

**Secretaria Nacional do Consumidor e PNUD**

***Serviços de consultoria:***

***Projeto BRA/11/008 – Fortalecimento da proteção e defesa da concorrência e dos direitos do consumidor no Brasil***

***Produto 2.7 – Proteção e Defesa do Consumidor junto aos mercados de serviços privados e serviços públicos regulados do Resultado 2 -Sistema Nacional de Defesa do Consumidor Fortalecido***

***Avaliação da aplicabilidade da doutrina de essential facility no segmento de distribuição de combustíveis de aviação e análise regulatória do setor de combustíveis de aviação***

**Produto 5 - Análise conceitual sobre “Essential Facilities Doctrine – EFD” e a viabilidade de aplicação ao segmento de distribuição de combustíveis de aviação no setor aeroportuário brasileiro**

**Delia Rodrigo, Consultora Sênior em Reforma Regulatória**

**15 de julho de 2020**

## Sumário

1. Introdução	3
2. O conceito da “essential facility” e a Essential Facilities Doctrine (EFD)	3
3. Os aspectos económicos da Essential Facilities Doctrine (EFD)	6
4. Experiências práticas no uso do conceito “essential facility”	8
4.1. Estados Unidos	8
4.2. União Europeia	10
4.3. Austrália	11
5. A viabilidade do uso da “essential facility” ao segmento da distribuição dos combustíveis de aviação no setor aeroportuário brasileiro	13
6. Considerações finais	15
7. Referências bibliográficas	15

## 1. Introdução

O produto 5 desta consultoria apresenta uma análise conceitual sobre a *Essential Facilities Doctrine* (EFD) e a sua viabilidade de aplicação ao segmento de distribuição de combustíveis de aviação no setor aeroportuário brasileiro.

A doutrina tem sido desenvolvida, principalmente, na jurisprudência e como uma resposta para garantir a concorrência em setores altamente concentrados, com características de monopólios naturais. Ela tem evoluído para outros setores, não só da infraestrutura física, mas também de ativos intangíveis, como os dados e a propriedade intelectual.

A relevância deste relatório para o projeto como um todo é grande porque trata-se de entender a descrição e a abordagem conceitual da doutrina, mas também a sua implementação no quadro regulatório em diversos setores econômicos, em vários países. Alguns dos pressupostos básicos da doutrina têm sido abordados ao longo da história de várias formas na política de concorrência e no setor dos combustíveis de aviação no Brasil já tem sido utilizados alguns deles.

Este relatório tem a seguinte estrutura. No capítulo 2 é discutido o conceito da *essential facility* e o da *Essential Facilities Doctrine* (EFD), desenvolvidos principalmente nos Estados Unidos e mais recentemente na União Europeia. No capítulo 3 são apresentados os aspectos econômicos da EFD. A questão principal é entender as razões econômicas que motivam a discussão da EFD e as consequências econômicas dela. O capítulo 4 apresenta algumas experiências internacionais no uso ou referência ao conceito da *essential facility*. Finalmente, no capítulo 5 é discutido o grau de viabilidade para o uso da EFD no segmento da distribuição de combustíveis de aviação no setor aeroportuário do Brasil. Considerações finais vão ser discutidas no capítulo 6 deste relatório.

## 2. O conceito da “*essential facility*” e a *Essential Facilities Doctrine* (EFD)

O conceito da “*essential facility*” refere-se aos ativos e às infraestruturas que são necessárias para chegar até o consumidor e/ou possibilitar que concorrentes realizem as suas atividades. A variedade de conceitos incluídos nessa denominação reflete o uso da ideia em vários países que têm adotado diversos tipos de doutrinas de “*essential facility*”. Originalmente, o conceito foi criado nos Estados Unidos, na jurisprudência surgida de casos na implementação da lei de concorrência. Mas os casos são variados também e o conceito abrange vários elementos que serão explicados em seguida.

Um ativo ou uma infraestrutura considera-se essencial se a sua duplicação é impossível ou extremamente difícil devido a impedimentos físicos, geográficos, legais ou econômicos (European Commission, 2002). Por exemplo, a rede de distribuição de energia elétrica dificilmente poderia ser duplicada por dois competidores. Como consequência, intervenções de política pública ou regulatórias precisam ser feitas para que os concorrentes possam usar a mesma infraestrutura. A impossibilidade da duplicação, porém, não é simples de provar. O

concorrente que precisa do ativo ou da infraestrutura vai ter que provar, não só com a inconveniência, mas com uma perda econômica, que não há alternativa prática para duplicar o ativo ou a infraestrutura.

No conceito da “essential facility” o proprietário desse ativo ou infraestrutura é obrigado a dar acesso para esse ativo ou infraestrutura por um preço “razoável” (OECD, 1996). Na concorrência econômica, o negar acesso a um ativo ou uma infraestrutura essencial é considerado um abuso de posição dominante<sup>1</sup> pela entidade que controla a infraestrutura, particularmente quando isso impede a concorrência no mercado de *downstream*<sup>2</sup>. Assim, no conceito é importante a existência de dois mercados, um deles de *upstream* e outro de *downstream*. Geralmente, uma empresa está ativa nos dois mercados e concorrentes tentam fazer negócios no mercado de *downstream*. Esse competidor potencial precisa do *input* oferecido pela companhia integrada, mas ela rejeita oferecer esse *input*. Se o conceito da “essential facility” for aplicado, então essa companhia integrada deveria ser obrigada a oferecer o *input*.

A rejeição para dar acesso às infraestruturas pode ter efeitos restritivos relevantes na concorrência. O uso do termo “essential facilities” tem sido desenvolvido na doutrina originada em decisões judiciais, a jurisprudência, principalmente nos Estados Unidos. Diversos casos onde o acesso à infraestrutura tem sido recusado pela companhia dominante foram levados para a justiça (ver a seção 3 deste relatório). A justiça americana tem avaliado, em alguns casos, que usando o conceito de “essential facilities” é possível dar uma solução obrigatória de acesso, impondo uma responsabilidade para a companhia monopolista de interagir com os concorrentes, obrigando o monopolista a oferecer acesso aos ativos ou à infraestrutura que o monopolista controla e é necessária para uma concorrência efetiva.

Para que um ativo ou uma infraestrutura possa ser categorizada como “essential facility” algumas características precisam ser identificadas. A EFD estabelece que quatro elementos são necessários para poder estabelecer a responsabilidade de uma companhia monopolista: i) o

---

<sup>1</sup> De acordo com a Autoridade da Concorrência do Portugal, um abuso de posição dominante é uma prática restritiva da concorrência que decorre da utilização ilícita por parte de uma empresa (ou de um conjunto de empresas, no caso de se tratar de posição dominante coletiva) do poder de que dispõe(m) num determinado mercado. Um abuso de posição dominante é a utilização indevida por uma empresa do seu poder de mercado, resultando na exploração dos outros agentes económicos ou na exclusão de concorrentes do mercado.

Entende-se que a empresa abusa da posição dominante de que dispõe quando leva a cabo comportamentos suscetíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido, tendo como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência.

Existem duas categorias principais de abuso. Os abusos por exploração (em que a empresa em posição dominante explora o domínio que exerce no mercado em detrimento dos demais agentes económicos), que englobam, por exemplo, preços excessivos, condições contratuais não equitativas ou discriminação e os abusos por exclusão (orientados para o afastamento de concorrentes do mercado), que englobam, por exemplo, a recusa de fornecimento, a prática de preços predatórios ou de esmagamento de margem.

<sup>2</sup> O mercado *downstream* é aquele que se encontra na fase seguinte da cadeia de produção ou distribuição. Por exemplo, a distribuição e a venda de veículos seria o mercado *downstream* em relação ao mercado de produção de veículos.

controle da infraestrutura é exercido pelo monopólio; ii) a incapacidade de um concorrente, em termos práticos e razoáveis, para duplicar as infraestruturas essenciais; iii) a existência de uma negação do uso da infraestrutura essencial a um concorrente; e iv) a viabilidade técnica de compartilhar o ativo ou a infraestrutura essencial.

A definição e o escopo do termo “essential facilities” são controversos e complexos. O princípio geral sobre uma infraestrutura essencial faz referência a infraestrutura que é controlada por uma empresa dominante integrada verticalmente à qual outras empresas, independentes, precisam do acesso para poder oferecer seus produtos e serviços. Porém, a regra geral é que uma empresa não tem obrigação nenhuma de negociar com os seus concorrentes.

A EFD é objeto de debate e não há um consenso nos Estados Unidos para o seu uso. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos não tem reconhecido a EFD, mesmo se ele tem deliberado sobre vários casos onde referências à EFD têm sido usadas (Areeda, 1989). O Supremo Tribunal tem apoiado a doutrina só por insinuação, mas não existe até hoje uma explicação racional do uso da doutrina que explore os custos e benefícios de obrigar uma companhia que tem desenvolvido a infraestrutura para o seu compartilhamento com outros concorrentes.

Em vários casos o seu uso tem sido feito pelos tribunais inferiores que têm sido confrontados com situações onde uma companhia de caráter monopolista recusa o acesso aos concorrentes. A EFD faz parte de uma teoria de responsabilidade anticoncorrencial, antiga e polêmica, onde o monopolista exerce o poder da posição monopolista para obter uma vantagem competitiva porque rejeita o acesso à infraestrutura necessária para as operações econômicas. Quando usada, a EFD significa a imposição de uma obrigação no monopolista para que dê o acesso a infraestrutura.

O debate também atinge os impactos que a EFD pode ter no mercado em questão. Para alguns autores, a doutrina é considerada muito intrusiva e, no caso dos Estados Unidos, pode estar em contraposição de preceitos constitucionais. Para Areeda (1989), a EDF deveria ser limitada observando seis princípios:

- i. Não existe uma obrigação de compartilhar: um acesso obrigado, se ele existe, deveria ser muito excepcional;
- ii. A infraestrutura de uma única companhia é “essencial” quando ela é crítica para a vitalidade competitiva do demandante e o demandante é essencial para a concorrência do mercado. “A vitalidade competitiva do demandante” significa que o demandante não pode concorrer efetivamente sem essa infraestrutura e a duplicação dela ou alguma alternativa não estão disponíveis.
- iii. Ninguém deveria ser obrigado a negociar com um concorrente. Isso só se justifica se o resultado é melhorar a concorrência no mercado, com redução de preço ou incremento de resultados ou inovação. Essa melhoria seguramente não acontecerá se i) a atividade econômica não produz os resultados desejados; ii) o demandante não é um concorrente de verdade; iii) se o demandante substitui o monopólio ou compartilha os ganhos do monopólio; iv) se o monopolista já tem privilégios para taxar o preço do monopolista pelos seus recursos.

- iv. Mesmo com todas as condições satisfeitas, recusar o acesso nunca é ilegal, pois a decisão se legitima pelo objetivo legítimo de fazer negócio. O acusado da recusa de acesso precisa provar esse objetivo legítimo de fazer negócio e o demandante precisa persuadir os tribunais de que sua demanda é justificada.
- v. A intenção do acusado deve ser investigada porque quando ele recusa compartilhar a infraestrutura com os concorrentes obviamente limita a concorrência e aumenta os seus benefícios. O que deve ser verificado é se foram utilizados meios impróprios para conseguir isso.
- vi. **Os tribunais não deveriam impor uma obrigação para uma companhia compartilhar a sua infraestrutura se não é possível explicar corretamente o processo ou supervisionar adequadamente e razoavelmente esse compartilhamento.**

Outros autores (Weber, 2008) acham que a EFD é uma ferramenta útil, mas limitada, para criar as condições de acesso aberto para os concorrentes. Ela precisa ser combinada com outras teorias para poder dar senso ao uso compartilhado da infraestrutura. A teoria da infraestrutura ajudaria nesse propósito. Essa teoria fala do uso não discriminatório da infraestrutura, no sentido de satisfazer alguns critérios para o lado da demanda: i) a capacidade de ser compartilhada, isso é, infraestrutura que pode ser usada por vários usuários (concorrentes) ao mesmo tempo; ii) a demanda social da infraestrutura está determinada pelas atividades produtivas *downstream*, porque elas requerem o uso da infraestrutura como um input para poder ser realizadas; iii) o recurso dessa infraestrutura é então um input para outros bens e serviços, incluindo bens privados, bens públicos, etc.

Outros autores (Pitofsky et al., 2002) têm mostrado que a discussão sobre a EDF também implica que as obrigações impostas pelos tribunais podem reduzir os incentivos para a inovação e que qualquer obrigação de compartilhamento precisa de determinar os termos e condições para o acesso, tais como preço, prioridade, etc., garantindo uma supervisão contínua.

### 3. Os aspectos económicos da *Essential Facilities Doctrine* (EFD)

Do ponto de vista econômico, a recusa de uma companhia para fornecer um ativo ou uma infraestrutura (ou fazer transações com outras empresas) em diversas indústrias tem consequências que precisariam ser analisadas pois elas afetam o bem-estar dos consumidores e a sociedade em geral.

Uma empresa que esteja verticalmente integrada e controle insumos *upstream* pode ter um incentivo para negar que os concorrentes possam ter acesso a esses insumos. A empresa vai tentar expandir o seu poder monopolista em mercados de *downstream*. Uma forma de reduzir a perda de bem-estar poderia ser usando a regulação de preços finais, aceitando a condição de monopólio. Mas uma alternativa para tentar reduzir o problema pode ser a garantia de acesso, intervindo no mercado *upstream* para que a empresa integrada compartilhe os recursos essenciais com os concorrentes no *downstream*, deixando que os preços sejam determinados pela concorrência no segmento de downstream. Duas formas podem ser usadas para garantir o

acesso: i) a regulação dos ativos ou infraestruturas essenciais, geralmente em infraestruturas de rede, ou ii) acesso aberto, usando o licenciamento obrigatório, tais como o caso das patentes.

De acordo com a OCDE (1996) a referência para a EFD pode acontecer em diferentes estruturas de mercado. As mais comuns são apresentadas em baixo.

i. Integração vertical *downstream* por um monopólio não regulado

Na primeira hipótese uma empresa (A) é um monopólio no mercado *upstream* e no mercado *downstream* há duas empresas (A e B) que operam no duopólio. B compra os insumos de A, sendo que esta é o único fornecedor, não havendo outro meio de obtê-los. Se A não oferece os insumos para B, e A está integrada verticalmente *downstream*, então essa decisão pode afetar o bem-estar do consumidor, positiva ou negativamente.

ii. Concorrência em mercado de *upstream* não regulado

Se no mercado de *upstream* operam empresas A, Y e Z e no mercado de *downstream* operam empresas A, B, C, D e E. Se B pode adquirir os *inputs* necessários para operar tem pouca relevância para o bem-estar do consumidor. Entre as outras empresas, a concorrência pode ser suficiente para não afetar o bem-estar do consumidor.

Nos dois casos é importante a definição de mercado para poder avaliar os efeitos estáticos do bem-estar pelo fato de obrigar a dar acesso ao ativo ou à infraestrutura. Os efeitos estáticos referem-se à eficiência estática que inclui a eficiência produtiva e a eficiência na alocação. A eficiência produtiva é a produção e a distribuição aos menores custos possíveis. A eficiência na alocação, também conhecida como eficiência distributiva, refere-se à distribuição de bens nos mercados que são os mais valiosos.

Quando o acesso à infraestrutura é obrigado, deveria ser garantido que vai se incentivar uma eficiência dinâmica. Essa eficiência está relacionada com inovação e pesquisa. O bem-estar é otimizado num prazo de tempo se novos produtos e serviços são criados. Se o acesso à infraestrutura é capaz de criar esses novos produtos e serviços, ou melhorar o bem-estar do consumidor, a obrigação de dar acesso ao uso da infraestrutura justificaria economicamente essa decisão. Para a empresa, a obrigação de dar acesso não é um incentivo, pois a posição dominante garante o seu retorno. Com a obrigação de compartilhar, o retorno pode ser reduzido.

Abrir a concorrência no mercado *downstream* usando a EFD pode reduzir os incentivos da empresa para investir. **O ganho de maior concorrência no mercado *downstream* pode ser eliminado se há uma degradação das infraestruturas e ativos no mercado *upstream*.** Uma política de acesso que incrementa a eficiência estática pode ter efeitos adversos na eficiência dinâmica e é esse balanço que precisa ser avaliado com cuidado na tomada de decisões (Klump & Su, 2009).

Obrigar uma empresa a oferecer acesso aos concorrentes faz parte de um debate sobre incentivos para investimentos. Aqueles opostos ao acesso e compartilhamento das infraestruturas acham que as empresas não terão incentivos para investir nessas infraestruturas pois as empresas sofrem uma violação a seus direitos de propriedade de ativos produtivos. Outro grupo acha que o acesso aberto pode trazer ganhos importantes na eficiência estática, mas um sistema tarifário precisa ser desenhado considerando os incentivos para os investimentos necessários para manter a qualidade dessas infraestruturas.

## 4. Experiências práticas no uso do conceito “essential facility”

Vários países têm usado a EDF e o conceito de “essential facilities”, seja em casos que têm sido resolvidos pela justiça, seja em regulação especificamente elaborada para tratar dessa temática. Este capítulo apresenta alguns exemplos nos Estados Unidos, na União Europeia e na Austrália.

### 4.1. Estados Unidos

Em 1887 o Congresso americano criou a *Interstate Commerce Commission* (ICC), a primeira agência reguladora federal. Em 1897 o Sherman Act foi decretado, estabelecendo que “a concorrência é o melhor método para alocar recursos numa economia livre de mercado”. A seção 2 do Sherman Act tem sido referência no uso da EFD, mas sem evidência clara. A violação da seção 2 do Sherman Act tem dois elementos: i) a propriedade do poder monopólico no mercado relevante, e ii) a aquisição e a manutenção voluntariosa desse poder, diferenciado de uma consequência de um produto superior, a sagacidade empresarial ou um acidente histórico (Podell, 2013). Nesse contexto, a EDF refere-se à dominância do mercado adquirida por uma conduta monopolista e um recurso vital para a viabilidade concorrencial não pode ser negado para um concorrente.

Em 1912, a primeira referência no uso da EFD nos Estados Unidos, sem ser nomeada como tal pelo Supremo Tribunal, foi no caso da *Terminal Railroad Association*<sup>3</sup>. Quatorze via férreas formaram a *Terminal Railroad Association* de St. Louis em 1899 para operar o *ferry* e duas pontes que cruzavam o rio Mississippi em St. Louis, Missouri. Essa infraestrutura foi adquirida pela combinação de alguns participantes da associação que chegavam até St. Louis. Esse grupo só adquiriu a infraestrutura existente, não desenvolveu nenhuma infraestrutura adicional. O grupo esteve na posição de usar o monopólio já existente para excluir concorrentes que precisavam passar pela interconexão. Usando como referência a Seção 1 do Sherman Act, referente ao fato de não poder excluir concorrentes no caso de um acordo com uma *joint venture* (associação de empresas) e entendendo que não era possível duplicar outra ponte ou uma linha de *ferry*, o Supremo Tribunal determinou que a associação tinha o único meio para cruzar o rio Mississippi, o que era uma restrição e uma combinação ilegal. O Supremo Tribunal reconheceu que o grupo tinha obtido um monopólio no processo de compra-venda e concluiu que a forma mais simples e eficiente de remediar o problema era admitir concorrentes não-membros ao grupo. O Supremo

---

<sup>3</sup> United States vs. Terminal Railroad Ass’n, 224 U.S. 383 (1912)



estabeleceu duas possibilidades de solução: um acordo entre as partes para admitir concorrentes ou a dissolução da compra e venda.

Esse caso aconteceu um ano depois do caso entre o Governo americano e a *Standard Oil Co.*<sup>4</sup>, mencionado no Produto 4 desta consultoria, que estabeleceu a doutrina “the rule of reason”, que estabelece que as ações de um monopólio precisam ser analisadas pela regra da razão e só são consideradas ilegais quando o seu efeito é conter o comércio insensatamente. O caso é relevante para o setor dos combustíveis pois a *Standard Oil Co.* foi culpada de conduta anticoncorrencial e abusiva, levando com que a companhia fosse dividida em várias empresas concorrenciais.

Outros dois casos<sup>5</sup> foram também usados pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos para dar conteúdo à EDF, mas sem falar diretamente de “infraestruturas essenciais”, só aceitar que a recusa de um acesso igual e não-discriminatório às infraestruturas de uma companhia dominante constituía uma violação da lei da concorrência.

O termo EFD foi cunhado pelo Professor A.D. Neale em 1970, no seu tratado *The Antitrust Laws of the United States*, que analisou os casos do Supremo Tribunal e tribunais inferiores que tinham se preocupado com a recusa de uma companhia dominante integrada verticalmente quando tratava com um concorrente. O termo foi usado pela primeira vez na decisão do tribunal no caso *Hecht v. Pro-Football, Inc.*<sup>6</sup>, iniciado por um grupo que tinha buscado uma franquia na liga de futebol americano em Washington, D.C. O demandante perdeu a franquia, principalmente, porque foi proibido de alugar o único estádio adequado para o futebol profissional por uma cláusula restritiva no contrato de aluguel entre a franquia que usava o estádio e a autoridade do estádio.

Uma década depois, os elementos da EFD foram estabelecidos com maior clareza na decisão sobre MCI<sup>7</sup>, uma companhia telefônica que tentava ser concorrente da AT&T, tradicionalmente o monopólio regulado para o sistema de telefone fixo na maioria do mercado americano. MCI alegou uma violação ilegal da Seção 2 do Sherman Act pela AT&T, que não conseguia, sem justificar, interconectar o tráfico de longa distância aos sistemas de telefone fixo para poder completar as chamadas. AT&T argumentava que a recusa para interconectar estava justificada pela incompatibilidade tecnológica e a falta de aprovação regulatória. A MCI ganhou o julgamento quando o Sétimo Circuito estabeleceu responsabilidade para uma porção das infraestruturas essenciais e determinou quatro elementos que tem se convertido em doutrina dentro da responsabilidade anticoncorrencial quando uma companhia não consegue fazer negócios com um rival se:

---

<sup>4</sup> United States v. Standard Oil Co., 221 U.S. 1 (1911)

<sup>5</sup> Associated Press v. United States, 326 U.S. 1, 18-19 (1945) e Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366, 382 (1973).

<sup>6</sup> 570 F. 2d 982 (D.C. Cir. 1977), *cert. denied*, 436 U.S. 956 (1978)

<sup>7</sup> MCI Commc'ns Corp. V. Am. Tel. and Tel. Co., 708 F.2d 1081, 1132-33 (7th Cir.), *cert. denied*, 464 U.S. 891 (1983)

- i. O monopolista controla o acesso a uma infraestrutura essencial
- ii. A infraestrutura não pode ser praticamente ou razoavelmente duplicada pelo concorrente
- iii. O monopolista recusa o acesso ao ativo ou à infraestrutura ao concorrente e
- iv. A possibilidade de outorgar o acesso.

Um quinto elemento tem sido adicionado por outros tribunais em outros casos: quando o acusado não tem uma justificação comercial válida para recusar o trato com o concorrente.

Um ponto interessante da EDF nos Estados Unidos e o fato de que mesmo se tribunais inferiores têm utilizado os princípios da doutrina, poucos casos têm sido ganhos pelos demandantes com a aplicação da EDF. Em geral, os tribunais têm sido conservadores no uso da doutrina e a imposição de obrigações de compartilhar a infraestrutura.

## 4.2. União Europeia

Na jurisprudência da União Europeia é menos claro o uso da EDF, comparada com o caso dos Estados Unidos. O direito europeu tem evoluído cautelosamente, mas pragmaticamente também, na implementação de princípios gerais para garantir que as empresas não sejam limitadas no uso de suas vantagens competitivas de forma legítima. O Tratado que criou as instituições europeias estabelece que a concorrência no mercado comum europeu não pode ser distorcida. Isso se aplica para as companhias privadas, mas também para as empresas propriedade do Estado. O Tratado também insiste na conduta não-discriminatória e a necessidade de assegurar o acesso aos serviços essenciais para outras empresas, sem limitar as vantagens de propriedade e minimizando os custos administrativos para todas as partes envolvidas.

No direito europeu o termo “essential facility” não é amplamente usado. Mas o princípio do conceito é claro: empresas dominantes têm que oferecer as suas infraestruturas caso seja necessário para que concorrentes possam concorrer. Os concorrentes não podem ser colocados em franca desvantagem nem podem ser discriminados para favorecer a mesma companhia que é proprietária da infraestrutura, não sem uma justificação. O princípio se aplica para quem deseja acesso à infraestrutura para poder entrar no mercado relevante. A questão de monopólio natural não é definitiva, o que importa é que se a recusa exclui todos ou a maioria dos concorrentes do mercado, então a infraestrutura pode ser considerada como essencial.

O artigo 102 dos Tratados Europeus estabelece as condições sobre a proibição de atos abusivos feitos por empresas dominantes. O artigo não estabelece a proibição de propriedade, mas de abuso de posição dominante. O artigo oferece uma lista não exaustiva de práticas abusivas, todas as quais têm como consequência o efeito anticoncorrencial e o consequente dano para os consumidores. A recusa de fornecimento é uma dessas práticas abusivas e quando uma empresa, que controla um ativo ou infraestrutura no mercado *upstream* recusa fornecer o insumo para um terceiro, está obstruindo sua entrada no mercado *downstream*. As cinco condições que devem ser observadas para aplicar o artigo 102 para a recusa do fornecimento são:

- i. A recusa de fornecimento de um produto o serviço no mercado *upstream*.
- ii. O domínio da empresa no mercado *downstream*.
- iii. A recusa prejudica ou distorce a concorrência no mercado *downstream*.
- iv. A infraestrutura que foi recusada é essencial para uma concorrência efetiva no mercado *downstream*.
- v. Falta de uma justificativa objetiva da recusa.

A aplicação da EFD na Europa é então decorrente da ideia de proibir condutas abusivas. Tem sido utilizada não só em infraestruturas de serviços públicos, mas também em áreas de intangíveis, tais como na propriedade intelectual.

Um caso relevante para a discussão da EFD em intangíveis, além de outros casos em infraestrutura física, foi a controvérsia entre *IMS Health Inc.* e *NDC Health Corporation* que aconteceu em 2001, dois concorrentes nos serviços de dados farmacêuticos na Alemanha. O mercado neste caso implica a compra de dados referentes às vendas de farmacêuticos na Alemanha. Esses dados precisam ser reportados em quantidades agregadas para ser anônimos, de acordo com a lei de privacidade alemã, mas em unidades tão pequenas que possam ajudar a elaborar estratégias de mercado e acompanhar as vendas por área porque essas vendas por áreas são usadas para compensar as pessoas que vendem os remédios. Os dados farmacêuticos são reportados usando uma “estrutura de tijolo” baseada no código postal alemão. A maioria das companhias farmacêuticas usam essa estrutura e comprometem-se a compensar o pessoal nas suas vendas. A empresa *IMS Health Inc.* tinha permitido outras empresas usar a estrutura, mas quando o concorrente *NDC Health Corporation* entrou no mercado, tentou recusar o uso dessa estrutura, argumentando um interesse de direitos autorais. A Comissão Europeia iniciou uma investigação e ordenou que IMS desse acesso à estrutura em termos comerciais razoáveis, mas a decisão foi apelada no Tribunal de Primeira Instância. A apelação foi rejeitada.

#### 4.3. Austrália

A Austrália diferencia-se dos Estados Unidos porque considera que a via judicial não é a melhor forma de definir os abusos de poder de mercado que têm a haver com princípios da política de concorrência que trata do tema de acesso. Por isso, a Austrália tem desenvolvido um regime administrativo para isso.

Em 1995 foi publicada a *Competition Policy Reform Act* que facilitou a integração, numa nova parte (Part IIIA) da antiga *Trade Practices Act de 1974*, de um regime de acesso nacional que tenta garantir o acesso para algumas infraestruturas relevantes, como redes de eletricidade ou oleodutos, para promover a concorrência. Em geral, o proprietário ou o operador das infraestruturas tem o incentivo de recusar ou limitar o acesso para restringir a concorrência em mercados de *upstream* ou *downstream* onde o proprietário oferece o serviço e taxar preços de monopólio para dar acesso.

Na Austrália, o Relatório sobre Política de Concorrência (*Hilmer Report*) recomendou a declaração do “direito de acesso” nos seguintes casos:

1. Acesso ao ativo ou à infraestrutura em questão para permitir uma concorrência efetiva numa atividade de *downstream* ou *upstream*. O acesso precisa ser essencial, além de só conveniente.
2. A declaração é feita no interesse público, considerando:
  - a. A relevância da indústria para a economia nacional; e
  - b. O impacto esperado da concorrência efetiva nessa indústria para a competitividade nacional.
3. Os interesses legítimos dos proprietários devem ser protegidos por meio da imposição de uma taxa de acesso e outros termos e condições que sejam justas e razoáveis, incluindo o reconhecimento dos requisitos presentes e futuros para a capacidade da infraestrutura.

Esses critérios devem ser observados no caso de grande infraestrutura, tais como redes de transmissão, oleodutos, portos, mas não em relação a produtos, processos produtivos e outras infraestruturas comerciais. A particularidade na Austrália é o fato de que a maioria dessas infraestruturas têm sido geradas pelo Estado no passado ou encontram-se em poder de empresas estatais. Na Austrália, a racionalidade do interesse público para dar acesso não está condicionado pelo tipo de propriedade, mas é importante tomar conta do fato que a infraestrutura está em mãos do Estado.

A legislação australiana foca no acesso ao serviço oferecido por meio de uma infraestrutura e não ao acesso à infraestrutura diretamente. Para poder conseguir esse acesso por um concorrente é necessário dar seguimento a um processo administrativo que pode seguir duas vias:

- i. Um processo obrigatório onde é necessário “declarar” o serviço. A declaração é recomendada pelo *National Competition Council* depois de uma pesquisa e o cumprimento de várias condições. A declaração oferece o “direito de negociar” o acesso, garantindo que se as partes não conseguem um acordo sobre o acesso, haverá arbitragem obrigatória.
- ii. Um processo voluntário onde uma companhia oferece para a *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) um empreendimento que estabelece os termos e condições de acesso para um terceiro. Se a ACCC aceita o empreendimento, logo de um processo de consulta pública, o serviço oferecido pela infraestrutura não pode ser declarado. Isso garante que o proprietário tem a certeza sobre os arranjos de acesso.

Na Austrália o regime de acesso aplica para infraestruturas de uma companhia ou de um grupo de companhias.

Como foi dito, o regime se aplica para o serviço de uma infraestrutura, pois é considerado que a infraestrutura pode oferecer vários serviços ao mesmo tempo. A característica de “essencial” pode ser aplicada apenas a um serviço entre os vários oferecidos. O que faz esse serviço essencial inclui os seguintes elementos:

- i. Que o acesso ao serviço promove a concorrência dentro do mercado;

- ii. Que não seria economicamente viável desenvolver outra infraestrutura para oferecer esse serviço;
- iii. Que a infraestrutura é de relevância nacional considerando a seu tamanho, a relevância para o comércio entre os estados ou ao nível internacional ou pela importância para a economia nacional.

Em geral, o termo “essencial” faz referência a pouco menos de 100% do mercado, isto é, um elemento característico de um monopólio natural. Mas a duplicação da infraestrutura pode não ser relevante, pois pode ser que não seja necessário duplicar toda a infraestrutura para oferecer o serviço ou que só parte da infraestrutura possa ser usada para oferecer o serviço.

## 5. A viabilidade do uso da “essential facility” ao segmento da distribuição dos combustíveis de aviação no setor aeroportuário brasileiro

A situação atual do segmento da distribuição dos combustíveis de aviação no Brasil, onde existe um monopólio com uma empresa integrada verticalmente e há poucos concorrentes que nem sempre conseguem usar a infraestrutura requerida para o transporte e armazenagem do combustível e depois a sua distribuição nos aeroportos, parece ideal para o uso do conceito da “essential facility” ou da EFD. Porém, importantes considerações devem ser feitas numa avaliação sobre a viabilidade do uso desse conceito no Brasil.

Um primeiro ponto, argumentado por uma parte da literatura contra o uso da EFD, aponta que a EFD pode ser considerada contrária à ideia de liberdade econômica que as empresas têm para decidir com quem elas mantêm relações comerciais. Garantir o acesso a infraestruturas ou ativos de uma empresa, que financiou e pagou por eles, precisa não intervir nessa liberdade de decisão que a empresa possui. Se a empresa tivesse sabido que o acesso para terceiros ia ser obrigatório, talvez ela nunca tivesse feito o investimento.

Mas no caso de infraestruturas em monopólios naturais (e outros intangíveis, como a propriedade intelectual), há concordância ao nível internacional que é necessário intervir para preservar e reforçar o nível de concorrência e não colocar barreiras de entrada. O objetivo final da política de concorrência é desenvolver e aumentar o bem-estar dos consumidores enquanto promove-se a inovação. Porém, o uso do conceito de ativo ou infraestrutura essencial e a sua doutrina, EFD, não é simples. Uma adequada avaliação dos impactos possíveis com uma tal proposta é imprescindível para esclarecer se a definição de infraestruturas essenciais traz benefícios maiores aos custos para a sociedade em conjunto.

No setor de transportes as decisões sobre o acesso à infraestrutura são complexas por vários motivos. É verdade que recusar o acesso impõe custos substanciais que colocam em desvantagem os fornecedores no mercado. As empresas interessadas na venda de combustíveis de aviação podem se encontrar nessa desvantagem versus a empresa dominante no setor. Os consumidores brasileiros podem ser afetados por essa situação. Além disso, poderia se entender

que as capacidades das infraestruturas existentes poderiam ser expandidas, mas isso fica difícil com a estrutura de mercado atual.

Poderia se pensar que declarar as infraestruturas como essenciais seria a solução rápida para o setor dos combustíveis de aviação. Vários países têm usado, em outros contextos e setores, a EDF para justificar o acesso, sem precisar fazer uma regulação mais acabada no caso desses monopólios verticalmente integrados. Ao garantir o acesso de outros concorrentes, espera-se que a concorrência ajude na redução dos preços, aumento na qualidade do produto fornecido e a inovação nos mercados se incrementa.

A questão é que vários problemas existem na aplicação da EDF. Um dos mais complexos é determinar as relações de concorrência entre as companhias em disputa. Se as relações entre o demandante e o acusado (aquela empresa que tem o monopólio da infraestrutura) não são suficientemente concorrenciais, é difícil considerar e provar que ela perde frente a uma prática monopólica.

Um outro problema é que se a solução é obrigar a empresa monopolista a compartilhar o acesso, isto precisa ser acordado de forma cautelosa (Pitofsky et. al, 2002). Na lei americana o princípio é que uma empresa não tem obrigação de negociar com os seus concorrentes, só em casos excepcionais. Quando uma companhia recusa negociar ou tratar com um concorrente pode ser necessário colocar limitações para essa decisão da empresa. Os tribunais americanos têm entendido que é ilegal limitar o comércio excluindo o uso de uma infraestrutura que é escassa. Mas os tribunais americanos têm sido cautelosos no uso e implementação da EDF, particularmente na obrigação imposta de compartilhamento. Se um monopólio tem uma causa justificada, por uma questão comercial ou tecnológica, para negar o acesso às infraestruturas em disputa, os tribunais dificilmente usam a EDF para obrigar a companhia a compartilhar as infraestruturas. Os tribunais têm tentado fazer uso da EDF quando a empresa monopolista está motivada a negar o acesso por um ânimo anticoncorrencial, demonstrado por uma mudança de práticas comerciais com um intento específico de prejudicar os concorrentes.

Para as infraestruturas no setor dos transportes e principalmente na área dos combustíveis, onde segurança e eficiência são indispensáveis, um ponto fundamental no momento de garantir o acesso é considerar os impactos negativos sobre os incentivos que o proprietário dos ativos ou das infraestruturas terá para fazer investimentos que ajudem na melhoria das infraestruturas no futuro. Uma análise profunda sobre os incentivos é necessária para garantir que as infraestruturas são mantidas em condições adequadas no futuro.

A imposição de uma obrigação de compartilhamento das infraestruturas essenciais não garante um acesso no qual não se discrimine ou se possa negar o acesso a novos concorrentes. A prática em muitos países mostra que as empresas conseguem a discriminação e é complexo poder detectar essas condutas. Não é suficiente com obrigações de caráter contratual. A experiência mostra que em vários países foi necessário introduzir a separação vertical para mitigar os incentivos para discriminar os concorrentes.

A implementação da EFD na maioria dos países é feita pela interpretação, usando outros elementos da política de concorrência que ajudam no seu conteúdo. Não existe nenhum país que tenha regulado a EFD diretamente. A experiência internacional mostra que a EFD têm sido um quadro de referência para a regulação de alguns itens relacionados com o acesso, mas outras fórmulas têm sido usadas para garantir o acesso a novos concorrentes, tais como contratos para operação compartilhada e direitos de expansão, *club ownership*, leiloar ou comercializar direitos de acesso e integração vertical dos clientes para um pedaço da infraestrutura.

## 6. Considerações finais

No quadro regulatório vigente para o segmento da distribuição dos combustíveis de aviação no Brasil já há previsão para garantir o uso compartilhado de infraestrutura e considera-se uma prática anticoncorrencial recusar o uso compartilhado da infraestrutura aos concorrentes. Porém, a realidade não tem avançado com a velocidade do que está na lei e nas regulações, pois o mercado de combustíveis de aviação continua com alta concentração e poucos concorrentes em alguns pontos da cadeia produtiva.

Em particular, o uso compartilhado da infraestrutura é quase inexistente no referente aos oleodutos de distribuição e há muitas limitantes para compartilhar a infraestrutura dentro dos aeroportos, o que permitiria ter mais concorrentes servindo o combustível até as aeronaves.

Parece que há espaço para fortalecer o quadro regulatório vigente com regulações mais explícitas do que as existentes, mas também parece que existe um espaço ainda maior para uma implementação mais sucedida dos conceitos que já estão nas regulações atuais. Introduzir o conceito de *essential facility* seria uma solução que precisaria de uma análise detalhada sobre as vantagens e desvantagens do seu uso, além de definir como seria esse uso no setor de combustíveis de aviação.

Como mostrado nos casos internacionais, todos os países descritos neste relatório têm sido cautelosos de fazer um uso explícito do conceito da *essential facility* ou da EFD e só princípios básicos têm sido integrados nos seus quadros regulatórios. O fato de ser uma doutrina principalmente usada pelo judiciário coloca questões sobre a sua efetiva implementação. Não basta com declarar uma infraestrutura como essencial, se não há mecanismos práticos para garantir o compartilhamento e supervisionar que ele ocorra corretamente.

Isso pode também mostrar que para o Brasil vale a pena revisar os quadros atuais e definir que parte da doutrina seria a mais recomendável para ser promovida ativamente no setor dos combustíveis de aviação, objeto de estudo do próximo produto a ser entregue.

## 7. Referências bibliográficas

AREEDA, PHILLIP. "Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles". *Antitrust Law Journal*. Vol. 58. No. 3. Developments. 841-853. American Bar Association. 1989.

DEMIROGLOU, ARISTEIDIS. *Essential Facilities Doctrine and Intellectual Property Rights: Approaches under the Competition Law*. School of Economics, Business Administration & Legal Studies. Thessaloniki: International Hellenic University. 2016.

EUROPEAN COMMISSION. *Glossary of terms used in EU competition policy. Antitrust and control of concentrations*. Brussels: Directorate -General for Competition. 2002.

KLUMPP, TILMAN & X. SU. *Open Access and Dynamic Efficiency*. June. 2009.

LIPSKY, A. & J. GREGORY SIDAK. Essential Facilities. *Stanford Law Review*. Vol. 51. May. 1187-1249. Stanford: Stanford University. 1999.

OECD. *The Essential Facilities Concept*. OECD Policy Roundtables. Paris: OECD. 1996.

OECD. *Access to Key Transport Facilities*. OECD Policy Roundtables. Paris: OECD. 2006.

PITTOFSKY, R., D. PATTERSON, D. & J. HOOKS. "The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law". *Antitrust Law Journal*. Vol. 70. 443-462. Washington: Georgetown Law Faculty Publications. 2002.

PODELL, DAVID M. *The Evolution of the Essential Facilities Doctrine and Its Application to the Deregulation of the Natural Gas Industry*. 24 *Tulsa Law Journal*. 605. 2013

WEBER WALLER, SPENCER. "Areeda, Epithets, and Essential Facilities". *Wisconsin Law Review*. 2008