

22.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PAINEL 5 - Prova de eficiências em atos de concentração | Efficiency evidence in merger filing cases

Painel proposto por Adriana Giannini

Moderadora: Adriana Giannini Franco | *Trench Rossi e Watanabe Advogados*

Cesar Matos | FA Consultoria Econômica

Aurélio Marchini Santos | *Cascione Pulino Boulos e Santos Advogados*

Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt | *Conselheira do Cade*

Kenys Menezes Machado | *Superintendente Adjunto do Cade*

Viés contra Eficiências

- Conforme Daniel Crane (Rethinking Merger Efficiencies – Michigan Law Review Dec. 2011), “as leis de fusões implicitamente requerem um maior grau de prova preditiva das eficiências geradas pela fusão do que dos custos sociais gerados pela fusão” .
- Novas Diretrizes CADE : “Prever e quantificar eficiências não constitui tarefa trivial. Trata-se de uma projeção, por vezes, de difícil mensuração, com elevado grau de incertezas, que comumente depende de vários fatores e que pode ou não se concretizar, em maior ou menor grau. Nos casos em que há risco relevante de danos ao mercado, deve-se afastar 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.”
- US HMG 2010: Efficiencies are difficult to verify and quantify, in part because much of the information relating to efficiencies is uniquely in the possession of the merging firms..... Projections of efficiencies may be viewed with skepticism.... Efficiencies almost never justify a merger to monopoly or near-monopoly.
- “Agencies will not simply compare the magnitude of the cognizable efficiencies with the magnitude of the likely harm to competition absent the efficiencies.” → Segundo Crane , trata-se de abordagem “sliding scale” em que “a magnitude e o grau de prova necessário para contar com eficiências compensatórias aumenta exponencialmente com a quantidade de efeitos anticompetitivos previstos”.

Razões e Contra-Razões para o Viés I

Razões	Contra Razões
Consumidores suportam todo o peso dos efeitos anticompetitivos, produtores capturam todas eficiências	Objetivo do antitruste é maximizar eficiências ou distribuir renda?
Dominância de mercado no longo prazo. Já houve análise de eficiências que foram mais fator contra a fusão como Brown Shoe, Foremost Dairies e Procter & Gamble (efeito portfolio) nos EUA. GE/Honeywell (efeito portfolio), Boeing/Mcdonnell-Douglas, Aerospatiale/De Havilland, VodafoneAirTouch/Mannesmann	Esta “dominância” resulta do processo fundado na maior eficiência, justamente o que se deseja fomentar
Inerentemente especulativas (proibição de gun jumping torna tais eficiências ainda mais difíceis de serem acessadas)	Todo controle de fusões é um exercício inerentemente preditivo. Ainda que a qualidade dos modelos e dados sobre fusões concretas variem, todas as leis de fusões dizem respeito a prever trajetórias do setor após um choque exógeno representado pela fusão

Razões e Contra-Razões para o Viés II

Razões	Contra-Razões
Viés de otimismo, produto do comportamento “kingdom building” imperialista dos CEOs, baseado em um problema de agência	O principal estudo (Ravenscraft e Scherer 1987) que mostra que várias fusões não criam valor é baseado em fusões conglomeradas, não horizontais/verticais Quem contesta a fusão também tem viés contra eficiências. Servidores também tem viés (argumento de public choice)
Aversão à perda (behavioral) com reguladores pesando mais perdas potenciais que ganhos potenciais: “uma agência será culpabilizada por aumentos de preços que resultam de uma fusão mas raramente por reduções de preços que não ocorreram porque uma fusão foi erroneamente bloqueada”	Não há viés equivalente das preferências dos consumidores

FUNÇÃO OBJETIVO CONSUMERISTA E VIÉS CONTRA EFICIÊNCIAS SOBRE CUSTOS FIXOS

- Apenas reduções de custos que podem ser repassadas em alguma medida para o consumidor são consideradas
- Nos EUA fusão XM e Sirius no mercado de transmissão de rádio por satélite, acatou-se custos fixos
- No Brasil, Sadia/perdigão: custos fixos aceitos desde que impliquem reduções de custos variáveis

Por que colocar redução dos custos fixos como eficiência?

- Firma que adota horizonte de tempo mais longo em seu processo de precificação, o que a faz precificar com base no custo total e não custo marginal
- Com eficiências dinâmicas, reduções de custos fixos são importante mecanismo para reinvestimentos em P&D → motivam firmas a investir em P&D que consideravam muito caros e/ou arriscados, o que pode beneficiar consumidor
- Na prática a classificação de custos em fixos ou variáveis pode ser difícil, dado que a mesma varia com o horizonte temporal considerado
- Setores mais intensivos em capital ou quando o papel da tecnologia de informação é fundamental, custos fixos são relativamente mais importantes

VIÉS ADVOGADOS X ECONOMISTAS

Estudo de 186 casos da FTC.

- bureau of competition (em geral gerenciado por advogados) de 342 demandas de eficiências, rejeitou 109, aceitou 29 e não concluiu nada em 204.
- bureau of economics em 311 demandas de eficiências, aceitou 84, rejeitou 37 e não concluiu nada em 190.
- Economistas seriam mais welfaristas que os advogados