

Estudo sobre Transporte Aéreo Internacional

Imunidade antitruste no setor aéreo



ANAC AGÊNCIA NACIONAL
DE AVIAÇÃO CIVIL

Assunto: Estudo sobre a concessão de imunidade antitruste aos acordos de cooperação entre companhias aéreas internacionais.

1. Objetivo

Esta Nota Técnica tem por objetivo apresentar a experiência internacional relativa à concessão de imunidade antitruste no setor aéreo, de modo a subsidiar a Diretoria da ANAC quando da discussão do tema com empresas aéreas e com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

2. Introdução

A imunidade antitruste é uma autorização concedida pela autoridade de defesa da concorrência de um país para que duas (ou mais) empresas aéreas possam atuar em um determinado mercado como se fossem uma só.

Isto é, nas rotas para as quais vigora a imunidade, as empresas autorizadas têm liberdade total para coordenar as tarifas cobradas, os dias e horários de voos, assentos oferecidos, milhagens de programas de fidelidade, dentre outros pontos, sem a integração de suas estruturas.

Trata-se, por conseguinte, de permissão que vai além às formas de cooperação entre companhias aéreas já pacificadas pela jurisprudência internacional do setor (quais sejam, acordos de código compartilhado e alianças), ao permitir a coordenação, entre as empresas, de parâmetros essenciais à competição, como preços e oferta.

Daí reside a complexidade da matéria, pois o conluio na formação de preços é considerado *per se* atividade anticompetitiva e não tolerável pelos órgãos de defesa da concorrência em todo o mundo.

Tendo em vista os crescentes pleitos da indústria para concessões dessa natureza, e considerando que existem casos já aprovados por Estados Unidos e União Europeia nessa matéria, faz-se necessário o melhor entendimento da questão por parte do governo brasileiro.

Visando cumprir esse propósito, esta Nota Técnica encontra-se dividida em nove seções, incluindo o objetivo e a introdução já realçados. A seção 3 apresenta um panorama da evolução da cooperação internacional entre as empresas aéreas. Na seção 4 é discutida a imunidade antitruste. Já a seção 5 apresenta um histórico da experiência regulatória internacional das imunizações antitruste, com foco no mercado transatlântico. Na seção 6 são apresentados estudos de caso referentes ao tema em questão. Na seção 7 é feita uma revisão de literatura sobre os efeitos da imunidade antitruste no mercado aéreo transatlântico. Na seção 8 realiza-se a apreciação do tema à luz da lei brasileira de defesa da concorrência. A seção 9 apresenta as considerações finais. Por fim, a seção 10 traça as recomendações à luz do exposto na Nota Técnica.

3. Das formas de cooperação entre empresas aéreas

Na aviação internacional a cooperação entre empresas aéreas apresenta-se como facilitador importante à ampliação da conectividade aérea. As limitações regulatórias, técnicas e econômicas, historicamente atreladas a esse segmento, fizeram com que as empresas desenvolvessem acordos cooperativos desde o início das operações dos serviços aéreos internacionais.

As formas de cooperação entre empresas vêm se intensificando com o tempo. Os acordos inicialmente abarcavam apenas os voos *interline*, isto é, que envolvem trechos operados por empresas diferentes. As empresas se coordenavam para proporcionar, aos passageiros, facilidades para tornar a conexão entres os voos menos incômoda, adotando, por exemplo, o despacho automático de bagagens para o destino final, a apresentação do itinerário conjunto nos sistemas globais de distribuição, dentre outros pontos.

O estágio seguinte da cooperação foi o surgimento dos acordos de código-compartilhado (*codeshare*). Um acordo dessa natureza implica na cessão de assentos do voo de uma companhia operadora a outra companhia aérea, dita comercializadora, que utiliza então o código de sua parceira no voo. São duas modalidades empregadas: (i) a

venda de parte pré-determinada dos assentos à outra companhia aérea¹; e (ii) a venda livre, em que são oferecidos tantos assentos quantos estiverem disponíveis na hora da venda. Na aviação internacional também é comum a celebração de acordos de *codeshare* em que uma das empresas opera o trecho internacional e a outra o doméstico.

A consolidação dos acordos de *codeshare* no mercado transatlântico foi responsável pela origem das três alianças mundiais: *OneWorld*, *SkyTeam* e *StarAlliance*². Elas são resultado do desdobramento e ampliação da cooperação entre empresas nos voos internacionais.

A aliança consolida a participação de uma empresa no mercado internacional e permite aos seus clientes benefícios como: (i) programas integrados de fidelidade, (ii) acesso às salas *vip*, (iii) conexões em portões próximos no aeroporto, dentre outros. Ao passo que para as empresas aéreas, as vantagens incluem: (a) a propaganda em conjunto, (b) a ampliação do leque de consumidores e da sua malha aérea, (c) o aumento da oferta de assentos sem investimento de capital, dentre outros.

O último estágio de cooperação (antes de uma fusão ou aquisição propriamente ditas, cuja possibilidade é restringida pelas limitações de capital estrangeiro) é a criação de uma *joint venture*. As empresas participantes de uma *joint venture* no mercado internacional integram efetivamente o planejamento das suas operações, decisões de malha, capacidade de assentos, dentre outros pontos³. Em alguns casos, quando obtida a imunidade antitruste, também são coordenados os preços cobrados e a receita é gerenciada conjuntamente, fazendo com que seja indiferente para as empresas coligadas quem efetivamente transporta o passageiro (termo conhecido como *metal neutrality*).

Na figura 1 abaixo se pode ver os estágios de cooperação entre empresas aéreas, ordenadas do menor ao maior nível de integração entre as operações.

¹ Esta modalidade é denominada de *block mode arrangement*. Em alguns casos a cota de assentos é variável, constituindo-se o “*soft block mode*”.

² A *OneWorld* surgiu de um acordo entre a American Airlines e British Airways, a *SkyTeam* de um acordo entre a Delta Airlines e a Air France e a *StarAlliance* do acordo entre a United Airlines e a Lufthansa. Ver Bilotkach & Huschelrath (2012) p. 77.

³ Na aviação, no entanto, devido às restrições de capital externo, as *joint ventures* não envolvem a criação de uma empresa em separado para gerir a cooperação. Ver Bilotkach, V & Hüsichelrath, K. (2011) pg. 337.

Figura 1: Espectro de Cooperação nas Alianças



Fonte: DOT & European Commission (2010) pág. 5.

4. Da imunidade antitruste

Tendo em vista que a combinação de preços e capacidade entre empresas de um mesmo mercado é considerada formação de cartel⁴ e proibida, por definição, pela legislação de defesa da concorrência em todo mundo, a obtenção de imunidade antitruste é condição *sine qua non* para que os acordos de cooperação envolvendo a integração da empresas nos voos internacionais, tais como as *joint ventures*, sejam permitidos.

A seguir são apresentadas as perspectivas das empresas aéreas e das autoridades de defesa da concorrência sobre o tema.

4.1. Ótica das empresas aéreas

As alianças internacionais vêm requerendo a imunidade antitruste para aprimorar a cooperação entre seus membros⁵. As justificativas para o requerimentos estão nas

⁴ Em 2010, a Comissão Europeia multou 11 empresas aéreas cargueiras em 800 milhões de Euros por um cartel que operou entre 1999 e 2006. Ver http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1487_en.htm.

⁵ Via de regra, a imunização requisitada inclui apenas um subgrupo da aliança.

eficiências que poderiam ser atingidas com os acordos e a necessidade de que esses não sejam paralisados pelo temor da investigação de órgãos de defesa da concorrência.

Desde os primeiros acordos celebrados, o objetivo é integrar as operações internacionais das empresas envolvidas⁶ sem a necessidade de promover mudanças no capital das empresas, na medida em que as participações societárias sofrem restrições na legislação de cada país. As empresas esperam o reconhecimento das autoridades concorrenciais de que a operação conjunta seja vista como “ações de uma única empresa e não acordos de fixação de preços e alocação de capacidade entre empresas competidoras.”⁷

As principais eficiências postuladas pelas empresas⁸ em seus requerimentos de imunidade antitruste incluem: (i) melhor planejamento e racionalização das rotas⁹, (ii) lançamentos de novos serviços diretos, (iii) menores tarifas, em função da maximização das receitas em toda a rede, (iv) ampliação dos benefícios para clientes em programas de fidelidade, entre outros. Os benefícios estão em boa medida associados às economias de densidade e de rede do transporte aéreo, em que a ampliação da rede das empresas traduz-se em redução de custos. Nos requerimentos mais recentes, foram incluídas referências à necessidade das empresas se tornarem mais competitivas, em função de autorizações já concedidas às outras alianças.

As empresas aéreas argumentam que a presença de *codeshare* não é suficiente para permitir uma verdadeira integração dos serviços. Um dos problemas apontados sobre a eficiência, em geral, da operação é a dupla marginalização. Essa disfunção ocorre pois as empresas que oferecem voos compartilhados têm incentivos a maximizar as receitas dos trechos que operam, precificando a viagem por etapa e não em função de todo o percurso; o preço total da viagem tende a ser então maior do que aquele que seria oferecido por um voo *online*¹⁰.

⁶ No primeiro acordo imunizado entre a Northwest e KLM em 1993, tal objetivo é claro na solicitação inicial feita pelas empresas: “*The objective of the Agreement is to establish a legal framework under which the two carriers may operate as if they were a single firm*”. Joint Application Docket DOT-OST-1992-48342, pág. 2.

⁷ Ibid. pág. 3.

⁸ Os conteúdos específicos de cada benefício postulado estão, em muitos casos, indisponíveis nos arquivos públicos dos processos de imunização, dado o caráter confidencial dos planos de negócios das companhias envolvidas.

⁹ Dentre os possíveis benefícios comumente citados estão: melhor distribuição de horários de voo, desafogando os slots de aeroportos; redução dos tempos de conexão para passageiros em trânsito; e menores tarifas.

¹⁰ Voo oferecido pela mesma empresa em todas as suas etapas.

Nesse sentido, a aliança imunizada poderia permitir o gerenciamento conjunto das receitas (ao menos entre as empresas partes da *joint venture*) levando a uma otimização de toda a malha aérea, reduzindo os custos e ampliando a oferta para os consumidores.

4.2. Ótica da defesa da concorrência

A principal preocupação das autoridades de defesa da concorrência, em seu campo de atuação, é salvaguardar a competição entre as empresas no mercado, tutelando os direitos difusos dos consumidores.

Tendo em vista que a concessão da imunidade pode tornar o mercado menos competitivo, restringindo as opções dos consumidores e elevando o poder de mercado das empresas imunizadas, este assunto é tratado com todo o rigor e reservas pelas autoridades.

O julgamento dos processos de imunização segue a lógica da autorização de *joint ventures* ou de fusões entre empresas. O primeiro passo consiste na determinação do(s) mercado(s) relevante(s). No transporte aéreo o mercado é formado pelo conjunto dos pares de cidades nos quais irão atuar as empresas envolvidas¹¹. Dada a natureza de rede do transporte aéreo e a consequente operação de voos por intermédio de *hubs*, a definição do mercado relevante é complexa, os preços e ofertas em um par de cidades podem ser afetados pela concorrência existente em outros pares de cidades (pois existe o que se denomina de “contato multimercado” entre as empresas).

As alianças imunizadas permitem às empresas membro basicamente dois tipos de cooperação que são potencialmente deletérios à concorrência, cujos efeitos anticompetitivos se dividem em (i) horizontais, quando se referem à cooperação entre as empresas no mesmo mercado relevante (na aviação ocorre quando as empresas deixam de competir nas rotas onde ambas ofereciam o serviço separadamente); e (ii) não horizontais, quando se tratam de mercados complementares ou ainda na criação de conglomerados (são exemplos na aviação, a cooperação entre empresas em partes distintas de um mesmo voo ou em mercados relacionados).

Outra possibilidade, ligada às medidas restritivas não horizontais, é dificultar ou impedir a entrada de concorrentes nos mercados através da limitação de acesso, prática

¹¹ O mercado relevante pode ser inclusive mais desagregado que o par de cidades, caso haja competição entre aeroportos na mesma cidade, segmentos de consumidores (turístico e de negócios), tipos de serviço (voos diretos ou com escalas), etc.

conhecida na literatura por “*market foreclosure*”¹². Na aviação internacional, o *market foreclosure* pode ocorrer, por exemplo, pela recusa de uma empresa aérea em entrar em acordos *interline* com outras empresas de fora de sua aliança no *hub* em que é dominante. Dado o poder de mercado que algumas empresas possuem no mercado doméstico e a existência de barreira à entrada relacionada ao congestionamento dos aeroportos, esta possibilidade é real.

Vale pontuar que as *joint ventures* no setor aéreo não se encaixam no caso particularmente benéfico dos acordos pré-mercado (quando o objetivo é o lançamento de produto ou serviço novo), dado que a motivação principal raramente é o desenvolvimento de novas rotas. Comumente, trata-se do segundo caso, onde há cooperação em um serviço pré-existente¹³.

Desta forma, a concessão da imunidade antitruste pela autoridade de defesa da concorrência só pode ocorrer caso se conclua pelos autos que o acordo não reduz a concorrência do mercado¹⁴, muito embora as regras de cada país permitam que os acordos sejam aprovados caso haja benefícios adicionais da cooperação que superem os custos esperados do poder de mercado resultante, conforme será visto adiante.

5. Experiência Regulatória Internacional na Avaliação de Acordos de Imunidade Antitruste

Os principais acordos de imunidade antitruste vigentes envolvem o tráfego transatlântico, em especial, entre os Estados Unidos e a Europa. Serão detalhadas, a seguir, as condicionantes das leis de concorrência americana e europeia para a aprovação destes acordos.

¹² A definição do termo pode ser dada por: “foreclosure refers to a dominant firm’s denial of proper access to an essential good it produces, with the intent of extending monopoly power from that segment of the market (the bottleneck segment) to an adjacent segment (the potentially competitive segment).” Rey & Tirole (2007) pág.1.

¹³ Werden (1998) *apud* Bilotkach & Huschelrath (2012) pág. 78.

¹⁴ Nos casos em que a autoridade reconhece que há concentração excessiva de mercado em determinado par de cidades, há a possibilidade de eliminação daquele trecho do acordo imunizado, mesmo que provisoriamente, enquanto não houver entrada de concorrentes na rota.

5.1. Estados Unidos

Nos EUA a imunidade antitruste no mercado transatlântico tem sido autorizada pelo governo americano há cerca de 20 anos. O Departamento de Transporte (*Department of Transportation* - DOT)¹⁵ do país é o órgão responsável pelo julgamento dos pedidos de imunidade antitruste no transporte aéreo internacional do país¹⁶. Nesses casos, o Departamento de Justiça (DOJ) é sempre convidado a participar do processo via emissão de pareceres, tendo as suas análises papel importante para a definição de exceções (*carve-outs*) às imunizações¹⁷.

A base legal para a atuação do DOT nos casos de imunização encontra-se em dois parágrafos do capítulo 49 (que trata do setor de transportes) no código federal americano. Ambos se referem especificamente às aplicações da lei antitruste para os acordos de serviços aéreos, quais sejam: (i) parágrafo 41.308, que trata das isenções às leis antitruste; e (ii) parágrafo 41.309, que trata sobre os acordos cooperativos¹⁸.

O processo de autorização da imunidade antitruste segue duas etapas de análise: (i) na primeira, o acordo de cooperação é apreciado; caso ele seja aprovado, pode receber a imunidade ou não; (ii) na segunda etapa, pondera-se o mérito da questão. A aprovação do acordo deve ser concedida caso ele não seja contrário ao interesse público e não reduza substancialmente ou elimine a competição. Caso ele seja identificado como anticompetitivo, o DOT só deve aprová-lo em função de uma necessidade premente de transporte; pela identificação de benefícios públicos importantes (inclusive de política internacional); ou caso o transporte não possa ser realizado por alternativas viáveis menos danosas à concorrência.

No processo de aprovação da imunidade antitruste, as partes que se opuserem à aprovação têm o ônus de provar que o acordo “reduz ou elimina substancialmente a

¹⁵ O Departamento de Transporte dos Estados Unidos é o órgão responsável pela elaboração e implementação da política americana para a aviação internacional. O conteúdo da política foi definido em 1995 e tinha como prioridade a negociação dos acordos de céus abertos com outros países e a facilitação dos acordos comerciais entre as empresas, de forma a fomentar o crescimento da aviação internacional. Para detalhes, veja: *Statement of United States International Air Transportation Policy*. Federal Register / Vol. 60, No. 85 / Wednesday, May 3, 1995. <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-1995-05-03/pdf/95-10584.pdf>.

¹⁶ Gillespie e Richard 2011. Pág. 5.

¹⁷ A título informativo, tem-se que a investigação sobre as infrações à ordem econômica nos EUA compete à Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DoJ). No setor de transporte, a investigação sobre os processos de fusões e aquisições entre companhias aéreas cabia, até 1988, ao Departamento de Transporte (DoT), quando então foi transferida ao DOJ.

¹⁸ Há ainda disposições sobre a *joint ventures* no setor aéreo no parágrafo 41.720 do mesmo capítulo.

competição e que há alternativas menos anticompetitivas disponíveis”¹⁹. Já as partes que solicitarem a aprovação devem apresentar quais são “as necessidades de transporte ou os benefícios públicos”²⁰ com as medidas propostas.

Embora não haja menção na lei, a imunização antitruste dos acordos aprovados pelo DOT pressupõe a existência de uma política de céus abertos entre os países das empresas participantes e os EUA, de forma a garantir a possível entrada de concorrentes nas rotas imunizadas.

O acordo imunizado mais antigo ainda vigente foi autorizado em 1993, entre as empresas KLM e Northwest²¹. À época, a aprovação do acordo não sofreu grandes questionamentos quanto aos possíveis efeitos deletérios da medida sobre a concorrência no mercado; mesmo na visão dos concorrentes, que alegaram apenas que ele não seria necessário e questionaram a legalidade da participação societária da KLM na Northwest.

O DOT também levou em consideração o impacto que o acordo teria na promoção da política de céus abertos dos EUA, cujo primeiro acordo entrou em vigor com a Holanda em 1992. Ou seja, a política externa de transporte aéreo de céus abertos dos EUA foi utilizada como instrumento de “interesse público”, que é um princípio requerido nas aprovações das imunidades antitruste²².

Entre 1992 e 2012 foram investigados 38 acordos pelo DOT, apenas 3 requerimentos de imunização foram negados e outros 2 foram retirados pelas empresas postulantes antes da decisão final²³.

Em Janeiro de 2013, vinte e três acordos de imunidade antitruste encontravam-se vigentes²⁴, sendo que alguns deles são superpostos, na medida em que o acordo original, ainda válido, foi incorporado dentro de uma aliança com mais empresas.

A seguir serão apresentados os resultados de alguns estudos realizados pelo DOT e pelo DOJ no tocante aos efeitos das alianças imunizadas sobre o mercado.

¹⁹ 49 USC § 41.309 (c) (2).

²⁰ Idem.

²¹ Final Order 93-1-11. Docket DOT-OST-1992-48342. Hoje em dia o acordo está incluído na imunidade conferida à aliança SkyTeam.

²² Idem págs. 11 e 12.

²³ Ver <http://www.dot.gov/office-policy/aviation-policy/airline-alliances-operating-active-antitrust-immunity>. Um dos acordos aprovados, American-Qantas em 2011, não fez requerimento de imunidade antitruste.

²⁴ Ver <http://www.dot.gov/office-policy/aviation-policy/airline-alliances-operating-active-antitrust-immunity>.

DOT

O primeiro estudo do DOT²⁵ para avaliar os efeitos das alianças internacionais cobriu os anos de 1992 a 1998, período das primeiras imunizações no mercado transatlântico. Esse mercado experimentou um crescimento extraordinário em número de passageiros e destinos atendidos após a concessão das primeiras imunidades: KLM-Northwest (1993), United-Lufthansa (1996) e Delta-Austrian/Sabena/Swissair (1996), solidificando a posição favorável do órgão às solicitações de novas imunizações. O maior beneficiado foi o tráfego de conexão de cidades médias, antes atendido muitas vezes por voos *interline*²⁶, inclusive sem acordos de *codeshare*; além disso, os voos observaram reduções de tarifas.

Em 2000, o DOT atualizou o estudo sobre as alianças internacionais²⁷, confirmando os benefícios do estudo anterior: o crescimento do tráfego aéreo transatlântico entre as alianças imunizadas foi de 134% contra 50% das empresas não imunizadas, entre os anos de 1992 e 1999. O crescimento das outras companhias aéreas não imunizadas é interpretado pelo DOT como evidência de que o tráfego angariado pelas alianças imunizadas caracteriza-se, principalmente, de novos passageiros e não simplesmente um redirecionamento do tráfego.

A consolidação das grandes alianças internacionais a partir do final da década de 1990 e início dos anos 2000, bem como a larga expansão dos acordos bilaterais de céus abertos²⁸, fez com que o DOT tivesse que começar a aplicar análises mais aprofundadas dos acordos entre as empresas. A razão é que o benefício público de assinatura dos acordos de céus abertos não poderia mais ser utilizado como contrapartida das concessões de imunidade antitruste e logo as eficiências proporcionadas pelos acordos deveriam

²⁵ *Global Deregulation Takes Off*. US Department of Transportation, Office of Secretary, December 1999.

²⁶ Tipicamente, os passageiros dos voos que partiam de cidades menores dos EUA para cidades menores da Europa (voos mais dependentes de acordos entre as empresas); estes cresceram cerca de 150% nas companhias imunizadas entre 1992 e 1998, enquanto que apenas cerca de 20% para as outras companhias.

²⁷ *Transatlantic Deregulation: The Alliance Network Effect*. US Department of Transportation, Office of Secretary, October 2000.

²⁸ Na Europa, dentre os países importantes para o transporte aéreo americano apenas o Reino Unido e a Espanha não eram signatários de um acordo de céus abertos com os EUA; os mesmos só se tornaram signatários ao ratificar o Acordo Multilateral de Céus Abertos EUA-União Europeia em 2007.

superar os possíveis problemas causados pela concentração de mercado²⁹. Aumentaram também as contestações às possíveis imunizações dos acordos³⁰.

A contrapartida à posição em defesa da imunização dos acordos do DOT para as grandes alianças foi exigir que houvesse em cada caso a criação de uma *joint venture* que eliminasse os problemas de dupla marginalização, ao integrar totalmente as operações internacionais das empresas no transatlântico (adotando procedimentos de repartição de receitas e *metal neutrality*³¹); eventualmente removendo rotas do acordo que estivessem mais sujeitas a um aumento considerável da concentração de mercado.

DOJ

O Departamento de Justiça americano é o órgão responsável por julgar os casos de fusões e aquisições no mercado nacional, através da sua divisão antitruste. Embora o julgamento das imunizações no setor de transporte aéreo tenha permanecido (excepcionalmente) sob responsabilidade do DOT, o DOJ é naturalmente convidado a comentar em qualquer processo.

As imunizações de acordos bilaterais entre companhias com malhas complementares (os acordos típicos da década de 1990) foram apoiadas pelo DOJ, dada a evidência incontestada dos benefícios das alianças para os passageiros.

Já a ampliação das alianças imunizadas em um contexto de acordos de céus abertos já assinados entre os países envolvidos vem sendo objeto de contestação pelo DOJ. Ao discutir a solicitação da *Star Alliance* para a adesão da Continental ao acordo já imunizado em 2009, pronuncia-se o DOJ:

“For many past applications, the principal public interest benefit furthered by DOT’s grant of immunity has been the negotiation of open skies agreements with the home country of the U.S carrier’s alliance partners. In the present matter, open skies agreements have been signed with the home countries of all foreign applicants, and those foreign

²⁹ O próprio DoT não autorizou a primeira tentativa da SkyTeam com a KLM e NorthWest de obter a imunização em 2004.

³⁰ O primeiro processo de imunidade antitruste (KLM e NorthWest em 1993) levou menos de 5 meses para ser autorizado e quase não gerou comentários dos concorrentes; já o último grande processo (Oneworld em 2010) levou quase dois anos para ser aprovado e gerou centenas de manifestações.

³¹ É o termo para a ausência de incentivos de uma companhia aérea dentro de uma aliança imunizada de priorizar o transporte no seu avião, dado que as receitas serão repartidas de forma isonômica.

carriers will continue to be members of the immunized alliances whatever DOT decides here.”³²

E continua:

*“Where an application does not directly promote open skies with its attendant consumer benefits, applicants bear a heavy burden to prove benefits specific to their alliance agreements that justify immunity. Where an application involves the presence of two majors domestic competitors, the request for immunity warrants particularly close scrutiny.”*³³

Dessa forma, o DOJ encara que a imunidade deva ser a exceção, desde que plenamente justificada, após exame minucioso da matéria. Adicionalmente, podem ser pontuados dois argumentos centrais na posição do DOJ contra a imunização adicional: (i) os ganhos de eficiência obtidos com a cooperação entre as empresas já seriam realizados pelos acordos não imunizados existentes; (ii) a desconfiança de que tais acordos de cooperação (não incluídos os aspectos de combinação de tarifas) seriam levados adiante mesmo na ausência de imunização³⁴.

Já a criação das *joint ventures* nos novos acordos de imunização, solução proposta pelo DOT para dirimir eventuais conflitos de interesse que persistam nas alianças imunizadas, podem gerar dois problemas segundo a visão do DOJ: a redução da competição nos mercados nos quais a *joint venture* irá operar, bem como a redução da competição nos mercados onde as duas empresas deveriam continuar a competir (em função da proximidade criada entre as empresas, facilitando o conluio).

Os eventuais benefícios adicionais deveriam ser comparados com os riscos de diminuição da competição identificados acima, principalmente quando a rota considerada for uma ligação entre *hubs* das empresas da *joint venture*. Nesses casos, a evidência empírica mostra que a entrada de concorrentes nesses *hubs* é difícil e a concentração de mercado, por sua vez, criaria ambiente propício ao aumento dos preços das passagens nos mercados em que ela ocorresse.

³² Docket OST-2008-0234. Comments of the Department of Justice on the Show Cause Order. June 26, 2009. Pg.1

³³ Idem. Pg 2.

³⁴ De fato, o DOJ aponta que a própria United utilizou esses argumentos para recomendar a não imunização da Delta e Northwest em processo da SkyTeam em 2003. Idem, pág.32.

Dessa forma, o DOJ recomenda a manutenção de *carve-outs* em rotas diretas entre *hubs* de membros da aliança imunizada; restrições essas válidas para todas as classes de bilhetes e não apenas para tarifas econômicas sem restrições (ou ainda executivas e de primeira classe), como também é determinado pelo DOT em alguns dos casos.

Em nota de estudo preparada para os seus comentários no processo de imunização da Continental na Star Alliance³⁵, o DOJ encontrou duas evidências de possíveis efeitos anticompetitivos da imunização: (i) a evidência de que rotas com um número menor de competidores conduz a tarifas mais elevadas (a diminuição de 2 para 1 companhias servindo a uma rota eleva as tarifas em cerca de 15%; já a redução de 3 para 2, ou 4 para 3, o efeito é próximo a 6,5%); (ii) e que as tarifas em voos de conexão das companhias imunizadas não eram mais baixas do que aquelas oferecidas por empresas não imunizadas.

A seguir será exibida a experiência europeia na análise da matéria em epígrafe.

5.2. União Europeia

Na União Europeia, a aplicação dos princípios da lei antitruste é disciplinada pela Regulação do Conselho (EC) nº 1/2003³⁶. O regulamento prevê responsabilidades partilhadas entre a Comissão Europeia e os Estados-Membros; esses últimos representados por suas autoridades concorrenciais e cortes de justiça.

Quando o caso concorrencial em questão afetar mais de um Estado-Membro, a Comissão Europeia assume papel central e pode iniciar um processo, seja por suspeita própria de atividade anticompetitiva ou quando for acionada por alguma parte interessada que se sinta prejudicada³⁷.

Em fevereiro de 2004³⁸, os casos de imunização antitruste no transporte aéreo entre membros da UE e de terceiros países foram incluídos no escopo da EC (1/2003). Anteriormente, atribuía-se o julgamento a cada Estado-Membro da UE, embora a Comissão Europeia pudesse iniciar uma investigação de forma independente e sugerir aos

³⁵ Docket OST-2008-0234. Comments of the Department of Justice on the Show Cause Order. June 26, 2009. Appendix B: Empirical Addendum.

³⁶ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 of December 2002.

³⁷ Caso algum estado membro já esteja atuando no caso, a Comissão europeia só deve iniciar a sua investigação após consulta ao(s) estado(s) envolvido(s). A Comissão, assim como o(s) estado(s) membro(s) implicado(s), podem - a seu critério - se ausentar da investigação caso o(s) outro(s) esteja(m) conduzindo investigação paralela.

³⁸ Council Regulation (EC) No 411/2004 of 26 February 2004.

estados membros envolvidos a adoção de medidas³⁹. Nesse âmbito são julgados os processos de imunidade antitruste das alianças aéreas internacionais.

Os princípios da defesa da concorrência se encontram nos artigos 101 a 106 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁴⁰. No artigo 101 é disciplinada a proibição dos atos anticompetitivos entre duas (ou mais) empresas. A princípio, esse artigo impediria os termos dos acordos entre as alianças aéreas internacionais que envolvessem fixação de tarifas, assentos oferecidos, dentre outros dispositivos; uma vez que tais cláusulas se enquadrariam no parágrafo 1 e, portanto, estariam infringindo a lei.

No entanto, no parágrafo 3 do referido artigo, são expostos os casos nos quais as regras não seriam necessariamente aplicadas (ou as exceções), a saber: quando as práticas contribuam para a melhoria da produção ou distribuição de bens, ou promoção do progresso tecnológico e/ou econômico, enquanto esses permitam que os consumidores se beneficiem de tais práticas. Essas medidas serão toleradas caso sejam indispensáveis para o atingimento dos objetivos supracitados e não permitam aos pactuantes eliminar substancialmente a competição no mercado em questão.

Na evolução do tratamento da questão, a Regulação do Conselho (EC) nº 487/2009 veio disciplinar a aplicação do artigo 101(3) aos acordos entre empresas aéreas⁴¹. A regulação permite à Comissão Europeia a aprovação de acordos que possuam como objetivos: (i) o planejamento e coordenação de horários de voos; (ii) consultas sobre a precificação de passagens; (iii) operações conjuntas em novos serviços, (iv) alocações de *slots* em aeroportos; (v) compra, operação e desenvolvimento conjunto de sistemas de reserva.

No entanto, o mesmo regulamento determina que os acordos isentos devam ter aplicação temporária⁴² e a comissão deverá preparar um rascunho das medidas aplicadas

³⁹ Este princípio é assegurado pelo artigo 105 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁴⁰ Artigos do Título 7, Capítulo 1, Seção 1. Na versão anterior os artigos eram 81 a 86 e a maior parte da regulamentação ainda se refere à numeração antiga.

⁴¹ Council Regulation (EC) No 487/2009 of 25 of May 2009. No artigo 103 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia há previsão de que o Conselho Europeu aprove as diretivas sobre a aplicação dos artigos 101 e 102 após analisar a proposta da Comissão Europeia e aprovação do Parlamento Europeu.

⁴² Idem, Article 3.

para a aprovação do acordo com possibilidade de comentário pelas partes afetadas⁴³. No próprio preâmbulo da regulação, lê-se:

*“It is desirable, in particular, that block exemptions be granted for certain categories of agreements, decisions and concerted practices. Those exemptions should be granted for a limited period during which air carriers can adapt to a more competitive environment. The Commission, in close liaison with the Member States, should be able to define precisely the scope of those exemptions and the conditions attached to them.”*⁴⁴

Desta forma, caso seja concedida isenção a acordos que conflitem com os preceitos do artigo 101(1), os mesmos deverão ser temporários, para que os participantes possam se adaptar a um ambiente mais competitivo.

A legislação europeia é, portanto, marginalmente mais restritiva do que a americana, uma vez que no código federal dos EUA não há provisão que impeça o acordo anticompetitivo de ser autorizado caso ele reduza substancialmente a competição; desde que o mesmo promova benefícios que não poderiam ser gerados sem o acordo.

Na eventualidade da suspeita de não-conformidade com a legislação antitruste da UE, as partes interessadas podem propor compromissos compensatórios de forma a encerrar uma investigação em curso da Comissão Europeia. No âmbito dos acordos das alianças aéreas internacionais, esses compromissos são bastante utilizados⁴⁵.

A Comissão Europeia conduz ainda regularmente investigações sobre a conduta anticompetitiva das empresas aéreas, não apenas quando são anunciados acordos cooperativos⁴⁶.

5.3 Cooperação entre os EUA e a União Europeia

Na ocasião da assinatura do acordo multilateral de serviços aéreos entre os EUA e a União Europeia, em Abril de 2007, as autoridades concorrenciais das Partes se comprometeram a cooperar nos assuntos relativos à concorrência do transporte aéreo transatlântico⁴⁷. Dentre os objetivos está a redução dos potenciais conflitos entre a

⁴³ Ibid, Article 6. Esta medida padroniza o procedimento tal como ocorre nos processos analisados pelo DOT nos EUA.

⁴⁴ Ibid, pág 1 parágrafo 5.

⁴⁵ Ver, por exemplo, o caso da *OneWorld: European Commission Antitrust Case Number 39.596*.

⁴⁶ Ver *European Commission Antitrust Case Number 39.419*.

⁴⁷ Ver *Annex 2 of Air Services Agreement between United States of America and European Union, 2007*.

aplicação das regras de defesa da concorrência aos acordos entre empresas que operam no mercado transatlântico. A uniformização das ferramentas de análise dos efeitos competitivos, da definição de mercado relevante e possíveis ações remediadoras (remédios regulatórios) fazem parte das ações esperadas da cooperação. Ademais, A troca de informações relativas aos casos sob investigação das respectivas autoridades também é tratada no acordo, ressalvados os impedimentos legais de sigilo das informações.

Em Novembro de 2010, o DOT e a Comissão Europeia lançaram um documento de trabalho sobre os aspectos regulatórios e competitivos das alianças aéreas transatlânticas⁴⁸. O estudo foi desenvolvido em várias etapas, que contaram com a participação das empresas aéreas, levantamento econométrico dos efeitos competitivos no mercado, consultoria externa e revisão da literatura.

São apenas três as diferenças nos procedimentos do DOT e da Comissão Europeia no julgamento dos acordos cooperativos. Com o DOT há necessidade de aprovação prévia dos acordos de imunidade; o mesmo não é possível na União Europeia, onde as empresas devem fazer um julgamento prévio dos efeitos competitivos das alianças e estão sujeitas à futura interpelação da Comissão Europeia. Outra diferença refere-se à publicidade do caso, já que nos EUA todos os documentos são públicos⁴⁹, inclusive os comentários de participantes; na União Europeia apenas os principais documentos são disponibilizados. O terceiro ponto refere-se à demonstração dos benefícios advindos do acordo cooperativo: o DOT fica responsável, na eventual aprovação da imunidade, a demonstrar os benefícios e eficiências obtidos com o acordo (contando com o auxílio da proposta encaminhada pelas empresas postulantes); no caso da Comissão Europeia, o ônus recai inteiramente sobre as empresas.

Por fim, pontua-se que, de modo geral, o DOT e a Comissão Europeia compartilham metodologias bastante semelhantes no que tange às definições de mercados relevantes, os efeitos da indústria em rede, possíveis barreiras à entrada, aplicação de ações remediadoras, dentre outras questões.

⁴⁸ Ver DOT & European Commission (2010).

⁴⁹ Alguns detalhes são protegidos por pedidos de sigilo por parte das empresas aéreas; normalmente informações sensíveis de planos de negócios.

6. Estudos de Caso

Os acordos com imunidade antitruste vigentes mais importantes envolvem empresas das três principais alianças aéreas internacionais: SkyTeam, Star Alliance e OneWorld. Nem todas as empresas ou rotas são imunizadas e a maior parte dos acordos englobam os serviços aéreos transatlânticos. A autorização ou não de novos acordos entre empresas de uma aliança internacional não invalida imunidades já conseguidas em processos anteriores. Abaixo são detalhados os históricos desses acordos por aliança.

6.1. Sky Team

A imunização dos serviços aéreos das empresas que hoje fazem parte da SkyTeam se iniciou em 1993, com o acordo entre a KLM e a Northwest⁵⁰. O acordo foi possível em razão da assinatura do primeiro acordo de céus abertos dos EUA com a Holanda no ano anterior. As duas empresas não faziam parte da configuração original da aliança, fundada no ano de 2000, pela Air France, Delta, Korean e Aeromexico. Atualmente, a aliança conta com 19 empresas no mundo⁵¹.

A SkyTeam obteve a primeira imunização, já como aliança, em 2002, englobando os acordos entre as empresas Delta, Air France, Alitalia e CSA. Em Maio de 2004, a Air France e a KLM se fundem, e tendo em vista o acordo entre a KLM e a Northwest, surge a necessidade de trazer as duas empresas para a SkyTeam, o que acontece em setembro daquele ano. Ainda em 2004, a SkyTeam tenta a ampliação da imunização incluindo os dois novos membros, porém a requisição é negada, visto que o DOT não entendeu que haveria benefícios públicos adicionais da autorização; o caso foi encerrado em Fevereiro de 2006.

Em Julho de 2007, a SkyTeam requereu novamente ao DOT a inclusão da KLM e da Northwest na autorização de imunidade antitruste já obtida em 2002. A principal novidade do requerimento era a proposta de criação de uma *joint venture*⁵² entre Air

⁵⁰ Na época a aliança entre as duas companhias se chamava “Wings”.

⁵¹ São elas: Aeroflot, Aeronlíneas Argentinas, AeroMexico, AirEuropa, AirFrance, Alitalia, China Airlines, China Eastern, China Southern, Czech Airlines, Delta, Kenya Airways, KLM, Korean Air, MEA, Saudia, TAROM, Vietnam Airlines, Xiamen Airlines. Disponível em (acesso, 14-08-2013): <http://www.skyteam.com/pt-BR/Quem-somos/Nossas-associadas/>

⁵² A *joint venture* é formada, via de regra, pela criação de uma nova empresa independente cujas companhias fundadoras possuem ações. No caso do transporte aéreo internacional isso não ocorre devido às restrições de capital estrangeiro; a *joint venture* se materializa através de um acordo bem definido de cooperação, que se assemelha à fusão das atividades das empresas dentro do escopo do mercado em que ele foi definido.

France, Delta, KLM e Northwest. A ausência de maior integração efetiva entre as empresas havia sido a motivação para a negativa do DOT no processo de imunização anterior.

A diminuta manifestação dos interessados contra a autorização de imunidade⁵³ fez com que o processo da SkyTeam transcorresse rapidamente. A imunidade antitruste foi concedida pelo DOT em maio de 2008. A autorização foi concedida, portanto, logo após a entrada em vigor do acordo de céus abertos entre os EUA e a União Europeia. Em abril de 2008, a apenas um mês da decisão final, a Delta e a Northwest anunciaram que pretendiam se fundir, iniciando um processo alternativo cuja competência de julgamento cabia ao DOJ.

A aprovação da imunidade requeria a implantação em 18 meses da *joint venture* proposta, antes da qual permaneceriam não imunizadas as rotas Atlanta- Paris (CDG) e Cincinnati – Paris (CDG).

A Comissão Europeia já havia aberto uma investigação sobre a conduta de oito membros da SkyTeam em 2006, portanto, antes da segunda solicitação feita por eles ao DOT. Em outubro de 2007, as empresas propuseram uma série de compromissos, liberando *slots* em diversas rotas que motivavam a investigação da Comissão. Os comprometimentos foram aceitos provisoriamente pela Comissão, sem posicionamento quanto à infração ou não das regras de concorrência da UE; em caso de não cumprimento das condições propostas, a aliança poderia ser multada em até 10% do total de receitas mundiais⁵⁴.

O processo foi arquivado em janeiro de 2012 ao mesmo tempo em que a Comissão Europeia iniciou um novo processo de análise de conduta de membros da SkyTeam, dessa vez apenas dos membros da *joint venture*; o processo encontra-se em andamento.

⁵³ A única exceção a se manifestar foi a ASTA (*American Society of Travel Agents*), requerendo que as atividades dos sistemas globais de distribuição e das agências de viagens das empresas aéreas fossem excluídas da imunização. O DOT vem repetidamente rejeitando esta apelação da ASTA em vários casos de imunidade antitruste.

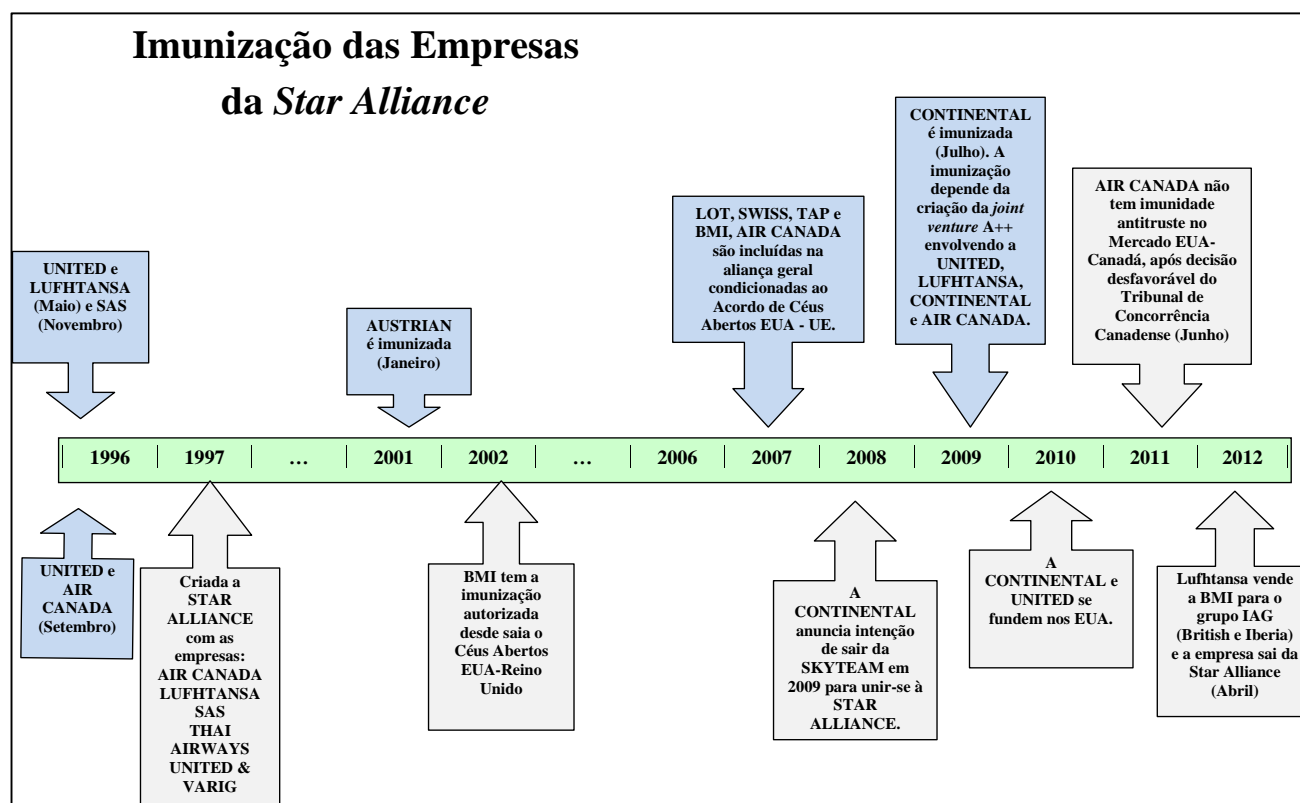
⁵⁴ IP/07/1558. Ver

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1558&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

6.2. Star Alliance

A história das concessões de imunidade dos serviços aéreos transatlânticos das empresas da Star Alliance se inicia em 1996, antes da constituição da aliança, com o acordo entre as empresas aéreas United e a Lufthansa em maio daquele ano (adicionada a SAS em novembro). Em maio de 1997 é criada a Star Alliance com as seguintes empresas: Air Canada, Lufthansa, SAS, Thai Airways, United Airlines e Varig. Em 2001 a Austrian é incluída no acordo. A LOT, TAP e SWISS uniram-se aos demais em 2007. Atualmente, a aliança conta com 28 empresas no mundo⁵⁵. A Figura 2 abaixo detalha as imunizações concedidas ao longo da história da Star Alliance.

Figura 2: Histórico das Imunizações concedidas à Star Alliance.



⁵⁵ São elas: Adria Airways, Aegean Airlines, Air Canada, Air China, Air New Zealand, ANA, Asiana Airlines, Austrian, Avianca, Brussels Airlines, Copa Airlines, Croatia Airlines, EGYPTAIR, Ethiopian Airlines, EVA Air, LOT Polish Airlines, Lufthansa, Scandinavian Airlines, Shenzhen Airlines, Singapore Airlines, South African Airways, SWISS, TAM Airlines, TAP Portugal, THAI, Turkish Airlines, United e US Airways. Disponível em (acesso, 14-08-2013):

http://www.staralliance.com/pt/about/member_airlines/

O acordo de imunidade antitruste, no seu formato atual, foi autorizado pelo DOT em Julho de 2009, após a entrada da Continental na aliança em função da sua aproximação com a United⁵⁶. Atualmente, apenas nove companhias aéreas (do total de 28 que integram a aliança) fazem parte do referido acordo, por atuarem no mercado transatlântico: Air Canada, Austrian, Brussel Airlines, Lufthansa, LOT Polish Airlines, Scandinavian Airlines, Swiss, TAP e United⁵⁷.

Além da aliança entre as nove empresas, o acordo previa a criação da *joint venture* intitulada A++. O novo acordo seria uma expansão do já existente entre a United e Lufthansa (o A+) prevendo uma integração das operações internacionais entre as empresas United, Continental, Lufthansa e Air Canada⁵⁸. A operação da *joint venture* pressupunha um maior detalhamento das cláusulas usuais da imunidade antitruste: coordenação de voos e tarifas, união dos programas de fidelidade, repartição de receitas dos voos, compartilhamento dos sistemas de reserva on-line, dentre outros. Atualmente também fazem parte da A++ as empresas Swiss, Brussel e Austrian. A Air Canada está suspensa do acordo pelo tribunal de competição do Canadá desde julho de 2011⁵⁹.

A concessão da imunidade antitruste à Star Alliance foi contestada pelo DOJ⁶⁰, que questionou a necessidade da imunização para a criação das eficiências operacionais apontadas pelos solicitantes, indicando que a existência de códigos compartilhados entre as empresas já possibilitava a maioria dos benefícios. O risco de concentração de mercado em algumas rotas levou o departamento à recomendação de negação do pedido.

O DOT, por sua vez, concordou com a posição das empresas de que a efetiva integração de malha e remoção do problema de dupla marginalização não poderiam ser atenuados sem a imunidade. Decidiu, pois, conceder à Star Alliance a imunidade com a exceção de algumas rotas mais sensíveis, como mostra a Tabela 1 a seguir.

Tabela 1: Rotas não-imunizadas do acordo da Star Alliance (*carve-outs*)

⁵⁶ As empresas se fundiram em outubro de 2010. A Continental era anteriormente membro da SkyTeam.

⁵⁷ No acordo original de 2009 também faziam parte a Continental (incorporada pela United) e a BMI (comprada da Lufthansa pela British Airways em abril de 2012). A US Airways faz parte da Star Alliance, porém não está incluída no acordo antitruste.

⁵⁸ Os detalhes da *joint venture* não são abertos ao público por razões comerciais de confidencialidade requeridas ao DOT, vários parágrafos do acordo presentes no processo encontram-se em branco em função da requisição.

⁵⁹ <http://www.ct-tc.gc.ca/CasesAffaires/CasesDetails-eng.asp?CaseID=348>.

⁶⁰ DOT-OST-2008-0234 Order 2009-7-10 pág.7.

Rotas Não-Imunizadas (Julho/2009)	Situação atual (Junho/2012)
Chicago-Frankfurt	Imunizada (United e Lufthansa fazem parte da A++)
Washington-Frankfurt	Imunizada (United e Lufthansa fazem parte da A++)
New York-Copenhagen	Imunizada (concorrentes entram nas rotas)
New York-Genebra	Imunizada (Swiss adere a A++)
New York - Lisboa	Não Imunizada
New York - Estocolmo	Imunizada (concorrentes entraram na rota)
Chicago-Toronto	Não Imunizada
São Francisco- Toronto	Não Imunizada
Cleveland – Toronto	Não Imunizada
Houston - Calgary	Não Imunizada
Houston – Toronto	Não Imunizada
New York – Ottawa	Não Imunizada
Estados Unidos – China*	Imunizada (concorrentes entraram nas rotas)

Fonte: Elaboração Própria, a partir de informações do DOT.

Nas rotas não-imunizadas acima, a coordenação de preços só pode ser feita no tráfego de conexão que utilize estas rotas, ou seja, em bilhetes que também envolvam pontos além ou aquém destes itinerários.

As rotas entre os EUA e o Canadá não foram imunizadas ainda, dada a posição contrária do tribunal de competição canadense à *joint venture* no tráfego entre os dois países, após a fusão entre a United e a Continental, dada a superposição de rotas e diminuição da competição⁶¹.

A Comissão Europeia, por sua vez, abriu um processo em abril de 2009 para investigar os possíveis efeitos anticompetitivos das operações transatlânticas da Star Alliance; em particular da *joint venture* (A++) formada em 2008 entre United, Continental, Lufthansa e Air Canada. Em dezembro de 2012⁶², a Comissão deu parecer concluindo que a *joint venture* ameaça a competição na rota Frankfurt - New York. Dentre as considerações levantadas estão: a eliminação da competição entre Continental e Lufthansa na rota, as participações de mercados das empresas nos *hubs* citados e as restrições de *slots* em New York. As empresas se comprometeram a liberar até 7 frequências na rota citada (ou até 21 caso algum 3ª empresa operadora deixe de operar). Além disso, foram oferecidas às empresas de fora da aliança parcerias para formação de tarifas na rota, assim como parcerias *pro rata* em alguns pares de cidades que utilizem o trecho Frankfurt – New York no voo. O processo encontra-se em fase de comentários.

6.3. OneWorld

A OneWorld foi fundada em 1998 pelas companhias aéreas British Airways, American Airlines, Canadian⁶³, Qantas e Cathay Pacific. Atualmente, possui 12 companhias aéreas membros⁶⁴.

⁶¹As empresas aéreas e a comissão de competição canadense chegaram a um acordo quanto ao tema em 24-10-2012. Vide em:

http://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-2011-004_Consent%20Agreement_169_45_10-24-2012_2558.pdf

⁶² Communication of the Commission published pursuant to Article 27(4) of Council Regulation (EC) No 1/2003 in Case COMP/39.595 — Continental/United/Lufthansa/Air Canada.

⁶³ A Canadian foi adquirida pela Air Canada e se retirou da OneWorld em 2000.

⁶⁴ São elas: Airberlin, American Airlines, British Airways, Cathay Pacific, Finnair, Iberia, Japan Airlines, LAN, Malaysian Airlines, Qantas, Royal Jordanian, S7 Airlines. Disponível em (acesso, 14-08-2013): <http://pt.oneworld.com/memberairlines/overview;jsessionid=DCC496707C00017702872DD427BD189A>

A aliança OneWorld foi a última a obter a imunidade antitruste do DOT. Tal fato é explicado - em parte - pelo papel dominante que as empresas principais da aliança, British Airways e American Airlines, tem no mercado EUA-Londres, o maior no tráfego transatlântico⁶⁵. O aeroporto de Heathrow é base para a British Airways e possui o maior tráfego internacional da Europa. No entanto, ao contrário das outras alianças, a OneWorld não possuía imunidade antitruste no mercado transatlântico entre pares de empresas tais como a Star Alliance e SkyTeam possuíam antes de conseguirem a imunidade para o conjunto maior de empresas.

A ausência de um acordo de céus abertos entre os EUA e o Reino Unido (bem como a Espanha), foi o principal empecilho para a demora na concessão da imunidade antitruste⁶⁶. Apenas após a assinatura do acordo de céus abertos com a União Europeia, em abril de 2007 (com vigência a partir de março de 2008), o Reino Unido passou a ter liberdade de frequências com os EUA (todos os outros mercados europeus importantes já tinham acordos de céus abertos anteriores a 2001).

A aliança entrou com requerimento no DOT em agosto de 2008, contemplando as empresas British Airways, American Airlines, Finnair, Iberia e Royal Jordanian. Além do acordo geral, o documento previa a criação da *joint venture* entre a British, American e Iberia. A imunidade antitruste só foi finalmente concedida em julho de 2010, dois anos após o pleito inicial.

A aprovação foi condicionada à liberação de 4 pares de slots no aeroporto de Heathrow aos competidores não-membros ou afiliados à OneWorld, em horários propícios ao tráfego transatlântico. Dois desses *slots* deveriam ser, necessariamente, no mercado Boston-Londres, considerado o mais sensível ao domínio do mercado por parte da OneWorld na ausência da liberação. No entanto, não foram impostas restrições de imunidade às rotas entre alguns *hubs* das companhias membros, como queria a concorrência (notadamente a Virgin Atlantic).

⁶⁵ São respectivamente a primeira e a terceira no *ranking*.

⁶⁶ Em perspectiva histórica, as empresas American e British tentaram por duas vezes sem sucesso obter a imunidade antitruste nas operações transatlânticas, em 1997 e 2001. No primeiro processo, o DOT considerava autorizar a imunidade antitruste desde que se encaminhasse o acordo de céus abertos entre os EUA e o Reino Unido em negociação à época. Dado o impasse das negociações, o DOT negou a imunidade em julho de 1999. O segundo processo foi abandonado pelos requerentes dada a permanência dos impasses na negociação do acordo de céus abertos com os EUA, e também da discordância das empresas quanto às ações compensatórias exigidas pelo DOT, se a imunidade viesse a ser autorizada.

A Comissão Europeia iniciou uma investigação em abril de 2009⁶⁷ sobre a proposta de acordo da *joint venture* entre a British, American Airlines e Iberia, por iniciativa da concorrente Virgin Atlantic⁶⁸. O acordo foi considerado válido em Julho de 2010, após os participantes oferecerem 7 pares de slots aos interessados em Heathrow e/ou Gatwick (à escolha dos interessados) nas seguintes rotas: Londres – Nova York (3), Londres-Boston (2), Londres-Miami (1) e Londres-Dallas (1). Além disso, foram oferecidos possíveis acordos de código compartilhado e combinação de tarifas com os concorrentes⁶⁹.

6.4. American e Lan Chile (1999) e Lan Peru (2005)

Em dezembro de 1997, as empresas American e LAN Chile abriram um processo de imunização da aliança entre ambas. Esse foi o primeiro acordo requerido ao DOT entre empresas da América do Sul e do Norte. O acordo foi possível em função das negociações do, também pioneiro, acordo de céus abertos da América do Sul, entre os EUA e o Chile, assinado em outubro de 1999.

A American e a LAN Chile foram criticadas à época pelas outras empresas americanas que temiam uma concentração excessiva do mercado, especialmente no trecho Miami–Santiago, o mais importante em volume de passageiros. Os argumentos foram rejeitados pelo DOT, que previa um aumento da concorrência no mercado como um todo em função da liberalização de capacidade. Um exemplo usado como modelo pelo DOT à época, foi a experiência da América Central, que assinou 6 acordos de céus abertos com os EUA em maio de 1997, levando a um aumento expressivo do tráfego aéreo posteriormente. A imunidade antitruste entre a American e a LAN Chile foi então aprovada em setembro de 1999, excetuando-se o trecho Miami-Santiago.

Em dezembro de 2004, as empresas American e LAN Airlines (ex-LAN Chile) solicitaram ao DOT a inclusão da LAN Peru no acordo antitruste. O Peru havia assinado um acordo de céus abertos com os EUA em 1998, com um período de transição até 2002,

⁶⁷ http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=1_39596.

⁶⁸ Ver pág.3 de http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39596/39596_4342_9.pdf.

⁶⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:278:0014:0015:EN:PDF>. Seção 2 (10 a 12).

quando entrou em vigor a liberalização de capacidade. O acordo foi aprovado em outubro de 2005, com a exclusão da rota Miami-Lima.

6.5. *Outros casos*

A imunidade antitruste também foi concedida pelo DOT a uma série de acordos fora do mercado transatlântico. Estão atualmente vigentes:

- ✓ América Latina: United – COPA (2000);
- ✓ América do Norte: United – Air Canada (1996);
- ✓ Ásia: United – Air New Zeland (1999)
 - United – Asiana Airlines (2003)
 - United – All Nippon (2009)
 - American – Japan Airlines (2010)
 - American – Qantas (2011)⁷⁰
 - Delta – Virgin Blue (2011)

6.6. *Considerações gerais*

Por fim, pontua-se que as imunidades antitrustes concedidas pelo DOT têm sempre um caráter provisório. Em primeiro lugar, a concessão da imunidade pode ser emendada, modificada ou mesmo suspensa, a qualquer hora e sem necessidade prévia de consulta aos interessados. Além disso, todos os casos são sujeitos a reavaliação após 5 anos de autorização⁷¹.

Nos exemplos expostos das 3 alianças (*Sky Team*, *Star Alliance* e *OneWorld*) eram comuns as seguintes exigências para as concessões de imunidade antitruste:

- (i) O prazo de 18 meses para implementação da *joint venture*;
- (ii) O envio de dados de Origem & Destino de passageiros anualmente;
- (iii) Não participação nas conferências de tarifas da IATA;

⁷⁰ Embora tenha as características de uma *joint venture*, as empresas não solicitaram imunidade antitruste ao DOT na sua submissão do acordo. A American não poderia concorrer com a Qantas devido a restrições de cunho trabalhista e de equipamento, tornando a cooperação menos sujeita às investigações antitrustes.

⁷¹ A norma de 5 anos foi aplicada em todos os casos das alianças; em outros casos é possível achar prazo diferente (no caso de American e LAN Chile em 1999, o prazo era de 3 anos).

(iv) A imunidade não cobre as participações acionárias das companhias aéreas no CRS (Sistemas Computadorizados de Reservas).

7. Revisão de literatura acerca dos efeitos da Imunidade Antitruste sobre o Mercado Aéreo Transatlântico

A avaliação dos impactos dos acordos de imunidade antitruste sobre os preços e a qualidade dos serviços aéreos torna-se necessária em virtude da abrangência dos mercados servidos e dos seus possíveis efeitos anticompetitivos.

Os primeiros estudos dos efeitos das alianças internacionais sobre as tarifas e a oferta de serviços são em sua maioria favoráveis a esse tipo de cooperação, principalmente, quando se tratam de mercados complementares⁷².

Em revisão da literatura anterior ao ano 2000, conforme Oum et al (2000)⁷³, o *codeshare* é visto como benéfico para a competição, qualidade do serviço e tarifas em mercados das rotas aquém e para além *hubs*, cuja maioria ocorre por intermédio de voos *interline*; em rotas diretas com serviço paralelo (particularmente entre *hubs* das companhias aéreas), o efeito pode ser anticompetitivo.

As principais razões apontadas para os efeitos positivos das alianças são a redução do problema de dupla marginalização e também as economias de densidade presentes no transporte aéreo. Por exemplo, Brueckner & Whalen (2000), utilizando dados do 3º trimestre de 1997, estimam que os voos *interline* de alianças apresentaram tarifas em média 25% mais baixas do que os voos de companhias não alinhadas⁷⁴. Quando o *codeshare* e a imunidade antitruste são considerados em separado, a imunização reduz o preço médio entre 23 e 33% sobre a diminuição de 10% já obtida com o *codeshare*.⁷⁵

⁷² Os serviços aéreos internacionais complementares são tipicamente aqueles onde uma companhia da aliança faz o percurso internacional de longo curso e a outra distribuiu este tráfego por intermédio de sua malha doméstica. Por sua vez, o serviço paralelo ocorre quando as duas companhias operam o mesmo trecho, normalmente uma rota de longo curso entre os países.

⁷³ Oum, T.H., Park, J.H, and Zhang, A. (2000) *Globalization and Strategic Alliances*, (Oxford: pergamon) citado em Holloway, S. (2008) *Straight and Level: Practical Airline Economics*, Ashgate. Págs. 414-415.

⁷⁴ O resultado médio é para o Mercado EUA- Europa, para outros mercados os efeitos são variados; maiores ganhos ainda são observados para o mercado EUA-Canadá.

⁷⁵ O estudo também tenta estimar os efeitos da cooperação sobre as rotas troncais (*gateway to gateway*), porém o efeito não é significativo e a estimação pode sofrer de simultaneidade.

Em trabalho posterior, Brueckner (2003) aplica metodologia do estudo acima com dados desagregados de cooperação por rota. Os resultados também apontam para diminuição das tarifas cobradas quando há cooperação: da ordem de 8 a 17% para *codeshare* e de 13 a 21% em rotas imunizadas; o efeito combinado situa-se entre 17 e 30%. São efeitos menores do que os estimados anteriormente, porém ainda bastante elevados.

Uma resenha recente da literatura dos efeitos das alianças e acordos de *codeshare* sobre o bem estar social pode ser encontrada em Santacruz (2009).

A seguir são apresentadas as conclusões dos estudos mais recentes, que avaliam em sua maioria a experiência das companhias aéreas com imunidade antitruste após o ano 2000. Os estudos abaixo utilizam os dados de tarifas e passageiros da base DB1B coletados pelo DOT para o mercado internacional americano⁷⁶, que consistem em uma amostra de 10% das passagens aéreas vendidas no mercado. Os dados incluem apenas rotas que sejam servidas por ao menos uma companhia americana em algum de seus trechos.

(i) Willig, R; Israel, M. & Keating, B. (2011)

O estudo faz parte da resposta da Star Alliance aos comentários negativos do DOJ sobre o *Show Cause Order* do DOT; esses últimos favoráveis à concessão da imunidade à Continental com a sua entrada na aliança. Os resultados encontrados pelos autores são bastante diferentes daqueles obtidos pelo DOJ. A análise difere por levar em conta o período (3º T/2005 a 3º T/2008) e não apenas o terceiro trimestre de 2008, além de medir o efeito da imunização diretamente ao invés de supor que duas companhias imunizadas se comportam como apenas uma.

Apesar das especificações diferentes e do maior horizonte temporal do que o presente no estudo do DOJ, a presença de muitas *dummies* (para companhias aéreas, anos, trimestres e rotas) diminui os graus de liberdade, talvez influenciando a baixa significância estatística dos resultados. Os autores não encontraram evidências de

⁷⁶ Em alguns casos a base T100, que contempla todos os passageiros transportados no mercado internacional dos EUA, também é utilizada.

diferenças para as tarifas das rotas diretas imunizadas, nem mesmo para a diminuição de concorrentes nas rotas.

Outra conclusão do estudo é que as rotas não imunizadas pelo DOT são um mecanismo ineficiente de preservação da competição, na medida em que as tarifas das rotas imunizadas são menores (cerca de 2,7%) do que estas. Além disso, os autores encontraram evidências de que os consumidores preferem os serviços das rotas imunizadas, infligindo nova perda aos consumidores na instituição dos *carve-outs*.

(ii) *Whalen (2007)*

O estudo do Whalen é aquele que cobre o maior horizonte temporal dentre os analisados, considerando um período de 11 anos de operação no mercado transatlântico⁷⁷. Portanto, os dados são bastante representativos do período de formação das alianças e início das imunizações, bem como da implementação dos acordos de céus abertos. No entanto, o artigo apresenta algumas limitações, dentre as quais, considera apenas os voos entre aeroportos em que as companhias americanas necessariamente operam ao menos um trecho de cada rota incluída⁷⁸. As rotas tronco não fazem parte do estudo.

Os resultados do artigo apontam para uma redução das tarifas em rotas imunizadas (entre 13 e 20% menores) *vis a vis* aquelas que são *interline* (usadas como base de comparação), bem como as que possuem *codeshare* (entre 5 e 9% menores). O autor também não encontra diferenças significativas entre as tarifas *online* (estas entre 16 e 22% menores) e as rotas imunizadas. Um resultado não esperado na estimação do autor é que as rotas que envolviam acordos de céus abertos tinham tarifas maiores do que as rotas operadas sob acordos bilaterais mais restritos⁷⁹.

⁷⁷ São utilizados os terceiros trimestres de cada ano entre 1990 e 2000.

⁷⁸ Isto é, as rotas que iniciam antes dos *gateways* americanos e vão até um *gateway* europeu ou rotas que iniciam antes dos *gateways* americanos e vão para um ponto além do *gateway* europeu. Os *gateways* americanos são definidos como aeroportos com ao menos um voo diário direto para um aeroporto europeu.

⁷⁹ A hipótese levantada pelo autor para explicar o resultado foi de que o crescimento do tráfego nas rotas imunizadas com acordos de céus abertos ocorreu principalmente nas rotas tronco, aumentando o custo de oportunidade de carregar passageiros em rotas com conexão (as rotas que constituem as evidências de aumentos de preços anteriormente encontradas). Outras rotas não imunizadas com países signatários de um acordo de céus abertos não experimentaram crescimento.

(iii) Brueckner, Lee & Singer (2011)

O estudo tem por objetivo atualizar os resultados de pesquisas anteriores sobre os efeitos de *codeshare* e imunidade antitruste sobre as tarifas transatlânticas⁸⁰ para a década de 2000⁸¹. Tal como Whalen (2007), o estudo não inclui as rotas *gateway to gateway*, mas apenas pares de cidades que não sejam oferecidos voos diretos por companhias americanas⁸². As conclusões são então válidas para os mercados que tradicionalmente são mais beneficiados pelos acordos entre as empresas; novamente não são testados os efeitos nas tarifas das rotas troncais.

Os resultados apontam para um efeito significativo de redução de tarifas para as rotas imunizadas, variando de 8 a 16% em relação aos voos *interline* tradicionais e também mais baixas em comparação aos voos realizados sob *codeshare* de empresas em alianças não imunizadas; as rotas servidas por voos *online* têm tarifas ainda menores (10,5 a 24,6%), tal como esperado.

No entanto, a diferença entre os ganhos das rotas de alianças imunizadas com as não imunizadas não é tão grande, variando entre 1,2 e 6,8%, dependendo das tarifas e dos mercados considerados⁸³. Por exemplo, usando-se a ponderação por números de passageiros na rota, o benefício de imunizar uma rota de aliança em *codeshare* desaparece nos casos das tarifas transatlânticas para a classe econômica (nos outros casos a diferença persiste⁸⁴).

(iv) Gillespie & Richard (2011)

O estudo é de dois economistas da divisão antitruste do DOJ e constitui-se na análise mais crítica dos benefícios das imunizações concedidas às três grandes alianças mundiais. Os autores utilizam dados do período de 2005 a 2010 para analisar os efeitos da redução da competição nas rotas tronco imunizadas (que são as principais rotas nas quais as empresas da mesma aliança poderiam competir, dado os direitos de tráfego

⁸⁰ Além de Europa, a base inclui rotas para África e Oriente Médio.

⁸¹ O estudo contempla todos os trimestres de 1998 a 2009.

⁸² Dadas as restrições impostas, a maior amostra utilizada pelos autores tem ao todo 91 milhões de passageiros (somados os anos de 1998 a 2009). No entanto, apenas em 2009, o tráfego internacional dos EUA era de 149 milhões de passageiros.

⁸³ São estimados os efeitos separados sobre os mercados transatlântico e mundial e também para três grupos de tarifas: Todas as classes, apenas econômica e executiva/primeira classe.

⁸⁴ Talvez este fato seja explicado porque as imunidades no mercado transatlântico são mais antigas e, portanto, os benefícios sejam menores do que em casos recentes (imunidade no pacífico, por exemplo).

restritos). As empresas imunizadas em uma mesma rota são contabilizadas como apenas uma; já se não fizerem parte do acordo imunizado – mesmo que pertençam à mesma aliança – são tratadas individualmente⁸⁵. Os efeitos de companhias adicionais imunizadas que operam na rota são medidos através de variáveis binárias separadas, não mostrando significância estatística. Os resultados apontam para tarifas cerca de 7% mais elevadas para cada competidor não imunizado que deixe de operar a rota.

Os autores apontam que a cooperação entre companhias que inclua divisão de receitas, minimizando o efeito da dupla marginalização, pode ser obtida sem imunidade, citando como exemplo acordos entre empresas domésticas (que não podem ser isentas do antitruste)⁸⁶. Também questionam os benefícios apresentados pelas alianças que requereram a imunidade (por exemplo, o aumento de capacidade, que também se deu sem imunidade) ou problemas que seriam evitados por ela, dado que a *joint venture* não é de fato uma fusão entre as empresas (conflitos de interesse em rotas imunizadas continuariam a surgir, pois os mercados domésticos das rotas imunizadas não entram nos acordos⁸⁷).

Os autores também testam os efeitos sobre as tarifas de voos em conexão, criticando a metodologia dos outros estudos que não empregam (ou empregam erroneamente) ponderações na hora de auferir a tarifa média das rotas para as classes de tíquetes vendidos. Os resultados apontam que não há ganhos em termos de redução de tarifas para as rotas em conexão imunizadas, relativos aos ganhos já obtidos por rotas servidas pelos membros não imunizados das alianças.

(v) ***Gillespie & Richard (2012)***

⁸⁵ Este procedimento, o mesmo que o utilizado no estudo do DOJ, foi criticado por Willig, R; Israel, M. & Keating, B. (2011). Os autores argumentam que esta metodologia “assume, sem justificativa, que conceder a imunidade a duas companhias em uma determinada rota tem o mesmo efeito nas tarifas que uma real redução no número de companhias, que aconteceria no caso da saída de uma companhia” pág. 3. Os autores argumentam que no caso da imunidade, o incentivo pode ser de aumento da capacidade ofertada, dadas as economias de densidade.

⁸⁶ Ver pág. 11. Os acordos foram implementados pela Delta, Northwest e Continental, bem como pela United e Continental.

⁸⁷ Um dos exemplos dados é que a empresa prefere vender um trecho doméstico para um passageiro doméstico em voo operado por ela (dado que não precisa dividir as receitas do voo) do que vender o assento para a rota de longo curso.

O artigo é uma atualização do estudo de 2011 dos autores, com o propósito de defender a metodologia empregada no estudo original, bem como contestar a posição dos críticos de que a imunidade não prejudica a competição nas rotas.

Usando dados de 2005 a 2011 para o mercado transatlântico, os autores estimam que as tarifas são elevadas em cerca de 4,7% em média para cada perda de um competidor nas rotas diretas. Os autores também testam os efeitos da imunidade nas rotas indiretas, não encontrando diferenças entre as tarifas oferecidas entre rotas imunizadas e não-imunizadas pelas companhias aéreas de uma das três grandes alianças.

Um teste adicional é realizado para as rotas da SkyTeam, acompanhando-se as mudanças de tarifas entre as rotas que já eram e aquelas que vieram a ser imunizadas em 2008; novamente não houve diferenças no comportamento das tarifas.

Os autores criticam ainda os expedientes das exceções (*carve-outs*), na medida em que eles só se aplicam aos pontos de venda nos EUA (a UE ainda não se pronunciou sobre o caso) e também só incluem algumas rotas em tráfego direto, enquanto quaisquer rotas indiretas que utilizem aquela etapa ficam livres.

(vi) *Bilotkach & Hüschelrath (2012)*

O estudo propõe identificar que aspectos da imunização antitruste são necessários ou desejáveis para os benefícios esperados da cooperação e quais poderiam ser obtidos por formas possivelmente menos anticompetitivas.

Os autores apresentam três condições previstas na literatura para que as eficiências sejam obtidas no caso de uma *joint venture* entre companhias aéreas⁸⁸, sendo elas: (i) alta probabilidade de realização em um breve período após o acordo aprovado; (ii) redução de preços para os consumidores; e (iii) ganhos gerados especificamente pelo acordo proposto que não possam ser obtidos unilateralmente.

Dentre as sete eficiências analisadas, os autores listaram apenas uma delas como totalmente específica à imunização, qual seja: as reduções de custo através da coordenação em primeiro grau (ou seja, coordenação de preços, gerenciamento de *yield* e de horários de voo). Outras quatro eficiências analisadas são parcialmente atribuídas à

⁸⁸ A linguagem adotada é de fusão das empresas, mas a taxonomia também é aplicável aos casos dos acordos de imunidade das companhias aéreas.

imunização, são elas: (i) eliminação da dupla marginalização; (ii) aumento da frequência de voos; (iii) melhoria nas opções de voos *online*; e (iv) reduções de custo devido às economias de densidade. Por fim, a expansão da malha de voos e as coordenações de segundo grau (redução de custos com manutenção, check-in, bagagens, área preferencial de aeroportos e serviços de bordo) não dependem da imunização para serem implementadas.

Nas conclusões os autores chamam a atenção para o fato de que a assimetria de informação (presente na quantificação dos benefícios e eficiências da imunização solicitada) faz com que seja prudente impedir o acordo quando os potenciais efeitos negativos sobre a concorrência forem comparáveis aos benefícios estimados.

(vii) *Brueckner & Proost (2010)*

O artigo trata de forma teorizada a eficácia da imposição dos *carve-outs* nos acordos de imunidade antitruste. No modelo desenvolvido pelos autores, os mercados imunizados funcionam como uma *joint venture* (embora tal fato seja verdade apenas para um grupo seletivo de empresas, dentro de cada uma das alianças); na ausência de uma *joint venture*, os autores ponderam que os *carve-outs* são benéficos aos consumidores de uma aliança imunizada.

O modelo empregado resulta em posições ambíguas, que dependem do tamanho dos efeitos supostos e da magnitude dos parâmetros. Por exemplo, na presença de elevadas economias de densidade a imposição dos *carve-outs* é provavelmente deletéria ao bem estar social, assim como o caso nos quais os mercados que exijam voos com conexão sejam mais volumosos do que os mercados *hub-to-hub*. Na hipótese da ausência das duas características acima, recomenda-se a imposição dos *carve-outs*.

Já se a aliança não é imunizada ou é imunizada e não inclui uma *joint venture*, o cenário com a presença de *carve-outs* é sempre preferível, na visão dos autores.

(viii) *Bilotkach & Hüschelrath (2013)*

O artigo trata de um possível problema gerado pela imunização antitruste das alianças, o *market foreclosure* ou o “fechamento de mercado”, isto é, o ato de limitar ou

dificultar as operações de uma companhia aérea em determinado mercado⁸⁹. No mercado imunizado, dados os acordos de repartição de receitas, os incentivos das empresas em aceitar passageiros *interline* de companhias de fora da aliança diminuem muito.

Os resultados indicam a presença de *market foreclosure*, com reduções entre 1,1 a 5,4% nas frequências oferecidas e de 4,1 a 11,5% no número de passageiros das companhias fora da aliança servindo um *hub* recentemente imunizado, dependendo do método de estimação utilizado. Os efeitos sobre os voos entre *hubs* de alianças imunizadas concorrentes mostram-se ambíguos.

O estudo, porém, não considera efeitos mais determinantes sobre o bem estar social, na medida em que não capta os preços das passagens (a base de dados que contém tarifas só inclui serviços oferecidos por companhias americanas ou que ao menos um trecho seja oferecido por elas). A literatura citada no artigo aponta que os efeitos do *market foreclosure* não são necessariamente anticompetitivos em geral. No entanto, os autores chamam atenção que mesmo os efeitos de redução de oferta só eram estimados – via de regra - para os voos entre os *hubs* das empresas alinhadas, quando o efeito do *foreclosure* é observado principalmente nos voos de empresas não imunizadas para os *hubs* de empresas imunizadas.

Como pôde ser visto, existe grande debate acadêmico acerca dos efeitos da imunidade antitruste sobre as variáveis de mercado e não há consenso a respeito dos benefícios da medida para os consumidores.

Na seção a seguir, o tema será examinado sob a perspectiva da lei brasileira de defesa da concorrência.

8. Apreciação do tema à luz da lei brasileira de defesa da concorrência

De acordo com a legislação nacional (Lei N° 12.529, de 30 de novembro de 2011⁹⁰), a autoridade em matéria antitruste no país é o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica –

⁸⁹ São exemplos: contratos exclusivos com fornecedores/consumidores, verticalização da empresa, etc. No transporte aéreo, o exemplo principal é uma empresa dominante dificultar o acesso ao seu *hub* pelos concorrentes seja: por não aceitar passageiros para voos *interline*, cobrar diferenciadamente para empresas fora da aliança, dentre outros.

⁹⁰ Esta Lei praticamente substitui a Lei 8.884/1994, revogando quase todos seus dispositivos.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm

CADE, vinculado ao Ministério da Justiça, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda.

Cumprido ao SBDC, nos termos da lei, “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

De acordo com o *caput* do artigo 36 da Lei 12.529/2011, “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (grifos nossos).

Dessa forma, no exercício de suas atribuições, o SBDC atua basicamente de três formas: (i) no controle de atos de concentração, apreciando alianças, arranjos cooperativos, fusões e aquisições de empresas, por exemplo, que podem afetar a estrutura do mercado; (ii) na análise de condutas das empresas, verificando se são legítimas ou anticoncorrenciais; e (iii) na promoção ou advocacia da concorrência.

Tendo em vista o tema em discussão nessa Nota Técnica, qual seja, concessão de imunidade antitruste para a ação coordenada de empresas aéreas (envolvendo variáveis estratégicas), é preciso identificar eventuais diferenças no tratamento da matéria, por parte da autoridade de defesa da concorrência brasileira, de acordo com a natureza do pleito, isto é: (i) caso se trate de empresas concorrentes distintas, a apreciação do pedido levaria em conta uma análise de condutas; ou (ii) considerando a constituição de uma *joint venture*, a depender dos termos contratuais estabelecidos, a apreciação poderia se enquadrar também num controle de ato de concentração de mercado.

Nesse sentido, serão apreciados brevemente a seguir, alguns aspectos da legislação antitruste brasileira no tocante à análise das condutas e de atos de concentração.

De acordo com o artigo 36, § 3º, da Lei 12.529/2011, “as seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica”, dentre outros:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

(...)

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (*grifos nossos*).

(...)

A Lei, portanto, é explícita no tocante à proibição de condutas coordenadas por empresas no tocante a preço, produção/comercialização e divisão de mercados, que gerem os efeitos dispostos no *caput* do artigo 36, já citados.

Passando à análise dos atos de concentração, segundo o artigo 88 da Lei em epígrafe:

§ 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.

Há, portanto, nesses casos, uma análise caso a caso, com a ponderação das eficiências e dos efeitos anticompetitivos decorrentes do ato de concentração, de modo que o resultado líquido mensurado embasará a decisão de aprovação ou não da medida por parte do SBDC.

Do exposto, ressalta-se que não restou claro por meio do presente estudo o alcance das *joint ventures* firmadas pelas empresas aéreas americanas e europeias nos casos em que houve a concessão das imunidades antitrustes relatadas, por se tratar de informação processual reservada. De todo modo, pontua-se que na legislação brasileira atual não há o instituto de imunidade antitruste ou política de exceção para a atuação coordenada de empresas⁹¹, a exemplo da legislação americana e europeia. A única forma de imunidade antitruste autorizada no país é do tipo administrativa e criminal, atrelada ao acordo de leniência⁹².

Entende-se, por conseguinte, que para o avanço da matéria em território brasileiro é preciso haver alteração legislativa. No entanto, a apreciação e o posicionamento oficial do tema cabem ao SBDC⁹³.

9. Considerações Finais

Conforme visto ao longo desta Nota Técnica, a estrutura da competição no mercado aéreo internacional se transformou rapidamente nos últimos 20 anos. Uma característica fundamental desta mudança é a intensidade da cooperação entre empresas,

⁹¹ Ou pelo menos não foi identificado pela corrente Nota Técnica.

⁹² Para esses casos, o programa de leniência permite que um participante de cartel ou de outra prática anticoncorrencial coletiva denuncie a prática às autoridades antitruste e coopere com as investigações e receba, por isso, imunidade antitruste administrativa e criminal, ou redução das penalidades aplicáveis. Vide artigo 86 da Lei 12.529/2011 e <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?55d556da21ff005aee50e7>.

⁹³ Vide artigo 6º da Lei Nº 11.182/2006:

http://www2.anac.gov.br/biblioteca/leis/Lei%20n%2011_182%20compilada%20mar%202011.pdf

que avançou dos acordos *interline*, para os *codeshares* e finalmente para a imunização antitruste e *joint ventures* entre companhias aéreas de diferentes países.

A motivação inicial para a cooperação derivava das restrições que as empresas enfrentavam para oferecer serviços em cidades do exterior, tanto de natureza regulatória quanto de eficiência de malha e rentabilidade dos voos. Embora a proliferação dos acordos de céus-abertos tenha reduzido muitas amarras regulatórias, as restrições ao capital estrangeiro ainda persistem, impedindo fusões e aquisições que integrariam as malhas das empresas e permitiriam as mesmas oferecer serviços globalmente.

A imunidade antitruste mostra-se, assim, como forma alternativa de integrar as operações internacionais das companhias aéreas, sem a necessidade de mudanças nas suas estruturas de capital.

Conforme visto nesta Nota Técnica, o mercado aéreo internacional consolidou-se em torno de três grandes alianças: OneWorld, SkyTeam e Star Alliance. Todas as três alianças possuem imunidade antitruste entre suas empresas que servem ao mercado transatlântico⁹⁴. As imunizações ampliaram as possibilidades de serviços aéreos, mas ao mesmo tempo suscitam dúvidas sobre os efeitos competitivos nos mercados e vem sendo objeto de debates pelas autoridades de defesa da concorrência nos EUA e Europa, assim como pelo meio acadêmico. Em 2011, as empresas imunizadas das três alianças aéreas foram responsáveis por mais de 80% do total de passageiros entre os EUA e a Europa⁹⁵.

Os estudos sobre os efeitos competitivos das alianças imunizadas divergem quanto aos benefícios decorrentes das autorizações vigentes. As primeiras evidências empíricas - dominadas pelas experiências de imunização bilateral e, via de regra, afetas aos mercados servidos por voos *interline* - apresentam vantagens inequívocas da imunização. Tais achados, aliados à diminuição de barreiras à entrada (devido aos acordos de céus abertos), fez com que as imunizações prosseguissem e as alianças crescessem.

No entanto, na última década, os estudos que estimam os efeitos das imunizações sobre os preços das passagens são inconclusivos. Parte dos autores encontram reduções nas tarifas que ultrapassam os ganhos obtidos com os *codeshares* e não veem maiores problemas de concentração de mercado (Whalen (2007), Willig, R; Israel, M. & Keating, B. (2011) e Brueckner, Lee & Singer (2011)); enquanto outros levantam dúvidas sobre a

⁹⁴ Em alguns casos também há imunidade em serviços transpacificos.

⁹⁵ Dados da base T100 *Market* do Departamento de Transporte dos EUA.

necessidade da imunidade antitruste para se obter os benefícios da cooperação e enfatizam os efeitos anticompetitivos da medida (Gillespie & Richard (2011 e 2012) e Bilotkach & Hüschelrath (2010, 2011 e 2012)).

Em um sumário recente do debate sobre os efeitos da imunização, Bilotkach & Hüschelrath (2011) ponderam:

“In a nutshell, it can be concluded, from both theory and empirics, that the effects of antitrust immunity on market prices are undetermined. The direction of price changes following a granting of the antitrust immunity will depend on the specific market characteristics.”⁹⁶

As autoridades de defesa da concorrência do Canadá, União Europeia e nos EUA, o DOJ, vêm conduzindo investigações e/ou se manifestando em favor de um rigor maior nas autorizações da imunidade antitruste, elevando as condições para que as mesmas sejam implementadas. Isso porque os benefícios da cooperação entre as empresas precisam ser adequados à manutenção de um mercado competitivo.

Dessa forma, o debate sobre as restrições ao capital estrangeiro retoma a importância, pois a efetiva integração das empresas – sujeitas, como qualquer atividade econômica, às aprovações das autoridades de concorrência – poderia eliminar as dúvidas sobre a condição especial na qual o setor se encontra no presente, bem como eliminaria os problemas de incentivos não alinhados remanescentes no arranjo atual de *joint ventures*.

Dado exposto espera-se que as informações aqui arroladas possam embasar tecnicamente o governo brasileiro para o tratamento adequado da matéria.

⁹⁶ Bilotkach & Hüschelrath (2011) pág. 351

RODRIGO AYRES PADILHA
Especialista em Regulação

CAIO MARCELLO M. F. VIANNA
Especialista em Regulação

NATÁLIA DOS SANTOS FERREIRA
Gerente de Análise de Mercados Internacionais

De acordo.

BRUNO SILVA DALCOLMO
Superintendente de Relações Internacionais

Referências Bibliográficas

Bilotkach, V & Hüschelrath, K. (2013) Airline Alliances, Antitrust Immunity and Market Foreclosure. *Review of Economics and Statistics (forthcoming)*.

_____ (2011) Antitrust Immunity for Airline Alliances. *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 7(2), 335-380.

_____ (2012) Airline Alliances and Antitrust Policy: The Role of Efficiencies. *Journal of Air Transport Management*, Vol. 21, 76-84.

Brueckner, J. K. (2003) International Airfares in the Age of Alliances: The Effects of Codesharing and Antitrust Immunity. *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 85, No. 1, pp. 105-118.

Brueckner & Whalen (2000) The Price Effects of International Airline Alliances. *Journal of Law & Economics*, vol. 43, pp. 503–545

Brueckner, J. K. & Proost, S. (2010) Carve-outs under airline antitrust immunity. *International Journal of Industrial Organization*, vol. 28, p.657–668.

Brueckner, J. K; Lee, D. & Singer, E. (2011) Alliances, Codesharing, Antitrust Immunity, and International Airfares: Do Previous Patterns Persist? *Journal of Competition Law & Economics*, 7(3), 573–602.

DOT & European Commission (2010) Transatlantic Airline Alliances: Competitive Issues and Regulatory Approaches. Report prepared by the European Commission and United States Department of Transportation. Disponível em; <http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/>

Gillespie, W. & Richard, O. M (2011) Antitrust Immunity and International Airline Alliances. *Economic Analysis Group Discussion Paper 11-1*, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Washington D.C.

_____ (2012) Antitrust Immunity Grants to Joint Venture Agreements: Evidence from International Airline Alliances. *Economic Analysis Group Discussion Paper 11-1 (2012 version)*, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Washington D.C.

Rey, Patrick & Tirole, Jean (2007) A Primer on Foreclosure. *Handbook of Industrial Organization*, Volume III, Chapter 33.

Santacruz, Ruy (2009) Acordos internacionais na indústria de transporte aéreo de passageiros e impacto sobre o bem-estar econômico. Estudos Regulatórios, ER-3, ANAC.

Whalen, T. W. (2007) A panel data analysis of code-sharing, antitrust immunity, and open skies treaties in international aviation markets. *Review of Industrial Organization*, Vol. 30: 39–61

Willig, R; Israel, M. & Keating, B. (2011).”Competitive Effects of Airline Antitrust Immunity”. DOT-OST-2008-0252.