Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas

(2008/C 265/07)

I. INTRODUÇÃO

1. O artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas ([1]) (a seguir designado «Regulamento das Concentrações») estabelece que a Comissão deve apreciar as concentrações abrangidas pelo Regulamento das Concentrações, com vista a estabelecer se são ou não compatíveis com o mercado comum. Para o efeito, a Comissão deve apreciar, nos termos dos n.os 2 e 3 do artigo 2.º, se de uma determinada concentração resultam entraves significativos à concorrência efectiva, em particular através da criação ou reforço de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

2. O presente documento fornece orientações sobre a forma como a Comissão aprecia as concentrações ([2]) quando as empresas em causa desenvolvem actividades em mercados relevantes distintos ([3]). Na presente comunicação, tais concentrações serão designadas «concentrações não horizontais».

3. Pode ser estabelecida uma distinção entre duas grandes categorias de concentrações não horizontais: as concentrações verticais e as concentrações conglomerais.

4. As concentrações verticais dizem respeito a empresas que desenvolvem actividades a níveis diferentes da cadeia de abastecimento. Por exemplo, quando um fabricante de um determinado produto (a «empresa a montante») efectua uma fusão com um dos seus distribuidores («a empresa a jusante»), trata-se de uma concentração vertical ([4]).

5. As concentrações conglomerais são concentrações entre empresas que mantêm relações que não são nem horizontais (enquanto concorrentes no mesmo mercado relevante) nem verticais (enquanto fornecedores ou clientes) ([5]). Na prática, as presentes orientações centram-se nas concentrações entre empresas que desenvolvem actividades em mercados estreitamente relacionados (por exemplo, concentrações que envolvem fornecedores de produtos complementares ou produtos que pertencem à mesma gama).

6. As orientações gerais já fornecidas no contexto da Comunicação relativa às concentrações horizontais são também relevantes no contexto das concentrações não horizontais. O presente documento cobre os aspectos de concorrência relevantes para o contexto específico das concentrações não horizontais. Apresenta, além disso, a abordagem da Comissão no que se refere aos limiares de quotas de mercado e de grau de concentração neste contexto.

7. Na prática, as concentrações podem ter simultaneamente efeitos horizontais e não horizontais. É o que acontece, nomeadamente, quando as empresas objecto da concentração não mantêm apenas relações verticais ou conglomerais, mas são igualmente concorrentes actuais ou potenciais umas das outras, num ou em vários dos mercados relevantes em causa ([6]). Nestes casos, a Comissão apreciará os efeitos horizontais, verticais e/ou conglomerais em conformidade com as orientações fornecidas nas comunicações relevantes ([7]).

([1]) Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004 (JO L 24 de 29.1.2004, p. 1).

([2]) O termo *concentração* utilizado no Regulamento das Concentrações abrange diversos tipos de operações como fusões, aquisições, tomadas de controlo e determinados tipos de empresas comuns. No texto da presente comunicação, e excepto quando especificado em contrário, o termo «concentração», abrangerá assim todos os tipos de operações acima referidos.

([3]) Na Comunicação da Comissão intitulada Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, são fornecidas orientações para a apreciação das concentrações que envolvem empresas que são concorrentes actuais ou potenciais no mesmo mercado relevante (concentrações horizontais) (JO C 31 de 5.2.2004, p. 5) («Orientações para a apreciação das concentrações horizontais»).

([4]) Na presente comunicação, as expressões «a montante» e «a jusante» são utilizadas para descrever as relações comerciais (potenciais) que as entidades objecto da concentração mantêm entre si. Na generalidade, as relações comerciais implicam que a empresa «a jusante» adquire a produção da empresa «a montante» e a utiliza como um factor da sua própria produção, que vende seguidamente aos seus clientes. O mercado onde se efectuam as primeiras operações é designado por mercado intermédio (mercado a montante). O mercado onde se efectuam as segundas operações é o mercado a jusante.

([5]) A distinção entre concentrações conglomerais e concentrações horizontais pode ser subtil, por exemplo, quando uma concentração conglomeral envolve produtos que são substitutos imperfeitos entre si. O mesmo acontece com a distinção entre concentrações conglomerais e concentrações verticais. Por exemplo, podem ser fornecidos produtos por empresas cujos factores produtivos estão já integrados (relação vertical), enquanto outros produtores deixam para os clientes a tarefa de seleccionar e agrupar eles próprios os bens e serviços adquiridos (relação conglomeral).

([6]) Por exemplo, nalguns mercados as empresas a montante ou a jusante são frequentemente novos participantes potenciais bem colocados. Ver, por exemplo, no sector da electricidade e do gás, processo COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP (2004). O mesmo poderá acontecer para os produtores de produtos complementares. Ver, por exemplo, no sector da embalagem de bens alimentares líquidos, processo COMP/M.2416 — TetraLaval/Sidel (2001).

([7]) Na Comunicação relativa às concentrações horizontais, nomeadamente nos seus pontos 58 a 60, são fornecidas orientações para as concentrações realizadas com um concorrente potencial.

8. As orientações enunciadas na presente comunicação reflectem e desenvolvem a experiência obtida pela Comissão na apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89, desde a sua entrada em vigor em 21 de Setembro de 1990, do Regulamento das Concentrações actualmente em vigor, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias. Os princípios expostos na presente comunicação serão aplicados, desenvolvidos e aperfeiçoados pela Comissão no âmbito dos processos individuais. A Comissão pode, se adequado, proceder à revisão da Comunicação relativa às concentrações não horizontais, à luz dos desenvolvimentos futuros e da evolução dos seus conhecimentos na matéria.

9. A interpretação do Regulamento das Concentrações por parte da Comissão, no que se refere à apreciação das concentrações não horizontais, não prejudica a interpretação que possa ser dada pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias.

II. **ASPECTOS GERAIS**

10. A concorrência efectiva traduz-se em benefícios para os consumidores, tais como preços reduzidos, produtos de elevada qualidade, uma vasta escolha de bens e serviços e inovação. Através do controlo de concentrações por si exercido, a Comissão impede a realização de concentrações susceptíveis de privar os consumidores destas vantagens ao aumentarem significativamente o poder de mercado das empresas. Entende-se por «aumento do poder de mercado», neste contexto, a capacidade de uma ou mais empresas aumentarem os preços de forma rentável, reduzirem a produção, a escolha ou a qualidade dos bens e serviços, diminuírem a inovação ou influenciarem de forma negativa outros parâmetros da concorrência ([1]).

11. As concentrações não horizontais são, regra geral, menos susceptíveis de restringir a concorrência efectiva do que as concentrações horizontais.

12. Em primeiro lugar, contrariamente às concentrações horizontais, as concentrações verticais conglomerais não provocam a eliminação da concorrência directa entre as empresas objecto da concentração no mesmo mercado relevante ([2]). Por conseguinte, a principal fonte de efeitos anticoncorrenciais nas concentrações horizontais está ausente das concentrações verticais ou conglomerais.

13. Em segundo lugar, as concentrações verticais ou conglomerais proporcionam significativas possibilidades para a obtenção de ganhos de eficiência. Uma das características das concentrações verticais e conglomerais consiste no facto de as actividades e/ou produtos das empresas envolvidas serem complementares entre si ([3]). A integração de actividades ou de produtos complementares numa única empresa pode gerar ganhos de eficiência significativos e ser pró-concorrencial. Nas relações verticais, por exemplo, uma diminuição das margens comerciais a jusante provocará, graças à complementaridade, um aumento da procura também a montante. Uma parte das vantagens deste aumento da procura reverterá a favor dos fornecedores a montante. Uma empresa integrada tomará em consideração estas vantagens. A integração vertical pode assim proporcionar um maior incentivo para tentar reduzir os preços e aumentar a produção visto que a empresa integrada pode obter uma parte maior dos ganhos. Refere-se, neste caso, à «internalização das margens comerciais duplas». De forma semelhante, outras medidas destinadas a aumentar as vendas a um determinado nível da cadeia de abastecimento (por exemplo, melhorando o serviço ou reforçando a inovação) podem proporcionar maiores vantagens a uma empresa integrada, que tomará em consideração as repercussões positivas obtidas a outros níveis da cadeia.

14. A integração pode também diminuir os custos de transacção e permitir uma melhor coordenação em termos de concepção dos produtos, de organização do processo de produção e das modalidades de venda dos produtos. Do mesmo modo, as concentrações que envolvem produtos que pertencem a uma gama ou a uma carteira de produtos geralmente vendidas ao mesmo conjunto de clientes (quer sejam ou não produtos complementares) podem proporcionar vantagens para os clientes, como, por exemplo, um sistema de balcão único.

([1]) Na presente comunicação, é frequentemente utilizada a expressão «aumento dos preços» como uma formulação resumida dos diversos tipos de prejuízo que uma concentração pode causar a nível da concorrência. Deve entender-se que a expressão abrange também as situações em que, por exemplo, as reduções dos preços são menos significativas, ou menos prováveis, do que na ausência de concentração, bem como em que os aumentos dos preços são mais significativos ou prováveis.

([2]) Pode no entanto verificar-se uma eliminação de concorrência directa quando uma das empresas objecto da concentração é um concorrente potencial no mercado relevante em que a outra empresa objecto da concentração desenvolve as suas actividades. Ver ponto 7.

([3]) Na presente comunicação, designam-se por «complementares» (ou «complementos económicos») os produtos ou serviços que têm um maior valor para o cliente quando são utilizados ou consumidos em conjunto do que quando são utilizados ou consumidos separadamente. Uma concentração entre actividades a montante e a jusante pode também ser considerada uma combinação de complementos que são introduzidos no produto final. Por exemplo, a produção e a distribuição desempenham um papel complementar no lançamento de um produto no mercado.

15. Existem, no entanto, circunstâncias em que as concentrações não horizontais podem restringir significativamente a concorrência efectiva, em especial através da criação ou reforço de uma posição dominante. Tal deve-se principalmente ao facto de uma concentração não horizontal poder alterar a capacidade e o incentivo para concorrer das empresas objecto da concentração e dos seus concorrentes, de forma prejudicial para os consumidores.

16. No contexto do direito da concorrência, o conceito de «consumidores» engloba os consumidores intermédios e os consumidores finais ([1]). Quando os clientes intermédios são concorrentes actuais ou potenciais das partes na concentração, a Comissão centra-se nos efeitos da concentração sobre os clientes aos quais a entidade resultante da concentração e seus concorrentes vendem os seus produtos. Consequentemente, o facto de uma concentração afectar os concorrentes não constitui, em si, um problema. O que é importante é o impacto na concorrência efectiva, não o mero impacto sobre os concorrentes a um qualquer nível da cadeia de abastecimento ([2]). Em especial, o facto de empresas rivais poderem ser prejudicadas porque a concentração gera ganhos de eficiência não pode, enquanto tal, dar lugar a preocupações em matéria de concorrência.

17. As concentrações não horizontais são susceptíveis de restringir significativamente a concorrência principalmente de duas formas: através de efeitos não coordenados e de efeitos coordenados ([3]).

18. Podem produzir-se efeitos não coordenados principalmente quando as concentrações não horizontais dão origem a um *encerramento do mercado*. Na presente comunicação, a expressão «encerramento do mercado» será utilizada para designar as situações em que a concentração restringe ou impede o acesso dos concorrentes actuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados, reduzindo assim a capacidade e/ou incentivo destas empresas para concorrerem. Na sequência deste encerramento do mercado, as empresas objecto da concentração — e, possivelmente, também alguns concorrentes — podem aumentar de forma rentável o preço ([4]) cobrado aos consumidores. Trata-se de situações que dão origem a uma restrição significativa da concorrência efectiva, sendo, por conseguinte, seguidamente designadas por «encerramento anticoncorrencial do mercado».

19. Surgem efeitos coordenados quando a concentração altera a natureza da concorrência, de forma que as empresas que anteriormente não coordenavam o seu comportamento passam a ser muito mais susceptíveis de o coordenar, para aumentar os preços ou prejudicar de outra forma a concorrência efectiva. Uma concentração poderá também tornar a coordenação mais fácil, mais estável ou mais efectiva para as empresas que já coordenassem o seu comportamento antes da concentração.

20. Ao apreciar os efeitos concorrenciais de uma concentração, a Comissão compara as condições de concorrência resultantes da concentração notificada com as condições que se verificariam se a concentração não fosse realizada ([5]). Na maior parte dos casos, as condições de concorrência existentes na altura da concentração constituem o elemento de comparação relevante para a apreciação dos efeitos de uma concentração. Todavia, nalgumas circunstâncias, a Comissão poderá tomar em consideração futuras alterações do mercado que possam ser previstas de forma razoável. Em especial, ao determinar aquilo que constitui a comparação relevante, pode tomar em consideração a probabilidade de entrada ou saída de empresas, caso a concentração não fosse realizada. A Comissão pode tomar em consideração a evolução futura do mercado resultante de alterações regulamentares iminentes ([6]).

([1]) Ver n.º 1, alínea b), do artigo 2.º do Regulamento das Concentrações e ponto 84 da Comunicação da Comissão — Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (JO C 101 de 27.4.2004, p. 97).

([2]) Encontra-se um exemplo desta abordagem no processo COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech (2005), em que a Comissão apreciou o efeito da transacção sobre os dois mercados complementares dos veículos ferroviários eléctricos e dos sistemas de tracção eléctrica, que constituem em conjunto um veículo ferroviário completo. Embora a concentração reduzisse alegadamente o fornecimento independente de sistemas de tracção eléctrica, diversos fornecedores integrados continuavam a poder fornecer o veículo ferroviário. Assim, a Comissão concluiu que, apesar de a concentração ter provocado consequências negativas para os fornecedores independentes de veículos ferroviários eléctricos, continuaria a existir uma concorrência significativa no mercado relevante a jusante (veículos ferroviários).

([3]) Ver secção II da Comunicação relativa às concentrações horizontais.

([4]) Para o significado da expressão «aumento dos preços» ver nota 8.

([5]) Por analogia, caso uma concentração tenha sido realizada sem ter sido notificada, a Comissão apreciaria a concentração à luz das condições concorrenciais que se verificariam no mercado se a concentração não tivesse sido realizada.

([6]) Tal poderá ser particularmente relevante nos casos em que se prevê o desenvolvimento de uma concorrência efectiva na sequência da liberalização do mercado. Ver, por exemplo, processo COMP/M.3696 — E.ON/MOL (2005), pontos 457 a 463.

21. Na sua apreciação, a Comissão toma em consideração tanto os possíveis efeitos anticoncorrenciais resultantes da concentração como os possíveis efeitos pró-concorrenciais decorrentes de ganhos de eficiência em benefício dos consumidores devidamente fundamentados ([1]). A Comissão analisa os diversos encadeamentos de causa e efeito com o objectivo de determinar aqueles cuja probabilidade é maior. Quanto mais imediatos e directos forem os efeitos anticoncorrenciais antevistos de uma concentração, mais provável é que a Comissão expresse preocupações em matéria de concorrência. Da mesma forma, quanto mais imediatos e directos forem os efeitos pró-concorrenciais de uma concentração, mais provável é que a Comissão conclua que compensam os eventuais efeitos anticoncorrenciais.

22. A presente comunicação descreve os principais cenários de prejuízo para a concorrência e as fontes de ganhos de eficiência no contexto das concentrações verticais e, subsequentemente, no contexto das concentrações conglomerais.

III. NÍVEIS DE QUOTA DE MERCADO E GRAUS DE CONCENTRAÇÃO

23. As concentrações não horizontais apenas constituem uma ameaça para a concorrência efectiva se a entidade resultante da concentração detiver um poder de mercado significativo (que não tem, necessariamente, de atingir o nível de posição dominante) em pelo menos um dos mercados em causa. A Comissão analisará esta questão antes de proceder à apreciação do impacto da concentração na concorrência.

24. As quotas de mercado e os níveis de concentração fornecem um primeiro indicador útil do poder de mercado e da importância concorrencial tanto das partes na concentração como dos seus concorrentes ([2]).

25. É pouco provável que a Comissão considere que uma concentração não horizontal suscita preocupações em termos de concorrência, quer sejam de natureza coordenada quer não coordenada, se a quota de mercado da nova entidade após a concentração, em cada um dos mercados em causa, for inferior a 30 % ([3]) e o índice HHI após a concentração for inferior a 2 000.

26. Na prática, a Comissão não investigará aprofundadamente tais concentrações, excepto em circunstâncias especiais como, por exemplo, quando se encontram presentes um ou mais dos seguintes factores:

    a) a concentração envolve uma empresa susceptível de expandir significativamente as suas actividades num futuro próximo, por exemplo, devido a uma inovação recente;

    b) existência de importantes participações cruzadas ou a presença de um número significativo de administradores comuns nos órgãos de gestão dos participantes no mercado;

    c) uma das empresas na concentração é uma empresa com grande probabilidades de perturbar comportamentos coordenados;

    d) indícios de existência de coordenação passada ou presente ou de práticas que a facilitam.

27. A Comissão utilizará os limiares de quota de mercado e do índice HHI acima referidos como um primeiro indicador da ausência de preocupações em matéria de concorrência. Contudo, estes limiares não dão origem a uma presunção legal. A Comissão entende que é menos adequado neste contexto apresentar níveis de quota de mercado e graus de concentração acima dos quais se poderia considerar que seriam prováveis preocupações em matéria de concorrência, visto que um nível significativo de poder de mercado em pelo menos um dos mercados em causa constitui uma condição necessária, mas não suficiente, para a existência de um prejuízo para a concorrência ([4]).

IV. CONCENTRAÇÕES VERTICAIS

28. A presente secção apresenta o quadro estabelecido pela Comissão para a análise das concentrações verticais. Na sua apreciação, a Comissão toma em consideração tanto os possíveis efeitos anticoncorrenciais das concentrações verticais como os possíveis efeitos pró-concorrenciais decorrentes de ganhos de eficiência devidamente fundamentados pelas partes.

([1]) Ver secção VII, referente aos ganhos de eficiência, da Comunicação relativa às concentrações horizontais.

([2]) Ver também secção III da Comunicação relativa às concentrações horizontais. O cálculo das quotas de mercado depende em larga medida da definição de mercado [ver Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO C 372 de 9.12.1997)]. Especial atenção deverá ser tida nas situações em que as empresas integradas verticalmente fornecem produtos internamente.

([3]) Por analogia com as indicações fornecidas no Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO L 336 de 29.12.1999, p. 21). As preocupações em matéria de concorrência serão menos prováveis nos casos em que a entidade resultante da concentração tiver uma quota ligeiramente superior ao limiar de 30 % num dado mercado e uma quota de mercado significativamente inferior a esse limiar noutros mercados relacionados.

([4]) Ver secções IV e V.

A. **Efeitos não coordenados: encerramento do mercado**

29. Considera-se que uma concentração provoca um «encerramento do mercado» quando o acesso dos concorrentes actuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados é restringido ou eliminado na sequência da concentração, reduzindo assim a capacidade e/ou incentivo destas empresas para concorrerem. Esse encerramento do mercado pode desencorajar a entrada ou expansão de concorrentes ou encoraja-los a abandonar o mercado. Pode, por conseguinte, verificar-se uma situação de encerramento do mercado mesmo se os concorrentes afectados pelo encerramento não forem forçados a abandonar o mercado: é suficiente que os concorrentes fiquem em desvantagem e, consequentemente, levados a concorrer de forma menos efectiva. Tal encerramento do mercado é considerado anticoncorrencial quando permite que as empresas objecto da concentração — e, possivelmente, também alguns concorrentes — aumentem de forma rentável o preço cobrado aos consumidores ([1]).

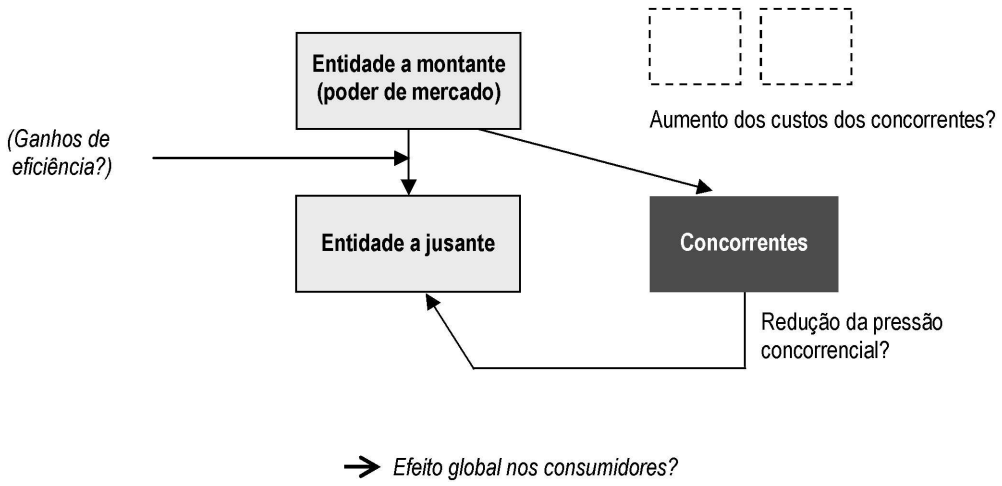
30. Podem distinguir-se duas formas de encerramento: a primeira verifica-se quando a concentração é susceptível de aumentar os custos dos concorrentes a jusante, restringindo o seu acesso a um bem ou serviço importante (encerramento de factores de produção — *input foreclosing*). O segundo ocorre quando a concentração é susceptível de encerrar o mercado para os concorrentes a montante, restringindo o seu acesso a uma base de clientes suficiente (encerramento como cliente — *customer foreclosing*) ([2]).

1. *Encerramento de factores de produção — input foreclosing*

31. Verifica-se um encerramento de factores de produção nos casos em que, após a concentração, a nova entidade é susceptível de restringir o acesso aos produtos ou aos serviços que seriam de outra forma fornecidos ou prestados caso não se tivesse realizado a concentração, aumentando assim os custos dos concorrentes a jusante ao dificultar o seu abastecimento em termos de bens e serviços a preços e condições semelhantes aos prevalecentes caso não se tivesse realizado a concentração. Assim, a entidade resultante da concentração pode aumentar de forma rentável o preço cobrado aos consumidores, resultando numa restrição significativa da concorrência efectiva. Tal como referido *supra*, para que o encerramento de factores de produção seja prejudicial para os consumidores, não é necessário que os concorrentes da entidade resultante da concentração sejam forçados a abandonar o mercado. A referência relevante consiste em saber se o aumento dos custos dos factores de produção é susceptível de provocar ou não um aumento dos preços para os consumidores. Quaisquer ganhos de eficiência resultantes da concentração podem, no entanto, conduzir a entidade resultante da concentração a reduzir os preços, de tal forma que o impacto global provável para os consumidores é neutro ou positivo. Este mecanismo é apresentado graficamente na figura 1.

Figura 1

Encerramento de factores de produção



([1]) Para o significado da expressão «aumento dos preços», ver nota 8. Para o significado do termo «consumidores», ver ponto 16.

([2]) Ver n.º 1, alínea b), do artigo 2.º do Regulamento das Concentrações, que faz referência ao «*acesso às fontes de abastecimento*» e ao «*acesso […] aos mercados*», respectivamente.

32. Ao apreciar a probabilidade de um cenário encerramento anticoncorrencial de factores de produção, a Comissão determina, em primeiro lugar, se a entidade resultante da concentração teria, após a concentração, a capacidade de encerrar significativamente o acesso aos factores de produção, em segundo lugar, se teria incentivos para o fazer e, em terceiro lugar, se uma estratégia de encerramento do mercado teria um efeito prejudicial significativo a nível da concorrência a jusante ([1]). Na prática, estes factores são frequentemente analisados em conjunto, uma vez que estão estreitamente interligados.

A. *Capacidade para encerrar o acesso aos factores de produção* ([2])

33. O encerramento do acesso aos factores de produção pode assumir diversas formas. A entidade resultante da concentração pode decidir não fornecer os concorrentes actuais ou potenciais no mercado verticalmente relacionado. A entidade resultante da concentração pode, por outro lado, decidir reduzir os fornecimentos e/ou aumentar os preços aos concorrentes que abastece e/ou tornar as condições de abastecimento menos favoráveis do que as que prevaleceriam na ausência da concentração ([3]). Além disso, a entidade resultante da concentração pode optar por utilizar uma tecnologia específica no interior da nova empresa, que não seja compatível com as tecnologias utilizadas pelas empresas concorrentes ([4]). O encerramento do mercado pode igualmente assumir modalidades mais subtis, como a degradação da qualidade dos fornecimentos ([5]). Na sua apreciação, a Comissão pode considerar diversas estratégias alternativas ou complementares possíveis.

34. O encerramento de factores de produção só suscita problemas em matéria de concorrência se disser respeito a um factor de produção importante para o produto a jusante ([6]). É o que acontece, por exemplo, quando o factor de produção em causa representa um custo significativo relativamente ao preço do produto a jusante. Independentemente do seu custo, um factor de produção pode também ser suficientemente importante por outras razões. Pode, por exemplo, constituir uma componente essencial sem a qual não é possível fabricar ou vender eficazmente o produto no mercado a jusante ([7]) ou pode representar uma fonte significativa da diferenciação dos produtos a jusante ([8]). Pode também advir que o custo da mudança para factores de produção alternativos seja relativamente elevado.

35. Para que o encerramento de factores de produção constitua uma preocupação em matéria de concorrência, a empresa integrada verticalmente resultante da concentração deve dispor de um grau suficiente de poder no mercado a montante. Só nestas circunstâncias é expectável que a empresa resultante da concentração possa exercer uma influência significativa sobre as condições concorrenciais no mercado a montante e dessa forma, possivelmente, sobre os preços e condições de fornecimento no mercado a jusante.

36. A entidade resultante da concentração só terá a capacidade de encerrar os factores de produção aos concorrentes a jusante se, ao reduzir o acesso aos seus próprios produtos ou serviços no mercado a montante, afectar de forma negativa a disponibilidade global de bens e serviços no mercado a jusante, em termos de preço ou qualidade. Esta situação pode ocorrer quando os restantes fornecedores a montante são menos eficientes, oferecem alternativas menos atraentes ou não dispõem de capacidade para aumentar a produção em resposta à limitação de oferta, nomeadamente porque estão confrontados com restrições de capacidade ou, de forma mais geral, com rendimentos decrescentes à escala ([9]). De igual modo, a existência de contratos exclusivos entre a entidade resultante da concentração e fornecedores independentes pode limitar as possibilidades de os concorrentes a jusante disporem de um acesso adequado aos factores de produção.

([1]) Ver, por exemplo, processos COMP/M.4300 — Philips/Intermagnetics, COMP/M.4314 — Johnson & Johnson/Pfizer Consumer Healthcare, COMP/M.4389 — WLR/BST, COMP/M.4403 — Thales/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space/ /Telespazio, COMP/M.4494 — Evraz/Highveld e COMP/M.4561 — GE/Smiths Aerospace.

([2]) O termo «factores de produção» é utilizado na presente comunicação numa acepção genérica, podendo abranger serviços, o acesso a infra-estruturas e o acesso a direitos de propriedade intelectual.

([3]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.1693 — Alcoa/Reynolds (2000) e processo COMP/M.4403 — Thales/Finmeccanica/ /Alcatel Alenia Space/Telespazio, pontos 257-260.

([4]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.2861 — Siemens/Drägerwerk/JV (2003) e processo COMP/M.3998 — Axalto, ponto 75.

([5]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.4314 — Johnson & Johnson/Pfizer Consumer Healthcare, pontos 127-130.

([6]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.3868 — Dong/Elsam/Energi E2, processo COMP/M.4094 — Ineos/BP Dormagen, pontos 183-184 e processo COMP/M.4561 — GE/Smiths Aerospace, pontos 48-50.

([7]) Um dispositivo de arranque de motor pode, por exemplo, ser considerado uma componente essencial para um motor (processo T-210/01, General Electric/Comissão, Col. 2005, p. II-000); ver igualmente, por exemplo, processo COMP/M.3410 — Total/GDF, pontos 53-54 e 60-61.

([8]) Por exemplo, os computadores pessoais são frequentemente vendidos com uma referência específica ao tipo de microprocessador que contêm.

([9]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.4494 — Evraz/Highveld, ponto 92 e pontos 97-112.

37. Ao determinar em que medida pode ocorrer um encerramento de factores de produção, terá de ser tomado em consideração o facto de a decisão da entidade resultante da concentração de se abastecer junto de um seu departamento a montante, poder igualmente libertar capacidade produtiva dos restantes fornecedores, junto dos quais o departamento a jusante efectuava anteriormente as suas aquisições. Com efeito, a concentração pode limitar-se a realinhar os padrões de compras entre as empresas concorrentes.

38. Quando a concorrência no mercado dos factores de produção apresenta um carácter oligopolístico, uma decisão da entidade resultante da concentração no sentido de restringir o acesso aos seus bens e serviços reduz a pressão concorrencial exercida sobre os restantes fornecedores, o que lhes poderá permitir aumentar os preços que cobram aos concorrentes não integrados verticalmente, a jusante. Isto é, o encerramento deste mercado por parte da entidade resultante da concentração pode expor os seus concorrentes a jusante a fornecedores não integrados verticalmente com um maior poder de mercado ([1]). Este reforço do poder de mercado de terceiros será tanto maior quanto menor for o grau de diferenciação dos produtos entre a entidade resultante da concentração e os outros fornecedores a montante e quanto maior for o grau de concentração a montante. Contudo, a tentativa de aumentar os preços dos factores de produção pode fracassar se os fornecedores independentes, confrontados com uma redução da procura dos seus produtos (por parte do departamento a jusante da entidade resultante da concentração ou por parte de empresas independentes situadas a jusante), reagirem através de uma política de preços mais agressiva ([2]).

39. Na sua apreciação, a Comissão analisará, com base nas informações disponíveis, se existirão estratégias efectivas e atempadas que as empresas concorrentes poderão, com elevado grau de probabilidade utilizar para contrariar a acção da nova entidade. Entre estas estratégias de resposta figuram a possibilidade de alterar o processo de produção a fim de depender menos dos factores de produção em causa ou de apoiar a entrada de novos fornecedores a montante.

B. Incentivo para o encerrar o acesso aos factores de produção

40. O incentivo para encerrar o acesso aos factores de produção depende do respectivo grau de rentabilidade. A empresa integrada verticalmente tomará em consideração a forma como os seus fornecimentos de factores de produção aos concorrentes a jusante afectam os lucros, não só do seu departamento a montante mas também do seu departamento a jusante. Na realidade, a entidade resultante da concentração deve pesar entre, por um lado, as perdas de lucro no mercado a montante devido à redução das vendas de factores de produção a concorrentes (actuais ou potenciais) e, por outro, os ganhos em lucro resultante, a curto ou a mais longo prazo, da expansão das suas vendas a jusante ou, consoante os casos, da capacidade de aumentar os preços junto dos consumidores.

41. O resultado desta avaliação dependerá provavelmente do nível dos lucros realizados pela entidade resultante da concentração a montante e a jusante ([3]). Todos os restantes factores permanecendo constantes, quanto menores forem as margens a montante, menores serão as perdas resultantes da redução das vendas de bens e serviços. Da mesma forma, quanto mais elevadas forem as margens a jusante, mais elevados serão os ganhos resultantes do aumento da quota de mercado a jusante, à custa dos concorrentes que foram objecto do encerramento ([4]).

42. O incentivo da empresa integrada para aumentar os custos dos seus concorrentes depende ainda da medida em que a procura a jusante é susceptível de ser desviada dos concorrentes objecto do encerramento e da proporção dessa procura desviada que o departamento a jusante da empresa integrada

([1]) A análise dos efeitos prováveis da eliminação das pressões concorrenciais é semelhante à análise dos efeitos não coordenados nas concentrações horizontais (ver secção IV da Comunicação relativa às concentrações horizontais).

([2]) Neste contexto, poderá ser também importante a natureza dos contratos de fornecimentos entre os fornecedores a montante e as empresas independentes a jusante. Por exemplo, quando tais contratos utilizam um sistema de preços que combine um montante fixo e um preço de fornecimento por unidade, o efeito nos custos marginais dos concorrentes a jusante poderá ser menor do que quando os contratos utilizam apenas preços de fornecimento por unidade.

([3]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.4300 — Philips/Intermagnetics, pontos 56-62 e processo COMP/M.4576 — AVR/Van Gansewinkel, pontos 33-38.

([4]) Deve tomar-se em consideração o facto de as margens a montante e a jusante poderem sofrer alterações na sequência da concentração. Esta situação poderá ter repercussões a nível do incentivo da entidade resultante da concentração para adoptar uma estratégia de encerramento.

possa conquistar ([1]). Esta percentagem será tanto maior quanto menores forem as restrições de capacidade a que está sujeita a entidade resultante da concentração relativamente aos concorrentes a jusante não objecto de encerramento e quanto maior o grau de substituibilidade entre os produtos da entidade resultante da concentração e os dos concorrentes alvo do encerramento. O efeito na procura a jusante será também mais importante se o factor de produção em causa representar uma proporção significativa dos custos dos concorrentes a jusante ou se constituir uma componente essencial do produto a jusante ([2]).

43. O incentivo para encerrar o acesso a factores de produção aos concorrentes actuais ou potenciais pode igualmente depender da medida em que o departamento a jusante da empresa integrada possa tirar partido do aumento dos preços a jusante, decorrente da estratégia de aumentar os custos das empresas concorrentes ([3]). Quanto mais elevadas forem as quotas de mercado a jusante da entidade resultante da concentração, maior será a base de vendas em que poderão ser aplicadas margens superiores ([4]).

44. Uma empresa monopolista a montante, que esteja já em condições de extrair todos os lucros disponíveis nos mercados relacionados verticalmente, poderá não ter qualquer incentivo para adoptar uma estratégia de encerramento após uma concentração vertical. A capacidade de extrair os lucros disponíveis junto dos consumidores não decorre directamente de uma quota de mercado muito elevada ([5]). Uma conclusão deste tipo implicaria uma análise mais detalhada das pressões efectivas e futuras exercidas sobre a empresa monopolista. Quando não podem ser extraídos todos os lucros disponíveis, uma concentração vertical — mesmo que implique uma empresa monopolista a montante — pode proporcionar à entidade resultante da concentração um incentivo para aumentar os custos dos seus concorrentes a jusante, reduzindo assim a pressão concorrencial que estes exercem sobre a entidade resultante da concentração no mercado a jusante.

45. Na sua apreciação dos incentivos prováveis da empresa resultante da concentração, a Comissão pode tomar em consideração diversos elementos como a estrutura de propriedade da entidade resultante da concentração ([6]), o tipo de estratégias adoptadas no mercado no passado ([7]) ou o conteúdo de documentos estratégicos internos da empresa, tais como os planos de actividade.

([1]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.3943 — Saint-Gobain/BPB (2005), ponto 78. A Comissão salientou que seria muito improvável que a BPB, o principal fornecedor de chapas de gesso no Reino Unido, reduzisse os fornecimentos aos distribuidores rivais da Saint-Gobain, em parte devido ao facto de ser difícil uma expansão da capacidade de distribuição da Saint-Gobain.

([2]) Em contrapartida, se o factor de produção apenas representar uma pequena parte do produto a jusante e não constituir uma sua componente essencial, mesmo uma quota de mercado elevada a montante poderá não proporcionar à entidade resultante da concentração um incentivo para adoptar uma estratégia de encerramento face aos concorrentes a jusante, visto que as vendas que seriam desviadas para o departamento a jusante da empresa integrada seriam muito reduzidas ou mesmo inexistentes. Ver, por exemplo, processo COMP/M.2738 — GEES/Unison e processo COMP M.4561 — GE/Smiths Aerospace, pontos 60-62.

([3]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.4314 — Johnson & Johnson/Pfizer Consumer Healthcare, pontos 131-132.

([4]) De realçar que quanto menos possibilidades tiver a empresa resultante da concentração de se concentrar num mercado a jusante específico, menos é esta empresa susceptível de aumentar os preços dos factores produtivos que fornece, visto que teria de suportar custos de oportunidade noutros mercados a jusante. Neste contexto, poderá ser tomada em consideração a medida em que a entidade resultante da concentração pode diferenciar os preços quando fornece diversos mercados a jusante e/ou mercados acessórios (por exemplo, para peças sobresselentes).

([5]) Tal poderá não acontecer quando uma empresa monopolista tem, como é normalmente designado, um problema de «compromisso» que não consegue resolver. Por exemplo, um comprador a jusante pode estar disposto a pagar um preço elevado a uma empresa monopolista a montante se esta última não vender subsequentemente volumes adicionais a um seu concorrente. Mas uma vez estabelecidas as condições de abastecimento com uma empresa a jusante, o fornecedor a montante pode ter um incentivo para aumentar os seus fornecimentos a outras empresas a jusante, tornando assim a primeira compra não rentável. Uma vez que as empresas a jusante antecipam este tipo de comportamento oportunista, o fornecedor a jusante não poderá explorar plenamente o seu poder de mercado. A integração vertical pode restabelecer a capacidade do fornecedor a montante para se comprometer a não expandir as vendas de bens e serviços, visto que tal seria prejudicial para o seu próprio departamento a jusante. Uma situação em que uma empresa monopolista pode também não obter todos os lucros de monopólio disponíveis pode surgir quando não lhe é possível diferenciar os preços entre os clientes.

([6]) Por exemplo, nos casos em que duas empresas detêm o controlo conjunto de uma empresa que desenvolve actividades no mercado a montante, e apenas uma delas desenvolve actividades a jusante, a empresa sem actividades a jusante pode ter pouco interesse em prescindir das vendas de factores produtivos. Nestes casos, o incentivo para encerrar o acesso a factores produtivos é menor do que quando a empresa a montante é controlada a 100 % por uma empresa com actividades a jusante. Ver, por exemplo, processo COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP (2004) e processo COMP/M.4403 — Thales/ /Finmeccanica/Alcatel Alenia Space/Telespazio, pontos 121 e 268.

([7]) O facto de, no passado, um concorrente com uma posição de mercado semelhante à da entidade resultante da concentração ter deixado de fornecer bens e serviços, pode demonstrar que é racional, do ponto de vista comercial, adoptar tal estratégia [ver, por exemplo, processo COMP/M.3225 — Alcan/Pechiney (2004), ponto 40].

46. Além disso, quando a adopção de um determinado comportamento pela entidade resultante da concentração constitui uma etapa fundamental para o encerramento do mercado, a Comissão analisa quer os incentivos para adoptar tal comportamento, quer os factores susceptíveis de reduzir, ou mesmo eliminar, tais incentivos, incluindo o carácter eventualmente ilegal desse comportamento. Um comportamento pode ser ilegal nomeadamente face às regras de concorrência ou a regras sectoriais comunitárias ou nacionais. No entanto, esta apreciação não implica uma análise exaustiva e pormenorizada das regulamentações das diversas ordens jurídicas susceptíveis de serem aplicadas e da política de aplicação da legislação praticada no seu âmbito ([1]). Além disso, só em determinadas circunstâncias é que a ilegalidade de um comportamento pode servir, de forma significativa, para desincentivar a entidade resultante da concentração de o adoptar. A Comissão determinará, em especial, com base numa análise sumária: i) a probabilidade de esse comportamento ser claramente, ou muito provavelmente, ilegal face ao direito comunitário ([2]); ii) a probabilidade de este comportamento ilegal ser detectado ([3]); e iii) as sanções que podem ser aplicadas.

C. Impacto global provável na concorrência efectiva

47. Na generalidade, uma concentração suscitará preocupações em matéria de concorrência, na sequência do encerramento de factores de produção, quando dela resultar um aumento de preços no mercado a jusante, restringindo assim significativamente a concorrência efectiva.

48. Em primeiro lugar, poderá ocorrer um encerramento anticoncorrencial do mercado quando uma concentração vertical permite que as partes objecto da concentração aumentem os custos dos concorrentes situados a jusante, exercendo assim uma pressão no sentido da subida dos seus preços de venda. Para que exista um prejuízo significativo para a concorrência efectiva é normalmente necessário que as empresas objecto do encerramento desempenhem um papel suficientemente importante a nível do processo concorrencial no mercado a jusante. Quanto mais elevada for a proporção de concorrentes que seriam objecto de encerramento no mercado a jusante, maiores as probabilidades de a concentração provocar um aumento significativo dos preços no mercado a jusante e, por conseguinte, restringir de forma significativa a concorrência efectiva nesse mercado ([4]). Apesar de deter uma quota de mercado relativamente reduzida comparativamente aos outros operadores, uma determinada empresa pode desempenhar um papel importante a nível concorrencial relativamente a tais operadores de mercado ([5]), por exemplo, porque é um concorrente próximo da empresa integrada verticalmente ou porque é um concorrente particularmente agressivo.

49. Em segundo lugar, a concorrência efectiva pode ser significativamente restringida através do aumento das barreiras à entrada de concorrentes potenciais ([6]). Uma concentração vertical pode encerrar a concorrência potencial no mercado a jusante quando for provável que a entidade resultante da concentração não abasteça os novos participantes potenciais a jusante, ou os abasteça apenas em condições menos favoráveis do que as que seriam aplicáveis na ausência da concentração. A mera probabilidade de a entidade resultante da concentração seguir uma estratégia de encerramento do mercado poderá criar um forte efeito dissuasor para os potenciais concorrentes ([7]). A concorrência efectiva no mercado a jusante pode ser restringida de forma significativa pelo aumento de barreiras à entrada, em especial se o encerramento de factores de produção obrigar os concorrentes potenciais a entrar tanto no mercado a jusante como no mercado a montante, por forma a poder concorrer de forma efectiva em qualquer dos dois mercados. As preocupações suscitadas pelo aumento das barreiras à entrada são particularmente relevantes nos sectores que se estão a abrir à concorrência ou em que se espera que tal ocorra num futuro previsível ([8]).

([1]) Processo C-12/03, Comissão/Tetra Laval BV, Col. 2003, p. I-000, pontos 74-76 e processo T-210/01, General Electric/ /Comissão, Col. 2005, p. II-000, ponto 73.

([2]) Processo T-210/01, General Electric/Comissão, Col. 2005, p. II-000, especificamente pontos 74-75 e 311-312.

([3]) Por exemplo, no processo COMP/M.3696 — E.ON/MOL (2005), pontos 433 e 443-446, a Comissão atribuiu importância ao facto de a entidade nacional húngara de regulação para o sector do gás ter indicado que, em diversas situações e apesar de ter o direito de controlar e forçar os intervenientes de mercado a actuarem sem discriminações, não teria podido obter informações adequadas relativamente ao comportamento comercial dos operadores. Ver igualmente processo COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP (2004), ponto 424.

([4]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.4494 — Evraz/Highveld, pontos 97-112.

([5]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP (2004).

([6]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.4180 — Gaz de France/Suez, pontos 876-931 e processo COMP/M.4576 — AVR/Van Gansewinkel, pontos 33-38.

([7]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.3696 — E.ON/MOL (2005), pontos 662 e seguintes.

([8]) Ver ponto 20. É importante que as medidas reguladoras destinadas a liberalizar um mercado não fiquem desprovidas de eficácia devido à integração vertical das empresas incumbentes e que dessa forma provocam um encerramento do mercado ou que se eliminam enquanto novos concorrentes potenciais.

50. Se subsistirem um número suficiente de concorrentes credíveis a jusante, cujos custos não sejam susceptíveis de ser aumentados, por exemplo, porque estão eles próprios integrados verticalmente ([1]), ou porque estão em condições de mudar para factores de produção alternativos adequados, a concorrência exercida por estas empresas pode constituir uma pressão concorrencial suficiente sobre a entidade resultante da concentração, impedindo assim que os preços aumentem para níveis superiores aos verificados antes da concentração.

51. O efeito sobre a concorrência no mercado a jusante deve ser igualmente apreciado à luz de factores que o contrabalancem, como a presença de poder negocial dos compradores ([2]) ou a probabilidade de que a entrada de novos concorrentes a montante preserve a concorrência efectiva ([3]).

52. Além disso, o efeito sobre a concorrência deve ser apreciado à luz dos ganhos de eficiência devidamente fundamentados pelas partes objecto da concentração ([4]). A Comissão pode decidir que, devido aos ganhos de eficiência decorrentes da concentração, não existem razões para declarar a concentração incompatível com o mercado comum, nos termos do n.º 3 do artigo 2.º do Regulamento das Concentrações. Assim será quando a Comissão puder concluir, com base em elementos de prova suficientes, que os ganhos de eficiência resultantes da concentração são susceptíveis de reforçar a capacidade e o incentivo para que a entidade resultante da concentração se comporte de uma forma pró-concorrencial em benefício dos consumidores, compensando assim os efeitos negativos que, de outro modo, a concentração teria a nível da concorrência.

53. Ao apreciar os ganhos de eficiência no contexto das concentrações não horizontais, a Comissão aplica os princípios já estabelecidos na secção VII da Comunicação relativa às concentrações horizontais. Em especial, para que a Comissão tome os ganhos de eficiência invocados em consideração na sua apreciação da concentração, tais ganhos têm de beneficiar os consumidores, ser específicos à concentração e ser verificáveis. Estas condições são cumulativas ([5]).

54. As concentrações verticais podem gerar fontes específicas de ganhos de eficiência, cuja lista não é exaustiva.

55. Em especial, uma concentração vertical permite que a entidade dela resultante internalize eventuais margens comerciais duplas resultantes do facto de ambas as partes fixarem os seus preços de forma independente antes da concentração ([6]). Dependendo das condições de mercado, a redução das margens comerciais combinadas (relativamente a uma situação em que as decisões em matéria de fixação de preços a ambos os níveis não se encontram alinhadas) poderá permitir que a empresa integrada verticalmente aumente de forma rentável a sua produção no mercado a jusante ([7]).

56. Uma concentração vertical pode ainda permitir que as partes coordenem melhor o processo de produção e de distribuição, realizando por conseguinte economias a nível dos custos de inventário.

57. De forma mais geral, uma concentração vertical pode fazer convergir os incentivos das partes no que se refere aos investimentos em novos produtos, novos processos de produção e de comercialização dos produtos. Por exemplo, enquanto antes da concentração um distribuidor a jusante se poderia mostrar relutante em investir na publicidade e informação dos clientes relativamente às qualidades dos produtos da entidade a montante, visto que tais investimentos poderiam igualmente ser benéficos para as vendas de outras empresas a jusante, a nova entidade poderia reduzir estes problemas de incentivos.

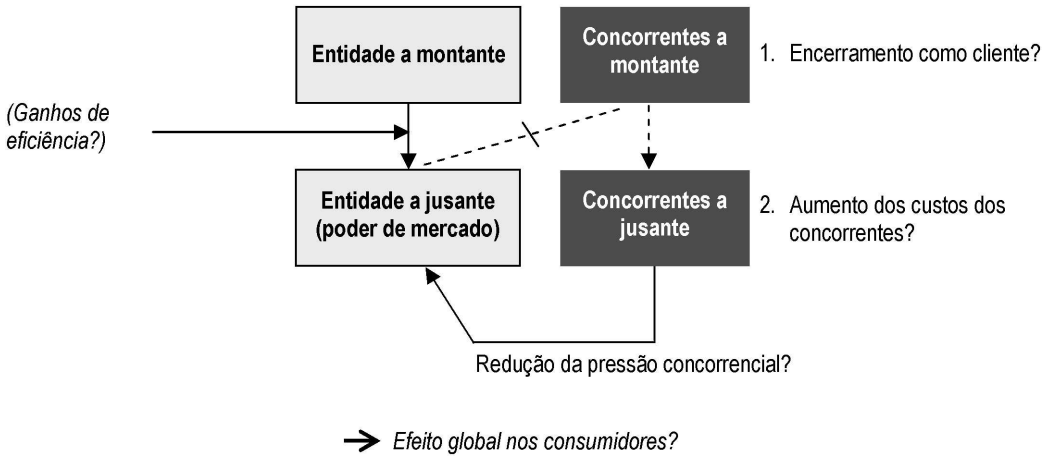
([1]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech (2005), ponto 164.
([2]) Ver secção V, referente ao poder de compensação dos compradores, da Comunicação relativa às concentrações horizontais.
([3]) Ver secção VI, referente à entrada no mercado, da Comunicação relativa às concentrações horizontais.
([4]) Ver secção VII, referente aos ganhos de eficiência, da Comunicação relativa às concentrações horizontais.
([5]) Ver, mais especificamente, os pontos 79 a 88 da Comunicação relativa às concentrações horizontais.
([6]) Ver também o ponto 13 *supra*.
([7]) Contudo, é importante reconhecer que o problema das margens duplas nem sempre se verifica ou é significativo antes da concentração, por exemplo, porque as partes objecto da concentração tinham concluído previamente um acordo de fornecimento com um mecanismo de fixação de preços que previa descontos de volume que eliminavam as margens comerciais. Por conseguinte, os ganhos de eficiência associados com a eliminação das margens de comercialização duplas não são necessariamente específicos à concentração visto que uma cooperação vertical ou acordos verticais podem, embora não constituam uma concentração, proporcionar vantagens semelhantes com menos efeitos anticoncorrenciais. Por outro lado, uma concentração poderá não eliminar completamente a dupla margem comercial quando o fornecimento do factor de produção está restringido por limitações de capacidade e quando existe uma alternativa igualmente lucrativa para a utilização do factor de produção. Nestas circunstâncias, a utilização interna do factor de produção implica custos de oportunidade para a empresa verticalmente integrada: uma maior utilização do factor de produção a nível interno para aumentar a produção a jusante implica uma redução das vendas no mercado alternativo. Desta forma, o incentivo para utilizar o factor de produção internamente e aumentar a produção a jusante é inferior ao verificado numa situação em que não existam custos de oportunidade.

2. *Encerramento como cliente — customer foreclosing*

58. Pode verificar-se um encerramento como cliente aquando da integração entre um fornecedor e um cliente importante no mercado a jusante ([1]). Esta presença a jusante confere à entidade resultante da concentração possibilidades de encerrar o acesso dos seus concorrentes actuais ou potenciais no mercado a montante (o mercado dos factores de produção) a uma base de clientes suficiente, reduzindo a sua capacidade ou incentivo para concorrer. Por sua vez, esta situação pode provocar um aumento dos custos dos concorrentes a jusante, dificultando o seu abastecimento em factores de produção a preços e condições semelhantes às que prevaleceriam caso a concentração não se tivesse realizado. A entidade resultante da concentração pode assim fixar, de forma rentável, preços mais elevados no mercado a jusante. Eventuais ganhos de eficiência resultantes da concentração podem, no entanto, levar a entidade resultante da concentração a reduzir os preços, de tal forma que, na globalidade, não se verifique um impacto negativo para os consumidores. Para que o encerramento como cliente seja prejudicial para os consumidores, não é por conseguinte necessário que os concorrentes da entidade resultante da concentração sejam forçados a abandonar o mercado. A referência relevante consiste em saber se o aumento dos custos dos factores de produção provoca ou não um aumento dos preços para os consumidores. Este mecanismo é ilustrado na figura 2.

Figura 2

Encerramento como cliente



59. Ao apreciar a probabilidade de um cenário de encerramento anticoncorrencial como cliente, a Comissão determina, em primeiro lugar, se a entidade resultante da concentração teria capacidade para encerrar o acesso aos mercados a jusante reduzindo as aquisições junto dos seus concorrentes a montante, em segundo, se teria incentivos para reduzir as suas aquisições a montante e, em terceiro, se uma estratégia de encerramento do mercado teria um efeito prejudicial significativo para os consumidores no mercado a jusante ([2]).

A. Capacidade para encerrar o acesso aos mercados a jusante

60. Uma concentração vertical pode afectar os concorrentes a montante, ao aumentar os seus custos de acesso aos clientes a jusante ou ao restringir o acesso a uma base de clientes significativa. O encerramento como cliente pode assumir diversas formas. A entidade resultante da concentração pode, por exemplo, decidir obter todos os factores de produção de que necessita junto do seu departamento a montante podendo, assim, deixar de efectuar aquisições junto dos seus concorrentes a montante. Pode igualmente reduzir as suas aquisições junto dos seus concorrentes a montante, ou efectuá-las em condições menos favoráveis do que as que prevaleceriam na ausência da concentração ([3]).

([1]) Ver nota 4 para a definição de «a jusante» e «a montante».
([2]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.4389 — WLR/BST.
([3]) Nos casos que envolvem a distribuição, por exemplo, é menos provável que a entidade resultante da concentração conceda acesso aos seus pontos de venda em condições iguais às que existiriam na ausência da concentração.

61. Ao determinar a capacidade da entidade resultante da concentração para encerrar o acesso aos mercados a jusante, a Comissão analisa se existem suficientes alternativas económicas no mercado a jusante para os concorrentes (actuais ou potenciais) situados a montante venderem a sua produção ([1]). Para que o encerramento como cliente constitua uma preocupação em matéria de concorrência, a concentração vertical deve envolver uma empresa que seja um cliente importante, com um grau significativo de poder no mercado a jusante ([2]). Se, pelo contrário, existir uma base de clientes suficientemente ampla, actual ou futura, susceptível de recorrer a fornecedores independentes, é pouco provável que a Comissão manifeste preocupações em matéria de concorrência por esse motivo ([3]).

62. O encerramento como cliente pode provocar um aumento dos preços dos factores de produção, em especial se existirem economias de escala ou de gama significativas nesse mercado ou quando a procura se caracteriza por efeitos de rede ([4]). É principalmente nestas circunstâncias que pode ser afectada a capacidade concorrencial dos concorrentes a montante, quer actuais quer potenciais.

63. O encerramento como cliente pode, por exemplo, levar a um aumento dos preços dos factores de produção quando os concorrentes a montante existentes operam no limiar mínimo de eficiência ou muito perto dele. Na medida em que o encerramento como cliente e a correspondente perda de produção para os concorrentes aumente os seus custos de produção variáveis, tal poderá resultar numa pressão de subida dos preços aplicados aos clientes que desenvolvem actividades no mercado a jusante.

64. No caso de economias de escala ou de gama, o encerramento como cliente pode também tornar menos atraente a entrada no mercado a montante para concorrentes potenciais, visto que reduz significativamente as suas perspectivas de receitas. Quando o encerramento como cliente resulta efectivamente num efeito dissuasor da entrada no mercado, os preços dos factores de produção podem permanecer a um nível mais elevado do que aquele que se registaria de outro modo, aumentando assim o seu custo para concorrentes a jusante da empresa resultante da concentração.

65. Além disso, quando o encerramento como cliente tem sobretudo um impacto sobre os fluxos de receitas dos concorrentes a montante, pode reduzir significativamente a sua capacidade e incentivo para investir na redução dos custos, na I&D e na qualidade dos produtos ([5]). Esta situação poderá reduzir a sua capacidade para concorrer a longo prazo, podendo mesmo provocar a sua saída do mercado.

66. Na sua apreciação, a Comissão pode tomar em consideração a existência de diferentes mercados correspondentes às diferentes utilizações do factor de produção em questão. No caso do encerramento de uma parte substancial do mercado a jusante, um fornecedor a montante poderá não conseguir alcançar uma escala eficiente, podendo igualmente ter de operar com custos mais elevados noutro mercado ou mercados. Em contrapartida, um fornecedor a montante poderá continuar a desenvolver a sua actividade de forma eficiente se encontrar outras utilizações ou mercados secundários para os seus factores de produção, sem incorrer em custos significativamente mais elevados.

([1]) A perda de uma empresa integrada enquanto cliente é normalmente menos importante se, antes da concentração, as aquisições dessa empresa junto de empresas não integradas representavam uma proporção reduzida da base de vendas disponível para essas empresas. Nesse caso, é mais provável que existam clientes alternativos suficientes. A presença de contratos exclusivos entre a entidade resultante da concentração e outras empresas a jusante pode limitar a capacidade de os concorrentes a montante alcançarem um volume de vendas suficiente.

([2]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.2822 — ENBW/ENI/GVS (2002), pontos 54-57.

([3]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.81 — VIAG/Continental Can (1991), ponto 51 ou processo COMP/M.4389 — WLR/BST, pontos 33-35.

([4]) Existem economias de escala ou de gama quando um aumento na escala ou gama da produção leva a uma diminuição dos custos unitários médios. Verifica-se um efeito de rede quando o valor de um produto destinado a um cliente aumenta quando aumenta o número de outros clientes que também o utilizam. É o que acontece, por exemplo, com os aparelhos de comunicação, certos programas de *software*, produtos que exigem uma normalização e as plataformas que agrupam compradores e vendedores.

([5]) Um fornecedor de factores de produção impedido de ter acesso a um cliente importante poderá preferir manter-se fora do mercado se não conseguir atingir uma escala mínima de viabilidade na sequência do investimento. Esta escala mínima de viabilidade pode no entanto ser alcançada se o novo participante potencial tiver acesso a uma base de clientes mais ampla, incluindo clientes noutros mercados relevantes. Ver processo COMP/M.1879 — Boeing/Hughes (2000) e processo COMP/M.2978 — Lagardère/Natexis/VUP (2003).

67. Na sua apreciação, a Comissão analisará, com base nas informações disponíveis, se existirão estratégias efectivas, atempadas e sustentáveis a longo prazo, que as empresas concorrentes possam, com elevado grau de probabilidade, utilizar para contrariar a acção da nova entidade. Entre estas estratégias de resposta figura a possibilidade de os concorrentes a montante decidirem praticar uma política de preços mais agressiva para manter os níveis das vendas no mercado a jusante, a fim de atenuarem os efeitos do encerramento ([1]).

B. Incentivos para encerrar o acesso aos mercados a jusante

68. Os incentivos para adoptar uma estratégia de encerramento do mercado dependem da sua rendibilidade. A entidade resultante da concentração deverá pesar, por um lado, os eventuais custos associados ao facto de não adquirir produtos junto dos concorrentes a montante e, por outro, os eventuais ganhos decorrentes desta estratégia, por exemplo, porque essa estratégia permite à entidade resultante da concentração aumentar os preços nos mercados a montante ou a jusante.

69. Os custos associados à redução das aquisições junto dos fornecedores concorrentes a montante são mais elevados quando o departamento a montante da empresa integrada é menos eficiente do que os fornecedores objecto do encerramento. Estes custos são igualmente mais elevados se o departamento a montante da empresa resultante da concentração estiver sujeito a restrições de capacidade ou se os produtos dos rivais forem mais atraentes devido à sua diferenciação.

70. Os incentivos para adoptar uma estratégia de encerramento como cliente dependem adicionalmente da medida em que o departamento a montante da entidade resultante da concentração pode tirar partido do eventual aumento dos preços no mercado a montante, resultante do encerramento dos concorrentes a montante. Os incentivos para adoptar uma estratégia de encerramento como cliente são também tanto mais elevados quanto maiores forem as probabilidades do departamento a jusante da empresa integrada poder beneficiar com o aumento dos preços a jusante resultante do encerramento. Neste contexto, quanto mais elevadas forem as quotas de mercado das actividades a jusante da entidade resultante da concentração, maior será a base de vendas em que poderão ser obtidas margens superiores ([2]).

71. Quando a adopção de um determinado comportamento pela entidade resultante da concentração constituir uma peça fundamental para o encerramento do mercado, a Comissão analisa quer os incentivos para adoptar tal comportamento, quer os factores susceptíveis de reduzir ou mesmo eliminar tais incentivos, incluindo o carácter eventualmente ilegal do comportamento ([3]).

C. Impacto global provável na concorrência efectiva

72. O encerramento de concorrentes no mercado a montante pode ter um efeito negativo no mercado a jusante e ser prejudicial para os consumidores. Ao negar aos concorrentes (a montante) objecto do encerramento o acesso a uma base de clientes significativa para os seus produtos, a concentração é susceptível de reduzir a capacidade destes concorrentes para concorrer num futuro previsível. Desta forma, os concorrentes a jusante correm o risco de serem colocados numa situação de desvantagem concorrencial, por exemplo através de um aumento dos seus custos dos factores de produção. Por seu turno, tal poderá permitir que a entidade resultante da concentração possa, de forma rentável, aumentar os preços ou reduzir a produção total no mercado a justante.

([1]) No processo COMP/M.1879 — Boeing/Hughes (2000), por exemplo, foi nomeadamente considerado no ponto 100 que, tendo em conta os elevados custos fixos envolvidos, se os fornecedores de veículos de lançamento de satélites concorrentes passassem a ser menos competitivos em termos de custos do que a entidade resultante da concentração, tentariam reduzir os preços a fim de salvaguardarem o volume das suas actividades e recuperarem pelo menos uma parte dos seus custos fixos, em vez de aceitarem perder um contrato e sofrer perdas mais elevadas. Assim, o efeito mais provável seria um reforço da concorrência a nível dos preços e não uma monopolização do mercado.

([2]) Se a empresa integrada verticalmente fornecer factores de produção a concorrentes a jusante pode tirar partido da possibilidade de expandir as vendas ou, consoante os casos, de aumentar os respectivos preços.

([3]) A análise destes incentivos será levada a cabo em conformidade com o procedimento previsto no parágrafo 46 *supra*.

73. O impacto negativo para os consumidores pode levar algum tempo a concretizar-se nos casos em que o encerramento como cliente se faz sentir principalmente em termos dos fluxos de receitas dos concorrentes a montante, reduzindo o seu incentivo para investirem na redução dos custos, na qualidade dos produtos ou noutros factores ligados à concorrência, por forma a manterem-se competitivos.

74. É apenas nos casos em que uma proporção significativa da produção a montante é afectada pela redução das receitas provocada pela concentração vertical, que esta é susceptível de restringir significativamente a concorrência efectiva no mercado a montante. Se subsistirem vários concorrentes a montante que não sejam afectados, a concorrência exercida por estas empresas pode ser suficiente para evitar um aumento dos preços no mercado a montante e, consequentemente, também no mercado a jusante. Para que estas empresas exerçam uma pressão concorrencial suficiente é necessário que não sejam confrontadas com barreiras à expansão devido, por exemplo, a restrições de capacidade ou à diferenciação dos produtos ([1]). Nos casos em que a redução da concorrência a montante afecta uma proporção significativa da produção a jusante, é provável que a concentração, tal como acontece com o encerramento de factores de produção, provoque um aumento considerável do nível dos preços no mercado a jusante e, por conseguinte, restrinja significativamente a concorrência efectiva ([2]).

75. A concorrência efectiva no mercado a montante pode também ser significativamente restringida através do aumento de barreiras à entrada de concorrentes potenciais. Tal acontece, principalmente, se o encerramento como cliente obrigar os concorrentes potenciais a entrar tanto no mercado a jusante como no mercado a montante, a fim de poder concorrer de forma efectiva em qualquer dos dois mercados. Num contexto deste tipo, o encerramento como cliente e o encerramento de factores de produção podem fazer parte da mesma estratégia. As preocupações em matéria de concorrência suscitadas pela criação de barreiras à entrada são particularmente relevantes nos sectores que se estão a abrir à concorrência ou em que se espera que tal ocorra num futuro previsível ([3]).

76. O efeito sobre a concorrência deve ser apreciado à luz de factores que o compensem, como a presença de poder negocial dos compradores ([4]) ou a probabilidade de que a entrada de novos concorrentes a montante preserve a concorrência efectiva nos mercados a montante ou a jusante ([5]).

77. Além disso, o efeito sobre a concorrência deve ser apreciado à luz dos ganhos de eficiência devidamente fundamentados pelas partes objecto da concentração ([6]).

B. **Outros efeitos não coordenados**

78. A entidade resultante da concentração pode, através de uma integração vertical, obter acesso a informações comerciais sensíveis relativas às actividades a montante ou a jusante dos seus concorrentes ([7]). Por exemplo, ao passar a ser o fornecedor de um concorrente a jusante, uma empresa pode obter informações críticas, o que lhe permitirá seguir uma política de preços menos agressiva no mercado a jusante, em detrimento dos consumidores ([8]). Pode igualmente colocar os concorrentes numa situação de desvantagem concorrencial, dissuadindo-os de entrar ou de se expandir no mercado.

([1]) A análise destes efeitos não coordenados é semelhante à análise dos efeitos não coordenados no âmbito das concentrações horizontais (ver secção IV da Comunicação relativa às concentrações horizontais).
([2]) Ver ponto 47-50 da presente comunicação.
([3]) É importante que as medidas reguladoras destinadas a liberalizar um mercado não fiquem desprovidas de eficácia devido à integração vertical de empresas incumbentes e que dessa forma provocam um encerramento do mercado ou que se eliminam enquanto novos concorrentes potenciais.
([4]) Ver secção V, referente ao poder de compensação dos compradores, da Comunicação relativa às concentrações horizontais.
([5]) Ver secção VI, referente entrada no mercado, da Comunicação relativa às concentrações horizontais.
([6]) Para a apreciação dos ganhos de eficiência num contexto vertical, ver secção V.A.1 *supra*.
([7]) Ver processo COMP/M.1879 — Boeing/Hughes (2000), processo COMP/M.2510 — Cendant/Galileo, ponto 37, processo COMP/M.2738 — GEES/UNISON, ponto 21, processo COMP/M.2925 — Charterhouse/CDC/Telediffusion de France, ponto 37-38 e processo COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP (2004).
([8]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.2822 — ENBW/ENI/GVS (2002), ponto 56, processo COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP (2004), pontos 368-379 e processo COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech (2005), pontos 159-164.

C. **Efeitos coordenados**

79. Tal como referido na secção IV da Comunicação relativa às concentrações horizontais, uma concentração pode alterar a natureza da concorrência de tal forma que as empresas que anteriormente não coordenavam o seu comportamento são agora muito mais susceptíveis de o coordenar, para aumentar os preços ou prejudicar de outra forma a concorrência efectiva. Uma concentração pode igualmente tornar a coordenação mais fácil, mais estável e mais efectiva para as empresas que coordenassem já o seu comportamento antes da concentração ([1]).

80. Pode existir coordenação no mercado quando os concorrentes, sem concluírem um acordo ou sem recorrerem a práticas concertadas na acepção do artigo 81.º do Tratado, estão em condições de identificar e prosseguir objectivos comuns, evitando a pressão concorrencial mútua normal resultante de um sistema coerente de ameaças implícitas. Num contexto de concorrência normal, cada empresa tem permanentemente um incentivo para concorrer. É este incentivo que, em última análise, mantém os preços a um nível baixo e impede que as empresas maximizem conjuntamente os seus lucros. A coordenação implica uma ruptura relativamente às condições normais de concorrência, uma vez que as empresas podem manter os seus preços a níveis superiores àqueles que uma maximização independente dos lucros de curto prazo permitiria. As empresas abster-se-ão, de forma coordenada, de aplicar preços mais baixos do que os preços elevados aplicados pelos seus concorrentes, porque temem que tal comportamento comprometa a coordenação no futuro. Para que ocorram efeitos coordenados é necessário que o lucro que as empresas poderiam obter concorrendo agressivamente a curto prazo («desvio») seja inferior à redução prevista das receitas que, a longo prazo, resultará deste «desvio», uma vez que antecipam que o «desvio» provoque uma reacção agressiva por parte dos concorrentes («castigo»).

81. É mais provável que surja coordenação nos mercados onde seja relativamente simples chegar a um consenso sobre as condições de tal coordenação. Além disso, deverão estar preenchidas três condições para que a coordenação seja sustentável. Em primeiro lugar, as empresas que participam na coordenação deverão poder verificar, com suficiente clareza, se as condições da coordenação estão a ser cumpridas. Em segundo lugar, a disciplina exige que existam alguns mecanismos de dissuasão que possam ser activados quando é detectado um desvio. Em terceiro lugar, as reacções das empresas terceiras, como os concorrentes actuais e futuros que não participam na coordenação, e também dos clientes, não deverão poder prejudicar os resultados esperados da coordenação ([2]).

Definir as condições da coordenação

82. Uma concentração vertical pode permitir que as empresas nos mercados a jusante ou a montante, cheguem mais facilmente a um consenso sobre as condições da coordenação ([3]).

83. Por exemplo, quando uma concentração vertical conduz a um encerramento do mercado ([4]), tal facto traduz-se numa redução do número de concorrentes efectivos no mercado. De forma geral, uma redução no número de intervenientes torna mais fácil a coordenação entre os restantes operadores no mercado.

84. As concentrações verticais podem igualmente aumentar o grau de simetria entre as empresas activas no mercado ([5]). Esta situação poderá reforçar as probabilidades de coordenação, ao facilitar o consenso sobre as suas condições. Da mesma forma, a integração vertical pode aumentar o grau de transparência do mercado, facilitando a coordenação entre os restantes operadores no mercado.

85. Além disso, uma concentração pode implicar a eliminação de uma empresa «dissidente» no mercado. Uma empresa «dissidente» é um fornecedor que, por razões que lhe são próprias, se recusa a adoptar os resultados da coordenação, mantendo por conseguinte uma concorrência agressiva. A integração vertical da empresa «dissidente» pode alterar os seus incentivos a um nível tal que a coordenação deixará de ser impedida.

([1]) Ver processo COMP/M.3101 — Accor/Hilton/Six Continents, pontos 23-28.
([2]) Processo T-342/99, Airtours/Comissão, Col. 2002, p. II-2585, ponto 62.
([3]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.3314 — Air Liquide/Messer Targets, pontos 91-100.
([4]) A existência de encerramento do mercado terá de ser demonstrada pela Comissão, em conformidade com o previsto na parte A da presente secção.
([5]) Ver processo COMP/M.2389 — Shell/DEA e processo COMP/M.2533 — BP/E.ON. Em contrapartida, a integração vertical pode igualmente diminuir o grau de simetria entre as empresas activas no mercado, dificultando a coordenação.

Verificação dos desvios

86. A integração vertical pode facilitar a coordenação, aumentando o grau de transparência do mercado entre as empresas, através do acesso a informações sensíveis relativas aos concorrentes ou facilitando a verificação dos preços. Podem surgir problemas, por exemplo, se o grau de transparência dos preços for mais elevado a jusante do que a montante, o que pode ocorrer quando os preços cobrados aos consumidores finais são públicos, mas as transacções no mercado intermédio são confidenciais. A integração vertical pode proporcionar aos produtores a montante um controlo sobre os preços finais, permitindo-lhes assim verificar os desvios mais eficazmente.

87. Quando dá origem a um encerramento do mercado, uma concentração vertical pode também provocar uma redução do número de concorrentes efectivos no mercado. Uma redução no número de operadores pode facilitar a verificação do comportamento de cada um deles no mercado.

Mecanismos de dissuasão

88. As concentrações verticais podem afectar os incentivos das empresas participantes na coordenação para cumprirem as condições da coordenação. Uma empresa integrada verticalmente pode, por exemplo, estar em condições punir mais eficazmente as empresas concorrentes que se «desviem» das condições da coordenação, uma vez que é um seu cliente ou fornecedor crucial ([1]).

Reacções de empresas terceiras

89. As concentrações verticais podem reduzir a margem de manobra de que dispõem as empresas não participantes na coordenação para a destabilizar, aumentando as barreiras à entrada no mercado ou limitando de outro modo a sua capacidade concorrencial.

90. Além disso, a concentração vertical pode igualmente implicar a eliminação do mercado de um comprador destabilizador. Se as empresas a montante considerarem que as vendas a um determinado cliente são suficientemente importantes, podem ser tentadas a desviar-se das condições de coordenação numa tentativa de obtê-lo como cliente. Da mesma forma, um comprador importante pode conseguir convencer as empresas participantes na coordenação a não respeitarem as suas condições, abastecendo-se em elevada proporção junto de um só fornecedor ou oferecendo contratos a longo prazo. A aquisição de um comprador deste tipo pode aumentar o risco de coordenação no mercado.

V. **CONCENTRAÇÕES CONGLOMERAIS**

91. As concentrações conglomerais são concentrações entre empresas que mantêm relações que não são nem estritamente horizontais (enquanto concorrentes no mesmo mercado relevante) nem verticais (enquanto fornecedor e cliente). Na prática, trata-se principalmente de concentrações entre empresas que desenvolvem actividades em mercados estreitamente relacionados ([2]) (por exemplo, concentrações que envolvem fornecedores de produtos complementares ou produtos que integram uma gama de produtos geralmente vendidos ao mesmo conjunto de clientes para a mesma utilização final).

92. Embora se reconheça que, na maioria dos casos, as concentrações conglomerais não dão origem a preocupações em matéria de concorrência, podem prejudicá-la em determinados casos específicos. Na sua apreciação, a Comissão tomará em consideração tanto os possíveis efeitos anticoncorrenciais das concentrações conglomerais como os possíveis efeitos pró-concorrenciais decorrentes de ganhos de eficiência devidamente fundamentados pelas partes.

([1]) Por exemplo, num processo que foi subsequentemente retirado [processo COMP/M.2322 — CRH/Addtek (2001)] a concentração envolvia um fornecedor de cimento a montante, que ocupava uma posição dominante e a jusante um produtor de produtos de betão pré-fabricados, desenvolvendo ambos actividades na Finlândia. A Comissão considerou a título provisório no procedimento administrativo que a nova entidade estaria em condições de disciplinar os concorrentes a jusante devido à sua forte dependência dos fornecimentos de cimento pela entidade objecto da concentração. Desta forma, a entidade a jusante poderia aumentar o preço dos seus produtos de betão pré-fabricados, assegurando-se de que os concorrentes acompanhariam estes aumentos de preços e evitando que recorressem a importações de cimento dos Estados Bálticos e da Rússia.

([2]) Ver igualmente formulário CO, secção IV, ponto 6.3 c).

A. **Efeitos não coordenados: encerramento do mercado**

93. A principal preocupação em matéria de concorrência no contexto das concentrações conglomerais diz respeito ao encerramento do mercado. A combinação de produtos em mercados relacionados pode proporcionar à entidade resultante da concentração a capacidade e o incentivo para utilizar, através de um efeito de alavanca ([1]), a sua posição forte num determinado mercado para reforçar a sua posição noutro mercado, através de vendas subordinadas ou agrupadas ou de outras práticas de exclusão ([2]). As vendas subordinadas ou agrupadas constituem, enquanto tais, práticas correntes que raramente têm consequências em termos de concorrência. As empresas optam pelas vendas subordinadas ou agrupadas a fim de fornecer aos seus clientes melhores produtos ou ofertas, com uma melhor relação qualidade-preço. No entanto, em determinadas circunstâncias, estas práticas podem levar a uma redução da capacidade ou do incentivo dos concorrentes actuais ou potenciais para concorrerem, o que poderá reduzir a pressão concorrencial exercida sobre a entidade resultante da concentração, permitindo-lhe aumentar os preços.

94. Ao apreciar a probabilidade de um cenário deste tipo, a Comissão determina, em primeiro lugar, se a entidade resultante da concentração teria a capacidade de encerrar o mercado (excluir os seus concorrentes), em segundo lugar, se teria incentivos económicos para o fazer e, em terceiro lugar, se uma estratégia de encerramento do mercado teria um efeito prejudicial significativo a nível da concorrência, prejudicando assim os consumidores ([3]). Na prática, estes factores são frequentemente analisados em conjunto, uma vez que estão estreitamente interligados.

A. *Capacidade para encerrar o mercado*

95. Para a entidade resultante da concentração, a forma mais directa de utilizar o seu poder num determinado mercado com o objectivo de excluir concorrentes noutro mercado, será condicionando as vendas de forma a ligar entre si os produtos dos diferentes mercados. O método mais directo consiste em ou subordinar ou agrupar as vendas.

96 A expressão «vendas agrupadas» refere-se normalmente à forma como os produtos são oferecidos e os seus preços fixados pela entidade resultante da concentração. Pode estabelecer-se uma distinção entre as vendas agrupadas puras e as vendas agrupadas mistas. No caso das vendas agrupadas puras, os produtos são apenas vendidos conjuntamente em proporções fixas. Nas vendas agrupadas mistas, os produtos estão também disponíveis separadamente, mas a soma dos preços individuais é superior ao preço conjunto ([4]). Os descontos condicionados à aquisição de outros produtos, podem ser considerados uma forma de vendas agrupadas mistas.

97. A expressão «vendas subordinadas» diz normalmente respeito às situações em que os clientes que adquirem um produto (produto subordinante) são obrigados a adquirir igualmente outro produto junto do mesmo produtor (produto subordinado). A subordinação das vendas pode ter uma base técnica ou contratual. Por exemplo, existe uma subordinação técnica quando o produto subordinante é concebido de forma a apenas funcionar com o produto subordinado (e não com as alternativas oferecidas pelos concorrentes). A subordinação contratual implica que, ao adquirir o produto subordinante, o cliente se compromete a apenas adquirir o produto subordinado (e não as alternativas propostas pelos concorrentes).

98. As características específicas dos produtos podem ser pertinentes para determinar se algum destes meios utilizados para ligar as vendas entre mercados distintos se encontra à disposição da entidade resultante da concentração. Por exemplo, é pouco provável que as vendas agrupadas puras sejam possíveis se os produtos não forem comprados pelos mesmos clientes ou simultaneamente ([5]). Da mesma forma, a subordinação técnica só constitui uma opção em determinados sectores.

99. A fim de poder adoptar uma estratégia de exclusão dos concorrentes, a nova entidade dever deter um poder de mercado significativo, que não tem necessariamente de atingir o nível de posição dominante, num dos mercados em causa. As vendas agrupadas ou subordinadas só terão, em princípio, efeitos significativos quando pelo menos um dos produtos das partes objecto da concentração é considerado

([1]) Não existe uma definição consagrada de «efeito de alavanca» mas, numa acepção neutra, significa a capacidade de uma empresa aumentar as vendas de um produto num mercado (o mercado «subordinado» ou o «mercado agrupado»), explorando a sua forte posição no mercado do produto a que este está subordinado ou agrupado (o «mercado subordinante» ou o «mercado de alavanca»).
([2]) Estes conceitos serão definidos *infra*.
([3]) Ver processo T-210/01, General Electric/Comissão, Col. 2005, p. II-000, ponto 327, 362-363, 405, processo COMP/M.3304 — GE/Amersham (2004), ponto 37 e processo COMP/M.4561 — GE/Smiths Aerospace, pontos 116-126.
([4]) A distinção entre vendas agrupadas mistas e vendas agrupadas puras não é necessariamente taxativa. As vendas agrupadas mistas podem aproximar-se às vendas agrupadas puras quando os preços dos produtos individuais são elevados.
([5]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.3304 — GE/Amersham (2004), ponto 35.

por um elevado número de clientes como particularmente importante e existem poucas alternativas adequadas para esse produto, por exemplo, devido à diferenciação dos produtos ([1]) ou a restrições de capacidade a que as empresas concorrentes estejam sujeitas.

100. Além disso, para que o encerramento do mercado possa constituir uma preocupação potencial, é necessário que exista uma ampla base de clientes comuns para cada produto em causa. Quanto mais os clientes tenderem a adquirir ambos os produtos (em vez de um só produto), mais será afectada a procura dos produtos individuais abrangidos pelas vendas subordinadas ou agrupadas. Esta correspondência a nível do comportamento dos compradores será mais provavelmente significativa quando os produtos em questão são complementares.

101. Na generalidade, os efeitos de encerramento do mercado decorrentes das vendas subordinadas ou agrupadas são normalmente mais pronunciados em sectores onde se verificam economias de escala e onde a estrutura da procura num determinado momento tem repercussões dinâmicas nas condições futuras de abastecimento do mercado. Nomeadamente, quando um fornecedor de produtos complementares detém poder de mercado relativamente a um dos produtos (produto A), a decisão de realizar vendas subordinadas ou agrupadas pode traduzir-se numa redução das vendas dos fornecedores não integrados do produto complementar (produto B). Se, além disso, estiverem em jogo externalidades de rede ([2]), tal decisão reduzirá significativamente a margem à disposição de empresas concorrentes para expandirem as vendas do produto B no futuro. Inversamente, quando novos participantes potenciais consideram a possibilidade de entrar no mercado do produto complementar, a decisão da entidade resultante da concentração no sentido de realizar vendas agrupadas pode ter por efeito dissuadi-los de o fazer. A disponibilidade limitada de produtos complementares com os quais podem combinar os seus produtos pode, por seu turno, dissuadir os novos participantes potenciais de entrar no mercado A.

102. De salientar ainda que a margem para encerramento do mercado é normalmente menor quando as partes objecto da concentração não se podem comprometer com uma estratégia de vendas subordinadas ou agrupadas duradoura, por exemplo através de vendas subordinadas ou agrupadas a nível técnico onerosas de anular.

103. Na sua apreciação, a Comissão analisará, com base nas informações disponíveis, se existirão estratégias efectivas e atempadas que as empresas concorrentes possam utilizar para contrariar a acção da nova entidade. Tal aconteceria, por exemplo, se uma estratégia de vendas subordinadas ou agrupadas fosse contrariada por uma combinação de ofertas das empresas monoproduto, a fim de as tornar mais atraentes para os clientes ([3]). Além disso, é menos provável que vendas agrupadas dêem origem a um encerramento do mercado se uma empresa presente no mercado adquirir os produtos agrupados para os revender em separado de forma rentável. Por outro lado, os concorrentes podem decidir adoptar uma política de preços mais agressiva, a fim de manter a sua quota de mercado, atenuando assim o efeito do encerramento ([4]).

104. Os clientes podem ter um forte incentivo para adquirir a gama de produtos em causa junto de uma única fonte (balcão único) em vez de o fazerem junto de diversos fornecedores, por exemplo porque reduzem assim os custos de transacção. O facto de a entidade resultante da concentração passar a dispor de uma ampla gama ou carteira de produtos não suscita, enquanto tal, preocupações em matéria de concorrência ([5]).

B. *Incentivo para encerrar o mercado*

105. O incentivo para adoptar uma estratégia de exclusão dos concorrentes, através de vendas subordinadas ou agrupadas depende do grau de rentabilidade de tal estratégia. A entidade resultante da concentração deve pesar, por um lado, os eventuais custos associados às vendas subordinadas ou agrupadas dos seus produtos e, por outro, os eventuais ganhos resultantes da expansão das quotas de mercado no(s) mercado(s) em causa ou, consoante os casos, da sua capacidade de aumentar os preços nesse(s) mercado(s) graças ao seu poder de mercado.

([1]) Por exemplo, no contexto de produtos de marca, os produtos particularmente importantes são por vezes designados por produtos imprescindíveis em inventário («must stock products»). Ver, por exemplo, processo COMP/M.3732 — Procter & Gamble/Gillette (2005), ponto 110.

([2]) Quando um produto se caracteriza por externalidades de rede, os clientes ou produtores tiram partido do facto de outros clientes ou produtores utilizarem também os mesmos produtos. Podem citar-se como exemplos os dispositivos de comunicação, os programas de *software* específicos, os produtos que exigem uma normalização e as plataformas que agrupam compradores e vendedores.

([3]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.3304 — GE/Amersham (2004), ponto 39.

([4]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.1879 — Boeing/Hughes (2000), ponto 100 e processo COMP/M.3304 — GE/Amersham (2004), ponto 39. Contudo, a perda de receitas resultantes desta situação pode em certos casos ter um impacto sobre a capacidade concorrencial das empresas concorrentes. Ver secção C.

([5]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.2608 — INA/FAG, ponto 34.

106. As vendas subordinadas ou agrupadas puras podem provocar perdas para a própria empresa resultante da concentração. Por exemplo, se um número significativo de clientes não tem interesse em adquirir o produto agrupado, mas prefere adquirir apenas um produto individual (por exemplo, o produto de alavanca) as vendas desse produto (enquanto elemento da oferta agrupada) podem descer significativamente. Além disso, podem ocorrer perdas a nível do produto de alavanca quando os clientes que antes da concentração combinavam esse produto comprado a uma parte na concentração com um produto de uma outra empresa, decidem agora adquirir a oferta agrupada a empresas concorrentes ou deixam de todo de compra-lo ([1]).

107. Neste contexto, poderá ser relevante avaliar o valor relativo dos diferentes produtos. Por exemplo, é pouco provável que a entidade resultante da concentração esteja disposta a renunciar às vendas num mercado altamente rentável, para conquistar quotas num outro mercado com um volume de negócios relativamente reduzido e lucros modestos.

108. Contudo, a decisão de agrupar e subordinar as vendas de produtos pode também gerar um aumento dos lucros, resultante de um aumento de poder de mercado no mercado dos produtos subordinados, de protecção do poder de mercado no mercado dos produtos subordinantes, ou de uma combinação dos dois (ver secção C *infra*).

109. Na sua apreciação dos incentivos prováveis da empresa resultante da concentração, a Comissão pode tomar em consideração outros elementos como a estrutura de propriedade da entidade resultante da concentração ([2]), o tipo de estratégias comerciais adoptadas no passado ou o conteúdo dos documentos estratégicos internos da empresa, tais como os planos de actividade.

110. Quando a adopção de um determinado comportamento pela entidade resultante da concentração constitui uma etapa fundamental para o encerramento do mercado, a Comissão analisa quer os incentivos para adoptar tal comportamento quer os factores susceptíveis de reduzir, ou mesmo eliminar, tais incentivos, incluindo o carácter eventualmente ilegal do comportamento ([3]).

C. *Impacto global provável a nível dos preços e da escolha*

111. As vendas subordinadas ou agrupadas podem provocar uma redução significativa das perspectivas de vendas para os concorrentes no mercado que produzem um só componente. A redução das vendas dos concorrentes não constitui por si só um problema. Contudo, em determinados sectores, se a redução for suficientemente significativa, pode levar a uma redução da capacidade ou do incentivo para concorrerem por parte de outras empresas. Assim, a entidade resultante da concentração pode, subsequentemente, conquistar poder de mercado (no mercado do produto subordinado ou agrupado) e/ou manter o seu poder de mercado (no mercado do produto subordinante ou do produto de alavanca).

112. Em especial, as práticas de encerramento do mercado podem dissuadir concorrentes potenciais de entrar no mercado. Tal pode acontecer ao reduzir as perspectivas de vendas dos concorrentes potenciais num determinado mercado a um nível inferior à escala mínima de viabilidade. No caso de produtos complementares, a estratégia de dissuadir a entrada num mercado através de vendas subordinadas ou agrupadas, pode também permitir à entidade resultante da concentração que tenha um efeito dissuasor à entrada noutro mercado, se as vendas subordinadas ou agrupadas forçarem os concorrentes potenciais a entrar em ambos os mercados simultaneamente, em vez de entrar apenas num deles ou de entrar nos dois sequencialmente. Esta prática pode, em especial, ter um impacto significativo nos sectores em que a estrutura da procura num determinado momento tem repercussões dinâmicas nas condições futuras de abastecimento do mercado.

113. Só quando uma proporção suficientemente elevada da produção no mercado é afectada pelo encerramento resultante da concentração, é esta susceptível de restringir significativamente a concorrência efectiva. Se subsistirem vários fabricantes monoproduto com uma presença efectiva em qualquer dos mercados, não é provável que a concorrência se deteriore na sequência de uma concentração conglomeral. O mesmo se passa quando apesar de subsistir apenas um número reduzido de concorrentes monoproduto, estes dispõem de capacidade e incentivos para expandir a produção.

([1]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.3304 — GE/Amersham (2004), ponto 59.

([2]) Por exemplo, nos casos em que duas empresas detêm o controlo conjunto de uma empresa que desenvolve actividades num mercado, e apenas uma delas desenvolve actividades no mercado vizinho, a empresa sem actividades neste último mercado pode ter pouco interesse em renunciar às vendas no primeiro mercado. Ver, por exemplo, processo T-210/01, General Electric/Comissão, Col. 2005, p. II-000, ponto 385 e processo COMP/M.4561 — GE/Smiths Aerospace, ponto 119.

([3]) A análise destes incentivos será levada a cabo em conformidade com o procedimento previsto no parágrafo 46 *supra*.

114. O efeito sobre a concorrência deve ser apreciado à luz de factores que o contrabalancem, como a existência de poder negocial por parte dos compradores ([1]) ou a probabilidade de que a entrada de novos concorrentes preserve a concorrência efectiva nos mercados a montante e a jusante ([2]).

115. Além disso, o efeito na concorrência deve ser apreciado à luz dos ganhos de eficiência devidamente fundamentados pelas partes objecto da concentração ([3]).

116. Muitos dos ganhos de eficiência identificados no contexto das concentrações verticais podem, *mutatis mutandis*, ser também aplicados às concentrações conglomerais que afectam produtos complementares.

117. Em especial, quando os fabricantes de produtos complementares fixam os preços de forma independente, não tomam em consideração o efeito positivo de uma redução dos preços do seu produto nas vendas do outro produto. Dependendo das condições de mercado, uma empresa resultante de uma concentração pode internalizar este efeito, e ter um certo incentivo para reduzir as margens se tal contribuir para aumentar os seus lucros globais (fala-se frequentemente neste caso de «efeito de Cournot»). Na maior parte das vezes, a empresa resultante da concentração tirará o máximo partido destes efeitos através de vendas agrupadas mistas, ou seja, condicionando a descida do preço ao facto de o cliente adquirir ou não ambos os produtos junto da entidade resultante da concentração ([4]).

118. Uma característica específica das concentrações conglomerais consiste no facto de poderem gerar reduções nos custos através de economias de gama (tanto na produção como no consumo), produzindo uma vantagem inerente ao fornecimento conjunto dos produtos e não separadamente ([5]). Por exemplo, pode ser mais eficiente vender determinados componentes em conjunto, de forma agrupada, do que separadamente. Uma maior compatibilidade e uma melhor garantia de qualidade dos componentes complementares podem aumentar o seu valor junto dos clientes. Contudo, estas economias de gama são necessárias mas não suficientes para justificarem, em termos de eficiência, as vendas agrupadas ou subordinadas. Com efeito, os benefícios das economias de gama podem frequentemente ser obtidos sem recorrer a vendas agrupadas de base técnica ou contratual.

B. **Efeitos coordenados**

119. As concentrações conglomerais podem, em determinadas circunstâncias, facilitar a coordenação anticoncorrencial nos mercados, mesmo na ausência de um acordo ou prática concertada na acepção do artigo 81.º do Tratado. O quadro descrito na secção IV da Comunicação relativa às concentrações horizontais é igualmente aplicável neste contexto. Em especial, é mais provável que surja coordenação nos mercados onde seja bastante simples identificar as condições de coordenação e onde a coordenação seja sustentável.

120. Um meio pelo qual uma concentração conglomeral pode influenciar a probabilidade de um comportamento coordenado num determinado mercado, é ao reduzir o número de concorrentes efectivos a um ponto tal que a coordenação tácita passe a ser uma verdadeira possibilidade. Para mais, mesmo quando não são excluídos do mercado, os concorrentes podem encontrar-se numa situação mais vulnerável. Em consequência, os concorrentes sujeitos a encerramento podem optar por não contestar a coordenação, preferindo em vez disso a protecção que lhes é proporcionada por preços mais elevados.

121. Além disso, uma concentração conglomeral pode aumentar o âmbito e a importância da concorrência multi-mercados. A interacção concorrencial em diversos mercados pode aumentar a gama e a eficácia dos mecanismos disciplinadores para garantir o respeito das condições da coordenação.

([1]) Ver secção V, referente ao poder de compensação dos compradores, da Comunicação relativa às concentrações horizontais.

([2]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.3732 — Procter & Gamble/Gillette (2005), ponto 131. Ver secção VI, referente à entrada no mercado, da Comunicação relativa às concentrações horizontais.

([3]) Ver secção VII, referente aos ganhos de eficiência, da Comunicação relativa às concentrações horizontais.

([4]) Contudo, é importante reconhecer que o problema das margens comerciais duplas nem sempre se verifica ou é significativo antes da concentração. No contexto das vendas agrupadas mistas, deve igualmente realçar-se que embora a entidade resultante da concentração possa ter um incentivo para reduzir o preço dos produtos agrupados, o efeito sobre os preços dos produtos individuais é menos claro. O incentivo para a entidade resultante da concentração aumentar os preços dos produtos individuais pode decorrer do facto de assim esperar vender mais produtos agrupados. O preço dos produtos agrupados da entidade resultante da concentração e os preços dos produtos que (eventualmente) venda separadamente dependerá aluem disso das reacções, a nível dos preços, dos concorrentes no mercado.

([5]) Ver, por exemplo, processo COMP/M.3732 — Procter & Gamble/Gillette (2005), ponto 131.