

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

(2004/C 31/03)

I. INTRODUÇÃO

1. O artigo 2.º do Regulamento do Conselho n.º 139/04, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas ⁽¹⁾ (seguidamente designado «Regulamento das Concentrações»), estabelece que a Comissão deve apreciar as concentrações abrangidas por este regulamento 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 concentração resultam entraves significativos à concorrência efectiva, em especial através da criação ou reforço de uma posição dominante, no mercado comum ou numa parte substancial deste.

2. Por conseguinte, a Comissão deve tomar em consideração qualquer entrave significativo à concorrência efectiva susceptível de resultar de uma concentração. A criação ou reforço de uma posição dominante constitui uma das formas principais deste tipo de prejuízo para a concorrência. O conceito de posição dominante foi definido no contexto do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (seguidamente designado «Regulamento n.º 4064/89»), da seguinte forma:

«Uma situação de poderio económico detida por uma ou várias empresas que lhes daria a faculdade de obstar à manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, dando-lhes a possibilidade de adoptarem comportamentos independentes numa medida apreciável em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores» ⁽²⁾.

3. Para efeitos de interpretação do conceito de posição dominante no contexto do Regulamento n.º 4064/89, o Tribunal de Justiça referiu que este «se destina a ser aplicado a todas as operações de concentração de dimensão comunitária, na medida em que, devido aos seus efeitos sobre a estrutura da concorrência na Comunidade, se possam revelar incompatíveis com o regime de concorrência não falseada pretendido no Tratado» ⁽³⁾.

4. A criação ou reforço de uma posição dominante por uma única empresa na sequência de uma concentração tem constituído o motivo mais comum para concluir que de uma concentração resulta um entrave significativo à concorrência efectiva. Além disso, o conceito de posição dominante tem sido também aplicado num contexto oligopolístico aos casos de posição dominante colectiva. Por conseguinte, prevê-se que a maior parte dos casos de incompatibilidade de uma concentração com o mercado comum continuarão a basear-se na existência de uma posição dominante. Assim, este conceito proporciona uma indicação importante quanto ao tipo de prejuízo para a concorrência que determina se uma concentração é susceptível de provocar um entrave significativo à concorrência efectiva e, por conseguinte, quanto à possibilidade de uma intervenção ⁽⁴⁾. Para o efeito, a presente comunicação tenciona preservar na íntegra as orientações que podem ser

extraídas da prática decisória anterior e tomar plenamente em consideração a jurisprudência anterior dos tribunais comunitários.

5. A presente comunicação tem por objectivo fornecer orientações sobre a forma como a Comissão aprecia as concentrações ⁽⁵⁾, quando as empresas em causa são concorrentes efectivos ou potenciais no mesmo mercado relevante ⁽⁶⁾. Na presente comunicação tais concentrações serão denominadas «concentrações horizontais». Embora a presente comunicação apresente a abordagem analítica utilizada pela Comissão na sua apreciação das concentrações horizontais, não pode enumerar pormenorizadamente todas as aplicações possíveis desta abordagem. A Comissão aplica a abordagem descrita na comunicação aos factos e circunstâncias específicos de cada caso.

6. As orientações enunciadas na presente comunicação reflectem e desenvolvem a experiência obtida pela Comissão na apreciação das concentrações horizontais nos termos do Regulamento n.º 4064/89, desde a sua entrada em vigor em 21 de Setembro de 1990, bem como a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias. Os princípios apresentados na presente comunicação serão aplicados, desenvolvidos e aperfeiçoados pela Comissão no âmbito de processos individuais. A Comissão poderá rever ocasionalmente a presente comunicação à luz da evolução futura da situação.

7. A interpretação do Regulamento das Concentrações por parte da Comissão, no que se refere à apreciação das concentrações 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

8. 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 das concentrações, a Comissão impede as concentrações susceptíveis de privar os consumidores destas vantagens por aumentarem significativamente o poder de mercado das empresas. Entende-se por «aumento de poder de mercado» a capacidade de uma ou mais empresas aumentarem os preços de forma lucrativa, reduzirem a produção, a escolha ou a qualidade dos bens e serviços, diminuírem a inovação ou influenciarem de outra forma os parâmetros da concorrência. Na presente comunicação, é frequentemente utilizada a expressão «aumento de preços» como uma formulação resumida dos diversos tipos de prejuízo para a concorrência susceptíveis de resultarem de uma concentração ⁽⁷⁾. O poder de mercado pode ser detido tanto pelos fornecedores como pelos compradores. Contudo, para efeitos de clareza do texto, o poder de mercado refere-se normalmente, na presente comunicação, ao poder de mercado dos fornecedores. Quando está em causa o poder de mercado dos compradores, é utilizada a expressão «poder dos compradores».

9. Ao apreciar os efeitos de uma concentração sobre a concorrência, a Comissão compara as condições de concorrência resultantes da concentração notificada com as condições que se verificariam se a concentração não fosse realizada⁽⁸⁾. 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⁽⁹⁾. 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⁽¹⁰⁾.
10. A apreciação das concentrações por parte da Comissão implica normalmente:
- a) a definição dos mercados do produto e geográfico relevantes
 - b) a apreciação da concentração em termos de concorrência.
- O principal objectivo da definição de mercado consiste em identificar de forma sistemática as limitações concorrenciais imediatas que a entidade resultante da concentração tem de enfrentar. A comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência⁽¹¹⁾ apresenta orientações na matéria. Muitas das considerações que levam à delimitação dos mercados relevantes, podem também revelar-se importantes para a apreciação da concentração em termos de concorrência.
11. A presente comunicação articula-se em torno dos seguintes elementos:
- a) A abordagem da Comissão relativamente aos níveis de quotas de mercado e de concentração (Secção III).
 - b) A probabilidade de uma concentração ter efeitos anticoncorrenciais nos mercados relevantes, na ausência de factores de compensação (Secção IV).
 - c) A probabilidade de o poder dos compradores actuar como factor de compensação face a um aumento de poder de mercado resultante da concentração (Secção V).
 - d) A probabilidade de a entrada de novas empresas preservar a concorrência efectiva nos mercados relevantes (Secção VI).
 - e) A probabilidade de os ganhos de eficiência funcionarem como factor de compensação dos efeitos prejudiciais para a concorrência que, caso contrário, poderiam resultar da concentração (Secção VII).
 - f) As condições de aplicação do argumento da empresa insolvente (Secção VIII).
12. Por forma a apreciar o impacto previsível⁽¹²⁾ de uma concentração nos mercados relevantes, a Comissão analisa os seus possíveis efeitos anticoncorrenciais e os factores de compensação relevantes, como o poder dos compradores, a dimensão das barreiras à entrada e os possíveis ganhos de eficiência apresentados pelas partes. Em circunstâncias excepcionais, a Comissão considera se estão preenchidas as condições de aplicação do argumento da empresa insolvente.

13. À luz destes elementos, a Comissão determina, nos termos do artigo 2.º do Regulamento das Concentrações, se da concentração resultam entraves significativos à concorrência efectiva, em especial através da criação ou reforço de uma posição dominante, devendo por consequência a mesma ser declarada incompatível com o mercado comum. De realçar que estes factores não constituem uma «lista de verificação» a aplicar de forma mecânica em todos os casos. Pelo contrário, a análise em termos de concorrência de um caso específico basear-se-á na apreciação global do impacto previsível da concentração à luz dos factores e condições relevantes. Nem sempre todos os elementos serão relevantes para cada concentração horizontal e poderá não ser necessário analisar todos os elementos de um caso com o mesmo grau de pormenor.

III. NÍVEIS DE QUOTAS DE MERCADO E DE CONCENTRAÇÃO

14. Os níveis de quotas de mercado e de concentração fornecem uma primeira indicação útil acerca da estrutura de mercado e da importância em termos de concorrência das partes na concentração e dos seus concorrentes.
15. Normalmente, a Comissão utiliza as quotas de mercado correntes na sua análise em termos de concorrência⁽¹³⁾. Contudo, as quotas de mercado correntes podem ser ajustadas por forma a reflectir, de forma razoável, certas alterações futuras, por exemplo à luz da saída, entrada ou expansão no mercado⁽¹⁴⁾. As quotas de mercado após a concentração são calculadas partindo do princípio de que, após a concentração, a quota de mercado combinada das partes na concentração corresponde à soma das suas quotas de mercado anteriores à concentração⁽¹⁵⁾. Podem ser utilizados dados históricos caso se verifique uma volatilidade das quotas de mercado, por exemplo quando o mercado se caracteriza por encomendas de grandes dimensões e irregulares. As alterações nas quotas de mercado tradicionais podem fornecer informações úteis acerca do processo concorrencial e da provável importância futura dos diversos concorrentes, por exemplo, indicando se as empresas têm vindo a conquistar ou a perder quotas de mercado. De qualquer forma, a Comissão interpreta as quotas de mercado à luz das condições de mercado prováveis, por exemplo, se o mercado se caracteriza pelo seu elevado dinamismo e se a estrutura de mercado é instável devido à inovação ou crescimento⁽¹⁶⁾.
16. O nível de concentração global existente num mercado pode também fornecer informações úteis acerca da situação concorrencial. Para avaliar os níveis de concentração, a Comissão aplica frequentemente o índice Herfindahl-Hirschman (IHH)⁽¹⁷⁾. Este índice é calculado adicionando os quadrados das quotas de mercado individuais de todos os participantes no mercado⁽¹⁸⁾. O IHH confere, proporcionalmente, um maior peso às quotas de mercado das empresas de maiores dimensões. Embora seja melhor incluir todas as empresas no cálculo, a ausência de informações acerca das pequenas empresas poderá não ter importância, uma vez que tais empresas não afectam o IHH de forma significativa. Apesar de o nível absoluto de IHH poder fornecer uma indicação inicial da pressão concorrencial no mercado após a concentração, a variação no IHH (conhecida por «delta») constitui um valor aproximado da variação na concentração do mercado directamente resultante da operação de concentração⁽¹⁹⁾.

Níveis de quotas de mercado

17. Segundo a jurisprudência constante, uma quota de mercado especialmente elevada — 50 % ou mais — pode, em si mesma, constituir um elemento de prova da existência de uma posição dominante ⁽²⁰⁾. Todavia, os concorrentes de menores dimensões podem funcionar como uma força de pressão suficiente se, por exemplo, tiverem capacidade e incentivo para aumentar os seus fornecimentos. Uma concentração em que participe uma empresa cuja quota de mercado se situe a um nível inferior a 50 % após a concentração pode também dar origem a preocupações em termos de concorrência relativamente a outros factores, como o poder e o número dos concorrentes, a existência de limitações de capacidade ou o grau de substituíbilidade entre os produtos das partes na concentração. Desta forma, a Comissão concluiu em diversos processos que as concentrações que levam a quotas de mercado situadas entre 40 % e 50 % ⁽²¹⁾ e, nalguns casos, inferiores a 40 % ⁽²²⁾, conduzem à criação ou reforço de uma posição dominante.
18. Pode presumir-se que as concentrações que, devido à quota de mercado limitada das empresas em causa, não são susceptíveis de entravar a manutenção de uma concorrência efectiva, são compatíveis com o mercado comum. Sem prejuízo dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, existe essa presunção, nomeadamente, quando a quota de mercado das empresas em causa não ultrapassa 25 % ⁽²³⁾ no mercado comum, nem numa parte substancial deste ⁽²⁴⁾.

Níveis de IHH

19. É pouco provável que a Comissão identifique preocupações em termos de concorrência de tipo horizontal num mercado com um IHH, após a concentração, inferior a 1 000. Estes mercados não justificam, normalmente, uma análise aprofundada.
20. É também pouco provável que a Comissão identifique preocupações em termos de concorrência de tipo horizontal numa concentração com um IHH, após a concentração, situado entre 1 000 e 2 000 e com um delta inferior a 250, ou numa concentração com um IHH, após a concentração, superior a 2 000 e com um delta inferior a 150, excepto quando se verificam circunstâncias especiais como, por exemplo, um ou mais dos seguintes factores:
- Uma concentração que envolva um concorrente potencial que entre no mercado ou um concorrente recente com uma quota de mercado reduzida;
 - Uma ou mais das partes na concentração são inovadores importantes e este facto não está reflectido nas quotas de mercado;
 - Existência de participações cruzadas significativas entre os participantes no mercado ⁽²⁵⁾;
 - Uma das empresas na concentração é uma empresa «dissidente», existindo grandes probabilidades de perturbar o comportamento coordenado;

- Indícios de existência de coordenação passada ou presente ou de práticas que a facilitam;
- Uma das partes na concentração possui uma quota de mercado anterior à concentração igual ou superior a 50 % ⁽²⁶⁾.

21. Cada um destes níveis de IHH, em combinação com os deltas relevantes, pode ser utilizado como um indicador inicial da ausência de preocupações em matéria de concorrência. Contudo, não permitem presumir nem a existência nem a ausência de tais preocupações.

IV. POSSÍVEIS EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS DAS CONCENTRAÇÕES HORIZONTAIS

22. Das concentrações horizontais podem resultar entraves significativos à concorrência efectiva, em especial através da criação ou reforço de uma posição dominante, principalmente de duas formas:
- Eliminando pressões concorrenciais importantes sobre uma ou mais empresas que, conseqüentemente, beneficiarão de um aumento do poder de mercado, sem recorrer a um comportamento coordenado (efeitos não coordenados).
 - Alterando a natureza da concorrência, de forma que as empresas que anteriormente não coordenavam o seu comportamento são agora muito mais susceptíveis de o coordenar e de aumentar os preços ou de prejudicar de qualquer outra forma a concorrência efectiva. Uma concentração poderá também tornar a coordenação mais fácil, mais estável ou mais efectiva para as empresas que já coordenavam o seu comportamento antes da concentração (efeitos coordenados).
23. A Comissão aprecia em que medida as alterações provocadas pela concentração terão alguns destes efeitos. Ambas as situações acima referidas podem ser relevantes ao apreciar uma operação específica.

Efeitos não coordenados ⁽²⁷⁾

24. De uma concentração podem resultar entraves significativos à concorrência efectiva num mercado se forem eliminadas pressões concorrenciais importantes sobre um ou mais vendedores que, conseqüentemente, beneficiam de um aumento de poder de mercado. O efeito mais directo da concentração será a eliminação da concorrência entre as empresas objecto da concentração. Por exemplo, se antes da concentração uma das empresas objecto da concentração tivesse aumentado os seus preços, teria perdido algumas das suas vendas a favor da outra empresa na concentração. A concentração suprime esta pressão concorrencial específica. As empresas que não participam na concentração e que se encontram no mesmo mercado podem também beneficiar da redução da pressão concorrencial resultante da concentração, uma vez que o aumento dos preços das empresas na concentração pode fazer deslocar uma parte da procura para as empresas rivais que, por seu turno, poderão considerar lucrativo aumentar os preços ⁽²⁸⁾. A redução destas pressões concorrenciais poderá levar a aumentos de preços significativos no mercado relevante.

25. Normalmente, de uma concentração que der origem a tais efeitos não coordenados resultam entraves significativos à concorrência efectiva no mercado, em especial através da criação ou reforço da posição dominante de uma única empresa que, normalmente, teria uma quota de mercado significativamente superior à do seu concorrente mais próximo, após a concentração. Além disso, as concentrações realizadas em mercados oligopolísticos⁽²⁹⁾, que implicam a eliminação de importantes pressões concorrenciais que anteriormente as partes na concentração exerciam mutuamente, juntamente com uma redução da pressão concorrencial sobre os restantes concorrentes podem, mesmo quando existem poucas probabilidades de coordenação entre os membros do oligopólio, resultar também num entrave significativo à concorrência. O Regulamento das Concentrações esclarece que todas as concentrações que derem origem a tais efeitos não coordenados devem também ser declaradas incompatíveis com o mercado comum⁽³⁰⁾.
26. Diversos factores, que considerados separadamente não são necessariamente decisivos, poderão influenciar a probabilidade de uma concentração ter efeitos não coordenados significativos. Não é necessário que todos estes factores estejam presentes para que tais efeitos sejam prováveis e esta lista também não deve ser considerada exaustiva.

As empresas na concentração têm elevadas quotas de mercado

27. Quanto mais elevada for a quota de mercado, mais probabilidades existem de que uma empresa possua poder de mercado. Quanto maior for a cumulação de quotas de mercado, mais probabilidades existem de que uma concentração provoque um aumento significativo do poder de mercado. Quanto maior for o aumento da base de vendas em que são obtidas margens mais elevadas após um aumento de preços, maiores probabilidades existem de que as empresas na concentração considerem que esse aumento de preços é lucrativo, apesar da redução da produção que o acompanha. Embora as quotas de mercado e a cumulação de quotas de mercado forneçam apenas uma primeira indicação acerca do poder de mercado e dos aumentos do poder de mercado, constituem normalmente factores importantes no âmbito da apreciação⁽³¹⁾.

As empresas que participam na concentração são concorrentes próximos

28. Os produtos num mercado relevante podem ser diferenciados⁽³²⁾, pelo que alguns produtos são substitutos mais próximos do que outros⁽³³⁾. Quanto mais elevado for o grau de substituíbilidade entre os produtos das empresas na concentração, maiores probabilidades existem de que essas empresas aumentem os preços de forma significativa⁽³⁴⁾. Por exemplo, uma concentração entre dois fabricantes que oferecem produtos considerados por um número significativo de clientes como as suas primeira e segunda escolhas poderá provocar um aumento de preços significativo. Desta forma, o facto de a rivalidade entre as partes ter sido uma importante fonte de concorrência no mercado pode constituir um factor determinante na análise⁽³⁵⁾. A existência de elevadas margens antes da concentração⁽³⁶⁾ poderá igualmente tornar mais prováveis aumentos de preços significativos. São maiores as probabilidades de limitação do incentivo das empresas na concentração para aumentarem os preços quando as empresas rivais produzem substitutos próximos dos produtos das empresas na concentração do que quando oferecem substitutos menos próximos⁽³⁷⁾. Por conseguinte, é menos provável que de uma concentração resultem entraves significativos à concorrência efectiva, em especial através da criação ou reforço de uma posição dominante, quando existe um elevado grau de substituíbilidade entre os pro-

ductos das empresas na concentração e os produtos fornecidos pelos fabricantes rivais.

29. Quando existem dados disponíveis, o grau de substituíbilidade pode ser avaliado através de inquéritos sobre as preferências dos consumidores, análises dos padrões de compra, estimativas das elasticidades cruzadas de preços dos produtos em causa⁽³⁸⁾ ou dos rácios de transferência⁽³⁹⁾. Nos mercados sujeitos à realização de concursos poderá ser possível avaliar em que medida as propostas apresentadas por uma das partes na concentração têm, ao longo do tempo, sido limitadas através da presença da outra parte na concentração⁽⁴⁰⁾.
30. Nalguns mercados poderá revelar-se relativamente fácil e não demasiado oneroso para as empresas que neles desenvolvem actividades reposicionarem os seus produtos ou alargarem a sua carteira de produtos. A Comissão analisa, em especial, se a possibilidade de reposicionamento ou de extensão da linha de produtos por parte dos concorrentes ou por parte das empresas na concentração é susceptível de influenciar o incentivo da entidade resultante da concentração para aumentar os preços. Contudo, o reposicionamento de um produto ou a extensão da linha de produtos implica frequentemente riscos e elevados custos irrecuperáveis⁽⁴¹⁾ e poderá ser menos lucrativo do que a linha de produtos existente.

Os clientes têm poucas possibilidades de mudar de fornecedor

31. Os clientes das partes na concentração poderão ter dificuldades em mudar para outros fornecedores, devido ao facto de existir um número reduzido de fornecedores alternativos⁽⁴²⁾ ou porque enfrentam custos de transferência significativos⁽⁴³⁾. Estes clientes são particularmente vulneráveis aos aumentos de preços. A concentração pode afectar a capacidade de estes clientes se protegerem contra os aumentos de preços. É o que acontece, em especial, com os clientes que utilizaram as duas empresas na concentração como uma dupla fonte de fornecimentos para obter preços concorrenciais. Os padrões de transferência dos clientes e as reacções às alterações de preços verificadas no passado poderão fornecer informações importantes neste contexto.

É pouco provável que os concorrentes aumentem a oferta se os preços aumentarem

32. Quando as condições de mercado implicam que seja pouco provável que os concorrentes das partes na concentração aumentem substancialmente a sua oferta se os preços aumentarem, as empresas na concentração poderão ter um incentivo para reduzir a produção para um nível inferior aos níveis agregados antes da concentração, aumentando assim os preços no mercado⁽⁴⁴⁾. A concentração aumenta o incentivo para reduzir a produção, ao proporcionar à empresa resultante da concentração uma base de vendas mais alargada em que beneficiará de margens mais elevadas resultantes de um aumento dos preços provocado pela redução da produção.
33. Em contrapartida, quando as condições de mercado são tais que empresas rivais dispõem de capacidade suficiente e que um aumento suficiente das suas vendas lhes seria lucrativo, é pouco provável que a Comissão conclua que a concentração cria ou reforça uma posição dominante ou que, de outra forma, resulte num entrave significativo à concorrência efectiva.
34. Esta expansão da produção é particularmente improvável quando os concorrentes estão confrontados com limitações de capacidade insuperáveis e quando a expansão de capacidade é onerosa⁽⁴⁵⁾ ou ainda quando as capacidades excedentárias existentes têm custos de exploração significativamente mais elevados do que a capacidade que está a ser utilizada.

35. Embora seja mais provável que as limitações de capacidade sejam importantes quando os bens são relativamente homogêneos, poderão ser também relevantes quando as empresas oferecem produtos diferenciados.

A entidade resultante da concentração está em condições de impedir a expansão dos concorrentes

36. Algumas concentrações projectadas poderiam, caso fossem autorizadas, resultar em entraves significativos à concorrência efectiva ao proporcionar à empresa resultante da concentração uma posição que lhe daria a capacidade e o incentivo para dificultar ainda mais a expansão das empresas de menores dimensões e dos concorrentes potenciais ou para restringir, de outro modo, a capacidade concorrencial das empresas rivais. Neste caso, os concorrentes podem não estar em condições, quer individualmente quer em conjunto, de exercer sobre a entidade resultante da concentração uma pressão tal que a impeça de aumentar os preços ou de adoptar outras medidas prejudiciais para a concorrência. Por exemplo, a entidade resultante da concentração poderá possuir um tal nível de controlo ou de influência sobre a oferta de matérias-primas⁽⁴⁶⁾ ou sobre as possibilidades de distribuição⁽⁴⁷⁾ que a expansão ou a entrada de empresas rivais poderá revelar-se mais onerosa. Da mesma forma, o controlo que a entidade resultante da concentração detém sobre as patentes⁽⁴⁸⁾ ou outros tipos de propriedade intelectual [por exemplo, marcas⁽⁴⁹⁾] pode dificultar a expansão ou a entrada de empresa rivais. Em mercados em que a interoperabilidade entre diferentes infra-estruturas ou plataformas é importante⁽⁵⁰⁾, uma concentração poderá proporcionar à entidade resultante da concentração a capacidade e o incentivo para aumentar os custos ou diminuir a qualidade do serviço dos seus rivais⁽⁵¹⁾. Ao proceder a esta apreciação, a Comissão poderá tomar em consideração, entre outros factores, o poder financeiro da entidade resultante da concentração relativamente ao dos seus rivais⁽⁵²⁾.

A concentração elimina uma força concorrencial importante

37. Algumas empresas exercem maior influência sobre o processo concorrencial do que as suas quotas de mercado ou avaliações semelhantes poderiam sugerir. Uma concentração que envolva uma empresa deste tipo poderá alterar a dinâmica concorrencial de forma significativa e anticoncorrencial, em especial quando o mercado já se encontra concentrado⁽⁵³⁾. Por exemplo, uma empresa poderá ser um participante recente no mercado, prevendo-se que, no futuro, venha a exercer uma pressão concorrencial significativa sobre as outras empresas no mercado.

38. Nos mercados em que a inovação constitui uma força concorrencial importante, uma concentração poderá aumentar a capacidade e o incentivo para as empresas introduzirem outras inovações no mercado, aumentando, assim, a pressão concorrencial exercida sobre os rivais para inovarem nesse mercado. Em alternativa, a concorrência efectiva poderá ser travada de forma significativa devido a uma concentração entre duas importantes empresas inovadoras, por exemplo, entre duas empresas com produtos prontos a serem comercializados num determinado mercado de produtos. Da mesma forma, uma empresa com uma quota de mercado relativamente reduzida poderá, todavia, constituir uma força concorrencial importante se possuir produtos promissores prontos a serem comercializados⁽⁵⁴⁾.

Efeitos coordenados

39. Nalguns mercados, a estrutura do mercado poderá ser de tal ordem que as empresas considerem ser possível, razoável em termos económicos e por conseguinte preferível, adoptar de forma duradoura um comportamento no mercado que tenha por objectivo realizar vendas a preços mais elevados. De uma concentração num mercado concentrado

podem resultar entraves significativos à concorrência efectiva, através da criação ou reforço de uma posição dominante colectiva, porque essa concentração aumenta a probabilidade de as empresas poderem coordenar desta forma o seu comportamento e aumentar os preços, mesmo sem concluírem um acordo ou sem recorrerem a práticas concertadas na acepção do artigo 81.º do Tratado⁽⁵⁵⁾. Uma concentração poderá também tornar a coordenação mais fácil, mais estável ou mais efectiva para as empresas que já coordenavam o seu comportamento antes da concentração, quer ao reforçar a coordenação quer ao permitir que as empresas coordenem o seu comportamento relativamente a preços ainda mais elevados.

40. A coordenação pode assumir diversas formas. Nalguns mercados, a coordenação mais provável poderá consistir em manter os preços acima do nível concorrencial. Noutros mercados, a coordenação pode ter por objectivo limitar a produção ou o volume da nova capacidade introduzida no mercado. As empresas podem também coordenar o seu comportamento através da repartição do mercado, por exemplo, por área geográfica⁽⁵⁶⁾ ou em função de outras características dos clientes, ou acordando entre si quem ganha os contratos nos mercados sujeitos à realização de concursos.

41. 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 controlar, de forma suficiente, se as condições da coordenação estão a ser cumpridas. Em segundo lugar, a disciplina exige que existam alguns mecanismos de dissuasão credíveis 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⁽⁵⁷⁾.

42. A Comissão analisa em que medida é possível chegar a um acordo sobre as condições de coordenação e se é provável que a coordenação seja sustentável. Neste contexto, a Comissão considera as alterações provocadas pela concentração. A redução do número de empresas num mercado pode, por si só, constituir um factor que facilita a coordenação. Contudo, uma concentração poderá também aumentar a probabilidade ou a importância dos efeitos coordenados de outras formas. Por exemplo, uma concentração poderá envolver uma empresa «dissidente» que tenha no passado impedido ou perturbado a coordenação, por exemplo por não seguir os aumentos de preços dos seus concorrentes, ou cujas características a levem a favorecer opções estratégicas diferentes daquelas que os seus concorrentes na coordenação prefeririam. Se a empresa resultante da concentração adoptar estratégias semelhantes às dos outros concorrentes, será mais fácil para as restantes empresas coordenarem o seu comportamento, e a concentração aumentará a probabilidade, a estabilidade ou a eficácia da coordenação.

43. Ao apreciar a probabilidade da existência de efeitos coordenados, a Comissão toma em consideração todas as informações relevantes disponíveis sobre as características dos mercados em causa, incluindo tanto as características estruturais como o comportamento anterior das empresas⁽⁵⁸⁾. Elementos de prova relativos a uma coordenação anterior são importantes, caso as características do mercado relevante não tenham sofrido alterações apreciáveis ou não sejam susceptíveis de registar alterações num futuro próximo⁽⁵⁹⁾. Da mesma forma, os elementos de prova relativos a uma coordenação em mercados semelhantes poderão constituir informações úteis.

Acordar as condições de coordenação

44. É mais provável que ocorra coordenação se for fácil, para os concorrentes, ter uma percepção comum do funcionamento do mecanismo de coordenação. As empresas que participam na coordenação deverão ter opiniões semelhantes relativamente aos comportamentos que consideram estar ou não em conformidade com o comportamento alinhado.
45. Na generalidade, quanto menos complexo e mais estável for o contexto económico, mais facilmente as empresas chegam a um consenso sobre as condições de coordenação. Por exemplo, é mais fácil coordenar o comportamento entre um número reduzido de intervenientes do que entre um número elevado. É também mais fácil coordenar os preços em relação a um produto único e homogêneo do que coordenar centenas de preços num mercado com muitos produtos diferenciados. Da mesma forma, a coordenação de preços é mais simples quando as condições da procura e da oferta são relativamente estáveis do que quando registam constantes oscilações⁽⁶⁰⁾. Neste contexto de procura volátil, um crescimento interno significativo de algumas empresas no mercado ou a entrada frequente de novas empresas poderão indicar que a situação não é, nesse momento, suficientemente estável para que a coordenação seja provável⁽⁶¹⁾. Em mercados onde a inovação é importante, a coordenação poderá revelar-se mais difícil, uma vez que as inovações, particularmente quando são significativas, podem permitir que uma empresa obtenha uma vantagem importante sobre os seus rivais.
46. A coordenação através da repartição do mercado será mais fácil se os clientes apresentarem características simples, que permitam que as empresas que participam na coordenação os distribuam facilmente. Estas características podem basear-se na localização geográfica, no tipo de cliente ou simplesmente na existência de clientes que normalmente fazem as suas aquisições junto de uma determinada empresa. A coordenação através da repartição do mercado poderá ser relativamente simples se for fácil identificar o fornecedor de cada cliente e se o mecanismo de coordenação consistir na afectação dos clientes existentes ao seu fornecedor habitual.
47. As empresas que participam na coordenação podem, contudo, encontrar outras formas de ultrapassar os problemas decorrentes de contextos económicos complexos, que não impliquem uma repartição do mercado. Podem, por exemplo, estabelecer regras simples em matéria de preços, que reduzam a complexidade de uma coordenação relativa a um elevado número de preços. Um exemplo de uma regra desta natureza consiste em estabelecer um número limitado de preços de referência, reduzindo assim o problema da coordenação. Outro exemplo consiste em estabelecer uma relação fixa entre determinados preços de base e diversos outros preços, de tal forma que, basicamente, todos os preços mudam em paralelo. As informações fundamentais disponíveis publicamente, o intercâmbio de informações através de associações do sector ou as informações recebidas através de participações cruzadas ou da participação em empresas comuns poderão também contribuir para que as empresas cheguem a acordo sobre as condições de coordenação. Quanto mais complexa for a situação de mercado, maior será a necessidade de transparência ou de comunicação para chegar a um consenso sobre as condições de coordenação.
48. As empresas poderão considerar mais fácil chegar a um consenso sobre as condições de coordenação se forem relativamente simétricas⁽⁶²⁾, principalmente em termos de estruturas de custos, quotas de mercado, níveis de capacidade e níveis de integração vertical⁽⁶³⁾. Os vínculos estruturais, como as participações cruzadas ou a participa-

ção em empresas comuns, podem também contribuir para alinhar os incentivos entre as empresas que participam na coordenação⁽⁶⁴⁾.

Controlo dos desvios

49. As empresas que participam numa coordenação são muitas vezes tentadas a aumentar as suas quotas de mercado desviando-se das condições de coordenação, por exemplo diminuindo os preços, oferecendo descontos secretos, aumentando a qualidade do produto ou a capacidade, tentando obter novos clientes. Só a ameaça credível de uma retaliação atempada e suficiente impede que as empresas se desviem da coordenação. Assim, os mercados deverão ser suficientemente transparentes para que as empresas que participam na coordenação controlem, de forma suficiente, se as outras empresas se estão a desviar, sabendo assim quando exercer uma retaliação⁽⁶⁵⁾.
50. Muitas vezes, a transparência do mercado é tanto maior quanto menor for o número de participantes activos no mercado. Além disso, o nível de transparência depende frequentemente da forma como se realizam as transacções num mercado específico. Por exemplo, é provável que a transparência seja elevada num mercado em que as transacções se efectuam numa bolsa pública ou através de licitação⁽⁶⁶⁾. Em contrapartida, a transparência poderá ser reduzida num mercado em que as transacções são negociadas de forma confidencial e bilateral entre os vendedores e os compradores⁽⁶⁷⁾. Ao avaliar o nível de transparência do mercado, é fundamental identificar aquilo que as empresas podem inferir acerca do comportamento das outras empresas a partir da informação disponível⁽⁶⁸⁾. As empresas que participam numa acção de coordenação deverão poder interpretar, com alguma segurança, em que medida um comportamento imprevisível resulta de um desvio relativamente às condições da coordenação. Por exemplo, em contextos instáveis, uma empresa pode ter dificuldades em saber se a sua perda de vendas se deve a um baixo nível global da procura ou ao facto de um concorrente oferecer preços particularmente baixos. Da mesma forma, numa situação em que as condições gerais da procura ou dos custos oscilam, poderá ser difícil interpretar em que medida um concorrente reduz os seus preços porque espera uma descida dos preços coordenados ou porque se está a desviar do acordado.
51. Nalguns mercados em que as condições gerais parecem dificultar o controlo dos desvios, as empresas podem contudo optar por práticas que facilitam a tarefa de controlo, mesmo que tais práticas não tenham, necessariamente, sido acordadas para esse efeito. Estas práticas, como as cláusulas de acompanhamento da concorrência ou do cliente mais favorecido, a publicação voluntária de informações, os anúncios, ou o intercâmbio de informações através das associações do sector, podem aumentar a transparência ou ajudar os concorrentes a interpretar as opções efectuadas. A gestão cruzada, a participação em empresas comuns e em acordos semelhantes poderá também facilitar o controlo.

Mecanismos de dissuasão

52. A coordenação não é sustentável sem que as consequências de um desvio sejam suficientemente graves para convencer todas as empresas participantes na coordenação de que têm todo o interesse em cumprir as condições da coordenação. É por conseguinte a ameaça de uma futura retaliação que mantém a coordenação sustentável⁽⁶⁹⁾. Contudo, a ameaça só é credível se existir uma certeza suficiente de que será activado um mecanismo de dissuasão caso seja detectado um desvio por parte de uma das empresas⁽⁷⁰⁾.

53. É menos provável que uma retaliação que só é exercida após um período de tempo significativo ou cuja activação não é certa seja suficiente para anular os benefícios do desvio. Por exemplo, se o mercado se caracterizar por encomendas não frequentes e de elevado volume, poderá ser difícil criar um mecanismo de dissuasão suficientemente severo, uma vez que os ganhos decorrentes do desvio podem ser elevados, certos e imediatos, enquanto as perdas decorrentes do castigo podem ser reduzidas e incertas e concretizar-se apenas decorrido algum tempo. A rapidez de aplicação dos mecanismos de dissuasão está relacionada com a questão da transparência. Se as empresas apenas podem observar o comportamento dos seus concorrentes após um período significativo, a retaliação sofrerá também atrasos, o que poderá determinar se será suficiente para impedir o desvio.
54. A credibilidade do mecanismo de dissuasão depende do facto de as outras empresas participantes na coordenação terem um incentivo para retaliar. Alguns mecanismos de dissuasão, como por exemplo um castigo aplicado à empresa que se desvia da coordenação iniciando temporariamente uma guerra de preços ou aumentando significativamente a produção, poderão provocar prejuízos económicos a curto prazo para as empresas que retaliam. Essa situação não suprime necessariamente o incentivo para retaliar, uma vez que o prejuízo a curto prazo pode ser mais reduzido do que o benefício a longo prazo da retaliação, que resultará do restabelecimento do regime de coordenação.
55. Não é necessário que a retaliação seja aplicada no mesmo mercado onde foi verificado o desvio⁽⁷¹⁾. Se as empresas participantes na coordenação mantêm uma interacção comercial noutros mercados, estes poderão oferecer diversos métodos de retaliação⁽⁷²⁾. A retaliação pode assumir muitas formas, incluindo a anulação de empresas comuns ou de outras formas de cooperação ou a venda de participações de empresas que sejam propriedade conjunta.

Reacções de empresas terceiras

56. Para que a coordenação seja coroada de êxito, o comportamento das empresas que não participam na coordenação e dos concorrentes potenciais, bem como dos clientes, não deverá poder prejudicar os resultados previstos da coordenação. Se, por exemplo, a coordenação se destinar a reduzir a capacidade geral do mercado, apenas afectará os consumidores se as empresas que não participam na coordenação não estiverem em condições ou não tiverem incentivos para reagir a esta redução aumentando a sua própria capacidade de forma suficiente para impedir uma diminuição líquida da capacidade ou, pelo menos, para tornar não rendível a diminuição de capacidade coordenada⁽⁷³⁾.
57. Os efeitos da entrada no mercado e da compensação do poder dos compradores que os clientes possuem serão analisados posteriormente, noutras secções da presente comunicação. Contudo, deverá ser consagrada especial atenção ao possível impacto destes elementos sobre a estabilidade da coordenação. Por exemplo, ao concentrar um grande volume das suas necessidades no mesmo fornecedor ou ao oferecer contratos a longo prazo, um grande comprador poderá tornar a coordenação instável, conseguindo levar uma das empresas que participam na coordenação a desviar-se, por forma a expandir significativamente as suas actividades.

Concentração com um concorrente potencial

58. As concentrações em que uma empresa que já desenvolve actividades num mercado relevante realiza uma fusão com um concorrente potencial no mesmo mercado podem ter efeitos anticoncorrenciais semelhantes aos das concentrações entre duas empresas que já desenvolvem actividades no mesmo mercado relevante e, assim, podem resultar em entraves significativos à concorrência efectiva, em especial através da criação ou reforço de uma posição dominante.
59. Uma concentração com um concorrente potencial pode gerar efeitos anticoncorrenciais horizontais, coordenados ou não, se o concorrente potencial restringir de forma significativa o comportamento das empresas que desenvolvem actividades no mercado. É o que se passa se o concorrente potencial possuir activos que possam ser facilmente utilizados para entrar no mercado, sem incorrer em custos irrecuperáveis significativos. Podem também ocorrer efeitos anticoncorrenciais se existirem elevadas probabilidades de o parceiro na concentração suportar os custos irrecuperáveis necessários para entrar no mercado num prazo relativamente curto, após o qual passaria a restringir o comportamento das empresas que já desenvolvem actividades no mercado⁽⁷⁴⁾.
60. Para que uma concentração com um concorrente potencial tenha efeitos anticoncorrenciais significativos, devem estar preenchidas duas condições de base. Em primeiro lugar, o concorrente potencial deve exercer já uma influência restritiva significativa ou deve existir uma probabilidade considerável de vir a transformar-se numa força concorrencial efectiva. Elementos que revelem que um concorrente potencial projecta entrar num mercado de uma forma significativa poderão contribuir para que a Comissão chegue a esta conclusão⁽⁷⁵⁾. Em segundo lugar, não deverá existir um número razoável de outros concorrentes potenciais susceptíveis de manter uma pressão concorrencial suficiente após a concentração⁽⁷⁶⁾.

Concentrações que criam ou reforçam o poder dos compradores nos mercados a montante

61. A Comissão poderá também analisar em que medida a entidade resultante de uma concentração aumentará o seu poder de comprador nos mercados a montante. Por um lado, de uma concentração que cria ou reforça o poder de mercado de um comprador podem resultar entraves significativos à concorrência efectiva, em especial através da criação ou reforço de uma posição dominante. A empresa resultante da concentração poderá encontrar-se em condições de obter preços mais reduzidos, reduzindo as suas compras de matérias-primas. Esta situação poderá, por seu turno, levá-la também a baixar o nível de produção no mercado do produto final, prejudicando assim os consumidores⁽⁷⁷⁾. Estes efeitos poderão sobretudo surgir quando os vendedores a montante estão relativamente fragmentados. A concorrência nos mercados a jusante poderá também ser afectada negativamente, em especial se for provável que a entidade resultante da concentração utilize o seu poder de comprador face aos fornecedores para impedir o acesso dos seus rivais⁽⁷⁸⁾.
62. Por outro lado, o aumento do poder dos compradores poderá ser benéfico para a concorrência. Se o aumento do poder dos compradores provocar uma redução dos custos das matérias-primas sem restringir a concorrência a jusante ou a produção total, uma parte destas reduções de custos será provavelmente repercutida nos consumidores sob a forma de preços mais baixos.

63. A fim de apreciar se de uma concentração podem resultar entraves significativos à concorrência efectiva através da criação ou reforço do poder dos compradores, é necessária uma análise das condições concorrenciais nos mercados a montante e uma avaliação dos possíveis efeitos positivos e negativos acima descritos.

V. PODER DE COMPENSAÇÃO DOS COMPRADORES

64. A pressão concorrencial sobre um fornecedor não é apenas exercida pelos concorrentes, mas pode também provir dos seus clientes. Mesmo as empresas com quotas de mercado muito elevadas poderão não estar em condições, após a concentração, de causar entraves significativos à concorrência efectiva, em especial adoptando um comportamento em larga medida independente do dos seus clientes, caso estes últimos possuam um poder de compensação⁽⁷⁹⁾. O poder dos compradores de compensação deverá neste contexto ser entendido como o poder de negociação do comprador face ao vendedor, no âmbito de negociações comerciais, devido à sua dimensão, à sua importância comercial para o vendedor e à sua capacidade de mudar para fornecedores alternativos.

65. A Comissão considera, quando relevante, em que medida os clientes estarão em condições de contrariar o aumento de poder de mercado que, caso contrário, uma concentração seria susceptível de criar. Uma fonte de compensação resultante do poder dos compradores consistiria no facto de um cliente poder ameaçar de forma credível que recorreria, num prazo razoável, a fontes de fornecimento alternativas caso o fornecedor decidisse aumentar os preços⁽⁸⁰⁾ ou agravar de qualquer outra forma a qualidade ou as condições de entrega. Tal aconteceria se o comprador pudesse mudar imediatamente para outros fornecedores⁽⁸¹⁾, pudesse ameaçar, de forma credível, com uma integração vertical no mercado a montante ou apoiar uma entrada ou expansão no mercado a montante⁽⁸²⁾, por exemplo, convencendo um concorrente potencial a entrar no mercado e comprometendo-se a fazer-lhe grandes encomendas. É mais provável que este tipo de poder de compensação dos compradores seja detido pelos grandes clientes sofisticados do que pelas pequenas empresas num sector fragmentado⁽⁸³⁾. Um comprador pode também exercer poder de compensação recusando comprar outros produtos fabricados pelo fornecedor ou, principalmente no caso de bens duradouros, atrasando as aquisições.

66. Nalguns casos, poderá revelar-se importante consagrar especial atenção aos incentivos que os compradores têm para utilizar o seu poder⁽⁸⁴⁾. Por exemplo, uma empresa a jusante pode não pretender efectuar um investimento para apoiar a entrada de uma nova empresa se os benefícios dessa entrada em termos de redução dos custos das matérias-primas puderem também ser aproveitados pelos seus concorrentes.

67. Não se pode concluir que o poder de compensação dos compradores compensa de forma suficiente os efeitos negativos potenciais de uma concentração se apenas garantir que um segmento específico de clientes⁽⁸⁵⁾, com um poder de negociação particularmente forte, fica protegido relativamente à aplicação de preços significativamente superiores ou à deterioração das condições após a concentração⁽⁸⁶⁾. Além disso, não é suficiente que exista poder dos compradores antes da concentração, é também necessário que este poder exista e permaneça efectivo depois da concentração, uma vez que uma concentração entre dois fornecedores pode reduzir o poder dos compradores se suprimir uma alternativa credível.

VI. ENTRADA NO MERCADO

68. Quando a entrada no mercado é suficientemente fácil, é pouco provável que uma concentração suscite um risco anticoncorrencial significativo. Desta forma, a análise da entrada no mercado constitui um elemento importante para a apreciação geral em termos de concorrência. Para que uma entrada no mercado possa ser considerada como pressão concorrencial suficiente sobre as partes na concentração, deverá demonstrar-se que a entrada é provável, será realizada em tempo útil e será suficiente para evitar ou anular os eventuais efeitos anticoncorrenciais da concentração.

Probabilidades de entrada no mercado

69. A Comissão examina se existem probabilidades de entrada no mercado ou se as entradas potenciais são susceptíveis de limitar o comportamento após a concentração das empresas já estabelecidas. Para que a entrada seja provável, deverá ser suficientemente rentável, tomando em consideração os efeitos, a nível dos preços, da injeção de produção adicional no mercado e a reacção potencial das empresas estabelecidas. A entrada é assim menos provável se apenas for viável em termos económicos quando realizada em grande escala, provocando por conseguinte uma redução significativa dos níveis de preços. A entrada será provavelmente mais difícil se as empresas estabelecidas estiverem em condições de proteger as suas quotas de mercado, oferecendo contratos a longo prazo ou reduções de preços especialmente dirigidas aos clientes que o novo participante está a tentar conquistar. Além disso, a existência de riscos elevados e os custos do malogro de uma tentativa de entrada poderão tornar as entradas no mercado menos prováveis. Quanto mais elevados forem os custos do malogro de uma tentativa de entrada, mais elevado é o nível dos custos irrecuperáveis a ela associados⁽⁸⁷⁾.

70. Os participantes potenciais podem ver-se confrontados com barreiras à entrada que determinam os riscos e os custos de entrada e que têm por conseguinte um impacto sobre a sua rentabilidade. As barreiras à entrada são características específicas do mercado, que proporcionam às empresas estabelecidas vantagens sobre os concorrentes potenciais. Quando as barreiras à entrada são reduzidas, haverá maior possibilidade de as empresas na concentração sofrerem maiores restrições devido às entradas no mercado. Em contrapartida, quando as barreiras à entrada são elevadas, os aumentos de preços das empresas na concentração não serão significativamente limitados pelas entradas no mercado. Exemplos históricos das entradas e saídas no sector poderão fornecer informações úteis acerca da dimensão das barreiras à entrada.

71. As barreiras à entrada podem assumir diversas formas:

a) As vantagens legais abrangem situações em que as barreiras regulamentares limitam o número de participantes no mercado ao restringir, por exemplo, o número de licenças⁽⁸⁸⁾. Podem também abranger as barreiras pautais e não pautais ao comércio⁽⁸⁹⁾.

b) As empresas estabelecidas poderão também beneficiar de vantagens técnicas, como o acesso preferencial a instalações essenciais, recursos naturais⁽⁹⁰⁾, inovação e I&D⁽⁹¹⁾, ou direitos de propriedade intelectual⁽⁹²⁾, que poderão dificultar o êxito da concorrência por parte de qualquer outra empresa. Por exemplo, nalgumas indústrias, poderá ser difícil obter as matérias-primas necessárias ou os produtos ou processos poderão estar protegidos por patentes. Outros factores, como as economias de escala e de gama, as redes de distribuição e de venda⁽⁹³⁾ e o acesso a tecnologias importantes poderão também constituir barreiras à entrada.

- c) Além disso, poderão existir barreiras à entrada devido à posição firme das empresas estabelecidas no mercado. Em especial, poderá revelar-se complexo entrar num determinado sector devido ao facto de ser necessária experiência ou reputação para concorrer de forma efectiva, o que poderá ser difícil para um novo participante. Factores como a lealdade dos consumidores a uma marca específica⁽⁹⁴⁾, a proximidade das relações entre os fornecedores e os clientes, a importância da promoção ou da publicidade, ou outras vantagens a nível da reputação⁽⁹⁵⁾ serão tomados em consideração neste contexto. As barreiras à entrada englobam igualmente situações em que as empresas estabelecidas já criaram uma elevada capacidade excedentária⁽⁹⁶⁾ ou em que os custos que os clientes incorrem ao mudar para um novo fornecedor são também susceptíveis de inibir a entrada.
72. A evolução prevista para o mercado deverá ser tomada em consideração ao apreciar se uma entrada será ou não rendível. É mais provável que uma entrada seja rendível num mercado que se prevê irá registar um elevado crescimento no futuro⁽⁹⁷⁾ do que num mercado que é maduro ou que se espera irá entrar em declínio⁽⁹⁸⁾. As economias de escala ou os efeitos de rede podem tornar uma entrada não rendível, a não ser que o novo participante possa conquistar uma quota de mercado suficientemente importante⁽⁹⁹⁾.
73. A entrada é particularmente provável se os fornecedores noutros mercados já possuem instalações de produção que possam ser utilizadas para penetrar no mercado em questão, reduzindo assim os custos irrecuperáveis da entrada. Esta reafecção das instalações de produção é tanto mais provável quanto menor for a diferença de rentabilidade entre a entrada e a não entrada antes da concentração.

Oportunidade

74. A Comissão analisa se uma entrada será suficientemente rápida e sólida para impedir ou anular o exercício do poder de mercado. O período de tempo adequado depende das características e da dinâmica do mercado e também das capacidades específicas dos participantes potenciais⁽¹⁰⁰⁾. Todavia, normalmente só se considera que uma entrada é realizada em tempo útil se ocorrer no prazo de dois anos.

Dimensão e âmbito suficientes

75. A entrada deve ter âmbito e dimensão suficientes para impedir ou anular os efeitos anticoncorrenciais da concentração⁽¹⁰¹⁾. Uma entrada de pequena dimensão, por exemplo num determinado «nicho» de mercado, poderá não ser considerada suficiente.

VII. GANHOS DE EFICIÊNCIA

76. As reorganizações de empresas sob a forma de concentrações podem corresponder às exigências de uma concorrência dinâmica e podem contribuir para aumentar a competitividade da indústria europeia, melhorando as condições do crescimento e elevando o nível de vida na Comunidade⁽¹⁰²⁾. É possível que os ganhos de eficiência resultantes de uma concentração compensem os efeitos sobre a concorrência e, em especial, os prejuízos potenciais para os consumidores que a concentração poderia ter de outra forma⁽¹⁰³⁾. Por forma a determinar se de uma concentração resultam entraves significativos à concorrência efectiva, em especial através da criação ou reforço de uma posição dominante, na acepção dos n.ºs 2 e 3 do artigo 2.º do

Regulamento das Concentrações, a Comissão realiza uma apreciação global da concentração em termos de concorrência. Ao realizar esta apreciação, a Comissão toma em consideração os factores referidos no n.º 1 do artigo 2.º, incluindo a evolução do progresso técnico e económico desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência⁽¹⁰⁴⁾.

77. A Comissão toma em consideração as alegações devidamente fundamentadas de ganhos de eficiência na apreciação global da concentração. Poderá 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. É o que acontece quando a Comissão pode concluir, com base em elementos 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 forma pró-concorrencial em benefício dos consumidores, compensando assim os efeitos negativos que, de outro modo, a concentração teria sobre a concorrência.
78. Para que a Comissão tome em consideração as alegações de ganhos de eficiência na sua apreciação da concentração e possa concluir que, devido aos ganhos de eficiência, não existem motivos para declarar a concentração incompatível com o mercado comum, tais ganhos de eficiência têm de beneficiar os consumidores, ser específicos da concentração e ser verificáveis. Estas condições são cumulativas.

Benefício para os consumidores

79. A referência relevante para apreciar as alegações de ganhos de eficiência consiste no facto de a situação dos consumidores⁽¹⁰⁵⁾ não piorar na sequência da concentração. Para o efeito, os ganhos de eficiência devem ser substanciais, realizados em tempo útil e, em princípio, devem beneficiar os consumidores nos mercados relevantes em que, de outra forma, seria provável a ocorrência de preocupações em matéria de concorrência.
80. As concentrações podem provocar diversos tipos de ganhos de eficiência susceptíveis de levar a uma redução dos preços ou a outros benefícios para os consumidores. Por exemplo, as poupanças de custos a nível da produção ou da distribuição poderão proporcionar à entidade resultante da concentração a capacidade e o incentivo para cobrar preços inferiores, na sequência da concentração. Tendo em conta a necessidade de apreciar se os ganhos de eficiência proporcionarão um benefício líquido para os consumidores, é mais provável que as eficiências em termos de custos que permitem reduções nos custos variáveis ou marginais⁽¹⁰⁶⁾ sejam relevantes para a apreciação dos ganhos de eficiência do que as reduções dos custos fixos, uma vez que, em princípio, é mais plausível que das primeiras resultem preços mais baixos para os consumidores⁽¹⁰⁷⁾. As reduções de custos que resultam meramente de reduções anticoncorrenciais na produção não podem ser consideradas como ganhos de eficiência que beneficiam os consumidores.
81. Os consumidores podem igualmente beneficiar de produtos ou serviços novos ou melhorados, resultantes, por exemplo, de ganhos de eficiência no domínio da I&D e inovação. Uma empresa comum criada para desenvolver um novo produto poderá proporcionar o tipo de ganhos de eficiência que a Comissão pode tomar em consideração.

82. No contexto dos efeitos coordenados, os ganhos de eficiência podem aumentar o incentivo da entidade resultante da concentração para aumentar a produção e reduzir os preços, reduzindo por conseguinte o seu incentivo para coordenar o seu comportamento no mercado com as outras empresas nele presentes. Desta forma, os ganhos de eficiência poderão ter por consequência um menor risco de efeitos coordenados no mercado relevante.
83. Na generalidade, quanto mais tarde os ganhos de eficiência se concretizarem, menos importância lhes pode a Comissão atribuir. Tal implica que, para poderem ser considerados como um factor de compensação, os ganhos de eficiência devem ser realizados em tempo útil.
84. Os incentivos para a entidade resultante da concentração repercutir os ganhos de eficiência nos consumidores estão muitas vezes relacionados com a existência de pressão concorrencial por parte das empresas remanescentes no mercado e devido à possibilidade de entrada no mercado. Quanto maiores forem os efeitos negativos possíveis sobre a concorrência, maior será a necessidade de a Comissão se assegurar que os alegados ganhos de eficiência são substanciais e susceptíveis de serem realizados e repercutidos a um nível suficiente nos consumidores. É muito improvável que uma concentração que leve a uma posição de mercado próxima do monopólio, ou que conduza a um nível semelhante de poder de mercado, possa ser declarada compatível com o mercado comum com base no facto de os ganhos de eficiência serem suficientes para anular os seus efeitos anticoncorrenciais potenciais.

Especificidade relativamente a uma concentração

85. Os ganhos de eficiência são relevantes para efeitos da apreciação em termos de concorrência quando são consequência directa da concentração notificada e não podem ser conseguidos, a um nível semelhante, através de alternativas menos anticoncorrenciais. Nestas circunstâncias, considera-se que os ganhos de eficiência são causados pela concentração e, por conseguinte, específicos de uma concentração ⁽¹⁰⁸⁾. Incumbe às partes na concentração fornecer atempadamente todas as informações relevantes necessárias para demonstrar que não existem alternativas realistas e viáveis, menos anticoncorrenciais do que a concentração notificada, quer sem carácter de concentração (por exemplo, um acordo de licença, ou uma empresa comum com carácter de cooperação) ou com carácter de concentração (por exemplo, uma empresa comum com carácter de concentração ou uma concentração estruturada de forma diferente) e que preservem os alegados ganhos de eficiência. A Comissão toma apenas em consideração as alternativas que são viáveis em termos razoáveis relativamente à situação que as empresas na concentração enfrentam, tendo em conta as práticas comerciais estabelecidas no sector em causa.

Possibilidade de verificação

86. Os ganhos de eficiência devem ser verificáveis, de modo que a Comissão possa estar razoavelmente segura de que virão a concretizar-se e de que são suficientemente substanciais para compensar o prejuízo potencial de uma concentração para os consumidores. Quanto mais precisas e convincentes forem as alegações de ganhos de eficiência, em melhores condições estará a Comissão para avaliar tais

alegações. Sempre que tal for razoavelmente possível, os ganhos de eficiência e os benefícios que deles resultam para os consumidores deverão ser quantificados. Quando não estiverem disponíveis os dados necessários para permitir uma análise quantitativa precisa, deverá ser possível prever um impacto positivo claramente identificável para os consumidores e não um impacto marginal. Normalmente, quanto mais tarde os ganhos de eficiência tiverem início, menor será o grau de probabilidade que a Comissão poderá atribuir à sua efectiva concretização.

87. A maior parte das informações necessárias para a Comissão apreciar em que medida a concentração induzirá ganhos de eficiência que permitam a sua autorização está exclusivamente em poder das partes na concentração. Cabe assim às partes notificantes fornecer atempadamente todas as informações relevantes, necessárias para demonstrar que os ganhos de eficiência alegados são específicos da concentração e susceptíveis de serem realizados. Da mesma forma, compete às partes notificantes demonstrar em que medida os ganhos de eficiência são susceptíveis de compensar quaisquer efeitos negativos para a concorrência que poderiam de outra forma resultar da concentração, beneficiando assim os consumidores.
88. Os elementos relevantes para a apreciação das alegações de ganhos de eficiência englobam, em especial, documentos internos utilizados pelos órgãos de gestão para tomar a decisão de realização da concentração, declarações dos órgãos de gestão aos accionistas e aos mercados financeiros acerca dos ganhos de eficiência esperados, exemplos históricos de ganhos de eficiência e dos benefícios para os consumidores e estudos anteriores à concentração realizados por peritos externos, sobre o tipo e dimensão dos ganhos de eficiência e sobre a importância dos prováveis benefícios para os consumidores.

VIII. ARGUMENTO DA EMPRESA INSOLVENTE

89. A Comissão pode decidir que uma concentração, que de outra forma seria problemática, é compatível com o mercado comum se uma das empresas objecto da concentração for uma empresa insolvente. O requisito de base consiste em não se poder considerar que a deterioração da estrutura concorrencial após a concentração é causada pela concentração ⁽¹⁰⁹⁾. É o que acontece quando a estrutura concorrencial do mercado se deteriora, pelo menos na mesma extensão, na ausência da concentração ⁽¹¹⁰⁾.
90. A Comissão considera que os três critérios que se seguem são relevantes para a aplicação do «argumento da empresa insolvente». Em primeiro lugar, a empresa alegadamente insolvente seria num futuro próximo excluída do mercado devido a dificuldades financeiras, se não fosse adquirida por outra empresa. Em segundo lugar, não existe qualquer aquisição alternativa que provoque menos distorções da concorrência do que a concentração notificada. Em terceiro lugar, na ausência da concentração, os activos da empresa insolvente sairiam inevitavelmente do mercado ⁽¹¹¹⁾.
91. Compete às partes notificantes fornecer atempadamente todas as informações relevantes necessárias para demonstrar que a deterioração da estrutura concorrencial após a concentração não é causada pela concentração.

- (1) Regulamento do Conselho n.º 139/04, de 20 de Janeiro de 2004 (JO L 24 de 29.1.2004, p. 1).
- (2) Processo T-102/96, Gencor/Comissão, Col. 1999, p. II-753, ponto 200. Ver processos apensos C-68/94 e C-30/95, França e outros/Comissão (seguidamente designado «Kali & Salz»), Col. 1998, p. I-1375, ponto 221. Em circunstâncias excepcionais, uma concentração poderá dar lugar à criação ou reforço de uma posição dominante por parte de uma empresa que não é parte da operação notificada (ver processo IV/M.1383 — Exxon/Mobil, pontos 225-229; processo COMP/M.2434 — Grupo Villar MIR/EnBW/Hidroelectrica del Cantabrico, pontos 67-71).
- (3) Ver igualmente processos apensos C-68/94 e C-30/95, Kali & Salz, ponto 170.
- (4) Ver considerandos 25 e 26 do Regulamento das Concentrações.
- (5) 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, a expressão «fusão» será utilizada como sinónimo de concentração, abrangendo assim todos os tipos de operações acima referidos.
- (6) A presente comunicação não abrange a apreciação dos efeitos sobre a concorrência que uma concentração produz noutros mercados, incluindo efeitos verticais e de conglomerado. Não abrange também a apreciação dos efeitos de uma empresa comum, tal como referida no n.º 4 do artigo 2.º do Regulamento das Concentrações.
- (7) Deve entender-se que a expressão abrange também situações em que, por exemplo, os preços registam uma redução inferior, ou são menos susceptíveis de serem reduzidos, do que na ausência da concentração e as situações em que os preços aumentam mais, ou são mais susceptíveis de aumentar, do que na ausência de concentração.
- (8) Por analogia, no caso de uma concentração que tenha sido realizada sem ter sido notificada, a Comissão apreciará a concentração à luz das condições de concorrência que se verificariam se a concentração não tivesse sido realizada.
- (9) Ver, por exemplo, Decisão 98/526/CE da Comissão no processo IV/M.950 — Hoffmann La Roche/Boehringer Mannheim, JO L 234 de 21.8.1998, p. 14, ponto 13; processo IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham, pontos 70-72; processo COMP/M.2547 — Bayer/Aventis Crop Science, pontos 324 e seguintes.
- (10) Ver, por exemplo, processo T-102/96, Gencor/Comissão, Col. 1999, p. II-753, pontos 247-263.
- (11) JO C 372 de 9.12.1997, p. 5.
- (12) Ver processo T-102/96, Gencor/Comissão, Col. 1999, p. II-753, ponto 262 e processo T-342/99, Airtours/Comissão, Col. 2002, p. II-2585, ponto 280.
- (13) No que se refere ao cálculo das quotas de mercado, ver igualmente a comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO C 372 de 9.12.1997, p. 3, pontos 54 e 55.
- (14) Ver, por exemplo, processo COMP/M.1806 — Astra Zeneca/Novartis, pontos 150 e 415.
- (15) Quando necessário, as quotas de mercado podem ser ajustadas, em especial para tomar em consideração as participações de controlo noutras empresas (ver, por exemplo processo IV/M.1383 — Exxon/Mobil, pontos 446-458; processo COMP/M.1879 — Boeing/Hughes, pontos 60-79; processo COMP/JV 55 — Hutchison/RCPM/ECT, pontos 66-75) ou para outros acordos com terceiros (ver, por exemplo, no que se refere aos subcontratantes, Decisão 2001/769/CE da Comissão no processo COMP/M.1940 — Framatome/Siemens/Cogema, JO L 289 de 6.11.2001, p. 8, ponto 142).
- (16) Ver, por exemplo, processo COMP/M.2256 — Philips/Agilent Health Care Technologies, pontos 31 e 32, e processo COMP/M.2609 — HP/Compaq, ponto 39.
- (17) Ver, por exemplo, processo IV/M.1365 — FCC/Vivendi, ponto 40; processo COMP/JV 55 — Hutchison/RCPM/ECT, ponto 50. Se necessário, a Comissão pode também utilizar outros elementos de avaliação dos níveis de concentração, como por exemplo rácios de concentração que avaliam a quota de mercado agregada de um pequeno número (normalmente três ou quatro) das empresas mais importantes num determinado mercado.
- (18) Por exemplo, um mercado que inclua cinco empresas com quotas de mercado de 40 %, 20 %, 15 %, 15 % e 10 %, tem um IHH de 2 550 ($40^2 + 20^2 + 15^2 + 15^2 + 10^2 = 2 550$). O IHH varia entre aproximadamente zero (num mercado atomizado) e 10 000 (no caso de um monopólio puro).
- (19) O aumento da concentração, avaliado através do IHH, pode ser calculado independentemente da concentração global do mercado, duplicando o produto das quotas de mercado das empresas objecto da concentração. Por exemplo, a concentração de duas empresas com quotas de mercado de 30 % e 15 %, respectivamente, iria aumentar o IHH em 900 ($30 \times 15 \times 2 = 900$). A explicação desta técnica é a seguinte: antes da concentração, as quotas de mercado das empresas objecto da concentração contribuem para o IHH com quadrados individuais: $(a)^2 + (b)^2$. Após a concentração, a contribuição corresponderá ao quadrado desta soma: $(a + b)^2$, o que é igual a $a^2 + b^2 + 2ab$. O aumento do IHH é por conseguinte representado por $2ab$.
- (20) Processo T-221/95, Endemol/Comissão, Col. 1999, p. II-1299, ponto 134 e processo T-102/96, Gencor/Comissão, Col. 1999, p. II-753, ponto 205. O facto de ser criada ou reforçada uma posição dominante na sequência da concentração constitui uma questão distinta.
- (21) Ver, por exemplo processo COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, pontos 48-50.
- (22) Ver, por exemplo, Decisão 1999/674/CE da Comissão no processo IV/M.1221 — Rewe/Meinl, JO L 274 de 23.10.1999, p. 1, pontos 98-114; processo COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, pontos 44-47.
- (23) O cálculo das quotas de mercado depende fundamentalmente da definição de mercado. De realçar que a Comissão não aceita necessariamente a definição de mercado proposta pelas partes.
- (24) Considerando 32 do Regulamento das Concentrações. Contudo, esta indicação não se aplica aos casos em que a concentração proposta cria ou reforça uma posição dominante colectiva que envolva as «empresas em causa» e outros terceiros (ver processos apensos C-68/94 e C-30/95, Kali & Salz, Col. 1998, p. I-1375, pontos 171 e seguintes, e processo T-102/96, Gencor/Comissão, Col. 1999, p. II-753, pontos 134 e seguintes).
- (25) Em mercados com participações cruzadas ou empresas comuns, a Comissão poderá utilizar um IHH alterado, que tome em consideração este tipo de participações (ver, por exemplo, processo IV/M.1383 — Exxon/Mobil, ponto 256).

- (26) Ver ponto 17.
- (27) Frequentemente também designados por efeitos «unilaterais».
- (28) Estas reacções previsíveis dos concorrentes poderão constituir um factor relevante que influencia os incentivos da entidade resultante da concentração para aumentar os preços.
- (29) Entende-se por mercado oligopolístico uma estrutura de mercado com um número limitado de empresas de dimensão considerável. Visto que o comportamento de uma empresa tem efeitos apreciáveis sobre as condições gerais do mercado e, por conseguinte, indirectamente sobre a situação das restantes empresas, as empresas oligopolísticas são interdependentes.
- (30) Considerando 25 do Regulamento das Concentrações.
- (31) Ver, em especial, os pontos 17 e 18.
- (32) Os produtos podem ser diferenciados de diversas formas. Poderão, por exemplo, existir diferenciações em termos de localização geográfica, com base na situação das sucursais ou dos estabelecimentos; a localização é relevante no que se refere à distribuição retalhista, aos bancos, às agências de viagens ou às estações de serviço. A diferenciação pode também basear-se na imagem de marca, nas especificações técnicas, na qualidade ou no nível do serviço. O nível de publicidade no mercado poderá constituir um indicador do esforço da empresa para diferenciar os seus produtos. No que se refere a outros produtos, os compradores poderão ter de suportar custos de mudança para utilizar o produto de um concorrente.
- (33) Para a definição de mercado relevante, ver a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, acima citada.
- (34) Ver, por exemplo, processo COMP/M.2817 — Barilla/BPS/Kamps, ponto 34; Decisão 2001/403/CE da Comissão no processo COMP/M.1672 — Volvo/Scania, JO L 143 de 29.5.2001, p. 74, pontos 107-148.
- (35) Ver, por exemplo, Decisão 94/893/CE da Comissão no processo IV/M. 430 — Procter & Gamble/VP Schickedanz (II), JO L 354 de 21.06.1994, p. 32; processo T-290/94, Kaysersberg/Comissão, Col. 1997, p. II-2137, ponto 153; Decisão 97/610/CE da Comissão no processo IV/M.774 — Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, JO L 247 de 10.9.1997, p. 1, ponto 179; Decisão 2002/156/CE da Comissão no processo COMP/M.2097 — SCA/Metsä Tissue, JO L 57 de 27.2.2002, p. 1, pontos 94-108; processo T-310/01, Schneider/Comissão, Col. 2002, p. II-4071, ponto 418.
- (36) Normalmente, a margem relevante (m) corresponde à diferença entre o preço (p) e o acréscimo de custo (c) do fornecimento de mais uma unidade de produção expressa em percentagem do preço [$m = (p - c)/p$].
- (37) Ver, por exemplo, processo IV/M.1980 — Volvo/Renault VI, ponto 34; processo COMP/M.2256 — Philips Agilent/Health Care Solutions, pontos 33-35; processo COMP/M.2537 — Philips/Marconi Medical Systems, pontos 31-34.
- (38) A elasticidade cruzada dos preços da procura avalia a variação do volume da procura de um produto, em resposta a uma variação do preço de outro produto, mantendo-se todas as outras condições inalteradas. A elasticidade própria dos preços avalia a variação da procura de um produto em resposta à variação do preço do próprio produto.
- (39) O rácio de transferência do produto A para o produto B avalia a proporção das vendas do produto A perdida a favor do produto B em caso de um aumento de preços do produto A.
- (40) Decisão 97/816/CE da Comissão no processo IV/M.877 — Boeing/McDonnell Douglas, JO L 336 de 8.12.1997, p. 16, pontos 58 e seguintes; processo COMP/M.3083 — GE/Instrumentarium, pontos 125 e seguintes.
- (41) Os custos irrecuperáveis são aqueles que a empresa não consegue reaver após sair do mercado.
- (42) Ver, por exemplo, Decisão 2002/156/CE no processo IV/M.877 — Boeing/McDonnell Douglas, JO L 336 de 8.12.1997, p. 16, ponto 70.
- (43) Ver, por exemplo, processo IV/M.986 — Agfa Gevaert/DuPont, JO L 211 de 29.7.1998, p. 22, pontos 63-71.
- (44) Ver, por exemplo, processo COMP/M.2187 — CVC/Lenzing, pontos 162-170.
- (45) Ao analisar a possível expansão de capacidade por parte dos rivais, a Comissão toma em consideração factores semelhantes aos descritos na Secção VI, relativa à entrada no mercado. Ver, por exemplo, processo COMP/M.2187 — CVC/Lenzing, pontos 162-173.
- (46) Ver, por exemplo, processo T-221/95, Endemol/Comissão, Col. 1999, p. II-1299, ponto 167.
- (47) Ver, por exemplo, processo T-22/97, Kesko/Comissão, Col. 1999, p. II-3775, pontos 141 e seguintes.
- (48) Ver, por exemplo, Decisão 2001/684/CE da Comissão no processo M.1671 — Dow Chemical/Union Carbide, JO L 245 de 14.9.2001, p. 1, pontos 107-114.
- (49) Ver, por exemplo, Decisão 96/435/CE da Comissão no processo IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott, JO L 183 de 23.7.1996, p. 1; processo T-114/02, BabyliSS SA/Comissão («Seb/Moulinex»), Col. 2003, p. II-000, pontos 343 e seguintes.
- (50) É o que acontece, por exemplo, em indústrias de rede como a energia, telecomunicações e outras indústrias da comunicação.
- (51) Decisão 99/287/CE da Comissão no processo IV/M.1069 — Worldcom/MCI, JO L 116 de 4.5.1999, p. 1, pontos 117 e seguintes; processo IV/M.1741 — MCI Worldcom/Sprint, pontos 145 e seguintes; processo IV/M.1795 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, pontos 44 e seguintes.
- (52) Processo T-156/98, RJB Mining/Comissão, Col. 2001, p. II-337.
- (53) Decisão 2002/156/CE da Comissão no processo IV/M.877 — Boeing/McDonnell Douglas, JO L 336 de 8.12.1997, p. 16, ponto 58; processo COMP/M.2568 — Haniel/Ytong, ponto 126.
- (54) Para um exemplo de produtos prontos a serem comercializados por uma parte na concentração que poderão concorrer com os produtos prontos a serem comercializados ou os produtos existentes da outra parte na concentração, ver processo IV/M.1846 — Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham, ponto 188.
- (55) Processo T-102/96, Gencor/Comissão, Col. 1999, p. II-753, ponto 277; processo T-342/99, Airtours/Comissão, Col. 2002, p. II-2585, ponto 61.
- (56) Esta situação poderá ocorrer se os oligopolistas tiverem revelado uma tendência para concentrar as suas vendas em áreas diferentes por razões históricas.

- (57) Processo T-342/99, *Airtours/Comissão*, Col. 2002, p. II-2585, ponto 62.
- (58) Ver Decisão 92/553/CE da Comissão no processo IV/M.190 — *Nestlé/Perrier*, JO L 356 de 5.12.1992, p. 1, pontos 117-118.
- (59) Ver, por exemplo, processo IV/M.580 — *ABB/Daimler-Benz*, ponto 95.
- (60) Ver, por exemplo, Decisão 2002/156/CE da Comissão no processo COMP/M.2097 — *SCA/Metsä Tissue*, JO L 57 de 27.2.2002, p. 1, ponto 148.
- (61) Ver, por exemplo, processo IV/M.1298 — *Kodak/Imation*, ponto 60.
- (62) Processo T-102/96, *Gencor/Comissão*, Col. 1999, p. II-753, ponto 222; Decisão 92/553/CE da Comissão no processo IV/M.190 — *Nestlé/Perrier*, JO L 356 de 5.12.1992, p. 1, pontos 63-123.
- (63) Ao apreciar se uma concentração é ou não susceptível de aumentar a simetria das diversas empresas presentes no mercado, os ganhos de eficiência poderão fornecer indícios importantes (ver igualmente o ponto 82 da presente comunicação).
- (64) Ver, por exemplo, Decisão 2001/519/CE da Comissão no processo COMP/M.1673 — *VEBA/VIAG*, JO L 188 de 10.7.2001, p. 1, ponto 226; processo COMP/M.2567 — *Nordbanken/Postgirot*, ponto 54.
- (65) Ver, por exemplo, processo COMP/M.2389 — *Shell/DEA*, pontos 112 e seguintes, e processo COMP/M.2533 — *BP/E.ON*, pontos 102 e seguintes.
- (66) Ver igualmente Decisão 2000/42/CE da Comissão no processo IV/M.1313 — *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, JO L 20 de 25.1.2000, p. 1, pontos 176-179.
- (67) Ver, por exemplo, processo COMP/M.2640 — *Nestlé/Schöller*, ponto 37; Decisão 1999/641/CE da Comissão no processo COMP/M.1225 — *Enso/Stora*, JO L 254 de 29.9.1999, pontos 67 e 68.
- (68) Ver, por exemplo, processo IV/M.1939 — *Rexam (PLM)/American National Can*, ponto 24.
- (69) Ver processo COMP/M.2389 — *Shell/DEA*, ponto 121, e processo COMP/M.2533 — *BP/E.ON*, ponto 111.
- (70) Embora os mecanismos de dissuasão sejam por vezes também designados por mecanismos de «castigo», este termo não deve ser entendido em sentido estrito, ou seja, que tal mecanismo castiga necessariamente de forma individual uma empresa que se tenha desviado. O facto de admitir que a coordenação pode ser destruída durante um determinado período se for identificado um desvio, poderá constituir por si só um mecanismo de dissuasão suficiente.
- (71) Ver, por exemplo, Decisão 2000/42/CE da Comissão no processo IV/M.1313 — *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, JO L 20 de 25.1.2000, ponto 177.
- (72) Ver processo T-102/96, *Gencor/Comissão*, Col. 1999, p. II-753, ponto 281.
- (73) Estes elementos são analisados de forma semelhante aos efeitos não coordenados.
- (74) Ver, por exemplo, processo IV/M.1630 — *Air Liquide/BOC*, pontos 201 e seguintes. Para um exemplo de um processo em que a entrada da outra empresa na concentração não era suficientemente provável a médio ou a curto prazo, ver processo T-158/00, *ARD/Comissão*, Col. 2003, p. II-000, pontos 115-127.
- (75) Decisão 2001/98/CE da Comissão no processo COMP/M.1439 — *Telia/Telenor*, JO L 40 de 9.2.2001, p. 1, pontos 330-331, e processo IV/M.1681 — *Akzo Nobel/Hoechst Roussel Vet*, ponto 64.
- (76) Processo IV/M.1630 — *Air Liquide/BOC*, ponto 219; Decisão 2002/164/CE da Comissão no processo COMP/M.1853 — *EDF/EnBW*, JO L 59 de 28.2.2002, p. 1, pontos 54-64.
- (77) Ver Decisão 1999/674/CE da Comissão no processo M. 1221 — *Rewe/Meinl*, JO L 274 de 23.10.1999, p. 1, pontos 71-74.
- (78) Processo T-22/97, *Kesko/Comissão*, Col. 1999, p. II-3775, ponto 157; Decisão 2002/156/CE da Comissão no processo M.877 — *Boeing/McDonnell Douglas*, JO L 336 de 8.12.1997, p. 16, pontos 105-108.
- (79) Ver, por exemplo, processo IV/M.1882 — *Pirelli/BICC*, pontos 73-80.
- (80) Ver, por exemplo, processo IV/M.1245 — *Valeo/ITT Industries*, ponto 26.
- (81) Mesmo um pequeno número de clientes pode não possuir poder dos compradores suficiente se tais clientes estiverem em larga medida «bloqueados» devido a elevados custos de transferência (ver processo COMP/M.2187 — *CVC/Lenzing*, ponto 223).
- (82) Decisão 1999/641/CE da Comissão no processo COMP/M.1225 — *Enso/Stora*, JO L 254 de 29.9.1999, p. 9, pontos 89-91.
- (83) Poderá também ser útil comparar a concentração que existe no lado da procura, com a concentração que existe no lado da oferta (processo COMP/JV 55 — *Hutchison/RCPM/ECT*, ponto 119 e Decisão 1999/641/CE da Comissão no processo COMP/M.1225, *Enso/Stora*, JO L 254 de 29.9.1999, p. 9, ponto 97).
- (84) Processo COMP/JV 55 — *Hutchison/RCPM/ECT*, pontos 129-130.
- (85) Decisão 2002/156/CE da Comissão no processo COMP/M.2097 — *SCA/Metsä Tissue*, JO L 57 de 27.2.2002, ponto 88. A discriminação em matéria de preços entre diferentes categorias de clientes poderá ser relevante nalguns casos, no contexto da definição de mercado (ver Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante, acima citada, ponto 43).
- (86) Desta forma, a Comissão pode apreciar se os diversos compradores têm poder de compensação; ver por exemplo, Decisão 1999/641/CE da Comissão no processo COMP/M.1225 — *Enso/Stora*, JO L 254 de 29.9.1999, p. 9, pontos 84-97.
- (87) Decisão 97/610/CE da Comissão no processo IV/M.774 — *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, JO L 247 de 10.9.1997, p. 1, ponto 184.
- (88) Processo IV/M.1430 — *Vodafone/Airtouch*, ponto 27; processo IV/M.2016 — *France Télécom/Orange*, ponto 33.
- (89) Decisão 2002/174/CE da Comissão no processo COMP/M.1693 — *Alcoa/Reynolds*, JO L 58 de 28.2.2002, ponto 87.
- (90) Decisão 95/335/CE da Comissão no processo IV/M.754 — *Anglo American Corp./Lonrho*, JO L 149 de 20.5.1998, p. 21, pontos 118-119.
- (91) Decisão 97/610/CE da Comissão no processo IV/M.774 — *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, JO L 247 de 10.9.1997, p. 1, pontos 184-187.
- (92) Decisão 94/811/CE da Comissão no processo IV/M.269 — *Shell/Montecatini*, JO L 332 de 22.12.1994, p. 48, ponto 32.

- (⁹³) Decisão 98/327/CE da Comissão no processo IV/ M.883 — The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, JO L 145 de 15.5.1998, p. 41, ponto 74.
- (⁹⁴) Decisão 98/327/CE da Comissão no processo IV/ M.883 — The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, JO L 145 de 15.5.1998, p. 41, pontos 72-73.
- (⁹⁵) Decisão 2002/156/CE da Comissão no processo COMP/M.2097 — SCA/Metsä Tissue, JO L 57 de 27.2.2002, p. 1, pontos 83-84.
- (⁹⁶) Decisão 2001/432/CE da Comissão no processo IV/M.1813 — Industri Kapital Nordkem/Dyno, JO L 154 de 9.6.2001, p. 41, ponto 100.
- (⁹⁷) Ver, por exemplo, Decisão 98/475/CE da Comissão no processo IV/M.986 — Agfa-Gevaert/Dupont, JO L 211 de 29.7.1998, p. 22, pontos 84-85.
- (⁹⁸) Processo T-102/96, Gencor/Comissão, Col. 1999, p. II-753, ponto 237.
- (⁹⁹) Ver, por exemplo, Decisão 2000/718/CE da Comissão no processo IV/M.1578 — Sanitec/Sphinx, JO L 294 de 22.11.2001, p. 1, ponto 114.
- (¹⁰⁰) Ver, por exemplo, Decisão 2002/174/CE no processo COMP/M.1693 — Alcoa/Reynolds, JO L 58 de 28.2.2002, pontos 31-32 e 38.
- (¹⁰¹) Decisão 91/535/CE da Comissão no processo IV/M.68 — Tetra Pak/Alfa Laval, JO L 290 de 22.10.1991, p. 35, ponto 3.4.
- (¹⁰²) Ver o considerando 4 do Regulamento das Concentrações.
- (¹⁰³) Ver o considerando 29 do Regulamento das Concentrações.
- (¹⁰⁴) Cf. n.º 1, alínea b), do artigo 2.º do Regulamento das Concentrações.
- (¹⁰⁵) Nos termos do n.º 1, alínea b), do artigo 2.º, o conceito de «consumidores» engloba os consumidores intermédios e finais, ou seja, os utilizadores dos produtos abrangidos pela concentração. Por outras palavras, na aceção desta disposição, a noção de consumidores inclui os clientes potenciais e/ou efectivos das partes na concentração.
- (¹⁰⁶) Devem considerar-se como custos variáveis aqueles que variam com o nível de produção ou com as vendas durante o período de tempo relevante. Os custos marginais são os custos associados à expansão da produção ou vendas na margem.
- (¹⁰⁷) Não é normalmente consagrada esta importância às poupanças de custos fixos, uma vez que a relação entre custos fixos e preços de consumo é normalmente menos directa, pelo menos a curto prazo.
- (¹⁰⁸) À luz do princípio geral estabelecido no ponto 9 da presente comunicação.
- (¹⁰⁹) Processos apensos C-68/94 e C-30/95, Kali & Salz, ponto 110.
- (¹¹⁰) Processos apensos C-68/94 e C-30/95, Kali & Salz, ponto 114. Ver também Decisão 2002/365/CE da Comissão no processo COMP/M.2314 — BASF/Pantochim/Eurodiol, JO L 132 de 17.5.2002, p. 45, pontos 157-160. Esta exigência está ligada ao princípio geral estabelecido no ponto 9 da presente comunicação.
- (¹¹¹) Pode considerar-se, particularmente no caso de um monopólio, que os activos da empresa insolvente sairiam inevitavelmente do mercado em questão se se concluir que a quota de mercado da empresa insolvente iria de qualquer forma reverter a favor da outra parte na concentração. Ver processos apensos C-68/94 e C-30/95, Kali & Salz, pontos 115 e 116.
-