

## Novo Guia de Atos de Concentração Horizontal do Cade

O Cade homologou a versão final do novo guia de análise de atos de concentração horizontal, o Guia H<sup>1</sup>, na 89ª Sessão Ordinária de Julgamento. Trata-se de versão atualizada do guia publicado em 2001, considerando os termos da Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11) e as sugestões da comunidade antitruste.

O documento trata de operações entre concorrentes, mesmo que apenas potenciais, e tem como objetivos conferir maior transparência à atuação do Cade, orientar seus membros no exame dessas operações e possibilitar às empresas melhor compreensão das análises realizadas pela autoridade.

Assim, o Guia esclarece as metodologias clássicas utilizadas pelo Cade na análise de concentrações horizontais e inova ao apresentar expressamente a possibilidade de dispensa da análise tradicional da Autarquia, com a utilização de métodos alternativos. As disposições do Guia H se referem às situações mais comuns e relevantes na atuação do Cade, mas a autoridade não desconsidera o uso de outros métodos, estratégias ou informações não citadas no Guia.

### 1. ANÁLISE CLÁSSICA

As principais etapas tradicionalmente consideradas pelo Cade ao examinar um ato de concentração e decidir pela sua aprovação, reprovação ou aprovação com restrições, são:

- (i) Definição do mercado relevante;
- (ii) Análise do nível de concentração horizontal;
- (iii) Análise da probabilidade de uso de poder de mercado; e
- (iv) Ponderação das eficiências da operação.

Entre essas etapas, destacam-se as informações sobre mercado relevante e ponderação das eficiências.

### 1. a) MERCADO RELEVANTE

A identificação do mercado relevante é uma das etapas mais comuns nas análises de operações, que busca identificar os agentes econômicos que efetivamente relacionam-se e são afetados com as partes envolvidas no ato de concentração. O mercado relevante costuma ser definido considerando-se todos ou alguns dos itens abaixo:

- (i) Análise de informações qualitativas: como é o funcionamento e estrutura do mercado;
- (ii) Uso de informações de preços: influência do preço nas decisões dos consumidores;
- (iii) Análise do fluxo de mercadorias e consumidores: informações que possibilitam identificar o alcance do mercado, ou seja, seu aspecto geográfico;
- (iv) Definição de raios: distância máxima que o consumidor está disposto a percorrer para adquirir o produto ou acessar o serviço;
- (v) Aplicação de métodos quantitativos: como análise de perda crítica, que verifica quando uma queda nas vendas pode levar ao aumento de preço e ausência de lucro.

Destaca-se que o item (i) acima é particularmente importante, pois refere-se às condições de competitividade do mercado – fator determinante para verificar os possíveis efeitos da operação. Nesse sentido, o Guia H inova ao reconhecer expressamente a influência que medidas de Comércio Exterior podem ter em determinado mercado relevante, é apontado que fatores como alterações da Tarifa Externa Comum (TEC), medidas antidumping e outras podem ser consideradas pelo Cade para verificar as condições competitivas de um mercado – especificamente, a existência de barreiras à entrada de agentes/produtos estrangeiros.

Vale lembrar que as particularidades de determinado mercado podem demandar uma abordagem diferente. Nesse sentido, destacam-se mercados de tecnologia em decorrência da forte presença de patentes e de serviços de pesquisas e desenvolvimento.

### 1. b) PONDERAÇÃO DAS EFICIÊNCIAS

Quando da análise de uma operação, o Cade pondera se a operação poderá ter efeitos positivos suficientes para compensar os efeitos negativos para o mercado e para os consumidores, por meio da chamada “análise dos efeitos líquidos do ato de concentração”.

Nesse sentido, são listados alguns benefícios considerados pelo Cade:

- (i) Bem-estar do consumidor: serão considerados quando as eficiências da operação (como redução de custos e outras) não sejam represados pelas empresas, devendo necessariamente serem transmitidos aos respectivos clientes;
- (ii) Eficiências específicas: aquelas que não poderiam ser alcançadas de outra forma senão por meio da operação;
- (iii) Externalidades positivas: consequências benéficas que o ato de concentração levará à terceiros, como inovações tecnológicas, disponibilização de mais e melhores informações para os consumidores, etc.

É destacado que prever e quantificar eficiências é um esforço que envolve muitas estimativas, projeções e incertezas, e caso os riscos concorrenciais da operação sejam elevados, não serão considerados eventuais benefícios puramente especulativos ou que não sejam concretamente prováveis e verificáveis.

## 2. ANÁLISE ALTERNATIVAS

○ Guia é claro ao reconhecer eventual uso de métodos complementares e alternativos para análise de atos de concentração horizontal, a serem adotados conforme as peculiaridades do caso concreto:

- (i) Análise contrafactual: comparação de diferentes cenários (como mercados semelhantes, regiões próximas, etc.) com objetivo de verificar os efeitos do ato de concentração;
- (ii) Uso de modelos matemáticos e econométricos para simular os efeitos da operação.

Ainda, menciona-se alguns fatores adicionais que podem ser levados em consideração pelo Cade:

- (i) Mavericks: empresas que apresentam nível de rivalidade do tipo disruptivo, com maior probabilidade de atuação anticompetitiva;
- (ii) Concorrência potencial: referente aos casos em que uma das empresas envolvida não compete diretamente com o outro agente, mas este cenário seria possível;
- (iii) Integração vertical vs. sobreposição horizontal: casos em que o agente atua em mais de um elo de uma mesma cadeia;
- (iv) Empresa atuante em mercado de dois lados: quando a empresa atua como plataforma entre dois usuários finais; e
- (v) Análise de questões societárias: em aquisições parciais, verifica-se se a operação pode alterar o controle ou influência relevante de uma empresa sobre a outra.

## 3. INFORMAÇÕES A SEREM APRESENTADAS PELAS

Já é de conhecimento que as partes de uma operação precisam apresentar informações mínimas exigidas pelo Cade, que estão detalhadamente descritas nos formulários de notificação. Além

dessas informações, o Guia H aponta que informações relevantes devem, idealmente, ser apresentadas, tais como:

- (i)** Estudos de mercado, pesquisas, relatórios, projeções e quaisquer outros documentos relacionados: ao posicionamento competitivo da empresa e de suas concorrentes; às condições de demanda e oferta; à disputa por clientes; ao comportamento estratégico; às denúncias de comportamento anticompetitivo de empresas que integram o MR, entre outros;
- (ii)** Relatório de marketing, relatório comercial, planos e estratégias de divulgação da marca, relatório de posicionamento de produto e qualquer outro similar;
- (iii)** Planejamento estratégico, plano de negócios, planos de expansão e contenção, e qualquer outro similar;
- (iv)** Mapa informativo da localização de suas plantas produtivas e das plantas de suas concorrentes;
- (v)** Abrangência das vendas de cada requerente e de suas concorrentes individualizados;
- (vi)** Estimativa do raio ao qual os consumidores estão dispostos a se locomover para adquirir os produtos desejados; e
- (vii)** Perguntas a serem realizadas aos demais agentes do mercado, de forma à auxiliar as atividades do Cade.

#### 4. OUTROS TEMAS INTERESSANTES

Apesar da variedade de agentes e de mercados submetidos à análise da Autoridade Antitruste, há algumas situações e argumentos comuns aos diversos atos de concentração notificados ao Cade. Neste sentido, o Guia H tece algumas considerações sobre estes temas recorrentes, conforme resumido abaixo:

- (i)** Cláusula de não concorrência: implica em restrição da concorrência e livre iniciativa, sendo aceita apenas se observados alguns requisitos – visa garantir fundo de comércio ou estabelecimento de joint venture, tem caráter colateral e ancilar, prazo máximo de cinco anos e é restrita ao mercado relevante;
- (ii)** Teoria da failing firm: aceita apenas quando comprovado pelas Requerentes que não há alternativa à operação, e que sua reprovação resultaria em saída da empresa insolvente e de seus ativos do mercado;
- (iii)** Poder compensatório: exige cenário de assimetria no poder de barganha, sendo necessário verificar se sua utilização resultará em aumento de bem-estar, o que deve ser feito pela regra da razão, conforme conveniência e oportunidade do Cade;
- (iv)** Poder de portfólio: agentes que oferecem um escopo maior de produtos e/ou serviços podem representar mais eficiência e menores custos aos clientes. Entretanto, o Guia destaca que o poder de portfólio pode dificultar a entrada de novos agentes, diminuir capacidade de rivalizar das concorrentes e facilitar a prática de condutas lesivas à concorrência.