Brasília, 17 de outubro de 2016.

Assinado eletronicamente no âmbito da Nota Técnica 35 (Documento SEI 0261515)
(Documento SEI 0261521)(Documento SEI 0261518)

DEE/CADE

6. ANEXOS

CONFIDENCIAL

7. OBRAS CITADAS

BAKER, J. B., & BRESNAHAN, T. F. (2008). Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power. Em P. BUCCIROSSI, *Handbook of Antitrust Economics* (pp. 1-42). Cambridge, MA: MIT Press.

- BRUECKNER, J. K., LEE, D. N., & SINGER, E. S. (2011). Alliances, Codesharing, Antitrust Immunity and International Airfares: Do Previous Patterns Persist? . *Journal of Competition Law and Economics*.
- BRUECKNER, J., & SPILLER, P. (1994). Economies of Traffic Density in the Deregulated Airline Industry. *Journal of Law and Economics*, 37(2), 379-415.
- BRUECKNER, J., & WHALEN, T. (2000). The price effects of International Airline Alliances. *Journal of Law & Economics*, XLIII, 503-545.
- BRUECKNER, J., DYER, N., & SPILLER, P. (1992). Fare determination in airline hub and spoke networks. *Rand Journal of Economics*, 23(3), 309-333.
- CARLTON, D. W., & PERLOFF, J. M. (1999). *Modern Industrial Organization*. Boston: Addyson Wesley.
- CAVES, D., CHRISTENSEN, L., & TRETHERWAY, M. (1984). Economies of density versus economies of scale: why trunk and local service airline costs differ? *Rand Journal of Economics*, 15(4), 471-489.
- CHAMBERLIN, E. H. (1933). *The theory of monopolistic competition*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- DANGER, K. L., & FRECH III, H. (Verão de 2001). Critical Thinking about “Critical Loss”. *The antitrust bulletin*, 46(2), 339-355.
- FARRELL, J., & SHAPIRO, C. (2008). Improving critical loss analysis. *Antitrust Source*, 1-20. Acesso em 22 de Abril de 2016, disponível em <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/critical2008.pdf>
- FARRELL, J., & SHAPIRO, C. (2010). Recapture, Pass-Through, and Market Definition. *Antitrust Law Journal*, 585-604.
- FISHER, F. (1987). On the Misuse of the Profits-Sales Ratio to Infer Monopoly Power. *Rand Journal of Economics*, 1-40.
- HARRIS, B. C. (25 de June de 2015). *Recent Observations About Critical Loss Analysis*. Acesso em 16 de October de 2015, disponível em Department of Justice (DOJ) <http://www.justice.gov/>: <http://www.justice.gov/atr/recent-observations-about-critical-loss-analysis>
- HARRIS, B. C., & SIMONS, J. J. (1989). Focusing Market Definition: How Much Substitution Is Enough? . *Research International Law and Economy* 207.
- HORAN, H. (2010). “Double marginalization” and the Counter-revolution against liberal airline competition. *Transportation Law Journal*, 37, 250-291.
- IATA. (28 de Dezembro de 2007). *Estimating Air Travel Demand Elasticities - Final report*. Fonte: Iata: https://www.iata.org/whatwedo/Documents/economics/Intervistas_Elasticity_Study_2007.pdf
- KATZ, M. L., & SHAPIRO, C. (2003). Critical Loss: Let’s Tell the Whole Story. *Antitrust* , 49-56.
- LERNER, A. (1934). The concept of Monopoly and the measurement of monopoly power. *Rev. Econ.Stud.*, 157-169.
- MORESI, S. X., SALOP, S. C., & WOODBURY, J. R. (2008). Implementing the hypothetical monopolist test with multi-product firms. *The antitrust source*, 1-8. Acesso em 20 de Abril de 2016, disponível em http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Feb08_Moresi.authcheckdam.pdf
- O’BIEN, D. P., & WICKELGREN, A. L. (2003). A Critical Analysis of Critical Loss Analysis. *Antitrust Law Journal - Working Paper FTC 254*, 71(161). Acesso em 21 de Abril de 2016, disponível em <https://www.ftc.gov/reports/critical-analysis-critical-loss-analysis>

- ROBINSON, J. (1933). *The Economics of Imperfect Competition*. Londres: Macmillan.
- SCHEFFMAN, D. T., & SIMONS, J. J. (2003). The State of Critical Loss Analysis: Let's Make Sure We Understand the Whole Story. *American Bar Association*, 1-9. Acesso em 14 de October de 2015, disponível em http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/03/11/scheffman.authcheckdam.pdf
- TAPLIN, J. H. (1980). A coherence approach to estimates of price elasticities in the vacation travel market. *Journal of Transport Economics and Policy*, 19-35.
- USDOJ, U. D. (26 de Junho de 2009). *Comments of the Department of Justice on the show cause order. Sobre a aplicação conjunta da Air Canada e outros*. Fonte: DOJ: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2009/06/30/247556.pdf>
- WERDEN, G. (1998). Demand elasticities in antitrust analysis. *Antitrust Law Journal*, 66(2), 363-414.
- WHALEN, T. (2007). A Panel Data Analysis of Code-Sharing, Antitrust Immunity and Open Skies Treaties in International Aviation Markets. *Review of Industrial Organization*, 30, 39-61.