

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

volume 6 número 5 - 1999

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo

Volume 6 número 5 - 1999

ISSN 1517-1957

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE
CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 263 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 263-6748

home page: www.ibrac.org.br

E-mail: ibrac@ibrac.org.br

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Pedro Dutra

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 10 números em 1999

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

SUMÁRIO

DOCTRINA

A “JUSTA COMPETIÇÃO” NA NOVA ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES SOB A ÓTICA DO DIREITO ECONÔMICO <i>Maria João C. Pereira</i>	5
DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO <i>Maria Tereza Leopardi Mello</i>	33
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.007995/97-81 MAHLE GMBH E COFAP - COMPANHIA FABRICADORA DE PEÇAS	67
RELATÓRIO.....	68
ERRATA	70
VOTO	71

JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPÉIA

PROCESSO IV/M.794 COCA-COLA/AMALGAMATED BEVERAGES GB	93
PROCESSO IV/M.938 GUINNESS/GRAND METROPOLITAN	153

LEGISLAÇÃO

AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND THE EUROPEAN COMMUNITIES ON THE APPLICATION OF POSITIVE COMITY PRINCIPLES IN THE ENFORCEMENT OF THEIR COMPETITION LAWS	217
ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	225

DOCTRINA

A “JUSTA COMPETIÇÃO” NA NOVA ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES SOB A ÓTICA DO DIREITO ECONÔMICO

Maria João C. Pereira*

Sumário: Justificativa. I. Introdução. II. Da legislação aplicável. III. Competição e concorrência: nuances conceituais. IV. Os fundamentos constitucionais e a atuação do Estado na verificação da livre concorrência e na Regulação de Serviços Público.V. Do regime concorrencial : Lei nº 8884/94 e lei nº 8137/90. VI. Da concorrência desleal, criminosa, abusiva e da vantagem competitiva. VII. Análise Prática VIII. Conclusão. IX. Referência Bibliográfica.

Justificativa

O panorama nacional e internacional da organização dos serviços de telecomunicações é de profundas alterações. Esse panorama decorre de fatores como globalização, novas necessidades tecnológicas e reestruturações políticas no que se refere ao papel do Estado nas sociedades atuais.

Como reflexo desse processo de alterações temos o Acordo sobre Telecomunicações firmado no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC, que está fundado no “reconhecimento das características específicas do setor de telecomunicações, em particular sua dupla função como setor independente de atividade econômica e meio fundamental de transporte de outras atividades econômicas”¹. O Brasil aderiu a esse acordo através do Protocolo nº 4/97, concordando com a abertura de seu mercado.

A efetivação desse compromisso se implementou através da aprovação da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995, que eliminou a exclusividade da concessão para exploração dos serviços públicos a empresa sob controle acionário estatal, buscando-se introduzir o regime concorrencial no setor.

Em 19 de junho de 1996, foi promulgada a Lei nº 9.295 que, na esteira desse objetivo, abriu à concorrência alguns segmentos desse mercado, de-

* Economista e advogada em Belo Horizonte. Mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

¹ Termos do Acordo da OMC – *apud* CELLI JUNIOR, Umberto em **A nova organização dos serviços na lei geral de telecomunicações**. Revista de Direito Administrativo, 211, jan. mar. 1998. Rio de Janeiro. p. 151-161.

terminando, dentre outros aspectos, a necessidade da verificação de “justa competição” entre os prestadores de serviços.

Posteriormente, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, dispondo sobre a organização desses serviços e criando o órgão regulador (ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações) alterou profundamente o modelo brasileiro, objetivando a passagem da exploração desses serviços de uma condição de monopólio à de concorrência, efetivando a transformação do Estado, de provedor do serviço para regulador e indutor deste.

O objetivo deste trabalho, inserido nesse panorama, é o de analisar o alcance da prerrogativa colocada pela Lei nº 9.295/96, de necessidade de implementação de ambiente de “justa competição”, procurando-se estabelecer parâmetros de análise para um conceito que, ainda que não esteja legal e expressamente colocado, deve permear toda a organização dos serviços públicos, merecendo especial atenção nesse processo de profundas transformações no modelo adotado.

Para a efetivação desse objetivo apresentamos algumas considerações sobre a inter-relação do modelo regulador e o regime concorrencial, sem contudo se pretender explorar a questão da repartição de competência entre o órgão regulador e os órgãos integrantes da defesa da concorrência, tema da maior importância e que merece reflexões específicas, fora dos limites fixados para este trabalho.

I. Introdução

Na ausência de uma conceituação expressamente definida na lei em apreço, procurando uma dentre as possíveis interpretações cabíveis ao diploma legal sob análise, é de suma importância que se perquiria o significado da expressão justa competição, utilizada pela Lei nº 9.295, de 19 de julho de 1996, que dispõe sobre os serviços de telecomunicações e sua organização², dentro do contexto macroeconômico e jurídico vigente, procurando-se evi-

² Lei nº 9.295/96: “Art. 12. Os processos de outorga para exploração dos serviços de que trata esta Lei deverão conter requisitos que propiciem a diversidade de controle societário das entidades exploradoras, em **estímulo à competição**. (Sem grifos no original)

Parágrafo único. Na exploração de serviços de telecomunicações em base comercial, deverão ser asseguradas a interconectividade e a interoperabilidade das várias redes, **a justa competição** entre os respectivos prestadores dos serviços e o uso equitativo do competente plano de numeração.”

denciar os objetivos imediatos e mediatos pretendidos, bem como buscando-se definições adotadas no nosso sistema jurídico e em outros sistemas que adotem similares fundamentos basilares da ordem econômica. Para tanto, tomamos como base doutrinária o estudo da Profa. Isabel Vaz, da Universidade Federal de Minas Gerais,³ onde a autora elabora uma vasta pesquisa, tendo considerações de suma relevância, no que se refere à conceituação e relação da competição com o ambiente concorrencial, matéria de estudo da área de Direito Econômico.

Primeiramente, ressalta-se, como pressuposto, que na aplicação e análise de matéria de Direito Econômico, prepondera o raciocínio aberto e a interpretação sistemática sobre o raciocínio de tipificação cerrada, ou seja, as questões devem ser tomadas tendo em vista os objetivos da política econômica e os fundamentos da ordem constitucional vigente, sendo que somente dentro desse contexto é que se pode concluir pela repressão ou incentivo de determinadas práticas, devendo tais práticas ser apuradas independentemente de culpa.

No caso específico, o pressuposto a ser perquerido é o de que a competição só poderá ser justa se ocorrer em ambiente efetivamente concorrencial, sendo que, ao final, a título exemplificativo, será analisado em que medida uma questão tributária pode afetar a livre concorrência, analisando-se o enquadramento do fato (não estar submetido ao pagamento de um tributo por força de decisão transitada em julgado) como um ato de concorrência desleal, uma prática abusiva ou uma vantagem competitiva, verificando-se em que medida tal fato poderia estar de acordo com um ambiente efetivamente concorrencial, condição básica para a “justa competição”.

II. Da legislação aplicável

Na esfera ordinária, no que se refere aos serviços de telecomunicações, regem a matéria a lei nº 9295/96, em referência, e, ainda a Lei nº 9472, de 16 de julho de 1997, que também regula a organização dos serviços de telecomunicações e o funcionamento do órgão regulador, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995.

Apesar da lei 9.472/97 manter expressamente a vigência da lei nº 9295/96, para os serviços disciplinados pela última, a descrição dos princípios fundamentais orientadores da organização desses serviços que se encontra na 9.472/97, traz determinações importantes para a elucidação da melhor inter-

³ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

pretação, no sentido de ser a mais coerente com o sistema econômico e jurídico vigente, para a busca de uma situação de justa competição entre os prestadores de serviços de telecomunicações. Dentre essas determinações destacam-se:

“Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

omissis

III – adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

(...)

V – criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI – criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

(...)

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Art. 7º - As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º - Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º - Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos a apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º - Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.”

Os artigos da lei acima destacados refletem as preocupações Constitucionais expressas na Carta Magna de 1988, tanto no campo político quanto no econômico, no que se refere aos princípios orientadores da República Federativa.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988, define como princípios fundamentais da República, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, todos com o mesmo grau de hierarquia e orientados para a busca dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e redução de desigualdades sociais e regionais e promoção do bem comum, sem qualquer forma de discriminação.

Na esfera da constituição econômica⁴ foram positivados os princípios gerais da atividade econômica pelo artigo 170 da CF/88, que coloca como fundamentos da ordem econômica, além de outros, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa; e enumera, dentre os princípios, a livre concorrência.

Adicionalmente, nos artigos 173 e 174 da CF/88, encontra-se a orientação adotada quanto à intervenção estatal na ordem econômica, reservando-se ao Estado a função planejadora e incentivadora da economia, e, somente por exceção, a exploração direta da atividade econômica. Destaca-se, ainda, o dever estatal de reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação

⁴ A definição de Constituição econômica é trabalhada detalhadamente por MOREIRA, Vital em *Economia e Constituição*. 29ª ed. Coimbra Editora: 1979, onde analisa a relação entre o sistema econômico e o jurídico constitucional como um conjunto articulado por certa estrutura e nesse sentido define a constituição econômica da seguinte forma:

“A constituição económica é, pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema económico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem económica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma económicos, garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem económica concreta” (p. 41).

dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

E, por fim, os artigos 175 a 181, dispondo sobre o regime a ser adotado na prestação dos serviços públicos, definindo os monopólios estatais e determinando orientações específicas para alguns setores ou serviços públicos.

No que se refere especificamente à defesa da livre concorrência, como princípio orientador de nossa ordem econômica, aplica-se, como legislação básica, além dos já citados artigos constitucionais, a lei nº 8884, de 11 de setembro de 1994, dispondo sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Como legislação complementar aplica-se, dentre outras, a lei nº 8137, de 27 de dezembro de 1990 (a despeito de discussões sobre a sua eventual revogação por força da promulgação da Lei nº 8884/94), que define os crimes contra a ordem econômica, possuindo um caráter penal, diferentemente da lei nº 8884/94.

A esse conjunto legislativo pode-se denominar de “regime jurídico da concorrência, “como sendo um dado conjunto de normas e instituições que regulam as formas de aquisição do poder econômico e o seu exercício, segundo os valores adotados pela ordem jurídica”⁵

O panorama econômico fático onde se verifica a competição entre os prestadores de serviços se rege, portanto, por esse regime jurídico que atua como fator de equilíbrio entre as forças de mercado.

III. Competição e concorrência : nuances conceituais

A legislação brasileira adota a expressão concorrência, mas também já utilizou a expressão competição como sinônimo, se não perfeito, aproximado, do termo concorrência, como quando da Constituição Federal de 1937, que tratava do dever estatal de estabelecer normas da “competição empresarial.” Em outros sistemas jurídicos o equivalente à expressão competição goza da preferência de muitos legisladores, como é o caso do sistema inglês e norte-americano, que adotam os termos competition, competition law, competition policy, com o significado próximo ao de “concorrência”, utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O sentido gramatical do substantivo competição origina-se do latim competitione e encerra a idéia de busca simultânea de uma vantagem, uma vitória, ou seja, idéia de luta, desafio, disputa e rivalidade.

Concorrência, por sua vez, tomada no sentido econômico assume também o aspecto de disputa, rivalidade, representando a “ação desenvolvida

⁵ VAZ, Isabel, *op. cit.* p. 262

entre competidores pela disputa de um mercado ou a simples venda de uma mercadoria”⁶.

De fato, ainda que não sejam sinônimos perfeitos, pois a concorrência apresenta-se como uma pré condição para a competição, ambas encerram a idéia de disputa e rivalidade, sendo considerado por alguns autores que o termo concorrência estaria mais próximo do conceito jurídico e o termo competição do econômico. Conforme nos aponta ainda Isabel Vaz, na referida obra, citando o trabalho de Font Galán⁷

“... la concurrencia es el sustrato económico-material de la ‘competencia entre empresarios’ y también el presupuesto fáctico natural de la competencia entendida como ‘elemento institucional básico y esencial del sistema de economía de mercado’”

E, ainda em nota:

“Não obstante as diferenças de sentido apontadas, para alguns, competição é “o mesmo que concorrência” (Verbete “competição” in Dicionario de Sociologia. Editora Globo, Rio de Janeiro, 1961. p. 72).

Para a presente questão, interessa destacar o elemento de ligação entre os dois conceitos, no sentido de que, para a competição assumir uma forma justa, como determinado pela lei, é necessário que ela se dê em um ambiente de livre concorrência, princípio orientador de nossa ordem econômica, a ser garantido pelo Estado.

O que se tutela, portanto, é a livre iniciativa e a livre concorrência, tendo-se a concorrência perfeita como valor almejado, de caráter teórico, mas de suma importância para o entendimento das forças de mercado que se pretende equilibrar, como forma de cumprimento dos fundamentos de nossa ordem constitucional. Vários autores da área jurídica e econômica tentam sis-

⁶ Um sentido mais técnico acentua os matizes existentes entre as duas palavras, segundo o Dicionario de la Lengua Española de la Real Academia, que define concurrencia como ‘la junta de varias personas en un lugar’ (identificado por Font Galán ao “mercado”); e competencia como a “disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa” (1ª acepção) e ainda a “oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa” (2ª acepção) *apud* VAZ, Isabel – *op. cit.* p. 22

⁷ FONT GALÁN, Juan Ignacio. **Constitución Económica y Derecho de la competencia**. Prólogo de Manuel Olivencia, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, *apud* VAZ, Isabel *op cit.*

tematizar as características fundamentais de um ambiente de concorrência perfeita, sendo objeto de destaque a sistematização colocada por Raymond Barre⁸:

As “condições da concorrência perfeita” definem-se, segundo Raymond Barre, por cinco traços fundamentais:

“A atonicidade do mercado” – Tanto do lado da oferta quanto da procura, existe um grande número de unidades econômicas e nenhuma delas dispõe, sobre o mercado, de uma dimensão ou de uma potência suficiente para exercer uma ação qualquer sobre a produção e o preço da indústria considerada;

“A homogeneidade do produto” – Na indústria, todas as firmas entregam produtos que os compradores julgam idênticos ou homogêneos; eles não têm razão de preferir o produto de uma ao de outra firma;

“A livre entrada na indústria” – Qualquer pessoa que queira entregar-se a uma certa produção pode fazê-lo sem restrição nem prazo. As firmas que compõem a indústria não podem opor-se à entrada de concorrentes; estes podem facilmente obter os fatores de produção que lhes são necessários;

“A perfeita transparência do mercado” – Todos os participantes no mercado têm um conhecimento completo de todos os fatores significativos do mercado;

Existe, de indústria a indústria, uma “perfeita mobilidade dos fatores” de produção.

Concordam os teóricos que a situação de concorrência perfeita, com equilíbrio absoluto dos fatores acima expostos, constitui um modelo inexistente, adotando-se a idéia de uma concorrência praticável⁹, tendo como um dos seus pressupostos essenciais a liberdade dos agentes para ingressarem em determinado mercado (livre iniciativa), e, uma vez estabelecidos nesse mercado, tenham acesso às mesmas condições para nele permanecerem, dispondo da prerrogativa de fazerem o melhor uso que lhes aprouver de sua capacidade

⁸ BARRE, Raymond. **Économie Politique**. 2. vol., 10^{éd} mise à jour, Presses Universitaires de France, Paris, 1975, *apud* VAZ, Isabel, *op. cit.* p. 28.

⁹ *A expressão workable competition, idéia longamente desenvolvida por John Maurice Clark, é interpretada por Raymond Barre (op.cit.) como “concorrência efetiva”, equiparada a uma concorrência que “funciona.”*

intelectual, organizando da melhor maneira os fatores de produção de bens ou prestação de serviços, de modo a obter produtos de boa qualidade e oferecê-los no mercado a preços atraentes e competitivos. Todavia, coube ao Estado, no caso brasileiro, representado pelo equilíbrio dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a função tutelar de garantir esse equilíbrio de forças entre os concorrentes, incentivando a competição, ou seja, a disputa, respeitado sempre o fundamento maior orientador de nossa ordem econômica de livre iniciativa, e, no caso específico dos monopólios (seja por unicidade de fonte de recursos, seja por aspectos econômicos) corrigir as imperfeições estruturais. É nessas bases que se situa a idéia de justa competição.

A competição é justa e, portanto, mais próxima do valor a ser buscado de concorrência perfeita, quando é “honesta”, “leal”¹⁰, e, principalmente, quando todos os participantes têm acesso efetivo e potencial a todos os meios de produção, aqui amplamente considerados, para deles fazerem o melhor uso que lhes aprouver. Em suma, a competição é justa se ocorre em ambiente de concorrência efetiva. A doutrina tem adotado definição de concorrência efetiva explicitada por Raymond Barre, em tradução livre:

*“Para Raymond Barre, a “concorrência efetiva” implica uma noção dinâmica, em oposição ao modelo estático tradicional. Ela se estabelece entre fir-
mas de dimensões, de custos, de horizontes diferentes e políticas diversas. Ela tende ao progresso, isto é, a uma melhoria dos métodos econômicos de produção, a uma diferenciação crescente das qualidades e dos tipos de produtos e ao desenvolvimento de novos produtos. Ela permite a difusão de benefícios devidos a este progresso, a favor dos clientes (sob a forma de preços baixos) e a favor dos fatores de produção (sob a forma de elevação de suas remunerações) (Grifamos).¹¹*

Como se vê, logicamente, a concepção de concorrência de forma alguma exclui desigualdades entre as firmas participantes de dado mercado. É sobre esse ambiente de concorrência efetiva que se torna possível a justa competição, ou seja, a leal e honesta competição, com equilíbrio de forças rivais, com ênfase para o poder decisório autônomo de cada empresa, em situação de forças equilibradas, na busca da melhor alocação dos recursos produtivos disponíveis em condições igualitárias. É ainda nessa situação de

¹⁰ A expressão **fair competition**, pode-se traduzir fair por “honesto”, “belo”, “bom”, “leal”. E a “livre” concorrência, expressão consagrada na legislação brasileira e na francesa, evoca o sentido de afastamento de obstáculos considerados antijurídicos, desonestos ou desleais pelos respectivos ordenamentos jurídicos.

¹¹ BARRE, Raymond. apud VAZ, Isabel. *op. cit.* p. 100.

concorrência efetiva que as empresas tentam estabelecer uma relação de aumento de poder econômico¹², que deve ser equilibrado pela força do ambiente competitivo, devendo ser a manutenção deste ambiente o objetivo de toda a economia de mercado saudável.

Identificadas as relações entre competição e concorrência e, colocadas as condições necessárias para a verificação da justeza dessa competição, cabe-nos analisar o papel do Estado enquanto mediador dessas relações e, especificamente, no caso de concessão de serviços públicos (item IV).

IV. Os fundamentos constitucionais e a atuação do Estado na verificação da livre concorrência e na Regulação de Serviços Públicos

Como visto, para que haja justa competição, faz-se necessário que a disputa pelo mercado ocorra em ambiente de concorrência efetiva.

O Estado torna-se, portanto, o ente político capaz de proporcionar esse ambiente, seja através de política econômica incentivadora, ou de política repressora de abusos contra a ordem econômica, bem como adotando medidas preventivas contra a formação de forças desequilibradoras do mercado, sempre adstrito aos limites constitucionais impostos à sua intervenção direta na ordem econômica.

A tarefa incentivadora deve se nortear justamente pela valorização da decisão autônoma e eficiente das empresas competidoras no mercado, atuando o Estado no sentido da retirada de entraves ao desenvolvimento das atividades econômicas privadas, garantindo sempre o fim social dessas atividades. Neste sentido, ainda se deve considerar que a concorrência como fundamento da ordem econômica somente se justifica na medida em que trouxer benefícios para o consumidor e servir como um valor-meio¹³, ou seja, um instru-

¹² “Assim, pode-se dizer que, para efeitos de sua disciplina jurídica, *poder econômico* é a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro.” BRUNA, Sérgio Varella. **Poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. pp. 104 e 105.

¹³ A teoria da Concorrência – instrumento se explicita na própria Lei nº 8.884/94 que, em seus próprios termos, dispõe sobre repressão e prevenção às infrações contra a ordem econômica, vista, essa ordem, de maneira ampla e integrada com os demais preceitos constitucionais. O autor, Jorge de Jesus Ferreira Alves *in* **Direito da Concorrência nas comunidades européias**. 2ª ed. Coimbra Editora: 1992. P. 20 – 22, expõe essa teoria com clareza, ao referir-se ao direito comunitário, citando o Acórdão Metro-Saba, proferido pelo Tribunal das Comunidades, de 25/10/87:

“b) Teoria da concorrência–instrumento:

mento de realização de uma política econômica, cujo escopo principal seja o de estimular todos os agentes econômicos a participarem do desenvolvimento do país como um todo.

Os valores adotados na Constituição, portanto, são os bens jurídicos a receber a tutela do direito em determinado momento e, a partir desses valores, editam-se as leis e criam-se as instituições destinadas a assegurar a sua efetividade.

A regulação das formas de poder econômico no regime concorrencial, atualmente, se rege pela Lei nº 8884/94, sob a tutela do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, e a repressão dos abusos de poder econômico se faz também por essa lei, e, no âmbito penal, pela aplicação da Lei nº 8137/90, que define os crimes contra a ordem econômica, prevendo, inclusive, penas restritivas de liberdade.

No caso específico da prestação de serviços públicos, o sistema brasileiro vem passando por um momento de transição do controle quase total por parte do Estado, para um modelo de regulação, onde o particular presta o serviço e o agente regulador atua como controlador do acesso socializado e qualitativo desse serviço, agente que, no caso em apreço, é a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, autarquia vinculada ao Ministério das Comunicações, criada pela já citada lei nº 9472/97.

Nesse contexto, algumas reflexões merecem destaque no que tange à interação entre o modelo regulador e a política antitruste.

A justificativa da adoção de modelo regulador com ampla intervenção estatal decorre, a princípio, da existência de monopólios naturais.

O conceito econômico de monopólio pode ser visto de uma forma mais ampla ou restrita. Amplamente considerado, o monopólio natural engloba situações

Segundo esta teoria, a concorrência não é um valor em si mesmo, não é um valor absoluto, mas um meio normal, eventualmente privilegiado, de obter o equilíbrio econômico. Daí derivam duas consequências importantes: Em primeiro lugar, se a concorrência não é um valor em si mesmo, pode ser sacrificada em homenagem a outros valores. Por outro lado, não há, à partida, ilicitude ou condenações automáticas. Nenhuma prática restritiva é proibida por si só.

No Acórdão Metro-Saba de 25/10/87, o Tribunal das Comunidades considera lícita a cláusula que a *Saba* (electrónica alemã) impunha aos grossistas que distribuíam os seus produtos. Aqueles deveriam celebrar com a *Saba* um contrato de fornecimento que tinha em conta o possível aumento do mercado. O Tribunal das Comunidades considerou que havia restrição à concorrência mas que o acordo podia beneficiar do nº 3 do art. 85º (do Tratado de Roma) dado contribuir para a manutenção do emprego. E a defesa do emprego é um valor social.”

em que se verifica a impossibilidade física da existência de competição (conceito restrito) e a inviabilidade econômica dessa existência, dadas determinadas características do setor em análise, que tornam a concorrência não somente inviável como, na verdade, indesejável.

“Causas da impossibilidade física podem ser a existência de fontes de insumos únicas ou exclusivas ou, ainda, a existência de uma tecnologia exclusiva protegida por patente ou por segredo industrial eficazmente protegido.

Já a impossibilidade econômica é decorrente de características particulares inerentes àquele ramo específico da indústria que tornam a competição ruinosa ou autodestrutiva. É esse o conceito econômico de monopólio natural ou o conceito de monopólio natural stricto sensu. Nesse caso, as causas do monopólio são econômicas e podem ser teoricamente elaboradas. A primeira e principal delas é a forte prevalência dos custos fixos sobre os custos variáveis, tornando possível a obtenção de expressivas economias de escala com o aumento da quantidade produzida. Se a essas economias de escala se somar uma grande proporção de custos irrecuperáveis (sunk costs), a entrada de competidores no mercado torna-se absolutamente inviável”¹⁴.

Essa inviabilidade de competição justifica a intervenção estatal na economia. Quando essa intervenção se faz de forma indireta, surge a necessidade do controle estatal, via agência reguladora, como forma de se suprir a própria imunidade, por ausência de competição, à legislação de defesa da concorrência, garantindo-se o interesse coletivo da atividade.

A situação parece clara, portanto, quando a atividade é de interesse coletivo e há o monopólio não havendo concorrência: aplica-se o modelo regulador com imunidade para a legislação antitruste. Em sentido contrário, aplicam-se as normas do regime concorrencial quando a atividade é de interesse privado, efetivada em regime de mercado aberto.

As situações híbridas, como é o caso atualmente da prestação dos serviços públicos no Brasil, é que nos levam a refletir sobre o tema.

Há um interesse coletivo na atividade conjuntamente com um interesse privado na medida em que se adota uma gradual abertura do mercado, pelo menos uma abertura parcial, inserindo-se concorrência nesses setores, altamente concentrados, mas concorrência efetiva se comparada à condição ante-

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial – as estruturas**. São Paulo: Malheiros Editores. 1998. p. 191 - 192

rior de monopólio, e têm-se, portanto, uma questão a analisar: existiria imunidade por parte desses prestadores à legislação da concorrência?

A questão merece análise profunda, contudo para os objetivos do trabalho queremos apenas destacar as principais doutrinas sobre a questão.

Duas tendências norte americanas refletem as discussões sobre o tema: State action Doctrine e Pervasive Power Doctrine. As doutrinas têm enfoques diferentes relacionados à legitimidade de se excluir a aplicação da legislação antitruste, seja por uma questão de autonomia dos estados federados, como é o caso da primeira doutrina, seja pela profundidade e abrangência da política adotada pela agência reguladora, no caso da Pervasive Doctrine, contudo, estas se identificam na medida em que exigem que a adoção da regulamentação em detrimento das normas de concorrência devem decorrer de uma política claramente expressa de exclusão do regime concorrencial e ademais, que os efeitos sobre a economia, em eventual adoção de política anti-concorrencial devem ser tutelados pelo próprio Estado.¹⁵

Exemplo da jurisprudência norte americana ajuda a esclarecer a questão:

“Trata-se da decisão da Suprema Corte americana em *United States vs. RCA*. Nele, a agência de controle das telecomunicações, Federal Communications Commission (FCC), aprovou a transferência de uma licença de canal de televisão da empresa Westinghouse para a empresa NBC, subsidiária à época da RCA. Posteriormente essa aquisição veio a ser contestada judicialmente pelo Departamento de Justiça americano com base na existência de violação ao direito antitruste. O problema concorrencial aqui é de menor importância. Relevante é observar que, ao rejeitar a defesa de RCA baseada na existência de imunidade concorrencial decorrente da aprovação prévia do negócio pela FCC, a Corte afirmou que a aprovação da transação poderia significar, no máximo aprovação dos novos administradores e afirmação de que a programação continuaria a ser realizada no interesse público. Nada decidia, no en-

¹⁵ “Assim, a jurisprudência norte-americana vem se posicionando no sentido de conferir imunidade de antitruste para particulares, funcionários ou agências governamentais desde que haja (i) política claramente expressa, definida e inequívoca do Estado, orientada no sentido da prática de atos que normalmente seriam ilícitos antitruste (essa política pode ser facultativa ou obrigatória); (ii) supervisão ativa por parte do Estado das práticas resultantes desta política, para que os resultados, *especialmente os resultados para a concorrência e para os consumidores*, não sejam desarrazoados. Aqui, deve ser entendido que o Estado tem o poder de controlar preços, fornecimento, estoques, etc.” SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial – as estruturas**. *op. cit.* p. 203

tanto, a respeito das consequências que a referida aquisição teria sobre o mercado de radiodifusão. Diferente deveria ser a solução, seguindo a lógica aqui proposta, se a FCC tivesse levado em consideração a possibilidade de concentração excessiva no mercado de radiodifusão mas aprovado mesmo assim a aquisição, afirmando que obedecia por essa ou aquela razão específica daquele mercado ao interesse público.”¹⁶

O que se verifica é que a questão da concorrência não pode ser ignorada, ela deve ser sempre considerada e, em se entendendo pela sua exclusão, os efeitos de tal decisão devem ser tutelados.

No Brasil, no que se refere à prestação de serviços públicos, adotou-se o modelo de transição do regime de monopólio para o de concorrência, cabendo ao Estado, através das agências reguladoras, corrigir as imperfeições estruturais desse mercado e garantir ambiente competitivo nos mesmos, não se excluindo, contudo, a aplicação das normas do regime concorrencial. Essa opção fica mais patente no caso das telecomunicações, onde a legislação faz expressa menção à adoção da legislação da defesa da concorrência, ainda que a questão da repartição das competências entre a ANATEL e os órgãos da defesa da concorrência esteja, de certa forma, indefinida.

O modelo de regulação adotado no caso das Telecomunicações, como visto, não exclui a atuação do regime concorrencial sobre esses serviços. O modelo regulador prevê competências específicas para o agente, especialmente no que se refere à garantia da universalização e continuidade na prestação dos serviços considerados de interesse público.

A universalização refere-se à garantia de acesso ao serviço por parte de qualquer pessoa ou instituição, independentemente de sua localização e condição socioeconômica. A obrigação de continuidade, por sua vez, refere-se à garantia da fruição dos serviços de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, podendo o usuário fazê-lo em condições adequadas de uso.

A atuação da agência, no caso específico, não colide com a aplicação das normas do “regime concorrencial”, em que pese algumas indefinições do ponto de vista de repartição de competências. Ao contrário, com este até se integra, na medida em que somente através de forças concorrenciais equilibradas poder-se-á alcançar a qualidade desejada na prestação do serviço. Essa assertiva pode ser confirmada com as determinações da própria lei nº 9472/97, nos artigos 5º, 6º e 7º, anteriormente transcritos, onde a lei adota os princípios do regime concorrencial, fazendo menção expressa à atuação do

¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.* p. 210

CADE como instituição tutelar da livre concorrência, o que faz através, atualmente, da aplicação da lei nº 8884/94 (legislação básica).

O Prof. Calixto Salomão Filho¹⁷ tece comentários sobre a questão, concluindo pela repartição de competências entre os órgãos regulador e de concorrência nos seguintes termos:

“Na lei das telecomunicações, as competências para o controle concorrencial são virtualmente repartidas entre a Agência Nacional de Telecomunicações e o CADE. Prevê o art. 7º que todos os atos de concentração serão levados à apreciação do CADE por meio do órgão regulador, que ao fazê-lo poderá e deverá prestar esclarecimentos sobre as características concorrenciais específicas do setor. Mais adiante prevê o art. 19, inc. XIX, que cabe à Agência Nacional de Telecomunicações “exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.”

A questão da repartição de competências entre os órgãos referidos deverá demandar, ainda, muitas análises e reflexões, entretanto, a opção política, refletida na legislação, de serem avaliados e sempre considerados os princípios orientadores da ordem econômica, especificamente, os efeitos concorrenciais das práticas dos prestadores de serviços públicos, já está claramente definida e integrada às demais políticas governamentais, como por exemplo, o Programa de Privatizações. É nesse panorama que se deve analisar a questão da justa competição.

V. Do regime concorrencial : Lei nº 8884/94 e lei nº 8137/90

A lei 8884/94 atua de forma preventiva e repressiva na tutela da manutenção da livre concorrência, valor que tem como titular a coletividade. Como prevenção, a lei determina a apreciação dos atos que, sob qualquer forma, possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços¹⁸, presumindo que um ato de concen-

¹⁷ *Op. cit.*, p. 217

¹⁸ Art. 54 – Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

.....
§ 3º - Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, consti-

tração que implique em participação de empresa ou grupo de empresas em 20% ou mais de um mercado relevante devem ser apreciados previamente ou até 15 dias após a sua realização, através de processo específico, por pressupor-se uma posição dominante da empresa ou grupo em questão.

O objetivo legal, nesse aspecto, é o de controlar a formação do poder econômico, tido como condição de suma importância para a verificação de eventuais práticas e efeitos prejudiciais à concorrência.

Por outro lado, como forma repressiva de atos abusivos, a lei enumera, a título exemplificativo, condutas consideradas infração à ordem econômica na medida em que tenham por objetivo:

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

dominar mercado relevante de bens ou serviços;

umentar arbitrariamente os lucros ;

exercer de forma abusiva posição dominante.

No âmbito penal, a lei nº 8137/90 também descreve aquelas práticas que possam limitar ou falsear a concorrência prevendo, inclusive, pena privativa de liberdade.

O que se verifica da legislação em questão, pilares do “regime concorrencial”, é que a tutela do princípio constitucional da livre concorrência passa pelo controle da formação do próprio poder econômico (controle de estruturas) e do uso abusivo desse poder (controle de condutas) através da realização de práticas que limitem a concorrência. A descrição exemplificativa dessas condutas, em ambos os instrumentos legislativos citados, ainda que não exaustiva, nos direciona no sentido de que a conduta que se reprime, de acordo com a própria orientação constitucional, (art.173, § 4º, da CF/88), é aquela desleal, por vezes criminosa ou, no mínimo, abusiva, o que, em última análise seria a contradição da própria competição em bases justas: a justa competição.

VI. Da concorrência desleal, criminosa, abusiva e da vantagem competitiva

Como visto, a legislação brasileira de defesa da concorrência reprime aquelas práticas desleais que prejudiquem a concorrência e também aquelas que sejam abusivas e, nesse aspecto é que se verifica o maior dilema da aplicação da lei: determinar quais as práticas que constituem abuso, uma vez que se

tuição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

adota a concepção da desnecessidade da existência de culpa no sentido clássico, práticas estas que devem ser reprimidas, e quais aquelas práticas legítimas fundadas em uma vantagem competitiva. Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹⁹ nos dá a noção dessa questão nos seguintes termos:

“Distinguem-se, assim, em tese, duas hipóteses de ação econômica, ambas capazes de gerar responsabilidade do agente por danos: a esfera da ilicitude per se e a esfera da abusividade. No primeiro caso ocorre a transgressão de limites estabelecidos em lei. No segundo, o agente obedece os limites objetivos, o preceito legal, mas fere ostensivamente a destinação do direito, o espírito da instituição da concorrência.

.....

A questão de definir se a abusividade é absolutamente distinta da ilicitude per se é controvertida. Pode-se invocar em favor desta distinção Jossierand, que declarava que o exercício de um direito não é incompatível com a noção de culpa, mas que o conceito de culpa, no caso de abuso, não é o conceito clássico, mas o moderno conceito de culpa social, ou seja, o desvio da missão social do direito (De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l' Abus des Droits, Paris, 1927, n° 261).

.....

No lugar da culpa entra, pois, a prova do desvio de finalidade inerente à ocorrência, isto é, a idéia de que o direito de concorrência não pode ser exercido com efeitos contra a própria concorrência quando o agente formula suas estratégias no uso de seu poder econômico. Deve-se falar, nesse sentido, de uma ruptura dos interesses em jogo, sendo o ato que rompe esse equilíbrio um ato anticoncorrencial e por isso abusivo, ainda que praticado sem a intenção de lesar o direito de outrem. Deste modo, a prova da abusividade tem por princípio geral a investigação do fim econômico (e social) do direito de concorrência, ao comparar-se sua relevância com a dos interesses subjetivos opostos. Deve ser verificado se o agente econômico, adotando práticas, mesmo em condições objetivamente legais, procede de tal modo que possa atingir efeitos contrários aos protegidos pelo princípio da livre concorrência”. (sem grifos no original)

Neste particular, encontra-se uma nítida diferença entre o direito econômico da concorrência e o direito tributário e penal, pois nestes ramos específicos do direito, o eventual abuso de formas não encontra guarida, dada a sua tipicidade cerrada, exceto no caso de simulação (que no fundo representa

¹⁹ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Da abusividade do poder econômico**. In Revista de Direito Econômico, n. 21, dezembro 1995, CADE, pp. 26 a 27.

violação à própria legislação civil) ou prática de ato expressamente contrário à lei tributária ou eventualmente à legislação processual civil.

É, entretanto, justamente devido a esse amplo leque interpretativo do direito econômico, diverso do direito penal e tributário, que não se pode perder de vista a opção constitucional pela economia de mercado, com imposição de limites ao poder interventor do Estado, ou seja, cabe à lei concorrencial reprimir o abuso, mas não lhe cabe definir ou ditar quais são os atos concorrenciais, pois isto seria uma intervenção indevida face ao nosso ordenamento econômico e jurídico. Cabe-lhe garantir o princípio da concorrência tido como a potencialidade igualitária de condições:

“Assim, o princípio da concorrência significa, *prima facie*, que a potencialidade deve ser aberta, em sentido normativo, a todos. Em si, o mercado é cego em face dos indivíduos, sendo, ao revés, um instrumento a serviço da coletividade”²⁰.

Nesse contexto devem-se distinguir o ato de concorrência desleal, no qual se insere o ato criminoso, do ato concorrencial abusivo, no sentido de desvio de finalidade, e ainda, a vantagem competitiva, conceituando-os de uma forma mais precisa e lógica do ponto de vista do ordenamento jurídico constitucional e infra-constitucional, quanto à ordem econômico-social.

A concorrência desleal é o uso de meios ou métodos ilegais, incorretos, para modificar a normal relação de competição, é aquela em que o concorrente faz uso de recursos ilícitos, desonestos. Ainda no âmbito da concorrência desleal, há a chamada prática criminosa, nesse caso, já na esfera penal, representada por aquelas condutas desleais de tal gravidade, que a lei penal as tipifica, como é o caso da destruição ou inutilização de bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou eliminar a concorrência.

A prática abusiva, por sua vez, decorre da abusividade do ato, ou seja, existe o direito, a parte é legítima, entretanto a fruição deste é excessiva, desviada de sua finalidade.

Situa-se nesse campo a grande dificuldade da política da concorrência, pois há nas práticas concorrenciais, mesmo lícitas, sempre a possibilidade de prejudicar o concorrente. O que, então, separaria a concorrência vigorosa da prática abusiva?

Aqui aparece a noção de vantagem competitiva, que nos remete à teoria da eficiência econômica, mas, de acordo com nosso ordenamento, uma eficiência coletiva e não meramente um ganho privado.

²⁰ FERRAZ Jr., Tércio, *op. cit.* p. 29.

A vantagem competitiva, assim como o conceito de abuso, no campo do direito econômico, não se encontra expressamente delineada na lei pois, como visto, não cabe ao regime concorrencial determinar o que pode ser praticado em uma concorrência. Desta forma devem-se procurar pontos que reflitam esse conceito. Veja-se, em princípio, um exemplo, colocado pela Profa. Paula A. Forgioni:

“Em Gloucester, Inglaterra, existia apenas uma escola, que impunha aos estudantes os preços que bem entendia (ainda que não excessivos). Ocorre que, aproximadamente no ano de 1408, outra escola veio a ali se estabelecer, praticando preços inferiores. Os dirigentes da primeira, inconformados, foram às barras do tribunal, propondo uma ação com o escopo de serem ressarcidos pelos danos sofridos.

Decidiu-se que, muito embora efetivamente houvesse o prejuízo, havia sido causado por uma atitude perfeitamente lícita da segunda escola. Se esta tinha condições de oferecer preços mais baixos pelo serviço, sua “vantagem competitiva” (como a chamaríamos hoje) não haveria de ser punida ou reprimida”.²¹

O exemplo pode ser aplicado investigando-se a própria lei básica da defesa da concorrência. O que o artigo 20 da Lei nº 8.884/96 tutela é a livre concorrência, como visto, aquela que garante igualdade de acesso às condições de mercado. O mesmo dispositivo legal, portanto, reprime atos que tentem limitar esse acesso, reprime ainda o domínio de mercado obtido por meio anormal, o aumento abusivo de preços e o abuso de posição dominante. O CADE já se manifestou quanto à definição de posição dominante correlacionada ao domínio de mercado, nos seguintes termos²²:

“O domínio do mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado; no aspecto passivo, a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento das demais participantes do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a

²¹ FORGIONI, Paula A. **Posição dominante e seu abuso**. In Revista de Direito Econômico, dez/1997. CADE. p. 105

²² Voto da conselheira Relatora Neide Terezinha Malard, Processo administrativo n. 31, j. 6.10.1993 (Fiat x Transauto).

distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência.

Em conclusão: a posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo agente, no mercado que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado” (grifamos).

No exemplo, o maior risco de abusividade estava na situação anterior à entrada da segunda escola concorrente, por ser a primeira a única participante do mercado e, portanto, detentora do domínio deste mercado, nos termos da própria jurisprudência citada do CADE. A concorrente, por sua vez, adotando os mesmos recursos disponíveis à primeira escola, oferece preços melhores à coletividade, que, uma vez satisfeita com a qualidade dos serviços prestados, pôde chegar, como aconteceu, ao encerramento das atividades da primeira escola, com base única e exclusivamente em vantagem competitiva que a escola que anteriormente dominava o mercado não estava apta a enfrentar. Deveria a segunda escola ser punida? Não, como não o foi, pois puni-la seria contrariar a situação de concorrência, condição necessária ao desenvolvimento da justa competição.

Correlacionando os incisos II e III, mais o §1º do mencionado art. 20 da Lei nº 8.884/94, pode-se inferir que aquilo que se reprime é a conquista de mercado baseada em uma “anticompetitive advantage²³”, situação que ocorre quando empresa detentora de poder econômico abusa dessa posição para conquistar mercado.

Como exemplo, apropriado aqui ao caso, novamente a Prof^a Paula A. Forgioni²⁴ coloca:

²³ Os autores de língua inglesa costumam utilizar a expressão “anticompetitive advantage” para os casos em que o agente econômico conquista (ou tenta conquistar) parcela de mercado utilizando-se de um meio “fraudulento”, porque não embasado apenas na sua superioridade. Por exemplo, a prática da *Microsoft* de divulgar falsos pré-lançamentos de produtos, bem como de criar, propositadamente, incompatibilidades entre os produtos que fabrica e aqueles de concorrentes teriam dado origem a “anticompetitive advantages”, ou vantagens não competitivas (cf. “United States v. Microsoft Corporation Civ. N. 94.1564 (SS) (DDC); Response of the United States to Public Comments Concerning the Proposed Final Judgment and Notice of Hearing”, Federal Register, v. 59, n. 221, 17.11.1994, p. 426). *In* Revista de Direito Econômico, n. 26, p. 110.

²⁴ Paula A. Forgioni, *op. cit.* p. 110.

“A contrario sensu, há de se considerar ilícita a concorrência oferecida por agente econômico que não conquistou seu poder de mercado com base em uma vantagem competitiva. É o que ocorre nos casos em que um concorrente oferece preço inferior ao de mercado porque deixou de pagar os impostos e contribuições devidos” (grifamos).

Note-se que deixar de pagar impostos devidos, desviando-se dos respectivos riscos e penalidades da mora, através de sonegação, e, consequentemente, oferecer preços mais atraentes, constitui conquista de mercado anti-concorrencial, passível de censura por parte do direito econômico, e, no caso, sujeita a tipificação penal como crime contra a ordem tributária. Por outro lado, discutir judicialmente a sujeição a um tributo, ou até mesmo, incorrer em mora dadas determinadas circunstâncias econômicas, sujeitando-se às penalidades desta, representa direito concorrencial, potencialmente acessível a todos, inerente à estratégia empresarial de conquista de mercado e, no que concerne ao aspecto gerencial, dever empresarial referente à obrigação de se tentar adotar a mais eficiente alocação de recursos, que possa trazer resultados traduzidos em melhores produtos e serviços para o mercado, valores tutelados por legislação paralela à do direito da concorrência, como a do Código do Consumidor, Legislação Ambiental, e, no caso de serviços públicos de telecomunicações, a sujeição dos prestadores aos já citados princípios da universalidade e continuidade.

Com base na análise desses exemplos, pode-se chegar, por meios diretos e indiretos, à conceituação de vantagem competitiva como sendo aquela que não representa conduta desleal e não decorre da abusividade da posição dominante, mas sim de uma melhor e mais eficiente alocação de recursos potencialmente disponíveis a todos os concorrentes.

VII. Análise Prática

A título exemplificativo de uma hipótese prática, vejamos o caso de uma empresa prestadora de serviços públicos de telecomunicações que recorre ao poder judiciário para questionar a legalidade de um tributo e, por força, dessa demanda obtém sentença favorável transitada em julgado, a qual passa a ser utilizada estritamente dentro dos limites por esta determinados.

Tal possibilidade, de não pagamento do referido tributo, aplicável a uma das prestadoras dos serviços de telecomunicações constitui-se, evidentemente, em uma vantagem, sobre qual se indaga ser ou não, esta vantagem, um fator que prejudique a justa competição, nos termos da legislação ora analisada.

No decorrer de nossa análise colocamos os objetivos da livre concorrência, base para a efetivação de uma competição dada em bases justas, e con-

cluímos que a intervenção estatal seria a de justamente garantir essa base como forma de tutelar o consumidor.

Para explicitarmos melhor essa atuação estatal, recorreremos à própria lei 9472/96, criadora do órgão regulador do setor que nos dá essa noção no seu artigo 70, nos seguintes termos:

“Art. 70 – Serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado, em especial:

I – a prática de subsídios para redução artificial de preços;

II – o uso, objetivando vantagens na competição, de informações obtidas dos concorrentes, em virtude de acordos de prestação de serviço;

III – a omissão de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviços por outrem”.

Acrescente-se ainda a esta disposição que também cabe ao Estado intervir para equilibrar os distúrbios da concorrência imperfeita (art. 6º da Lei nº 9.472/96).

Ora, da análise desse art. 70 da Lei nº 9.472/96, conjugada com a do artigo 12 da Lei nº 9.295/96, já transcrito, pode-se inferir que não é toda e qualquer intervenção estatal cabível, mas somente aquela que vise propiciar a todos as mesmas condições, seja no caso do acesso para outorga da exploração (art. 12), seja na prestação do serviço, como é o caso da garantia de acesso às redes de transmissão, ampla difusão de informações, concessão e subsídios localizados e desiguais, além das intervenções estruturais necessárias, no caso específico, de transição de monopólios para um regime concorrencial, ou, ao menos, um regime de oligopólio regulado com ambiente efetivamente concorrencial. As mesmas conclusões se podem tirar de outros artigos da Lei nº 9.272/96²⁵, onde se infere o objetivo da Lei, qual seja, o mercado deve refletir

²⁵ “Art. 71 – Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

(...)

Art. 73 – As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

(...)

Art. 89 – A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:

um ambiente de concorrência, sujeito à atuação limitada do agente regulador, que terá como maior objetivo a garantia da finalidade coletiva do serviço prestado, cuidando da saudável fragmentação do poder de mercado e do estímulo à competição.

Aqui se ressalta que, ao exigir a justa competição, nem a Lei nº 9.295/96 nem a Lei criadora do órgão regulador (ANATEL) têm como objetivo proteger os concorrentes da competição, o que se tutela é a garantia da melhor prestação do serviço e o que se reprime é a conduta desleal ou abusiva.

No exemplo prático aqui colocado nenhuma situação se verifica para que se justifique intervenção nesse sentido, pois concorrência desleal ou criminosa certamente não teria ocorrido, pois não houve sonegação fiscal, nem tampouco mora. O que ocorre é um litígio judicial, potencialmente acessível, por determinado prazo (prescrição/decadência), a todos os concorrentes do mercado, com solução favorável à empresa, que utiliza da forma mais eficiente o efeito dessa decisão. Não se caracteriza também abuso de poder, pois a utilização da decisão judicial não está sendo desviada de sua finalidade nem sendo excessivamente utilizada.

Não se pode cogitar, tampouco, de infração à justa competição na outorga da exploração do serviço, como determina o artigo 12, da Lei nº 9.295/96 em análise, pois este, no caput faz referência ao processo de outorga, que sem dúvida deve-se dar em ambiente competitivo.

Dessa forma, a vantagem em si, no âmbito da legislação da defesa da concorrência, não poderia ser reprimida por representar opção lícita de alocação de recursos por parte da empresa, recursos estes potencialmente disponíveis a todos os concorrentes, pois todos poderiam ter questionado tal tributo, uma vez que nosso ordenamento jurídico a todos, indiferentemente, garante o livre acesso ao Poder Judiciário.

Com mais razão ainda poder-se-ia chegar, como visto, à mesma conclusão através da análise da lei nº 9295/96 e do citado artigo 70 da lei nº 9472/96, pilares do modelo regulador adotado nos serviços públicos de Telecomunicações, que não exclui a aplicação do direito concorrencial.

A prerrogativa de garantia da justa competição adotada por esses instrumentos legais e exemplificadas no artigo 70 como práticas contrárias a essa situação, nada mais é que justamente a garantia a todos os prestadores de serviços de acesso ao mercado e às possibilidades nele existentes. Dentre essas

I – a finalidade do certame é, por meio de disputa entre os interessados, escolher quem possa executar, expandir e universalizar o serviço no regime público com eficiência, segurança e a tarifas razoáveis.
(...)”

possibilidades está o amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário para que se questionem não somente tributos, mas toda e qualquer imposição ou omissão do Estado que possa resultar em tratamento desigual destes prestadores com reflexos em seu desempenho comercial, garantindo sempre ao Estado, através da agência reguladora, a tutela do consumidor: verdadeiro valor a ser protegido pelo direito concorrencial.

A competição é justa, portanto, na medida em que se dá em ambiente concorrencial efetivo, cuidando o Estado de oferecer a todos os participantes as mesmas condições, não se podendo questionar que potencialmente todos os participantes podem acionar o Judiciário, se necessário, para o efetivo uso dessas condições, ato que representa uma opção inerente ao preceito da livre concorrência, que tem como base o livre arbítrio do prestador do serviço na escolha de opções lícitas e possíveis a todos. Admitir o contrário seria contrariar o papel do Estado, constitucionalmente determinado e confirmado no processo de privatização empreendido, passando este de incentivador da competição a guardião de monopólios de mercado, ditando as práticas possíveis e aceitáveis no jogo da concorrência, retirando aos participantes, portanto, o caráter de liberdade.

VIII. Conclusão

Considerando-se o pressuposto de que a justa competição, mesmo no caso de serviços públicos sujeitos ao regime de regulação, somente pode ocorrer em ambiente de efetiva concorrência, resguardadas as características próprias do setor, conclui-se que:

O termo competição, assim como o termo concorrência, inserem a idéia de disputa, rivalidade e, no campo econômico, luta simultânea por mercado. Essa concorrência ou competição somente se dá em bases justas quando realizada em um ambiente em que todos os participantes tenham igual acesso efetivo ou potencial aos recursos produtivos, amplamente considerados;

no ordenamento jurídico brasileiro a defesa da concorrência é principio constitucional a ser tutelado pelo Estado em toda a ordem econômica e, no caso da prestação de serviços públicos, não se excluem a aplicação dessas normas apesar do modelo de regulação adotado.

A legislação pertinente à prestação dos serviços de Telecomunicações e a criação do modelo regulador nessa área, não somente adota os princípios da ordem econômica como impõe, de forma expressa, a necessidade de se

incentivar a competição no setor antes tutelado e objeto de monopólio, bem como o dever de se reprimir qualquer infração contra a ordem econômica praticada pelos participantes desse mercado;

a legislação formadora do denominado “regime concorrencial” tem como objetivo tutelar a livre concorrência atuando no controle da formação do poder econômico, controle de estrutura, e no controle de condutas, reprimindo aquelas práticas que possam restringir a concorrência. Contudo, esse regime não objetiva, nem poderia, no contexto de nosso ordenamento jurídico, exaustivamente ditar as práticas que seriam concorrenciais, ao contrário, a legislação limita-se a orientar, através de exposição exemplificativa, aquelas práticas que decerto seriam anti-concorrenciais, independentemente de culpa;

da orientação legislativa referida pode-se verificar que as práticas que devem ser reprimidas são aquelas de cunho abusivo, no sentido de desvio de finalidade, ou aquelas de caráter desleal, ou seja, ilícitas, desonestas;

a legislação referente ao setor de telecomunicações, (lei nº 9295/96 e lei nº 9472/97), ao utilizar o termo justa competição, adota também, e de outra maneira não poderia ser no modelo adotado no nosso regime econômico, a orientação colocada pela legislação do regime concorrencial e, ademais, prevê ainda, uma ratificação do modelo competitivo adotado com o programa de privatização, onde se deve buscar uma atuação do Estado no sentido de incentivar a disputa e não de reprimi-la, criando igualdade artificial das condições dos concorrentes, eliminando o risco empresarial, e, conseqüentemente, tutelando a ineficiência (o objetivo da expressão não pode ser outro senão aquele em que o Estado é tido como o ente capaz de garantir que os recursos estejam potencialmente disponíveis a todos);

quanto ao exemplo neste trabalho colocado, sob a ótica da legislação do serviço de telecomunicações, não se verifica infração à prerrogativa de existência de justa competição entre os prestadores do serviço, garantidas as condições igualitárias no momento da outorga do direito de exploração, já que não se trata de auxílio estatal, nem prática desleal ou abusiva, mas sim de vantagem competitiva, potencialmente à disposição de todos os participantes, que, em dado momento, têm a oportunidade de exercer seu poder de decisão sobre determinada alocação de recursos, visando um objetivo competitivo, e, nesse contexto, só cabe ao Estado o dever de incentivar essa competição;

dar outro sentido ao termo justa competição que punisse atos como o exemplo ora visto, seria tentar reavivar um modelo de Estado interventor e protecio-

nista que não se coaduna com a opção constitucional de livre iniciativa e livre concorrência que deve ser adotada também para os serviços públicos, com os limites impostos pelo órgão regulador, limites estes que objetivam corrigir imperfeições estruturais de mercado e garantir que na prestação do serviço não serão concedidos privilégios aos participantes que não decorram única e exclusivamente de vantagem competitiva lícita e dentro dos limites dos princípios que regem a prestação do serviço: universalização e continuidade;

se fosse possível interpretar a expressão justa competição num sentido subjetivo, desvinculado da sua complementação com a livre concorrência, finalidade e outros princípios constitucionais, empresas ineficientes do ponto de vista técnico, operacional e administrativo poderiam reclamar junto ao órgão regulador por estarem sofrendo competição injusta, o que seria absolutamente irrazoável e contrário à orientação constitucional de livre iniciativa e livre concorrência.

IX. Referência Bibliográfica

BRUNA, Sérgio Varela. Poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

CELLI, Umberto Júnior. A nova organização dos serviços na lei geral de telecomunicações. In Revista de Direito Administrativo 211. Rio de Janeiro: jan. mar. 1998.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. In Revista de Direito Econômico, CADE. n. 21, dezembro 1995.

FERREIRA ALVES, Jorge de Jesus. Direito da Concorrência nas nas comunidades européias. 2ª ed. Coimbra Editora: 1992.

FORGIONI, Paula A. Posição dominante e seu abuso. In Revista de Direito Econômico, CADE. dez/1997.

MOREIRA, Vital. Economia e Constituição. 29ª ed. Coimbra Editora: 1979.

VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO¹

Maria Tereza Leopardi Mello²

Introdução; 1. O Papel da ANEEL na Defesa da Concorrência no Setor Elétrico; 1.1. As atribuições legais da ANEEL em matéria antitruste; 1.2. A importância das ações preventivas; 1.3. As condutas anticompetitivas; 1.4. O controle das condições estruturais dos mercados; 2. Os Conflitos Possíveis e seus Critérios de Solução; 2.1. As hipóteses de conflito; 2.2. Outros critérios baseados na jurisprudência americana; 3. Considerações Finais.

Introdução

A relação entre regulação setorial e lei antitruste tem sido problemática em praticamente todos os países que as adotam simultaneamente.

A convivência entre normas de controle destinadas a setores específicos aplicadas por uma agência reguladora e normas gerais de defesa da concorrência carrega um potencial de conflitos, pela natural diversidade de objetivos visados por uma e outra legislação bem como pelo fato de serem aplicados por autoridades distintas: uma - a agência reguladora - encarregada de cuidar de vários assuntos num só setor; outra - a agência antitruste - encarregada de um só assunto em todos os setores. Temos, portanto, não só problemas de coerência entre diferentes sistemas normativos aplicáveis à mesma situação, mas também possibilidades de soluções diferentes aplicadas pelos órgãos da administração pública envolvidos.

A própria existência de regulação específica setorial já indica que, pelo menos em algum grau, esse setor não está totalmente sujeito às *forças de mercado*. Num caso extremo, se a atuação do Estado sobre um setor da economia for totalmente interventiva - *i.e.*, se o Estado controla e determina absoluta-

¹ Este texto é uma versão ligeiramente modificada de um trabalho preparado para o Projeto *As Participações Acionárias de Concessionárias do Setor Elétrico e o Controle das Condições de Concorrência*- FIPE/ANEEL, março de 1999. Agradeço ao pessoal tanto da ANEEL quanto da FIPE, pelos comentários, críticas e sugestões feitas a versões anteriores deste estudo.

² Advogada e Doutora em Economia pelo Instituto de Economia da UNICAMP. Atualmente é Professora do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

mente todas as decisões dos agentes do setor em questão - seria um contrassenso falar em aplicação da lei antitruste, visto que esta supõe a existência de pelo menos algum grau de liberdade de iniciativa para que o poder econômico possa ser exercido.

As situações mais freqüentes nos serviços públicos, entretanto, (inclusive a nossa) colocam-se num ponto intermediário, entre a regulação total e a ausência de regulação, em que a agência reguladora controla algumas decisões dos agentes privados participantes do setor regulado, deixando um espaço - ou mesmo segmentos inteiros desse setor - livre para o funcionamento do mercado.

Esse é o caso do setor elétrico no Brasil, que transita de um modelo baseado na atuação de empresas estatais para outro com participação de agentes privados por contratos de concessão, momento em que é fundamental que se discutam os potenciais problemas de concorrência que virão a ser enfrentados no novo ambiente competitivo que vem se conformando. Tais problemas devem ser enfrentados não só pelo conhecimento das prováveis práticas anti-competitivas potenciais no setor - importante para propiciar a adoção de medidas adequadas para preveni-las - mas também pelo estudo mais aprofundado das relações institucionais necessárias para uma eficaz implementação das normas de defesa da concorrência.

Pelas disposições legais vigentes, a promoção das condições de concorrência no setor elétrico deverá efetuar-se por meio de um sistema de competências compartilhadas entre a Agência setorial - a ANEEL - e as autoridades responsáveis pela aplicação da lei antitruste no Brasil - CADE/SDE. Tal repartição de competências, entretanto, ainda observa algumas indefinições: por um lado, mudanças recentes na Lei 9.427/96 atribuíram algumas tarefas à ANEEL no sentido do controle repressivo das condutas anticompetitivas e no controle preventivo das estruturas de segmentos de mercado do setor elétrico. Por outro lado, tais disposições da legislação setorial não substituíram claramente nem a Lei 8.884/94 (Lei antitruste) nem as atribuições legais das autoridades encarregadas de implementá-la.

Este texto pretende analisar e discutir o papel que a ANEEL pode ter no controle das condições de concorrência no setor elétrico. Para isso, apresentamos, na primeira seção, as competências legais atribuídas à agência nesse âmbito, analisando-as *vis-à-vis* aquelas atribuídas às autoridades antitruste - CADE/SDE. Na segunda seção, apontamos as possíveis situações conflitivas que podem surgir entre diferentes decisões das agências ou entre diferentes

sistemas legais aplicáveis ao mesmo caso, apontando, também, as possibilidades de evitá-las e os critérios para solucioná-las.

A seção 3 sintetiza as principais questões referentes à participação da ANEEL no controle antitruste, e reúne, a partir das análises anteriores, um conjunto de sugestões de medidas preventivas de conflitos e de formas de articulação institucional entre a agência setorial e as autoridades antitruste.

1. O Papel da ANEEL na Defesa da Concorrência no Setor Elétrico

O objetivo desta seção é analisar algumas questões decorrentes das atribuições da ANEEL no controle das condições de concorrência entre os agentes que atuam no setor elétrico.

Para isso, analisam-se as atribuições legais da ANEEL relativas à defesa da concorrência (seção 1.1) e, a partir delas, as possibilidades de atuação da agência tanto no que diz respeito à repressão às práticas restritivas (condutas) quanto no controle de caráter estrutural (pelo qual busca-se evitar o surgimento de estruturas de mercado mais propícias ao abuso de poder econômico), o que é feito nas seções 1.3 e 1.4, respectivamente. Destacamos, ainda, a importância do papel preventivo da Agência no sentido de, ao incorporar a preocupação com os efeitos concorrenciais de suas decisões, evitar o surgimento de comportamentos anticompetitivos bem como de conflitos com as orientações dos órgãos de defesa da concorrência (seção 1.2).

1.1. As Atribuições Legais da ANEEL em Matéria Antitruste

A lei de criação da ANEEL, em sua versão original, não mencionava qualquer atribuição da agência relativa a questões de defesa da concorrência. Tal preocupação só foi incorporada entre suas competências a partir da Medida Provisória 1.531, posteriormente aprovada como Lei nº 9.648 em 27/05/98, prevendo-se que:

- compete à ANEEL estabelecer restrições e limites para obtenção e transferência de concessões, permissões ou autorizações, para a concentração societária e para a realização de negócios entre empresas, com vistas a propiciar condições de concorrência e impedir a concentração nos serviços de energia elétrica;

- compete-lhe também zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência e, para tanto, monitorar e acompanhar as práticas dos agentes do setor³.

A lei prevê, ainda, que para exercer essas duas atribuições, a ANEEL deve “*articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.*”⁴

A Estrutura Regimental da ANEEL, aprovada como Anexo do Decreto 2.335/97, dá continuidade a essas preocupações relativas ao direito antitruste, nas seguintes disposições:

- no exercício de suas atribuições legais, a agência deve observar, entre outras diretrizes, a “*adoção de critérios que evitem práticas anticompetitivas e de impedimento ao livre acesso aos sistemas elétricos*”, devendo suas atividades regulatórias e fiscalizatórias serem pautadas pelo princípio da livre concorrência entre os agentes⁵; ademais, “*o exercício da livre competição deve ser estimulado pelas ações da ANEEL.*”⁶
- elenca-se, dentre suas competências detalhadas no art. 4º, o incentivo à competição e a supervisão de suas condições em todos os segmentos do setor elétrico (inciso II);
- o exercício do poder normativo da agência visará, entre outros parâmetros, a “*manutenção da livre competição no mercado de energia elétrica*” (Anexo, art.12, IV)

Como decorrência dessas disposições mais gerais, pode-se concluir que a ANEEL pode (e/ou deve):

- a) ao exercer seu poder normativo-regulamentar estabelecer critérios que incentivem e/ou mantenham a livre concorrência no mercado de energia elétrica; isso é possível mesmo que tais normas impliquem limitar as atuações dos agentes do setor (Lei 9.427, art. 3º, VIII, c/c/ Anexo do Decreto 2.335, art. 4º, IV, e art. 12, IV);
- b) incluir, no exercício de seu poder fiscalizatório, o acompanhamento das práticas de mercado dos agentes, no sentido de verificar a ocorrência de condutas anticompetitivas (Lei 9.427, art. 3º, IX, c/c/ Anexo do Decreto 2.335, art. 4º, XIV);

³ Respectivamente, incisos VIII e IX acrescentados ao art. 3º da Lei 9.427/96 pela Lei 9.648/98.

⁴ Cf. parágrafo único do art. 3º da Lei 9.427, também acrescentado pela referida Lei 9.648.

⁵ Cf. Anexo do Decreto 2.335, art. 3º, III e II, respectivamente.

⁶ Decreto 2.335, Anexo, art. 13.

- c) no mesmo sentido, ao gerir os contratos sob sua jurisdição, a ANEEL deve estar atenta às eventuais práticas anticoncorrenciais por parte dos agentes concessionários ou permissionários (Lei 9.427, art. 3º, IX c/c/ Anexo, art. 4º, XXXII e XV);
- d) ao elaborar editais de licitação, definir o objeto licitado e estabelecer os critérios de julgamento das propostas, a ANEEL pode adotar medidas que promovam uma efetiva competição pelo mercado e favoreçam a entrada de novas empresas no setor (Lei 9.427, art.3º, IX, c/c/ Anexo, art. 4º XXX);
- e) no exercício da sua atribuição para solução de divergências entre agentes do setor ou entre estes e consumidores, a ANEEL pode vir a analisar conflitos motivados por práticas anticompetitivas dos agentes (aquelas tipificadas no art. 21 e/ou que provoquem os efeitos do art. 20 da Lei 8.884); na busca de soluções, a agência deve pautar sua análise do problema pelos critérios da lei antitruste, por exemplo, usando-os como parâmetro para identificar condutas anticompetitivas (Lei 9.427, art. 3º, V e IX c/c/ Anexo do Decreto 2.335, art. 3º, III, art. 4º, XIX e art. 18);
- f) finalmente, a ANEEL pode estabelecer restrições ou condições para autorizar a transferência e alteração do controle acionário de empresa atuantes no setor, e de autorizar cisões, fusões e transferências de concessões, visando a evitar o aumento do grau de concentração nos mercados de energia elétrica (Lei 9.427, art. 3º, VIII, c/c/ Anexo do Decreto 2.335, art. 4º, XI e XII).

1.2. A Importância das Ações Preventivas

Como se pode observar, as atribuições descritas acima nos itens “a” a “d” apontam para um importante papel preventivo que a ANEEL pode desempenhar. Ao executar essas ações - de normatização, licitação, gestão de contratos e fiscalização -, a agência estará determinando as condutas obrigatórias, proibidas ou permitidas para os agentes do setor. Portanto, se a elas se incorporam os princípios de defesa da concorrência - e particularmente se o pessoal encarregado aplica conjuntamente critérios da lei antitruste em suas rotinas de trabalho - evita-se que, no futuro, empresas processadas por comportamentos anticompetitivos se defendam alegando que seus atos tenham sido autorizados ou obrigados pela agência reguladora.

Assim, por exemplo, pautando-se pelas condutas anticompetitivas tipificadas nos art. 21 da Lei 8.884 e das práticas mais comuns analisadas pela literatura especializada, a ANEEL pode desenvolver estudos que identifiquem as práticas restritivas potenciais entre os agentes do setor elétrico, de modo a orientar a elaboração de normas que visem a preveni-las. Deve-se observar,

ainda, que as condutas tipificadas no citado art. 21 só são consideradas infra-tivas **se** forem hábeis para provocar os efeitos listados no art. 20 da mesma lei - é por isso que se diz que a lei antitruste caracteriza o ilícito não pela descrição de atos em si, mas pelos efeitos que possam produzir. Nesse sentido, à indentificação dessas práticas no setor elétrico deve se agregar também a análise de seus **efeitos**, conforme descritos genericamente na lei.

É importante também que os agentes encarregados da **fiscalização** e da gestão dos contratos de concessão tenham alguma formação básica nos princípios da lei antitruste, a fim de que possam aplicá-los nas suas rotinas de trabalho (v. itens **b** e **c**).

A elaboração e condução dos **processos licitatórios** constituem uma instância crucial para o controle preventivo das condições de concorrência (v. item **d**), à medida que a definição do objeto licitado⁷ e os critérios de julgamento estabelecidos no edital sejam pautados pela finalidade de evitar o aumento da concentração de mercado nas áreas concedidas, facilitando a entrada de novos competidores. Isso pode ser feito tanto pela imposição de limites à participação de empresas já estabelecidas na licitação para novas concessões, quanto pelo uso de fórmulas para atribuir vantagens a entrantes, em detrimento dos que já detenham outras concessões⁸.

Deve-se notar, entretanto, que para efetivar esse tipo de ação requer-se, da agência reguladora, o uso dos conceitos, parâmetros e técnicas de análise próprios da legislação antitruste - tais como posição dominante, mercado rele-

⁷ A definição da abrangência do objeto da licitação pode ser feita com base em estudos sobre a viabilidade de exploração em que se analise a possibilidade de, subdividindo a área licitada, prever a entrada de mais de um concessionário na sua exploração, o que permitiria a participação do máximo de competidores em cada atividade, quando economicamente viável. Deve-se notar que a Lei 8.987/95 estabelece como regra geral que as concessões ou permissões não devam ter caráter de exclusividade, abrindo exceção para situações nas quais a não exclusividade seja inviável por razões técnicas ou econômicas (art. 16). É, pois, praticamente uma obrigação legal das autoridades responsáveis basear-se em estudos técnicos - que permitam identificar aquelas situações de monopólio "natural" e os segmentos potencialmente competitivos - para justificar a concessão de exclusividade naquelas. A adequada e clara delimitação do objeto licitado é importante também para evitar que a concessionária tente estender seu eventual monopólio a outras áreas ou atividades relacionadas com sua atividade principal.

⁸ Há algum tempo atrás, por exemplo, os editais de licitação para concessões de rádio, de televisão e de TV a cabo previam um sistema de atribuição de pontos às concorrentes, pelo qual as empresas com um certo número de concessões de qualquer serviço de telecomunicações perdiam pontos em relação às que ainda não tinham nenhuma concessão no setor, permitindo, desse modo, uma vantagem às entrantes. A medida se enquadra perfeitamente no escopo das atribuições legais que dizem respeito ao exercício, pela agência setorial, do controle preventivo das condições de concorrência nos mercados por ela administrados.

vante, *rule of reason*⁹ - e a discussão aprofundada de como eles podem se aplicar ao setor regulado.

1.3. As Condutas Anticompetitivas

O tratamento das condutas anticompetitivas pode, em algumas circunstâncias, suscitar o risco da sobreposição de funções.

Por exemplo, no exercício da atribuição descrita no item “e” acima (solução de divergências) a ANEEL pode vir a ter que apreciar conflitos oriundos de práticas restritivas por parte dos agentes do setor. Neste caso, uma decisão da ANEEL não exclui a competência do CADE, uma vez que a lei específica não excepcionou o setor elétrico da aplicação das normas antitruste e tampouco substituiu o CADE pela ANEEL na atribuição de julgar e punir as infrações à ordem econômica¹⁰.

As regras sobre o poder disciplinar da ANEEL e sobre as penalidades que ela pode aplicar (Anexo ao Decreto 2.335, art. 17) não contemplam hipótese específica de aplicação de multas por práticas anticompetitivas, a não ser na categoria genérica de “*inobservância a determinações da fiscalização ou de normas legais*”, puníveis com advertência escrita. É o CADE que detém o poder de mandar cessar a prática e aplicar multas e, por isso, a atuação da ANEEL deve cessar onde começa a competência das autoridades antitruste.

Ademais, é preciso estar atento para diferenciar casos antitruste daqueles que envolvam *apenas* aspectos relacionados à concorrência desleal, a contra-

⁹ Tais conceitos são *básicos* a qualquer ação em defesa da concorrência, inclusive aquela de caráter preventivo implementada por uma agência reguladora, porque: a) a existência de **posição dominante** é condição para se saber se um caso é relevante do ponto de vista antitruste, à medida que quem não a detém não é capaz de prejudicar o processo competitivo; b) a delimitação de **mercado relevante**, por sua vez, é condição logicamente prévia para se analisar a existência de posição dominante, pois é neste *espaço* que o exercício do poder de mercado (abusivo ou não) tem lugar; é por relação a esse mercado que se efetuam os cálculos de *market share* e todas as demais análises necessárias à caracterização daquela posição; c) a lei não pune o poder econômico em si, mas apenas o seu exercício abusivo, admitindo-se, ademais, que mesmo práticas restritivas possam ter seus efeitos negativos contrabalançados por ganhos de eficiência, razões pelas quais é necessário analisá-las caso a caso, aplicando a *rule of reason* (método de análise que consiste em avaliar efeitos **líquidos** das práticas anticompetitivas).

¹⁰ Note-se que, embora a lei atribua a competência à ANEEL de “*zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência*” no setor elétrico, essa competência deve ser exercida “*monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes...*”; monitorar e acompanhar não é a mesma coisa que **aplicar a lei de defesa da concorrência**, tarefa que continua atribuída ao CADE (art. 3º, IX da Lei 9.427/96).

tos ou aos direitos do consumidor. A ANEEL, como já mencionado, tem a competência legal de analisar outros assuntos referentes ao setor elétrico e, nesse sentido, pode e deve analisar a questão sob outros ângulos que não o da concorrência. Não deve, entretanto, confundir os sistemas legais aplicáveis - aplicar regras de defesa da concorrência a casos que devam ser solucionados por outras regras, ou vice versa - uma vez que a finalidade da defesa da concorrência¹¹ é diferente das finalidades visadas pelos sistemas legais que regem contratos (inclusive aquelas normas referentes à proteção da parte mais fraca da relação contratual), direitos do consumidor e concorrência desleal.

Nesse sentido, deve-se notar que, por um lado, o fato de haver, por exemplo, um crime de concorrência desleal não implica que necessariamente haja um prejuízo ao processo competitivo que deva ser analisado pelas autoridades antitruste¹². Do mesmo modo, problemas decorrentes de desrespeito aos direitos de consumidores não se confundem com prejuízos à concorrência, embora devam ser analisados pela ANEEL, já que a ela cabe dirimir conflitos entre empresas do setor elétrico e consumidores.

Por outro lado, uma mesma conduta pode constituir ilícito sob diferentes sistemas legais - a punição de um não excluindo a de outros¹³. Nesses casos, teríamos diferentes autoridades atuando no mesmo caso, mas com a função de avaliá-lo por diferentes ângulos.

Em qualquer caso, seja porque as duas agências avaliam o mesmo caso sob ângulos diferentes, seja porque também a ANEEL possui alguma competência para tratar de condutas anticompetitivas¹⁴, é preciso estar atento ao risco de ocorrerem conflitos entre normas de diferentes sistemas legais e/ou contraditoriedade entre decisões das duas agências. Voltaremos a este ponto na seção 2.

1.4. O Controle das Condições Estruturais dos Mercados

Quanto à atribuição da ANEEL descrita acima no item “f”, trata-se, como é óbvio, de uma forma de controle das condições estruturais dos mercados

¹¹ Costuma-se dizer que a lei antitruste protege o processo concorrencial e não os concorrentes. Assim, eventuais prejuízos individuais sofridos em decorrência dos atos de um agente não podem ser motivo de ação com base na lei antitruste, salvo se a eles se associarem *também* prejuízos à concorrência.

¹² Deve-se alertar que não estamos com isso querendo dizer que à ANEEL cabe apreciar crimes de concorrência desleal, à medida em que estes, quando envolvem apenas interesses privados, devem ser levados ao Judiciário.

¹³ Essa regra é explícita, por exemplo, na Lei 8.884, art. 19.

¹⁴ Ainda que não venha a julgá-las, como observado anteriormente.

do setor elétrico.

Originalmente, a atribuição de aprovar alterações de controle acionário, exercida por todo poder concedente, tem em vista apenas o cumprimento da norma estabelecida no art. 27 da Lei 8.987/95, de acordo com a qual, a autorização seria dada desde que o novo agente demonstrasse capacidade técnica, idoneidade financeira, regularidade jurídica e fiscal, e se comprometesse com o cumprimento das cláusulas contratuais da concessão, o que não leva em conta os efeitos potencialmente anticompetitivos do ato autorizado. Com as mudanças introduzidas pela Lei 9.648/98, a aprovação da ANEEL passa a ter mais uma finalidade, compatibilizando o controle da capacitação técnica e idoneidade com o controle das condições de concorrência.

Num primeiro passo para promover esse controle, a ANEEL baixou a Resolução 94/98 estabelecendo limites à participação de mercado de empresas atuantes nos segmentos de geração e distribuição de energia elétrica. Tais restrições consistem, basicamente, em proibir que um mesmo agente detenha a propriedade acima de um certo percentual da capacidade instalada, variável por segmento e conforme se trate dos mercados nacional ou regionais. Assim, um agente não pode deter:

- mais de 20% da capacidade instalada nacional de **geração**;
- mais de 25% da capacidade instalada de **geração** no sistema interligado das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste;
- mais de 35% da capacidade instalada de **geração** no sistema interligado das regiões Norte e Nordeste;
- mais de 20% do mercado nacional de **distribuição**;
- mais de 25% do mercado de **distribuição** no sistema interligado das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste;
- mais de 35% do mercado de **distribuição** no sistema interligado das regiões Norte e Nordeste.

A Resolução também limita as participações cruzadas nos segmentos de geração e distribuição: um agente que atue nos dois segmentos não pode ter a soma aritmética de sua participação na capacidade instalada nacional de geração com sua participação no mercado nacional de distribuição superior a 30%. Ademais, limita-se a 30% a aquisição de energia por parte de uma distribuidora de empresas de geração a ela vinculadas.

Analisando-se comparativamente os critérios da Resolução 94 com aqueles do controle antitruste preventivo estabelecido no art. 54 da Lei 8.884, surgem algumas questões.

Esse artigo obriga a submissão ao CADE de quaisquer atos ou contratos

(como fusões, incorporações, formação de Grupos de sociedades ou Holdings, contratos de cooperação etc.): a) dos quais possam resultar danos à concorrência; b) dos quais possa resultar a dominação do mercado relevante. Considera-se que podem produzir tais resultados os atos dos quais resulte dominação de mercado relevante superior a 20%, ou aqueles em que algum participante apresente faturamento anual bruto de R\$ 400 milhões (art.54, §3º).

Em primeiro lugar, deve-se notar que os percentuais a que se refere a Resolução são relativos à capacidade instalada dos sistemas de geração e mercado de distribuição. Já a Lei 8.884 estabelece o percentual de 20% de um mercado relevante como aquele acima do qual os atos de concentração devem se submeter à apreciação do CADE (art. 54, § 3º), sendo este percentual calculado em relação à produção ou ao faturamento. Trata-se, portanto, de medidas distintas de poder de mercado.

Em segundo lugar, os 20% mencionados na Lei 8.884 são apenas indicativos de posição dominante¹⁵ (art. 20, §3º) e, por isso mesmo, a lei não proíbe que empresas detenham maior fatia de mercado; apenas obriga que atos de concentração dos quais resulte um *market share* superior sejam previamente submetidos à apreciação do CADE, que pode aprová-los caso se demonstre que: a) apesar da parcela de mercado elevada, outras variáveis fazem com que o agente não exerça posição dominante, não provocando, pois, os efeitos previstos no *caput* do art. 54; ou b) que seus efeitos potencialmente anticompetitivos podem ser contrabalançados por ganhos de eficiência e outros requisitos (art. 54, §1º). Vê-se, pois, que não se trata de uma proibição *per se*, mas sim de um ponto de referência para que o caso seja analisado a partir do princípio da razoabilidade (*rule of reason*). Já na Resolução 94, os limites estabelecidos são proibições *per se*, que não se submetem à análise de possíveis eficiências decorrentes das concentrações.

Em terceiro lugar, pela lei antitruste, calcula-se os 20% de *market share* tendo por referência o *mercado relevante*, um conceito híbrido jurídico-econômico que busca operacionalizar a definição de um mercado concreto que deve servir de base para toda a análise dos efeitos anticompetitivos de um ato de concentração. Já a Resolução 94 define os mercados como o nacional e os regionais, não levando em conta esse conceito oriundo da literatura antitruste e previsto na lei 8.884/94.

¹⁵ Como nota Bruna (1997:116), a presunção de posição dominante a partir de 20% de *market share* tem como principal efeito prático apenas estabelecer a inversão do ônus da prova - a obrigação de provar o contrário da presunção legal. Assim, mesmo num ato de concentração que ultrapasse esses limites, admite-se a prova, pelas requerentes, de que o ato não provoca os efeitos previstos no *caput* do art. 54.

Em quarto lugar, os limites da Resolução 94 são aplicáveis apenas a situações que envolvam a propriedade de ativos, atingindo casos de fusões e aquisições de controle acionário e formação de consórcios ou grupos societários. Já o controle previsto no art. 54 abarca, além dos atos de concentração horizontais e verticais, também quaisquer outros tipos de atos como acordos, contratos, joint-ventures etc., que - mesmo sem configurarem transferência de propriedade - possam prejudicar a concorrência ou resultar na dominação de um mercado de bens ou serviços. Assim, os atos abrangidos pelo controle antitruste preventivo abarcam maior gama de hipóteses.

Ao apontar essas diferenças, não estamos afirmando que as disposições da Resolução 94 sejam necessariamente incompatíveis com a Lei 8.884; nem sequer que essas disposições estabeleçam limites mais rigorosos que a lei¹⁶. Apenas queremos chamar atenção para o fato de que se trata de tipos de controles diferentes.

Assim, por exemplo:

a) uma fusão horizontal, se analisada com base no mercado relevante¹⁷ envolvido na operação, pode resultar num controle superior a 20% e, portanto, ser obrigatoriamente submetida à apreciação do CADE, com base no art. 54, § 3º da Lei 8.884; entretanto, tal fusão pode não alcançar os limites de 20%, 25% ou 35% dos mercados nacional ou regionais do setor elétrico, de modo que ela não será limitada pela Resolução 94;

b) uma fusão vertical - entre geradora e distribuidora - pode não alcançar o limite de 30% do mercado nacional estabelecido na Resolução 94, mas, mesmo assim, implicar um alto índice de concentração no(s) mercado(s) relevante(s) e/ou apresentar efeitos potencialmente anticompetitivos - entre outros motivos, porque prejudica a concorrência em um dos mercados envolvidos - ou em ambos - ou ainda porque dificulta a entrada de novas empresas¹⁸. Isso justifica que o ato seja submetido ao controle antitruste do CADE;

c) um contrato entre duas empresas - de natureza horizontal ou vertical - que não configure fusão nem aquisição de controle acionário, não será limitado pela Resolução 94; mesmo assim, pode apresentar efeitos anticompetitivos,

¹⁶ Por exemplo, se duas concessionárias se fundem, sem alcançar os limites estabelecidos na Resolução, elas pode se constituir num monopolista num mercado local

¹⁷ Supondo que se possa delimitar geograficamente um mercado relevante num âmbito menor que o nacional ou os regionais.

¹⁸ A maior dificuldade de entrada se deve ao fato de que novas entrantes ficam compelidas a entrar nos dois segmentos, se, por exemplo, a integração vertical promover vantagens de custos.

devido ser submetido à apreciação das autoridades antitruste;

d) uma fusão ou um contrato - horizontal ou vertical - pode ser submetido ao controle do CADE simplesmente porque uma das empresas envolvidas - ou ambas - atinge o limite de R\$ 400 milhões de faturamento;

e) finalmente, vale notar que são possíveis hipóteses que se enquadrem tanto nos limites da lei antitruste quanto nos limites da Resolução 94 (quando um mesmo caso será avaliado por critérios distintos).

O Quadro abaixo sintetiza essas diferenças.

	Resolução 94	Lei 8.884, art. 54
atos abrangidos pelas limitações/controles	fusões ou aquisições de controle acionário; formação de grupos e de consórcios <ul style="list-style-type: none"> • concentrações horizontais (nos segmentos de geração e de distribuição); • concentrações verticais (limites a participação nos dois segmentos - geração e distribuição - no mercado nacional). 	fusões, aquisições e qualquer outro tipo de ato - contratos, acordos etc. - que possam prejudicar a concorrência ou levar a posição dominante; <ul style="list-style-type: none"> • atos de natureza horizontal; • atos de natureza vertical.
mercados de referência	<ul style="list-style-type: none"> • mercado nacional de geração; • mercado nacional de distribuição; • mercado regional S/SE/CO (sistema interligado) de geração; • mercado regional S/SE/CO (sistema interligado) de distribuição; • mercado regional N/NE (sistema interligado) de geração; • mercado regional N/NE (sistema interligado) de distribuição; 	mercado relevante delimitado geograficamente e por produto, segundo critérios econômicos;
critérios para submissão do ato ao controle	20%, 25% ou 30% da capacidade produtiva;	possibilidade de prejudicar a concorrência ou resultar na dominação de mercados; inclui os atos de concentração: a) de que resulte domínio de 20% (do faturamento ou produção) do mercado relevante; b) em que algum participante tenha faturamento de R\$ 400

		milhões;
critérios de avaliação	proibição (<i>per se</i>) de deter mais do que os percentuais acima.	sujeito à discussão das eficiências; análise caso a caso, c/ base no princípio da razoabilidade.

Como se pode observar, algumas dessas diferenças decorrem de que os limites estabelecidos pela Resolução não tomam por base o(s) mercado(s) relevante(s) do setor elétrico.

O controle previsto pela Resolução 94 não substitui aquele estabelecido na Lei 8.884 e tampouco este, necessariamente, substitui aquele; ambos podem conviver. Na verdade, o controle pela ANEEL é um tipo diferente de controle de poder econômico, relacionado com o tamanho e a abrangência da área de atuação da empresa, que afetam seu poder de barganha *vis à vis* a agência reguladora¹⁹.

Tal controle é importante também à medida que estimula a entrada de um maior número de empresas no setor. A existência de várias e distintas empresas, ainda que atuando em diferentes mercados relevantes geográficos, propicia o uso complementar de uma regulação de desempenho²⁰: a utilização dos níveis de eficiência e desempenho de algumas empresas como parâmetros de referência para a cobrança, pela agência, de melhoria de desempenho das demais empresas.

Deve-se observar, no entanto, que a convivência de dois tipos diferentes de controle - que, se bem é certo não têm exatamente as mesmas finalidades, apresentam vários objetivos comuns - pode provocar os já mencionados riscos de sobreposição de funções e de decisões contraditórias entre as agências. Tais riscos serão tanto maiores quanto maior for a probabilidade de ocorrerem situações que se enquadrem nas proibições da Resolução 94 e no *caput* do art. 54, ao mesmo tempo. Em casos assim, uma apreciação pela ANEEL, em princípio, não exclui a competência do CADE.

Imaginemos, como exemplo, que a ANEEL vete, com base na Resolução

¹⁹ No sentido de que se uma só empresa detiver muitas concessões, o poder da agência de estabelecer-lhe limites de atuação pode ficar comprometido.

²⁰ Segundo Pires & Piccinini (1998), a regulação de desempenho (*yardstick competition*) consiste em estabelecer padrões de avaliação do desempenho das firmas reguladas, de modo comparativo: “A remuneração de uma firma é definida de acordo com o seu desempenho em relação às outras empresas do setor, observando-se os padrões estabelecidos, o que faz com que ela seja sensível aos custos e comportamento de suas congêneres”. Assim, “um aumento do número de firmas melhora a eficácia da ‘yardstick competition’, já que possibilita a expansão da base comparativa à disposição do regulador” (Pires & Piccinini, 1998:164).

94, uma aquisição de uma empresa por outra e, ao mesmo tempo, as envolvidas dêem entrada com um requerimento junto ao CADE de aprovação do ato de concentração, alegando as eficiências previstas no § 1º do art. 54 da Lei 8.884. Num caso como esse, o CADE não pode se recusar a apreciar o ato, visto que não há nada na lei que explicita a substituição de sua atribuição pela ANEEL, ao mesmo tempo em que nada garante que a decisão do Conselho será no mesmo sentido (até porque as regras aplicáveis apresentam diferenças).

2. *Os Conflitos Possíveis e seus Critérios de Solução*

Visto haver possibilidade de ocorrerem conflitos - entre normas de diferentes sistemas legais aplicáveis ao mesmo caso ou entre decisões das diferentes agências -, é preciso localizá-los e analisar tanto os critérios para sua solução quanto as ações que possam evitá-los.

Com essa finalidade, apresentaremos primeiramente (na seção 2.1) todas as combinações possíveis de decisões de duas agências - CADE e ANEEL - como situações estilizadas, analisando o potencial conflitivo de cada uma, as probabilidades de que ocorram na prática, e os critérios tradicionalmente aceitos - em nosso sistema jurídico - para solucioná-las. O critério básico, nesse caso, é o da *especialidade* - pelo qual a norma mais específica deve prevalecer sobre a mais geral - considerando, no caso, que a norma específica é a setorial, sendo a norma antitruste a mais geral²¹.

A aplicação desses critérios pode ser bastante enriquecida se aproveitarmos algumas disposições da jurisprudência americana no sentido de definir em que circunstâncias uma regulamentação específica setorial pode desconsiderar os princípios concorrenciais e eximir os agentes do setor das proibições das leis antitruste. Como veremos na seção 2.2, são orientações normativas que podem ser compatibilizadas com o nosso sistema jurídico e incorporadas à análise da defesa da concorrência em setores regulados no Brasil.

2.1. *As hipóteses de conflito*

Tomemos, inicialmente, uma versão estilizada das decisões possíveis das duas agências envolvidas; tais decisões podem ser de *proibir*, *permitir* ou

²¹ Pontualmente também pode ser utilizado o critério *hierárquico* - pelo qual a *norma* hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior. Note-se, aqui, que a hierarquia se refere à **norma**, e não às agências setorial e antitruste, uma vez que estas não apresentam relações hierárquicas entre si.

obrigar um determinado comportamento para os agentes destinatários. Podem-se apresentar, assim, decisões com os seguintes conteúdos:

Proibições:

- O CADE proíbe (impõe uma obrigação de não fazer) um determinado comportamento por julgar que ele, efetiva ou potencialmente, provoca danos à concorrência (porque constitui uma infração antitruste ou porque cria condições estruturais para que elas ocorram).
- Do mesmo modo, a ANEEL pode proibir um comportamento - por meio de normas ou outras decisões - seja porque ele traz riscos para a concorrência seja porque ele fere alguma outra disposição normativa aplicável ao sistema elétrico.

Permissões:

- O significado de uma *permissão*, desde o ponto de vista do CADE, é o de que o comportamento em questão não constitui uma infração à ordem econômica.
- Do ponto de vista da agência reguladora, significa que se trata de um comportamento *não regulado*, *i.e.*, daquele espaço de liberdade e autonomia decisória dos agentes privados dentro do setor regulado; pode significar também uma possibilidade ou alternativa de comportamento *expressamente* prevista nas normas setoriais (esta diferença pode ser relevante na consideração de algumas hipóteses).

Obrigações:

- A ANEEL tem o poder de impor obrigações (aqui no sentido de obrigações de fazer) aos agentes sob sua jurisdição, em virtude de lei, regulamentos ou contratos.
- Já quanto ao CADE, pela natureza das regras que aplica, pode-se dizer que, num plano mais geral, não lhe cabe impor obrigações de fazer positivas; isso porque a obrigação impingida aos agentes econômicos pela norma de defesa da concorrência é uma *obrigação de não fazer*²². Portanto, o conteúdo possível das decisões do Conselho diz respeito a ordens para cessar práticas anticompetitivas (uma obrigação de não fazer, equivalente a uma proibição, portanto) ou para desconstituir um ato de concentração (também uma proibição). Não se pode esquecer, no entanto, que os Compromissos de Desempenho celebrados em casos de atos de concentração podem impor obrigações positivas para o cumprimento de metas quantita-

²² É mediante a imposição de limites negativos que a lei antitruste procura canalizar o exercício do poder econômico para a produção de resultados positivos associados à concorrência. Nesse sentido, pode-se considerar que um agente cumpre as disposições legais quando **não provoca** efeitos anticoncorrenciais: nos termos do sistema brasileiro, sua obrigação é a de não provocar os efeitos listados no art. 20 da lei 8.884.

tivas ou qualitativas que garantam a produção das eficiências justificadoras do ato - o que pode conter obrigações de fazer: por exemplo, uma decisão de investimento.

Combinando as decisões possíveis de cada uma das agências, temos o seguinte Quadro, com nove situações estilizadas:

CADE	proíbe	permite	obriga
ANEEL			
proíbe	A	D	G
permite	B	E	H
obriga	C	F	I

Verifiquemos, agora, quais dessas situações apresentam potencial conflitivo. Analisando o quadro acima, podemos constatar:

- as situações da última coluna à direita - **G**, **H** e **I** - não se verificam, em princípio, em casos de condutas (visto que o CADE impõe apenas obrigações de não fazer); podem se verificar apenas em casos de Compromissos de Desempenho firmados para autorização de atos de concentração;
- as situações **A**, **E** e **I** não apresentam problemas, pois nelas as agências estão tomando decisões no mesmo sentido;
- as situações **F** e **H**, apesar de apresentarem decisões diferentes das agências, não são conflitivas; denotam apenas um processo natural de exercício das diferentes funções de ambas as agências. Nada impede que a ANEEL imponha uma obrigação positiva de um comportamento que não constitui infração à ordem econômica, que, portanto, é irrelevante para a análise antitruste (como na situação **F**). Por outro lado, tampouco será problemática a imposição pelo CADE de uma obrigação - num Compromisso de Desempenho - se o comportamento obrigado pelo Conselho for permitido pela ANEEL (como na situação **H**);
- a situação **D** apresenta-se, em princípio, como contraditória, devendo-se buscar um critério para decidir qual decisão prevalece. Essa situação comporta duas hipóteses:
 - **D(1)** - um comportamento permitido pelo CADE (porque não infrativo às normas antitruste) pode ser proibido pela ANEEL simplesmente porque a agência setorial está agindo por razões outras que não a defesa da concor-

rência (já que a ANEEL possui outras funções, como vimos). Neste caso, deve prevalecer a proibição da ANEEL, ainda que o comportamento não constitua infração à ordem econômica;

- **D(2)** - a hipótese, contudo, pode implicar um conflito de competência se a ANEEL estiver proibindo o comportamento em questão com a finalidade de zelar pela defesa da concorrência (como visto, uma de suas atribuições, estabelecida no art. 3º, IX da Lei 9.427). Nesse caso teríamos dois órgãos declarando-se competentes para decidir sobre a mesma questão sob as mesmas regras (provavelmente haverá aí duas interpretações divergentes da mesma norma). Aqui deve prevalecer a decisão do órgão competente para aplicar a lei - *i.e.*, se se trata de aplicação da norma antitruste, deve prevalecer a decisão do CADE;
- A situação **B** é a inversa da anterior, apresentando-se igualmente como contraditória. Também aqui temos duas hipóteses de contradição:
 - B(1)** - se considerarmos que a *permissão* da ANEEL é simplesmente uma conduta não regulada (*i.e.*, permitida porque não proibida): um comportamento pode ser proibido pelo CADE (porque caracteriza infração antitruste) e permitido pela ANEEL. Neste caso deve prevalecer a proibição²³, lembrando-se, todavia, que tal situação pode ser evitada pela ação preventiva da ANEEL, como discutido anteriormente na seção 1.2;
 - B(2)** - se considerarmos, entretanto, que a *permissão* da ANEEL é *expressa*, a situação comporta outra solução, aplicando-se o critério da especialidade: a de que, dentro da proibição geral estabelecida a partir da norma antitruste (aqui considerada a norma mais geral), abre-se exceção para um comportamento de agente de um setor (aplicando-se a norma setorial mais específica). Tal solução supõe que há apenas uma contraditoriedade parcial entre as normas, mas não é desejável, se se pensa que o objetivo da legislação do

²³ Vale observar, nesse sentido, que num julgamento do CADE no Processo Administrativo no 08000.002605/97, tratando de uma questão de tarifas de ônibus no município de Belo Horizonte onde se discutiu a aplicabilidade da lei antitruste a setores regulados, o Conselheiro-Relator Marcelo Calliari referiu-se expressamente a uma hipótese desse tipo, apontando uma solução no mesmo sentido: “*De fato, mesmo dentro de um regime regulatório adequadamente instituído e aplicado, é possível que empresas, naquelas condutas não reguladas, pratiquem infrações à concorrência. Seria o caso, por exemplo, de empresas sujeitas a um regime de tarifas máximas que decidem, em cartel, fixar todas o mesmo preço para seus produtos, reduzindo o nível de bem estar dos consumidores. Da mesma forma, quando o arcabouço regulatório dá às empresas uma margem de opção quanto à sua atuação, é possível que uma ou mais dessas opções, permitidas mas não impostas pela regulação, configurem num caso concreto infrações à ordem econômica, não se encontrando aqui fora do alcance dos órgãos de defesa da concorrência.*”

- setor elétrico não foi o de isentá-lo da aplicação da lei antitruste, mas o contrário, *i.e.*, de garantir a concorrência entre os agentes²⁴;
- as situações **C** e **G** são aquelas em que mais se verifica o potencial conflitivo; apresentam-se como proposições contrárias que colocam um dilema para o agente destinatário - se obedecer a uma das ordens, estará necessariamente desobedecendo à outra (em termos jurídicos, trata-se de uma *antinomia*); analisemos as possibilidades de solução para cada uma delas:
 - a hipótese **G** só ocorreria num caso de Compromisso de Desempenho celebrado pelo CADE para autorizar um Ato de Concentração e denotaria uma total desarticulação entre as Agências; o CADE, ao impor tal obrigação, não estaria levando em conta a regulação setorial. Em outras palavras: num sistema que propicie um mínimo de articulação institucional entre agências setoriais e autoridades antitruste, em que a ANEEL seja ouvida nos processos e participe fornecendo informações, tal situação dificilmente se concretizaria. De qualquer modo, admitindo-o meramente como hipótese, tal conflito deve ser resolvido pelo critério da especialidade: a norma específica setorial (no caso, a proibição da ANEEL) deve prevalecer sobre a mais geral;
 - na situação **C** - hipótese em que as agências estão aplicando normas distintas (*i.e.*, o CADE decidindo com base na lei antitruste e a ANEEL aplicando outras normas de sua competência) - teríamos uma proibição pelo CADE de um comportamento considerado infração à ordem econômica, por um lado, e por outro, uma obrigação do mesmo comportamento pela ANEEL (por razões de ordem técnica ou outras específicas setoriais). Essa situação pode ser solucionada pelo *critério da especialidade* - norma especial prevalece sobre a geral -, adotando-se, pois, a decisão da ANEEL^{25 e 26}.

²⁴ Mesmo assim, pode ser usada para solucionar a seguinte situação: a ANEEL autoriza uma fusão entre empresas que é negada pelo CADE; mesmo comportando riscos para o processo competitivo, tal fusão pode ser desejável para o setor por razões de outra ordem técnica ou econômica. Entretanto, o risco de isso se verificar é pequeno, pois a análise antitruste contempla argumentos de ganhos de eficiência como motivos que contrabalançam o potencial anticompetitivo dos atos de concentração.

²⁵ Note-se, contudo, que essa solução pressupõe tratar-se de um conflito entre a lei antitruste e normas de mesma hierarquia; se o conflito ocorre entre normas de hierarquia diferentes (entre a lei antitruste e Resoluções ou regras contratuais, por exemplo), poderíamos aplicar o critério hierárquico, obtendo uma solução diferente. Haveria, neste caso, um conflito entre diferentes critérios e não há consenso, na teoria do Direito, sobre qual deles deva prevalecer.

²⁶ Essa hipótese também já foi veiculada perante o CADE, no mesmo Processo Administrativo acima citado, em que o Relator Marcelo Calliari ponderou que “... não faria sentido, nem seria juridicamente possível, pretender punir uma empresa regulada por infração à concorrência se ela estivesse obedecendo estritamente a um comando da regulação emanado pela

A análise acima permite localizar melhor as hipóteses de conflitos entre lei de defesa da concorrência e legislação setorial ou entre autoridades de defesa da concorrência e agência reguladora setorial, ao mesmo tempo em que auxilia a proposição de medidas para prevenir a ocorrência desses conflitos ou, se inviável a ação preventiva, de critérios para solucioná-los.

Dessa análise pode-se concluir, em suma, que os conflitos mais problemáticos são encontráveis:

- na hipótese **D(2)**, que caracteriza um conflito positivo de competência entre as agências - ambas julgando-se competentes para decidir uma mesma questão sob as mesmas regras. Para evitá-la, é importante ter sempre em conta as diferenças de atribuições legais e desenvolver mecanismos institucionais que promovam a cooperação entre os órgãos envolvidos ao mesmo tempo em que permitam promover ações complementares entre eles;
- na hipótese **B(1)** que, apesar de não se caracterizar propriamente como conflitiva, pode perfeitamente ser evitada, se a ANEEL incorporar os conceitos e parâmetros da ação antitruste no exercício de suas funções normativas, fiscalizatórias, de gestão de contratos e licitações, como já discutido na seção 1.2;
- na hipótese **C**, provavelmente a mais conflitiva de todas, em que se verifica, em última análise, uma contrariedade entre duas normas diferentes, o que pode ser solucionado mediante a aplicação do critério da especialidade ou da hierarquia, conforme o caso;
- na hipótese **B(2)**, em que uma permissão expressa da ANEEL conflita com uma proibição do CADE, devendo-se aplicar o critério da especialidade, destacando-se que ela é, em certo sentido, parecida com a anterior.

2.2. *Outros critérios baseados na jurisprudência americana*

Vimos na seção anterior que as hipóteses de conflito que não puderem ser evitadas devem ser solucionadas, em princípio, pela aplicação do critério da *especialidade*. Esta aplicação, entretanto, pode ser bastante enriquecida se a ela incorporarmos algumas considerações elaboradas pela jurisprudência americana por ocasião da análise de casos envolvendo a questão da chamada *imunidade implícita*: até que ponto uma decisão de um órgão de fiscalização e controle, aprovando determinada conduta, seria apta a torná-la imune à aplicação da lei antitruste? pode a agência, ao regular determinada atividade, des-

autoridade competente. Imaginar diferente seria colocar uma empresa na opção de obedecer à regulação específica e violar a lei da concorrência ou o contrário.”

respeitar os dispositivos da lei antitruste?

Salomão F^o (1998) analisa as tendências da jurisprudência americana no tratamento dessas questões, classificando-as em duas grandes correntes: a *State Action Doctrine* e a *Pervasive Power Doctrine*.

A *State Action Doctrine* foi desenvolvida a propósito de conflitos entre regulamentação setorial (que, no caso, era de âmbito estadual) e a aplicação da lei antitruste (federal), visando a determinar se a existência dessa regulamentação isentava os regulados do controle pela *Federal Trade Commission* (FTC). Desenvolveram-se dois critérios para determinar se há ou não isenção: **a)** para admiti-la não basta que a lei conceda poderes a determinada agência para determinar variáveis econômicas básicas (como preços e quantidades produzidas), mas é também necessário que as decisões e regulamentos sejam adotados “*em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação*”; **b)** também é necessário que as agências supervisionem ativamente e constantemente o cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação (Salomão F^o, 1998:202).

A *Pervasive Power Doctrine* argumenta que a atribuição das competências regulamentares às agências reguladoras setoriais afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste em duas hipóteses, desde que o poder conferido à agência seja **amplo** (*pervasive*) o suficiente, para afastar a competência de qualquer outra autoridade²⁷. Tal amplitude pode se verificar ou porque o poder é extenso ou porque é profundo; daí as duas hipóteses de imunidade acima mencionadas:

a) o poder da agência reguladora é **extenso**, conferido com intuito de substituir o sistema concorrencial, de forma expressa ou presumida. Pode-se presumir a determinação das variáveis econômicas fundamentais (quantidades e preços) for posta a cargo do órgão regulamentar, caracterizando-se uma situação na qual “...há atribuição ao órgão de poder para controlar decisões empresariais fundamentais normalmente controladas exclusivamente pelas forças de mercado”. Salomão F^o (1998:210);

²⁷Tal característica - *pervasiveness* - é assim descrita pelo Judiciário: “... na ausência de imunidade antitruste expressamente conferida pelo Congresso, tal imunidade pode ser deduzida apenas se o Congresso claramente suplantou a lei antitruste e seu modelo de competição com um regime diferenciado de concorrência, definido por padrões competitivos particularizados e aplicado por uma agência administrativa...”. Definição da Suprema Corte americana no caso *United States v. National Assotiation of Securities Dealers, Inc.* (1975), *apud* Salomão F^o (1998:204).

b) o poder é *profundo*, *i. e.*, já inclui a competência para aplicar a lei antitruste, devendo-se levar em conta as regras antitruste quando da regulamentação ou decisões da agência. Para caracterizar a profundidade requerem-se, adicionalmente, dois requisitos: que a atuação efetiva da agência tenha efetivamente levado em consideração os efeitos de seus atos e decisões sobre a concorrência no mercado regulado; e que o órgão regulador seja dotado de capacidade técnica e conhecimento do mercado superiores aos das autoridades antitruste (que aquele mercado em particular demande conhecimentos especiais que se podem presumir encontráveis no órgão regulador setorial e insuficientes na agência antitruste) (Salomão F^o, 1998:204/210/211).

Vejamos se e como esses critérios se aplicariam aos serviços públicos no sistema brasileiro e, particularmente, ao setor elétrico.

Pode-se verificar, em primeiro lugar, que os critérios da *State Action Doctrine* são bastante semelhantes àqueles da *extensão*. Ambos supõe uma situação na qual a regulação substitui a concorrência porque a agência reguladora determina as decisões fundamentais dos agentes - quantidades e preços - que, em outras circunstâncias, seriam determinadas pelas *forças de mercado*. Note-se também que ambas atribuem imunidade a setores no âmbito dos quais **todas** as decisões dos agentes são reguladas - *i.e.*, não há graus de liberdade para a tomada de decisões à medida em que não há condutas não reguladas (ou simplesmente permitidas porque não proibidas).

Sendo assim, poderíamos concluir que as hipóteses da *State Action* e da *extensão* não se aplicariam àqueles serviços públicos - entre eles Telecomunicações e Energia Elétrica - nos quais a regulação não visa à substituição completa do sistema de mercado, antes o contrário: busca criar um ambiente institucional que propicie não só a participação de empresas privadas mas também o aumento da concorrência onde possível. Em outras palavras, nesses setores, o serviço público não é incompatível com o sistema de mercado. No caso do setor elétrico, parece claro que a legislação setorial não conferiu poderes à ANEEL com objetivo de substituir a concorrência pela regulamentação.

Entretanto, se considerarmos a possibilidade de que aquelas circunstâncias imunizadoras possam se verificar **parcialmente** em setores regulados - *i.e.*, que haja, ao lado das condutas reguladas, alguns graus de liberdade para a tomada de decisões pelos agentes -, poderíamos tirar outras duas conclusões da aplicação dos critérios da *State Action* ou da *extensão*.

A primeira, e mais óbvia, é de que às condutas reguladas não se aplica o controle antitruste; assim, se a agência reguladora obriga ou permite expres-

samente um certo comportamento, este não poderá ser condenado pelas autoridades antitruste, ainda que constitua uma infração à concorrência. Em outras palavras, equivale a dizer que, em situações como as descritas nas hipóteses **B(2)** e **C** do Quadro analisado na seção anterior, prevalece a decisão da agência setorial, chegando-se, portanto, a um resultado semelhante ao obtido pela aplicação do critério da especialidade.

Uma segunda conclusão é a de que, contrariamente, se há ações possíveis dos agentes (não reguladas) ou falhas na supervisão, não há que se falar em imunidade antitruste. Assim, admitindo-se que, mesmo sob regulação, possa sobrar uma margem de ações não reguladas na qual possa haver concorrência, deve se admitir também que aí possa haver condutas anticompetitivas, aplicando-se a elas a lei antitruste. Essa situação corresponde à hipótese **B(1)** contemplada na seção anterior, e comporta a mesma solução lá apontada - ou seja, a da prevalência da proibição, com base na lei de concorrência.

É interessante observar que os critérios da *State Action Doctrine* já foram adotados pelo CADE em diversos casos. Num deles, o CADE entendeu não haver a imunidade em virtude da falta de um dos requisitos, afirmando ser a “*Doutrina americana da ‘state action’ ajustável ao direito brasileiro, a qual reconhece um papel da agência da concorrência em circunstâncias nas quais o órgão regulador não supervisiona adequadamente a aplicação ou a observância do regulamento ou o mesmo órgão não estabelece um regulamento adequado, abrindo-se espaço a uma falha de mercado*” (Processo Administrativo 0.8000.021660/96-05, em que o CADE se declarou competente para conhecer questão de prática cartelizada e aumento excessivo de preços com auxílio do Poder Municipal).

No âmbito da *Pervasive Power Doctrine* temos ainda a hipótese da *profundidade* do poder, que é caracterizada, como vimos, por três requisitos: 1) que as regras antitruste devam ser levadas em conta quando do exercício do poder regulamentar ou em outras decisões da agência; 2) que a atuação da agência efetivamente leve em consideração os efeitos de seus atos sobre a concorrência; 3) que a agência reguladora apresente conhecimentos técnicos e de mercado privilegiados. Verificando-se estes elementos, afasta-se a competência de qualquer outra autoridade.

O interessante nessa hipótese, e que a distingue das anteriores, é que não há, propriamente, uma imunidade da aplicação das normas e princípios da defesa da concorrência, mas simplesmente uma atribuição à agência setorial para aplicá-los preventivamente, em substituição às autoridades antitruste. O

que se cogita, aqui, seria uma espécie de aplicação setorializada do direito da concorrência, justificada com base no maior conhecimento técnico-especializado da agência reguladora.

Vejam os requisitos apontados estão presentes na configuração institucional do setor elétrico.

O terceiro deles parece estar claramente configurado no caso da ANEEL. O segundo refere-se à verificação da prática efetiva do órgão em cada caso concreto, sobre o que não é possível dizer nada a priori, a não ser que os efeitos sobre a concorrência devam, por imposição da lei, ser levados em conta. Vejam se se configura o primeiro requisito.

A ANEEL incorpora em sua atuação algumas preocupações referentes à defesa da concorrência no setor elétrico, o que pode se dar tanto no exercício daquele *papel preventivo* discutido na seção 1.2., como no controle de condutas e das condições estruturais dos mercados. No entanto, deve-se ressaltar que a lei específica setorial não concedeu à ANEEL o poder de aplicar a lei antitruste, em todos os seus aspectos. A agência não pode, por exemplo, julgar infrações à ordem econômica e aplicar multas por isso; nesse sentido, não se pode subtrair um caso de ilícito concorrencial da apreciação das autoridades antitruste. Ao que tudo indica, a lei brasileira não permite *afastar* a competência da autoridade antitruste, embora se possa dizer que a ANEEL tenha o dever legal de *zelar pela aplicação da legislação de defesa da concorrência* e, portanto, levá-la em conta no seu processo decisório.

Mesmo assim, apesar de não se poder aplicar totalmente a hipótese da *profundidade* e suas conseqüências, é possível usar seus parâmetros como subsídios para análise das situações de conflitos entre as agências reguladora e antitruste.

Como foi discutido na seção 2.1., as situações de contrariedade entre normas - quando o CADE proíbe e a ANEEL obriga uma mesma conduta (ou a permite expressamente), hipóteses **B(2)** e **C** - devem ser solucionadas pelo critério da especialidade, prevalecendo, assim, a decisão da ANEEL. Este resultado é, *grosso modo*, o mesmo que seria alcançado pela aplicação dos parâmetros da *Pervasive Power Doctrine/ profundidade*.

Todavia, é preciso notar que a incorporação dos parâmetros decisórios dessa *doutrina* permite qualificar melhor a adoção daquele critério da especialidade, à medida em que pressupõe um elemento a mais, que justifica a opção pela prevalência da norma setorial: não basta a lei ser mais específica; a especificidade deve prevalecer **porque** a decisão da agência setorial, **levando em conta os efeitos anticompetitivos**, pondera que ainda assim, por razões de

outra natureza (que se sobrepõem à defesa da concorrência), uma determinada medida deve ser adotada. Em outras palavras, não se justifica que uma obrigação imposta pela ANEEL (ou uma permissão expressa) fira o direito da concorrência, se essa decisão tiver sido tomada sem consciência de seus efeitos anticompetitivos. É nesse sentido que dissemos, acima, que o referencial de análise da jurisprudência americana pode enriquecer as considerações sobre a solução de conflitos.

3. *Considerações Finais*

Da análise empreendida ao longo deste trabalho fica claro que a legislação setorial não pretendeu isentar os agentes do setor elétrico da aplicação da lei antitruste, tanto que as normas fazem referência expressa à incorporação de seus princípios à atuação do órgão regulador.

Pode-se concluir também que a defesa da concorrência no setor elétrico - no que diz respeito tanto ao controle de condutas quanto ao de estrutura - será implementada por um sistema de competências compartilhadas entre agências reguladora setorial e antitruste, o que coloca a necessidade de esclarecer e separar as diversas atribuições entre as agências envolvidas para se evitarem futuros problemas de conflitos entre diferentes normas e de competência. Particularmente, é preciso evitar, por um lado, a sobreposição de funções e, por outro, os riscos de se apresentarem decisões divergentes das duas agências.

À ANEEL cabem várias atribuições relativas à defesa da concorrência, que podem ser agrupadas em:

a) exercício do *papel preventivo*: ao exercer seu poder normativo-regulamentar e fiscalizatório; na gestão dos contratos de concessão, das permissões e autorizações; no processo licitatório a agência claramente deve levar em conta os princípios e normas de defesa da concorrência. Não há que se falar, aqui, em sobreposição de funções nem em conflito com as atribuições das autoridades antitruste, visto que essas são competências apenas da ANEEL;

b) **controle de condutas**: mesmo que a ANEEL possa tentar preveni-las e/ou delas tome conhecimento ao ter que solucionar conflitos envolvendo condutas anticompetitivas, vimos que a lei específica setorial não concedeu à ANEEL o poder de aplicar as penalidades por infrações antitruste, não substituindo, pois, o CADE;

c) **controle das condições estruturais** dos mercados: a ANEEL possui atribuições legais de estabelecer restrições, limites e condições a diferentes tipos de negócios das empresas do setor elétrico, com vistas a propiciar a concorrência

e impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica. A lei, no entanto, não permite inferir a substituição do controle tradicional, com base no art. 54 da lei antitruste, por esse controle específico da ANEEL. Note-se, ademais, que o tipo de controle estabelecido pela Resolução 94 da ANEEL pode servir a outras finalidades específicas setoriais, podendo-se dizer que um não substitui o outro.

Em suma, pode-se dizer que as atribuições concedidas à ANEEL por lei não contemplam a competência para aplicar a lei antitruste em todos os seus aspectos; daí a competência compartilhada.

Diante disso, três grupos de questões relativas à defesa da concorrência no setor elétrico devem ser abordados: **a)** em primeiro lugar, é necessário discutir uma série de temas que dizem respeito à aplicação da lei antitruste no setor, considerando suas especificidades; **b)** em segundo, é preciso admitir que existe um potencial de conflitos que deve ser bem conhecido e analisado para se implementarem medidas que os previnam ou, pelo menos, ter claro quais os critérios para solucioná-los; **c)** em terceiro, é preciso propor, a partir das disposições legais vigentes, o desenvolvimento de mecanismos institucionais de relacionamento entre as agências, de modo a estabelecer uma divisão de tarefas entre elas, promovendo complementariedades e cooperação em suas ações de modo a evitar aqueles mencionados riscos de sobreposição de funções ou de decisões divergentes.

3.1. *Controle Antitruste e Especificidades do Setor Elétrico*

Neste grupo de questões apontamos para a necessidade de analisar como a disciplina antitruste se aplica às especificidades do setor elétrico e se, eventualmente, se requerem adaptações. Colocam-se, para discussão, as seguintes proposições:

- a) as atribuições da ANEEL em prol da promoção de condições de concorrência envolvem não só a diretoria, mas implicam também uma série de ações a serem implementadas por diversas superintendências e em diferentes níveis da hierarquia da agência. Nesse sentido, é importante que se promova uma ampla difusão da ***cultura da concorrência*** na ANEEL, particularmente entre o pessoal encarregado de: fiscalização; elaboração de normas; gestão dos contratos de concessão, permissão e de atos de autorização; elaboração dos editais de licitação e dos contratos a serem assinados; solução de divergências; avaliação das concentrações no setor. Tal difusão é necessária não só para que o pessoal fique atento às questões anti-

- truste em seus respectivos âmbitos de atuação, mas também para que sejam criadas rotinas e procedimentos para adequado encaminhamento dos casos;
- b) dado o caráter predominantemente preventivo de várias dessas ações, é necessário **identificar os tipos de condutas anticompetitivas potencialmente presentes no setor elétrico**, de modo a embasar o exercício do poder normativo e orientar as atividades de fiscalização e gestão dos contratos; essa identificação deve ser feita de acordo com os parâmetros da lei antitruste, utilizando-se, particularmente, as condutas tipificadas no art. 21 da Lei 8.884 e seus efeitos prováveis, descritos no art. 20 da mesma lei;
 - c) deve-se lembrar, ainda, que o ilícito antitruste - efetivo ou potencial - supõe **posição dominante** por parte do agente, para cuja análise requer-se, como condição logicamente prévia, que se delimite o **mercado relevante** no qual essa posição é exercida. Assim, aplicando esses conceitos ao setor, é preciso saber quais são os mercados relevantes do setor elétrico e quais os agentes que nele detêm poder de mercado;
 - d) é necessário também discutir a aplicabilidade de alguns princípios da análise antitruste às especificidades setoriais. Tendo em vista que a lei antitruste caracteriza o ilícito pelos efeitos, é bom estudar como aqueles efeitos descritos genericamente no art. 20 da lei podem se concretizar no setor elétrico e caracterizar, então, um **abuso de posição dominante**. Mas não é só: não se pode esquecer que um aspecto central da análise antitruste diz respeito à consideração dos **ganhos de eficiência** que podem estar associados mesmo a uma conduta restritiva da concorrência (já que as práticas anticompetitivas podem apresentar efeitos positivos e negativos ao mesmo tempo); nesse sentido, é útil desenvolver técnicas para avaliação dessas eficiências, de modo a se poderem analisar os **efeitos líquidos** das condutas restritivas;
 - e) no âmbito do controle de estrutura, acrescentaríamos às questões do parágrafo anterior a seguinte pergunta: o controle das concentrações entre agentes do setor deve ser feito por **proibições *per se*** ou pode-se observar o **princípio da razoabilidade**? como considerar os possíveis ganhos de **eficiência** decorrentes de atos de concentração no setor? quais as adaptações normativas que se requerem para tal?
 - f) finalmente, é necessário estar atento para diferenciar os sistemas legais aplicáveis: por exemplo, distinguir as situações que envolvam apenas questões relativas a direitos do consumidor, a contratos ou outros assuntos de competência da ANEEL; esta agência pode e deve analisar os casos que se lhe apresentem sob outros ângulos que não o da concorrência, mas não se deve confundir as normas aplicáveis a uns e outros.

Deve-se observar que tais estudos e análise propostos acima serviriam não só para embasar a ação preventiva da própria ANEEL - que se relaciona à normatização, fiscalização etc. - mas também para fornecer subsídios às autoridades antitruste quando vierem a apreciar casos do setor elétrico, uma vez que a agência reguladora apresenta conhecimentos técnicos e de mercado privilegiados, não encontráveis naquelas autoridades.

3.2. *A Necessária Prevenção de Conflitos*

Como já discutido, os conflitos potenciais entre atividade regulatória e controle antitruste existem e podem ser de duas naturezas: **a)** conflitos entre normas de diferentes sistemas legais aplicáveis ao mesmo caso, situação na qual as agências tomam decisões divergentes porque uma aplica a lei antitruste (o CADE) e outra (a ANEEL) aplica alguma outra norma de sua competência; **b)** conflitos motivados pelo fato de as duas agências tomarem decisões aplicando a lei antitruste, caso em que teremos um conflito de competência entre o CADE e a ANEEL.

Na seção 2.1. foram analisadas as possibilidades de conflitos a partir de situações estilizadas que combinavam decisões divergentes das agências. Viuse que muitas delas ou não apresentavam problemas ou podiam ser solucionadas facilmente ou ainda eram improváveis. Restam algumas, entretanto, que podem ser evitadas basicamente por dois tipos de medidas:

- a) as situações nas quais uma conduta infrativa da concorrência é permitida pela ANEEL²⁸ podem ser evitadas por aquela **ação preventiva** da agência setorial já mencionada há pouco; esta, se levar em conta as normas de defesa da concorrência ao normatizar, fiscalizar, gerir contratos etc., pode precaver-se de permitir práticas que venham a ser condenadas pelo CADE, evitando também a desagradável situação na qual uma permissão da ANEEL venha a ser alegada como defesa no âmbito antitruste;
- b) aquelas situações que caracterizam **conflito de competência**²⁹ podem ser evitadas se se diferenciam as tarefas atribuídas legalmente a cada agência, tendo em vista que: 1) a ANEEL não tem a competência para aplicar a lei antitruste em todos os seus aspectos; 2) a lei setorial não substituiu nem a SDE nem o CADE pela ANEEL; 3) e, portanto, a competência da ANEEL deve cessar onde começam as atribuições das autoridades antitruste. Nesse

²⁸ Situação caracterizada como a hipótese **B** no quadro apresentado na seção 2.1. (CADE proíbe/ ANEEL permite - expressamente ou não).

²⁹ Referentes à hipótese **D(2)** do citado quadro, em que a ANEEL proíbe um determinado comportamento baseando-se na defesa da concorrência, enquanto o CADE toma a decisão contrária.

sentido, as ações de todas devem ser complementares, e não superpostas. Isso não exclui, obviamente, que a ANEEL desempenhe um importante papel nos processos - de condutas e de atos de concentração - que correm perante o CADE/SDE, no sentido de municiá-los com informações, documentos, dados, perícias técnicas, pareceres etc.

Vale observar, finalmente, que há ainda duas hipóteses (**B(2)** e **C**) - nas quais um mesmo comportamento é proibido pelo CADE e permitido expressamente ou obrigado pela ANEEL - que podem perfeitamente ser solucionadas pelo critério da especialidade, prevalecendo a norma específica setorial. A consideração de tal critério, no entanto, pode ser enriquecida se recorrermos à experiência da jurisprudência americana, verificando se a agência reguladora efetivamente leva em conta os efeitos de seu comando sobre a concorrência no mercado regulado. Em outras palavras, podem ocorrer circunstâncias nas quais a ANEEL, consciente das implicações anticoncorrenciais da obrigação imposta, ainda assim considere-a necessária por imperativos de natureza técnica/setorial (o que implica que a agência considerou que ao risco de produzir efeitos anticoncorrenciais se contrapõem/sobrepõem outras razões de ordem técnica).

3.3. *As Relações Institucionais*

O último grupo de questões a serem discutidas diz respeito à desejada relação institucional entre a agência setorial e as encarregadas do controle antitruste - SDE e CADE.

Na sua configuração atual, como visto, a legislação suscita uma série de dúvidas quanto à repartição de competências entre as agências, com riscos de duplicação de funções e de decisões divergentes entre as entidades envolvidas. Isso ocorre porque, por um lado, a legislação do setor elétrico não isentou as empresas do setor da aplicação da lei antitruste (ou, em outras palavras, não substituiu a competição pela regulação), e, por outro lado, não atribuiu à ANEEL a totalidade das competências necessárias para aplicação das normas antitruste.

Apesar desses riscos, um sistema de competências compartilhadas é uma boa forma de aproveitar melhor as diferentes capacitações das agências envolvidas: o conhecimento técnico-específico setorial da ANEEL, por um lado e, por outro, a experiência do CADE e da SDE na análise das questões de concorrência em geral.

O bom funcionamento desse sistema supõe uma efetiva articulação entre esses órgãos, de modo a: **a)** evitar duplicação de esforços; **b)** evitar conflitos

de competência; c) explorar as possibilidades de desenvolvimento de ações complementares. Para isso, é necessário institucionalizar as relações entre ANEEL e SDE/CADE.

Para explorarmos as possibilidades de estabelecer esses canais institucionais, é preciso ter em conta os procedimentos já adotados pela SDE e pelo CADE na análise de casos tanto de conduta como de estrutura. A partir deles, podemos destacar os seguintes passos nos quais a ANEEL pode complementar e/ou colaborar com as autoridades antitruste:

Em casos de CONDUTAS:

1. Representação: ao tomar conhecimento de indícios de infração à ordem econômica, a ANEEL pode representar perante a SDE, mas deve fazê-lo de modo a apresentar mais do que uma simples denúncia:

- a) instruindo a representação com as informações básicas (previstas na Portaria 753, art. 4º) e
- b) demonstrando haver poder de mercado dos agentes envolvidos e possibilidade de produção de efeitos anticompetitivos.

Estes são requisitos não só de admissibilidade da Representação (Portaria, art. 5º) mas também suficientes para caracterizar a existência de indícios de infração necessários para instauração de Processo Administrativo (cf. arts. 4º, § 2º e 10, § 1º).

Fazendo isso, a ANEEL permite que a tramitação do caso possa prescindir da fase inicial de Averiguações Preliminares, instaurando-se imediatamente o Processo Administrativo.

2. Durante o Processo Administrativo na SDE, a ANEEL pode colaborar com a Secretaria na sua instrução:

- a) prestando informações bem como fornecendo documentos, dados e outras provas necessárias à instrução do processo;
- b) auxiliando a SDE na realização de levantamentos contábeis, perícias técnicas e auditorias eventualmente necessárias;
- c) sugerindo, à SDE, outras diligências a serem promovidas para adequada apuração dos fatos;
- d) opinando sobre Medidas Preventivas que eventualmente sejam tomadas pelo Secretário (avaliando, particularmente, se a conduta investigada pode provocar *lesão irreparável ou de difícil reparação* ao mercado);
- e) sugerindo a adoção dessas Medidas, quando julgá-las necessárias.

3. Durante o Processo Administrativo no CADE: nos mesmos moldes da colaboração com a SDE, a ANEEL pode também colaborar com o Conselheiro-Relator numa instrução complementar que eventualmente venha a ser necessária para formação de sua convicção.

A ANEEL pode, ainda, se comprometer a colaborar para fazer cumprir as decisões do CADE em seu âmbito de atuação.

4. Consultas: a ANEEL pode se valer do procedimento de consulta ao CADE, previsto no art. 7º, XVII da Lei 8.884 e regulamentado por Resolução desse Conselho, sempre que sentir necessidade de se avaliarem os possíveis efeitos sobre a concorrência de suas decisões normativas ou outras.

5. Compromissos de Cessaçãõ: sempre que a SDE ou o CADE forem celebrar Compromissos de Cessaçãõ de prática, devem ouvir a ANEEL que emitirá parecer sobre as propostas de compromissos, podendo ainda sugerir itens a serem neles incluídos.

A ANEEL pode, ainda, comprometer-se a zelar pelo cumprimento de compromissos firmados em seu âmbito de atuação (ou colaborar com a fiscalização do cumprimento desses compromissos), comunicando ao CADE toda e qualquer conduta da compromissada que possa caracterizar seu descumprimento.

Em casos de CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

1. A ANEEL deve **opinar sobre os potenciais efeitos anticompetitivos** dos Atos e Contratos celebrados entre agentes do setor elétrico que venham a ser submetidos à autorização do CADE, na forma do art. 54 da Lei 8.884. Particularmente, é importante ter a avaliação da agência reguladora sobre: a) se o ato apresenta ou não potencial de provocar danos à concorrência nos mercados do setor elétrico; b) as eficiências alegadas como justificadoras da aprovação do ato.

Esse parecer pode ser apresentado pela ANEEL por ocasião da *Consulta ao Mercado*, que é promovida pela SDE ou pelo CADE (este, nos termos previstos na Resolução nº 15, art. 5º).

2. A ANEEL pode também **colaborar com a instrução** dos processos, provido o CADE com dados e outras informações necessárias à análise do caso.

3. A ANEEL pode, se for o caso, propor a celebração de **Compromisso de Desempenho**, apontando as obrigações que dele devam constar de modo a assegurar o cumprimento das eficiências justificadoras do ato. Deve, ainda, emitir parecer sobre propostas de Compromisso eventualmente apresentadas.

4. Deve-se discutir, finalmente, a oportunidade e conveniência de se institucionalizarem procedimentos conjuntos para processamento dos atos de concentração, utilizando a possibilidade explicitada no art. 15 da Resolução nº 15 do CADE³⁰.

Considerando que muitos atos se sujeitarão tanto ao controle sob a Resolução 94 da ANEEL, quanto àquele do art. 54 da lei antitruste, faz-se necessário discutir a possibilidade de unificar procedimentos instrutórios por meio de uma Resolução conjunta entre Conselho e Agência, ou uma Resolução-espelho, em que a ANEEL, por exemplo, estabeleça os documentos e informações necessários à semelhança daqueles requeridos pela Resolução 15 do CADE.

Para isso, no entanto, é preciso antes verificar o que há de comum entre os dois tipos de análises - pela Resolução 94/ANEEL e pelo art. 54/CADE³¹ - a cargo dos dois órgãos.

Bibliografia

- BRUNA, S. V. (1997). *O Poder Econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- COHEN, W.E. (1997). *Per Se* Illegality and Truncated Rule of Reason: the search for a foreshortened antitrust analysis. <http://www.ftc.gov/opp/jointvent/persepap.htm>.
- FERRAZ Jr. (1995). Da Abusividade do Poder Econômico. *In Revista de Direito Econômico*, 21:23-30, out/dez.
- FORGIONI, P. (1998). *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo, Revista dos Tribunais

³⁰Esse artigo prevê a possibilidade de serem utilizados procedimentos desenvolvidos em conjunto com cada órgão, sempre que houver atos cuja análise envolva a participação de agências reguladoras.

³¹Ambas, como visto, não são necessariamente incompatíveis, à medida em que a Resolução não substitui o controle dos atos de concentração tal como previsto na Lei 8.884. Em princípio, elas podem conviver, pois dizem respeito a tipos diversos de controle.

- MORAES, M.L.R. de (1997). Aspectos Jurídicos da Regulação. Relatório Parcial do Projeto SEST/IPEA: Definição e Implementação dos Novos Marcos Regulatórios nas Áreas de Infraestrutura - características gerais e perspectivas.
- PIRES, J.C.L. & PICCININI, M.S. (1998). Modelos de Regulação Tarifária do Setor Elétrico. *In Revista do BNDES*, 5(9):147-168, junho.
- ROCHA, B.M. (1997). Articulação entre Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência, *in Revista do IBRAC*, 5(7):47:58.
- SALGADO, L.H. (1997). O Conceito de Mercado Relevante. *In Revista de Direito Econômico*, no 26, agosto/dezembro.
- SALOMÃO Filho, C. (1998). *Direito Concorrencial - as estruturas*. São Paulo, Malheiros Eds.
- SCHUARTZ, L.F. (1997). Dogmática Jurídica e Lei 8.884/94. (Mimeo, 34 p.)

JURISPRUDÊNCIA

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.007995/97-81

REQUERENTES: MAHLE GmbH E COFAP - COMPANHIA FABRICADORA DE PEÇAS

CONSELHEIRA-RELATORA: LUCIA HELENA SALGADO E SILVA

Ato de Concentração nº 08012.007995/97-81

EMENTA: Ato de Concentração. Integração realizada em ações e valores monetários junto à empresa Magneti Marelli-Mahle S/C Ltda, que passou a deter 81% do controle acionário da Cofap representativo de 32,5% de seu capital social, resultando em uma participação da Mahle nesta nova empresa de 31% representativo do todo de atividade de anéis. Extinção do Processo sem julgamento do mérito, por já terem sido examinadas por este Plenário os efeitos da operação em tela.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, decidir pela extinção do presente ato de concentração, sem julgamento de mérito, por reconhecer a existência de coisa julgada, nos termos do art. 267, inciso V, do Código de Processo Civil. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Arthur Barrionuevo, Mércio Felsky, Ruy Santacruz e Marcelo Calliari. Presente o Procurador Substituto, Dalton Soares Pereira.

Brasília, 03 de fevereiro de 1999 (data do julgamento).

Gesner Oliveira

Presidente do Conselho

Lúcia Helena Salgado e Silva

Conselheira-Relatora

*RELATÓRIO*³²

Trata-se de operação relativa à integralização realizada em ações e valores monetários junto à empresa Magneti Marelli- Mahle Participações S/C Ltda, que passou a deter 81% do controle acionário da COFAP representativo de 32,5% de seu capital social, resultando numa participação da Mahle nesta nova empresa de 31% representativo do todo de atividade de anéis. A operação representa a segunda etapa da aquisição, realizada em 27 de junho de 1997, do controle de 70,08% do capital votante e 28,38% do capital total da empresa COFAP - Companhia Fabricadora de Peças, pela Magneti Marelli S.p.A. (AC 08012.007154/97-38).

Em simultâneo com a operação acima citada, foi firmado um “Memorando de Entendimentos” (ME) entre a Magneti Marelli S.p.A. e a Mahle GmbH, prevendo a constituição da empresa denominada Magneti Marelli Participações S/C Ltda, destinada a deter as ações da COFAP adquiridas pelas partes. É importante lembrar que a Mahle adquiriu 11,43% do capital votante da COFAP em operação realizada em 8 de julho de 1997 (operação anexada ao AC 84/96). O ME também estabeleceu os princípios e diretrizes com relação à gerência e à destinação dos negócios e atividades da COFAP.

No dia 14 de outubro de 1997 foi firmado o “Protocolo que Instrumentaliza a Aquisição das Ações Ordinárias Escriturais de Emissão da COFAP”, redefinindo as condições de pagamento das ações adquiridas. Além disto, por esse instrumento, formalizou-se a transferência das ações detidas pela ABS Empreendimentos Imobiliários, correspondentes a cerca de 10% do capital votante da COFAP, prevista para ocorrer após 27/06/99. As empresas consideram que apenas com a assinatura do Protocolo supracitado realizou-se a efetiva transferência das ações da COFAP

Com a operação e a concretização dos acordos firmados no ME, a Magneti Marelli ficou responsável pelos segmentos de produção e comercialização de amortecedores, sistemas de exaustão e seus respectivos centros de pesquisa e desenvolvimento. A participação da Mahle GmbH na empresa criada no referido ME, denominada atualmente Magneti Marelli-Mahle Participações S/C Ltda., é de 31%, garantindo seu controle sobre todas as atividades

³² Elaborado pelo assistente processual Alexandre Gheventer, sob a supervisão da relatora.

de anéis da COFAP, respectivo centro de pesquisa e as atividades comerciais relativas ao mercado de reposição.

A justificativa da operação é a mesma já apresentada no AC 84/96, a saber, o processo de reestruturação da indústria automobilística e a necessidade de se manter na disputa concorrencial mundial, por meio de investimentos em novas tecnologias e da inserção estratégica em sistemas de *global sourcing* e *follow source*. A operação, de acordo com as requerentes, é exigência do novo ambiente competitivo dos anos 90, decorrente da globalização e da abertura comercial, que impele a formação de estratégias de fusões, aquisições e *joint ventures*, como forma de incrementar a competitividade e a sobrevivência da indústria automobilística nacional.

Quanto à descrição da operação em maiores detalhes, assim como das requerentes e do mercado, adoto integralmente o parecer da SEAE em anexo, de lavra de Cecília Vescosi de Aragão, Fernando da Silva Santiago e Fernando José de Oliveira Baptista, sob a coordenação de Pedro Bernardo, procedimento já adotado por mim no voto do AC 84/96.

A Procuradoria do CADE, em 9 de novembro de 1998, concluiu que a operação elevou o poder de mercado das requerentes, sendo, contudo, passível de aprovação por atender os requisitos da §1º e §2º, do art. 54, da Lei nº 8.884/94.

É o relatório

ERRATA DO RELATÓRIO (informações complementares)

No intuito de complementar a instrução processual, solicitei novas informações sobre o segmento de amortecedores e o estágio atual das negociações entre a COFAP e a Indústria de Fundação Tupy (ofício/Gab/70/98). As respostas estão juntadas às fls. 364/376 e 379/392.

Foram também solicitadas informações sobre o setor de amortecedores aos principais clientes da COFAP (General Motors do Brasil, Ford Brasil-Argentina e Volkswagen do Brasil (ofícios/Gab/LHS nº 78/98, 79/98 e 80/98). Responderam às solicitações as empresas General Motors (fls. 393) e Volkswagen (fls. 397).

Na sessão ordinária de 20.01.99, o Plenário diligenciou às empresas solicitando comprovação da operação envolvendo a venda do negócio de fundição da Tupy para a Fundição Mauá. Em 27.01.99, as empresas apresentaram documentação comprobatória sobre o negócio.

O processo foi enviado à Procuradoria para nova manifestação, que entendeu ser esta nova operação pró-competitiva “por diminuir os efeitos da operação original”, sugerindo a aprovação do Ato na forma pretendida pelas concorrentes.

É o relatório

ERRATA

pp.1, 2º § do Relatório. Onde se lê:

“Em simultâneo com a operação acima citada, (...). O ME também estabeleceu os princípios e diretrizes com relação à gerência e destinação dos negócios e atividades da COFAP.

leia-se

“Em simultâneo à operação acima citada (...). O ME também estabeleceu os princípios e diretrizes com relação à gerência e à destinação dos negócios e atividades da COFAP.

pp.1, 3º § do Relatório. Onde se lê:

No dia 14 de outubro de 1997 foi firmado o Protocolo que Instrumentaliza a Aquisição das Ações Ordinárias Escriturais de Emissão da COFAP, redefinindo as condições de pagamento das ações adquiridas. Além disto, por este instrumento, formalizou-se a transferência das ações detidas pela ABS Empreendimentos Imobiliários, correspondentes a cerca de 10% do capital votante da COFAP, previsto para ocorrer após 27/06/99. As empresas consideram que apenas com a assinatura do Protocolo supracitado, realizou-se a efetiva transferência das ações da COFAP”.

leia-se

No dia 14 de outubro de 1997 foi firmado o “Protocolo que Instrumentaliza a Aquisição das Ações Ordinárias Escriturais de Emissão da COFAP”, redefinindo as condições de pagamento das ações adquiridas. Além disto, por esse instrumento, formalizou-se a transferência das ações detidas pela ABS Empreendimentos Imobiliários, correspondentes a cerca de 10% do capital votante da COFAP, prevista para ocorrer após 27/06/99. As empresas consideram que apenas com a assinatura do Protocolo supracitado realizou-se a efetiva transferência das ações da COFAP”.

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

VOTO

EMENTA: *Ato de concentração. integralização realizada em ações e valores monetários junto à empresa Magneti Marelli- Mahle participações s/c Ltda, que passou a deter 81% do controle acionário da Cofap representativo de 32,5% de seu capital social, resultando numa participação da Mahle nesta nova empresa de 31% representativo do todo de atividade de anéis. extinção do processo sem julgamento de mérito, por já terem sido examinadas por este plenário os efeitos da operação em tela.*

1. INTRODUÇÃO

O parecer da SEAE, por conter os elementos básicos à análise *anti-truste* (descrição dos mercados relevantes, a estrutura de cada mercado, a análise das condições de entrada e da possibilidade de ocorrência de efeitos anti-competitivos e adequada abordagem das eficiências alegadas) trouxe aos autos os principais aspectos para a formação da minha convicção no presente caso, tornando desnecessários maiores esforços de instrução. Por isso, adotei-o como relatório e tomo-o como base para apresentar minhas razões de decidir nos presentes casos.

As operações em exame estão ligadas a outras três operações, além de uma 6ª operação, noticiada pela imprensa, referente a uma carta de intenção

da Miba Sintermetall de adquirir 30% da Metal Leve Produtos Sinterizados Ltda³³. A tabela anexada a este voto resume as principais informações sobre cada operação.

Como já havia argumentado no voto do AC 84/96, as operações devem ser compreendidas dentro do atual ambiente competitivo na indústria automobilística, influenciado profundamente pelo fenômeno da globalização e pela política governamental nos anos 90, em especial, a abertura comercial e o novo regime automotivo. O fenômeno da globalização está presente na tendência à produção de carros mundiais e no predomínio de estratégias de *global sourcing* e *follow sourcing*³⁴, que resultou na ampliação do ambiente competitivo dos espaços nacionais para o espaço mundial. As políticas governamentais nos anos 90 para o setor, por sua vez, resultou em drástica mudança no perfil das importações. Como resultado da abertura comercial e dos incentivos à importação de autopeças, a participação das autopeças importadas na oferta cresceu de 5,6% em 1989 para 21% em 1996. Estes fatores explicam o atual momento da indústria automobilística nacional, caracterizada pelo rápido crescimento do grau de concentração e de desnacionalização.

2. A OPERAÇÃO E O MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS

Em 27 de junho de 1997, a Magneti Marelli adquiriu 70,08% do capital votante e 28,28% do capital total da empresa COFAP. Justamente com esta operação foi firmado um memorando de entendimentos (ME) entre a Magneti Marelli e a Mahle, criando um nova empresa, hoje denominada de Magneti Marelli-Mahle Participações S/C Ltda. Neste ME, ficou acertada a transferência das respectivas participações acionárias na COFAP para esta nova empresa, além de estabelecer princípios e diretrizes com relação à gestão dos negócios da COFAP. Tendo em vista as vocações das empresas partes, foram estabelecidas três divisões:

- **DIVISÃO I** (competência da Magneti Marelli)

³³ Gazeta Mercantil, 13 de julho de 1998.

³⁴ - *global sourcing* : os fornecedores são escolhidos pelos centros de desenvolvimento, a partir de um *shopping* global (ou seja, da procura pelo melhor fornecedor ao redor do mundo).

- *follow source*: representa a atração pelas montadoras para perto de suas fábricas, de modo a melhor viabilizar o *just-in-time*.

Negócios de amortecedores (Mauá e Lavras), escapamentos (Amparos e Cambuí) e respectivos centros de P&D e atividades comerciais relativas ao mercado de reposição.

- **DIVISÃO II** (competência da Mahle)

Negócios relativos a anéis de pistão (Mauá, Itajubá e Cantanhede, em Portugal) e respectivos centros de P&D e atividades comerciais relativas ao mercado de reposição.

- **DIVISÃO III** (competência de ambas)

Negócios relativos à fundição de blocos de motor e cabeçotes de cilindro (Mauá), camisas, kits e fundidos (São Bernardo do Campo), componentes eletrônicos (Santo André), elastômeros (Mauá), atividade de mineração, agropecuária e outras atividades.

É importante destacar que os negócios da Divisão III não fazem parte do *core business* das duas empresas e o seu destino ainda não foi definido, podendo tanto serem adquiridos pelas partes signatárias do ME, como também serem transferidos, total ou parcialmente, para terceiros.

3. MERCADO RELEVANTE

O AC 0812.007995/97-81 refere-se à concretização dos acordos firmados entre a Marelli e a Mahle, assegurando à Mahle a administração dos negócios de anéis da COFAP. O efeitos econômicos do Memorando de Entendimentos no tocante ao negócios de anéis da COFAP já foram analisados no AC 84/96, julgado em 12 de agosto passado, quando foi concluído existirem eficiências na produção conjunta de pistões e anéis. Isto posto, passo a concentrar meu voto no AC 08012.007154/97-38, que tem como partes as empresas Magneti Marelli e COFAP.

A SEAE define os produtos relevantes como escapamentos, blocos e cabeçotes de ferro para motor tendo em vista a sobreposição verificada no *mix* de produtos das requerentes. No caso de escapamentos, a sobreposição envolve diretamente as empresas Marelli e COFAP, ao passo que no caso de blocos e cabeçotes a sobreposição é indireta, pois não envolve a Marelli, mas a empresa Teksid, controlada pelo mesmo grupo controlador da Marelli - o Grupo Fiat. Embora o produto “amortecedor” não faça parte do mercado relevante

definido pela SEAE, devido às implicações verticais da operação, e como a COFAP detém 70% de participação no mercado original e de reposição de amortecedores, este produto também deverá ser considerado na análise.

Vale ressaltar que a SEAE considerou inexistir substituíbilidade pelo lado da demanda e alguma flexibilidade na produção de peças fundidas, em especial, de ferro por alumínio. Porém, embora exista a possibilidade de se converter a produção peças de ferro para peças de alumínio, ela é bastante limitada. As requerentes informaram que qualquer decisão de substituição ocorre apenas no momento da definição do projeto da peça ou do veículo que será utilizado, em geral, veículo leve. Atualmente a COFAP produz apenas blocos e cabeçotes de ferro, a maior parte para veículos pesados, não sendo capaz de produzir blocos e cabeçotes de alumínio. Embora os investimentos necessários à produção destas peças de alumínio sejam baixos, tal decisão exigiria substituição de equipamentos e mudança no processo produtivo, o que implicaria na instalação de uma nova fundição. Por não se tratar do *core business* da empresa esta hipótese não tem sido cogitada pela empresa. Portanto, acompanhando a SEAE, considero como produto relevante, no tocante a blocos e cabeçotes, somente os de ferro fundido para motores a gasolina e diesel.

Quanto à dimensão geográfica, embora fosse possível cogitar uma definição mais ampla que as fronteiras nacionais, em razão dos fatores já expostos sobre a tendência à concorrência global e as facilidades às importações de autopeças, e aprofundados no AC 84/96, defino, conservadoramente, o mercado geográfico como nacional. Não obstante as possibilidades de importações sejam amplas, em particular devido às baixas alíquotas efetivas de importação decorrentes da política governamental para o setor, os fluxos internacionais de comércio, como demonstram os dados de *market-share* presentes no parecer da SEAE, não são muito significativos. Os dados sugerem que as montadoras apenas instrumentalizam as facilidades à importação atualmente vigentes na negociação de preços e qualidade dos produtos obtidos de seus fornecedores, em geral localizados próximos a elas.

Com os dados de participação de mercado agregados no parecer da SEAE, obtivemos as seguintes variações nos graus de concentração nos mercados relevantes:

GRAU DE CONCENTRAÇÃO - VARIAÇÃO DO HHI³⁵

	Antes	Depois	Δ HHI
escapamentos ³⁶	5.078	5450	372
blocos de ferro	1699	2.259	559
cabeçotes de ferro	2920	4541	1621

Elaboração: CADE

Deve-se salientar que os índices de concentração foram elaborados somente sobre as participações das requerentes no mercado original. Como explica o parecer da SEAE, a Marelli não participa do mercado de reposição de escapamentos. No caso de blocos e cabeçotes de ferro, apesar dos reiterados pedidos da SEAE, não foram obtidas informações satisfatórias. As requerentes argumentam que não dispõe de dados informando sua participação no mercado de reposição, e que, ademais, como em geral as peças são recondicionadas e não substituídas esse mercado seria insignificante. No entanto, as requerentes também não informaram o tamanho desse mercado.

Os dados da tabela indicam claramente que a operação gera um concentração nos mercados relevantes, em especial, nos mercados de blocos e cabeçotes de ferro. No caso de escapamentos, embora o HHI seja elevado, a variação no grau de concentração resultante da presente operação foi pequena, já que a Marelli detinha um *market share* de apenas 3%.

No mercado de blocos e cabeçotes de ferro a operação gera restrições mais visíveis à concorrência, eliminando um concorrente direto e efetivo. É bem verdade que são identificadas alternativas na oferta desses produtos: GM-

³⁵ Não foi considerado o item “outros”, que inclui pequenas empresas e importações, para efeitos do cálculo do HHI.

³⁶ Cabe registrar que no parecer SEAE nº 93, referente ao presente AC, a SEAE apresenta os seguintes dados sobre o segmento original de escapamentos em 1997: **COFAP/Arvin e Kadron – 62%**; Mastra – 35% e **Magneti Marelli – 3%**. Já no AC 08012.005234/98-85, entre a Arvin Industries Inc e COFAP, avaliado pelo Plenário em 20 de janeiro de 1998, a SEAE apresenta os seguintes dados: **Arvin – 30%**; **Magneti Marelli – 45%**, Mastra – 20%; e Walker – 4,5%. Mesmo considerando os possíveis somatórios de participações entre empresas envolvidas, ainda restaria uma diferença de 10% (COFAP/Arvin e Kadron e Magneti Marelli – 65%, e Arvin e Magneti Marelli – 75%). Possivelmente, os dados referentes ao AC Arvin/COFAP são mais confiáveis, por serem mais recentes, e porque as informações sobre este setor no AC Marelli/COFAP se baseiam em estimativas das requerentes.

Ford (20,9% do *market share*), e Tupy (25%), além de outras empresas nacionais menores e estrangeiras (19,5%) no mercado de blocos de ferro e Tupy (28%) e outras empresas menores e estrangeiras (10,7%) no mercado de cabeçotes.

Vale dizer que dos concorrentes consultados, apenas a Mastra (escapamentos) ofereceu objeções. Porém, a empresa não ofereceu fatos capazes de contestar a operação (ver parecer da SEAE, fls. 252). Já alguns clientes assinalaram algumas restrições, destacando o fato da Teksid e da Marelli serem parte de uma montadora concorrente (Fiat). Em geral, os clientes manifestaram preocupações com relação à redução do número de fornecedores no mercado, deslocamento dos produtos COFAP para a linha de montagem da Fiat e elevação do nível dos preços.

Os possíveis impactos verticais decorrentes da inserção do grupo Fiat tanto na produção de autopeças como na fabricação de veículos automotivos já justificaria uma análise mais acurada por parte da autoridade *antitruste*. Sabemos que estes impactos podem gerar diversos efeitos anticompetitivos, em especial a criação de barreiras à entrada decorrentes do aumento do capital mínimo necessário, uma vez que novos entrantes poderão ser compelidos à verticalização, ou mesmo possíveis estratégias de bloqueio.

Tendo em vista os possíveis efeitos anticoncorrenciais, inclusive de natureza vertical, a análise da operação deverá considerar, a seguir, as condições de entrada, no intuito de se verificar se o *market share* obtido pelas requerentes constitui ou não fonte real de exercício de poder de mercado.

4. CONDIÇÕES DE ENTRADA

Escapamentos

Os investimentos requeridos para a produção de sistemas de exaustão em escala mínima eficiente (1 milhão de peças/ano ou 4% da produção nacional) são estimados em cerca de R\$ 8 milhões, o que pode ser considerado baixo. As requerentes não informaram os custos adicionais necessários à constituição de uma rede de revenda e de difusão da marca. Em especial, a marca COFAP deve ter importância elevada na tomada de decisão dos consumidores no mercado de reposição, o que deve elevar os investimentos de novos entrantes nesse mercado. Porém, como visto, além de ser moderadamente descon-

centrado, a operação não afetou o grau de concentração do mercado de reposição de escapamentos.

Não existem barreiras relacionadas a vantagens absolutas de custos, tais como, patentes, segredo industrial e acesso exclusivo a fontes de matérias-primas. Porém, como observa a SEAE, as montadoras tem grande poder na determinação dos preços das peças em razão do fácil acesso ao mercado internacional, o que exige escalas de produção razoavelmente elevadas e capacitação tecnológica, condições necessárias para que a fornecedora de autopeça seja competitiva na disputa por esses clientes.

Blocos e cabeçotes de ferro

Os autos não mencionam o valor do investimento requerido para a produção em escala mínima eficiente em blocos e cabeçotes de ferro (41 mil toneladas/ano, ou 29% da produção do Mercosul). É fácil perceber que a escala de produção é muito elevada, muito embora as requerentes argumentem que *“são as montadoras que custeiam os investimentos em ferramentais, o que faz com que os investimentos das fundições sejam pequenos”* (SEAE, fls. 259). Porém, as requerentes admitem que, para empresas que não atuem em mercados similares *“a fabricação de peças fundidas requer elevados investimentos em moldes e prensas e o domínio de tecnologias específicas, o que faz com que os chamados sunk costs sejam elevados”* (SEAE, fls. 260).

As requerentes também consideraram que existem vantagens absolutas de custos para empresas já instaladas, *“tendo em vista o tipo de tecnologia empregada e as economias de escala dinâmicas (learnig by doing)”* (SEAE, fls. 260). Entretanto, foi acentuado que estes custos são baixos para empresas que atuem em mercados similares. Não há barreiras vinculadas à marca pois o mercado de reposição é praticamente inexistente. A entrada na fabricação destas peças está sempre vinculada a um contrato com alguma montadora e na elaboração de um projeto específico elaborado em conjunto com a fabricante (*co-design*).

É importante mencionar que não foram registrados novos ingressos no segmento de blocos e cabeçotes. Pelo contrário, as requerentes citam as saídas da Sofunge (São Paulo), adquirida pela fundição Tupy em novembro de 1995 e desativação da fundição cativa da Ford, em 1997.

Amortecedores

Em resposta às diligências solicitadas por mim (of. LHS 70/98), as requerentes prestaram os seguintes esclarecimentos quanto às condições de entrada:

- Os investimentos necessários para montar uma planta de escala mínima eficiente de 600.000 unidades/ano somam cerca de US\$ 4 milhões. Entretanto, para montadoras que já produzem amortecedores em outros países, e que já produzem componentes mais complexos, o custo de entrada cairia para a metade;
- Não existem barreiras à entrada relacionadas com gastos em distribuição e propaganda no mercado de peças originais, sendo as peças diretamente vendidas às montadoras. No caso do mercado de peças de reposição a fidelidade à marca é mais importante, embora as requerentes afirmem que não seja uma condição necessária para a atuação das empresas;
- A produção de amortecedores requer desenvolvimento interno de capacitação tecnológica, de forma que as empresas já instaladas são capazes de produzir produtos de qualidade superior àqueles produtos oferecidos por um entrante eventual. Assim, as dificuldades em desenvolver uma tecnologia própria podem criar uma desvantagem para entrantes potenciais;
- As empresas que atuam no Brasil sofrem intensa competição potencial de produtores que atuam em outros países;
- As requerentes ainda citaram as seguintes empresas seriam candidatas em potencial para atuar no mercado brasileiro: ARVIN (norte-americana), SACHS (alemã, que já fabrica no Brasil amortecedores para tampas de porta-malas e realiza importações da Argentina), DELPHI (norte-americana, controlada pela General Motors, e que já atua via importações), SHOWA (japonesa, produz amortecedores para motocicletas na Zona Franca de Manaus), KAYABA e TOKICO (japonesas).

As requerentes informam que a empresa Stabilus implantou uma fábrica de amortecedores mola a gás em outubro de 1996 em Minas Gerais. Destacam ainda a possibilidade eminente de ingresso da empresa Sachs Automotive, do grupo Mannesman (Alemanha), que deverá investir US\$ 60 milhões na instalação de uma fábrica de amortecedores em São Paulo³⁷.

Ainda com relação às barreiras à entrada, a SEAE acrescenta que

“(...) o fato de que a entrada de quase uma dezena de novas montadoras de automóveis no Brasil criará uma demanda adicional por autopeças no longo

³⁷ Gazeta Mercantil de 26 de maio de 1997.

prazo, principalmente se persistir a exigência legal de utilização de elevados níveis de nacionalização na produção de automóveis brasileiros. Conseqüentemente, empresas poderosas e concorrentes da Magneti Marelli e COFAP no mercado internacional poderão se beneficiar de uma demanda para seus produtos no mercado brasileiro”.

O reposicionamento imediato dos produtos não é hipótese razoável devido à existência de custos irrecuperáveis significativos, em particular, no segmento de cabeçotes e blocos de ferro. Evidentemente, o grau de barreira à entrada depende da posição *a priori* do produtor potencial. Se este já atua no mercado mais amplo de fundidos, possivelmente ele possui instalações essenciais (*essential facilities*), e seus custos de entrada poderiam ser bem menores. Porém, não há elementos nos autos sobre empresas deste segmento que poderiam rapidamente reconverter parte de sua capacidade produtiva para a produção dessas peças.

As requerentes também argumentam que, devido aos baixos investimentos requeridos, as montadoras concorrentes também poderiam se verticalizar. Porém, a tendência mundial tem sido exatamente a inversa, a saber, o distanciamento das montadoras na fabricação direta de autopeças e maior frequência de projetos elaborados em parceria (*co-design*).

Contudo, como já argumentei no voto do AC nº 84/96,

“(...) procede o argumento de que a aquisição da Metal Leve pela Mahle, em vistas do cenário de ampliação da demanda com a entrada de novas montadoras no mercado não parece apresentar obstáculo nem desestímulo para a entrada de novos concorrentes. Como já se mencionou, as montadoras definem fora do país quem serão seus fornecedores e tendem a atrair, a medida em que se instalam, novos fornecedores, acirrando a concorrência de maneira geral na indústria de autopeças.”

Pela avaliação das informações, mesmo considerando o provável crescimento da demanda de autopeças, as condições de ingresso no segmento de blocos e cabeçotes de ferro são mais difíceis do que as condições de ingresso em média verificadas no setor de autopeças em geral. Assim, tendo em vista a elevação do grau de concentração, a operação, de fato, pode criar efeitos anticoncorrenciais nesse mercado.

Porém, as consulentes informaram que, em 01/07/98 foi firmado “Protocolo de Intenções para Realização de Negócio” entre a COFAP e a Indústria

de Fundação Tupy, que tem como objetivo a venda da unidade de fundição da primeira para a última no prazo de trinta dias. A comunicação sobre o protocolo de intenções envolvendo a venda da operação de blocos de motores da COFAP para a Tupy (fls. 216/218), de 03 de julho de 1998, prevê a realização de certas ações no decorrer deste prazo, com a sucessiva execução da venda. A se confirmar a venda, remédios *antitruste*, tais como a alienação deste negócio, não seriam mais necessários. Evidentemente, os efeitos desta nova operação serão avaliados no momento adequado, quando a mesma for submetida à apreciação do CADE.

No ofício LHS 70/98 foram solicitadas informações sobre o estágio atual de negociações envolvendo a COFAP e a Tupy. As requerentes afirmaram que a venda da unidade de fundição da COFAP para a Tupy veio a se consumir na forma prevista no Protocolo de Intenções acima mencionado.

5. SOBRE O ARGUMENTO DO PODER DE BARGANHA

Com relação à capacidade de exercício de poder de mercado, o argumento sobre o poder de barganha detido pelas montadoras nas negociações com seus fornecedores desenvolvido no AC 84/96 deve ser requalificado neste caso específico. Afirma a SEAE:

“ Não se pode deixar de mencionar o fato de que os dados da estrutura da demanda mostram que, após a operação, as montadoras serão clientes de uma empresa que participa de um grupo econômico diretamente concorrente (no caso, o grupo Fiat). Ficariam, pois, na dependência de fornecimento de sua concorrente para a obtenção dos produtos necessários ao seu processo produtivo. Além dos produtos em análise, preocupa, por exemplo, o caso dos amortecedores, que, embora não façam parte do mercado relevante, constituem o principal produto da COFAP, que detém cerca de 70% da participação total nos segmentos original e de reposição. Assim, se as empresas envolvidas na operação praticarem preços diferenciados ou mesmo restringirem o volume de peças vendidas ou não cumprirem prazos de entrega, estarão causando sérios prejuízos aos seus concorrentes.

Assim, como resultado das operações, o mercado restou dominado por um grupo econômico que, em sua composição, possui um forte concorrente das demais instaladas no Brasil. Nessa ordem de idéias, a tese do elevado poder de barganha das montadoras com relação a este mercado específico perde um pouco de sua força. Na verdade, verifica-se uma relação mais

próxima ao equilíbrio, dados o porte dos agentes envolvidos. Ademais, dado o porte dessas fabricantes de autopeças (gigantes mundiais), delinea-se uma tendência à necessidade de relativizar a magnitude do poder de barganha das montadoras, situação ainda não verificada na realidade do mercado” (SEAE, fls. 261).

De fato, relações de forças entre agentes econômicos próximas a uma situação de equilíbrio tende a aumentar a probabilidade de condutas anticompetitivas. Porém, a mera matriz de forças é elemento insuficiente para a análise do poder de barganha. Deve-se considerar na análise, adicionalmente, o tipo de investimento. Se o investimento necessário à produção do bem não exige conhecimentos tecnológicos específicos ou custos irrecuperáveis significativos, há baixa probabilidade de surgir problemas entre as partes. Itens desta natureza são pouco propensos a condutas anticoncorrenciais, já que a montadora, nesta situação, ou pode facilmente encontrar outras alternativas no mercado *spot*, ou pode atrair a instalação de um novo fornecedor, ou ainda, optar pela verticalização.

Em geral, como já observado, as montadoras tem relativa facilidade ao acesso ao mercado internacional de autopeças, o que suaviza os riscos de comportamento anticoncorrencial mesmo em situação de equilíbrio de forças. Neste sentido, o poder de barganha depende tanto do porte das empresas, como da existência de outras alternativas viáveis para a obtenção do produto. E aí, de fato, se a fabricação de peças fundidas (no caso de blocos e cabeçotes de ferro) requer elevados investimentos em moldes e prensas e domínio de tecnologias específicas, elevando o nível de *sunk costs* do fornecedor deste tipo de autopeça, como observado pela SEAE, a probabilidade de se encontrar fornecedores alternativos, ou mesmo de integração vertical, é menor. Portanto, concordo com a posição da SEAE de que, no caso de blocos e cabeçotes de ferro, o argumento do poder de barganha não se aplica, não apenas devido à situação de agentes econômicos de porte semelhante, como também, devido ao menor número de fornecedores alternativos.

Cabe observar, porém, que embora o maior nível de investimentos exigido no segmento de fundidos teoricamente eleve os custos da integração vertical, outras grandes montadoras também possuem produções cativas. A Ford, em resposta à SEAE, informou que 100% das peças de blocos e cabeçotes de ferro utilizadas em sua linha de montagem são importadas da planta da Ford, na Espanha. Já a General Motors informou que não adquire essas peças da Magneti Marelli ou da COFAP, sendo que no caso de motores a gasolina, sua demanda é basicamente atendida por produção cativa através de uma uni-

dade industrial em S.J. dos Campos. Entretanto é importante ressaltar que, clientes de fundidos da COFAP, como a Scania e a Hubner Indústria Mecânica, manifestaram preocupação quanto à redução do número de fornecedores e se posicionaram contrários à operação.

Nos caso específico de blocos e cabeçotes de motor, portanto, as preocupações concorrenciais seriam mais de ordem horizontal do que vertical, uma vez que as outras grandes montadoras não são clientes da COFAP e adquirem os produtos mediante produção cativa e de outros fornecedores. No caso de escapamentos e amortecedores, por possuir como clientes as outras grandes montadoras concorrentes, podem ter implicações concorrenciais mais sérias.

Abaixo estão relacionados os principais clientes da COFAP em amortecedores, conforme solicitado no of.LHS 73/98:

Principais Clientes da COFAP no Brasil	
EMPRESAS/GRUPO	% SOBRE O FATURAMENTO
FIAT AUTOMÓVEIS S/A	17,01
GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA	11,44
VOLKSWAGEN	9,13
GRUPO ROLES	6,90
GRUPO SAMA	5,24
GRUPO REAL	4,03
D.PASCHOAL S/A	3,98
MERCEDES BENZ DO BRASIL S/A	2,75
GRUPO NATACCI	2,65
GRUPO GUATIL	2,49

Fonte: Requerentes

Principais Clientes da COFAP no Mundo	
EMPRESAS/GRUPO	% SOBRE O FATURAMENTO
CHRYSLER (EUA)	18
FIAT (BR)	14
GENERAL MOTORS (BR + AR)	7
GRUPO ROLES (BR)	6
VOLKSWAGEN (BR, AR, MX)	5,8
DELPHI (GM/BR)	5,5
GRUPO SAMA (BR)	4,6
D. PASCHOAL (BR)	4

SM (VW/BR)	2,2
FORD (BR/AR)	1,7

Fonte: Requerentes

No dia 09 de dezembro passado foram remetidos ofícios à Ford, General Motors e Volkswagen, solicitando informações sobre o produto “amortecedores” utilizado por essas empresas, a saber, relação das fornecedoras, existência de produção cativa, viabilidade da aquisição do produto no mercado nacional ou no exterior no curto prazo e posicionamento quanto aos aspectos positivos ou negativos da operação no tocante a esse produto. Até o momento deste voto, das empresas oficiadas, somente a General Motors e a Volkswagen responderam às solicitações.

De acordo com a GM, a empresa não produz amortecedores e tem como única fornecedora a COFAP. Porém, afirmam que o *“fornecimento de amortecedores, tanto no âmbito nacional como internacional, poderia ser realizado pelas empresas MONROE, ARVIN, SACHS e DELPHI, que têm condições de oferecer custo e qualidade e possuem disponibilidade de oferta para atender as nossas necessidades”*. Quanto aos efeitos da operação, acreditam que a *“associação tende a aumentar a competitividade entre as empresas, com melhorias dos níveis de tecnologia e qualidade do produto”*.

A Volkswagen informou que não tem produção cativa dessas peças e possui como fornecedores, além da COFAP (39% dos amortecedores), a MONROE (48%) e a SACHS (13%). Esclareceu, ainda, que *“se um dos fornecedores aumentar os preços ou interromper a produção existe viabilidade de aquisição de amortecedores nas outras duas fontes locais. Caso este problema ocorra com as três fontes, existem empresas no exterior que, após um período de desenvolvimento da peça e dependendo de negociações comerciais, estariam aptas a fornecerem”*. Concluiu, portanto, que a parcela da operação relativa ao segmento de amortecedores não é razão de maiores preocupações para as principais concorrentes da Fiat.

4. EFICIÊNCIAS

A seguir estão descritas todas as eficiências listadas pelas requerentes:

1) Aporte de novas tecnologias;
2) Aumento das exportações, através da inserção nos canais de comercialização do grupo Marelli, permitindo que a COFAP/Marelli seja um fornecedor global;

3) Aumento da qualidade em razão das novas tecnologias;
4) Economias resultantes da maior racionalização dos investimentos e do melhor aproveitamento dos recursos despendidos com P&D;
5) Maior competitividade a partir da maior especialização e conseqüente possibilidade da COFAP/Marelli ser um <i>co-designer</i> em escala mundial;
6) Maior nível de P&D na área de amortecedores e o incremento das exportações desse produto; e
7) Maiores níveis de investimentos, produção, exportação e tecnologia de sistemas de escapamentos e amortecedores

Fonte: requerentes, fls.104

No tocante aos amortecedores, devido aos possíveis impactos verticais decorrentes da operação, solicitei aos requerentes maiores detalhes sobre os ganhos de eficiência (OF. LHS nº 73/98), cuja resposta sintetizo a seguir:

i) Viabilização a longo e médio prazo da base industrial da COFAP. Embora a empresa seja bem sucedida neste segmento de mercado, o que é visível em seu *market share*, as requerentes argumentam que as recentes mudanças no padrão de concorrência da indústria automobilística a nível mundial, certamente redundariam em crescentes dificuldades para a COFAP. A associação com a Magneti Marelli significa deverá resultar para a COFAP maiores aportes financeiros, recursos em *marketing* e distribuição, a possibilidade de produzir sistemas de suspensão completos e a elevação de sua capacidade gerencial no novo contexto de competição global. Além disto, a Magneti Marelli já se encontra homologada para fornecer diversos produtos para montadoras européias, o que representaria uma via de entrada importante para a COFAP no mercado europeu.

ii) Preservação e desenvolvimento da capacitação tecnológica da COFAP. As requerentes apresentaram previsão de investimentos da COFAP em P&D, nos próximos anos:

Ano	Valor (R\$ 1.000)
1998	3.000
1999	4.000
2000	4.000

Fonte: Requerentes

iii) Incremento das exportações de amortecedores. A quantidade de amortecedores exportados para a FIAT italiana deverá aumentar de 1 milhão

de peças/ano para 3 milhões, pois se prevê que a COFAP abastecerá amortecedores dianteiros de outros modelos fabricados na Itália. Segundo as requerentes, estima-se que cerca de 25% das necessidades de amortecedores da FIAT italiana deverão ser abastecidas pela fábrica da COFAP no Brasil.

Além disso, a COFAP deverá diversificar sua linha de amortecedores para atuar no mercado europeu de peças de reposição. Estes novos produtos deverão, inclusive, se refletir no crescimento da oferta interna de reposição de amortecedores para veículos importados.

As requerentes também assinalam a expansão da COFAP em diversos países, destacando a construção de fábricas de amortecedores nos EUA e na Argentina, a produção de amortecedores na Itália com tecnologia desenvolvida pela COFAP e negociação de três *joint ventures* em países em desenvolvimento.

Por fim, foi respondido que a operação deverá redundar em um importante processo de modernização gerencial da COFAP, que inclui investimentos no valor de R\$ 1,5 milhões em 1999 na modernização da infraestrutura de informática da COFAP, a difusão de modernas técnicas de gerenciamento detidas pela Marelli, programa de treinamento gerencial nos próximos três anos, onde já foram investidos R\$ 513 mil na área de amortecedores, e implementação de sistema de intercâmbio de pessoal desde 1998.

As requerentes também destacam as seguintes condições estruturais na indústria de autopeças que propiciariam a transferência parcial das eficiências para os consumidores:

- Rivalidade local entre produtores de sistemas de exaustão e blocos e cabeçotes para motores;
- Pressão concorrencial exercida pelas autopeças importadas. As requerentes ainda observam que os blocos e cabeçotes concorrem com motores prontos importados;
- Baixas barreiras à entrada nos mercados relevantes de sistemas de escapamentos e blocos e cabeçotes, garantindo intensa concorrência potencial.

As requerentes argumentam que as tendências mercadológicas e tecnológicas no mercado internacional de autopeças exigem uma série de inovações, requerendo recursos físicos financeiros e tecnológicos,

que estão além da capacitação da COFAP. Estas inovações tecnológicas seriam as seguintes:

Escapamentos – coletor tubular, tubo de parede dupla, controle ativo de ruído, conversor catalítico com substrato metálico.

Amortecedores – sistemas de suspensão com forças variáveis e comandos eletrônicos.

Cabeçotes e blocos - substituição das peças de ferro por peças de alumínio em veículos leves.

Vale dizer que, embora se trate de produtos em declínio no segmento de veículos leves, os blocos e cabeçotes de ferro são predominantes em veículos pesados. Foi visto que, esse segmento de mercado não faz parte do *core business* da Mahle e da Marelli . Atualmente as operações do negócio de fundição tem sido gerenciadas conjuntamente pelas empresas. O desinteresse pela realização de maiores investimentos nesse negócio é visível na apresentação da operação pelas requerentes:

“(...) a fundição constitui-se em um mercado maduro, de baixa rentabilidade, inibindo investimentos, sendo estes de alto valor. Por consequência, temos na COFAP a operação deste segmento com tecnologia amplamente defasada e altos custos de produção (em especial de insumos e de mão de obra), o que impede a mesma de concorrer com outros grandes produtores mundiais” (fls. 45).

Em segundo lugar, a maior parte das necessidades de consumo de blocos e cabeçotes da Fiat são atendidas pela própria Teksid, subsidiária do Grupo Fiat, não havendo ganhos verticais de eficiência ou de redução dos custos de transação. Além disto, a COFAP concentra esse negócio no segmento de veículos pesados, cujas peças fundidas demandadas são de ferro, e não de alumínio.

Portanto, no tocante a essa parcela dos negócios da COFAP, não vislumbro eficiências que a operação pudesse trazer, e que eventualmente compensasse a elevação da concentração.

5. CONCLUSÕES

A operação trouxe alguns impactos verticais, que possivelmente podem resultar em maiores ganhos de eficiência às adquirentes. Porém, como

sabemos, se a verticalização muitas vezes corresponde à maximização da eficiência privada, não necessariamente será equivalente à maximização da eficiência social. Neste caso, as restrições e incentivos impostos pela legislação *antitruste* devem regular as decisões de integração em função do bem estar social.

Uma crítica comum ao argumento fundado na eficiência - a concentração vertical com ênfase na redução dos custos - é que a integração tem impacto anticoncorrencial, por aumentar o capital mínimo necessário à entrada por parte de um concorrente potencial. A maior eficiência obtida com a integração poderá implicar em maior poder de mercado, e portanto, maior concentração horizontal.

A opção das montadoras concorrentes pela integração vertical contrariaria as tendências recentes observadas no setor automobilístico. As próprias requerentes afirmam que a “*desverticalização das empresas montadoras está sendo acompanhada pelo surgimento do método de fornecimento de sistemas*” (fls.47), inspirado no sistema de “produção enxuta”, de origem japonesa. Ao contrário do método fordista de integração vertical máxima, o método de produção enxuta “*privilegia o sistema de sub-contratação de fornecedores externos, gerando uma desverticalização das montadoras*” (fls.48). O processo de montagem do veículo concentra-se, principalmente, em uma centena de sub-sistemas, onde são elaborados sistemas de componentes ou sub-montagens para montadoras. Assim, as relações entre fornecedor e montadora tende menos à integração vertical do que a outras formas de quase-integração, onde as decisões de cada agente são descentralizadas e autônomas e o desenvolvimento de produtos baseadas na cooperação.

A *rationale* econômica que explique a opção pela desverticalização mesmo quando existe especificidade de ativos pode ser fundamentada, por exemplo, na teoria dos direitos de propriedade desenvolvida pelo economista Oliver Hart³⁸. Embora a integração vertical seja uma solução em situações de ativos específicos, não necessariamente será ótima, porque tende a criar subinvestimentos da parte que teve reduzido seus direitos de propriedade. Assim, se por um lado a integração reduz os problemas de oportunismo, por

³⁸ Veja Hart Oliver. *Firms, Contracts and Financial Structure*. Cleveland Press, 1995.

outro, tende a criar desbalanceamentos na organização, devido a problemas de desestímulo pela perda daqueles direitos.

Sem dúvida, na inexistência de fornecedores alternativos e se por hipótese, surgirem comportamentos anticoncorrenciais por parte grupo Fiat, certamente as empresas optariam pela verticalização. Entretanto, tendo em vista as tendências recentes do setor automobilístico (fornecimento global e “produção enxuta”) somados à necessidade de conhecimentos tecnológicos específicos e de uma série de custos irrecuperáveis (no caso de blocos e cabeçotes de ferro), tal opção seria a mais ineficiente do ponto de vista privado, e em última análise, do ponto de vista dos consumidores finais.

No segmento de escapamentos, como visto, a operação não gerou concentração significativa, uma vez que a Marelli detinha uma participação de apenas 3% do mercado. Há que se destacar que os custos de entrada são relativamente baixos e que as montadoras tem amplo acesso ao mercado internacional, o que limitaria em muito o sucesso de qualquer estratégia anticoncorrencial envolvendo manipulação de preços ou quantidades no curto prazo.

No caso do segmento de amortecedores, também não se vislumbrou barreiras significativas à entrada. Embora não tenha ocorrido concentração horizontal, a operação poderia gerar impactos verticais negativos em razão do significativo *market-share* da COFAP. Porém, ao consultar três dos principais clientes da COFAP, duas não se manifestaram e uma foi favorável à operação.

Além disto, como destaquei no AC 84/96, o “*novo ambiente competitivo impõe, para as fabricantes nacionais de autopeças dificuldades até então inusitadas. De fato, como destaca o referido estudo do BNDES,*

"Apesar das expectativas de crescimento da indústria automobilística, inclusive com a entrada de novas montadoras - os países em desenvolvimento são vistos como a área de maior crescimento -, muitas empresas estão ameaçadas. As vultuosas exigências de capitalização e de investimentos para a ocupação de espaços nesta nova cadeia, o volume crescente de importação e a concorrência com novos fabricantes internacionais, trazidos pelas próprias montadoras, são alguns dos aspectos que mais afetam as empresas existentes no país."

O resultado desse contexto é a fragilização das posições de mercado de tradicionais firmas de capital nacional atuantes no setor.(...)”. *A abertura da economia a partir dos anos noventa, se trouxe inegáveis benefícios à di-*

nâmica da concorrência no setor automotivo, também exige que as empresas de autopeças se adaptem às novas condições de mercado e às pressões competitivas advindas de concorrentes internacionais. São condições essenciais à sobrevivência destas empresas a necessidade de reduzir custos, se integrando no esquema de global source e follow source para a produção de carros mundiais e produzir produtos de padrão de qualidade internacional, o que exige aportes tecnológicos e financeiros significativos.

Já o segmento de blocos e cabeçotes de ferro, como assinalado, levanta preocupações de natureza *antitruste*. A operação elevou substancialmente o grau de concentração, eliminando um concorrente direto e efetivo. Por sua vez, as possibilidades de entrada não são imediatas uma vez que parcela dos investimentos necessários implicam em *sunk costs* elevados, resultando na elevação dos riscos associados a este tipo de negócio. As próprias requerentes também admitem que existem dificuldades associadas a economias de escalas dinâmicas (*learning by doing*) para quem não atua no mercado ou em mercados similares. Por fim, vale dizer que não há substituíbilidade entre de peças de ferro (veículos pesados) e peças de alumínio (veículos leves).

Também não se vislumbraram eficiências capazes de compensar os danos à concorrência causadas pela operação nesse segmento específico. Além disto, o negócio de blocos e cabeçotes de ferro não faz parte do *core business* da Marelli ou da Mahle, o que me leva a concluir que não há elementos para supor que o inciso I do par. primeiro do art. 54 venha, para este mercado relevante, a ser cumprido, ao mesmo tempo quem fica evidente o descumprimento do inciso III do mesmo parágrafo.

Há notícia nos autos de ter sido firmado “Protocolo de Intenções para Realização de Negócio” entre a COFAP e a Indústria de Fundição Tupy, que tem como objetivo a venda da unidade de fundição da primeira para a última. Posteriormente, as requerentes afirmaram que a venda da unidade de fundição da COFAP para a Tupy veio a se consumir na forma prevista no Protocolo de Intenções acima mencionado. A documentação comprobatória da efetiva alienação do negócio de blocos e cabeçotes em favor da Indústria de Fundição Tupy foi apresentada pelas requerentes (fls. 398/422). Sobre esta operação em particular, a Procuradoria do CADE afirmou que “a venda dos negócios de fundição da COFAP, através da Fundição Mauá, para a Fundição TUPY representa fator positivo”, considerando a concentração resultante no segmento de blocos e cabeçotes de ferro, e que seria, mesmo, “*pró-competitiva por diminuir os efeitos de concentração na operação original*”.

Devo fazer apenas um pequeno reparo, quando o sr. Procurador afirma que “conforme comunicado na petição às fls.399, as requerentes apresentaram tal operação junto à SDE em 06 de julho de 1998, tendo sido confirmada a concretização de venda da fundição em 02 de dezembro de 1998”. Na verdade, as requerentes protocolaram pedido de anexação de cópias do “Fato Relevante” , publicado na imprensa, sobre o já mencionado “Protocolo de Intenções para Realização de Negócio” entre a COFAP e a Fundição Tupy. A operação entre estas empresas ainda não foi comunicada ao CADE, nos termos da Resolução nº 15 /CADE, para sua devida apreciação.

8. DECISÃO

Por todo o exposto, e tendo sido demonstrada a transferência do negócio de blocos e cabeçotes de ferro da COFAP para a Fundição Tupy, aprovo a operação sem restrições.

Decido ainda que as requerentes deverão submeter à apreciação do CADE, em até quinze dias após a publicação do acórdão deste processo, operação envolvendo a COFAP e a Fundição Tupy, nos termos previstos no art. 54 da lei nº8.884/94, sem prejuízo de aplicação de multa ou outras penalidades previstas em Lei.

Quanto ao nº 08012.007995/97-81 (MAHLE GmbH e COFAP), extinguo o processo sem julgamento de mérito, por já terem sido examinadas por este Plenário os efeitos da operação em tela.

É o voto.

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPÉIA

PROCESSO IV/M.794 - COCA-COLA/AMALGAMATED BEVERAGES GB

Decisão da Comissão de 22 de Janeiro de 1997 que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE (Processo IV/M.794 - Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB) (Apenas faz fé o texto em língua inglesa) (Texto relevante para efeitos do EEE)

Jornal oficial no. L 218 de 09/08/1997 P. 0015 - 0042

Texto:

DECISÃO DA COMISSÃO de 22 de Janeiro de 1997 que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE (Processo IV/M.794 - Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB) (Apenas faz fé o texto em língua inglesa) (Texto relevante para efeitos do EEE) (97/540/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu e, nomeadamente, o seu artigo 57º,

Tendo em conta o Regulamento (CEE) nº 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989 relativo ao controlo das operações de concentração de empresas ¹, com a última redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia e, nomeadamente, o nº 2 do seu artigo 8º,

Tendo em conta a decisão da Comissão de 13 de Setembro de 1996 de dar início a um processo no presente caso,

Tendo dado às empresas interessadas a oportunidade de apresentarem as suas observações sobre as objecções levantadas pela Comissão,

¹ JO nº L 395 de 30. 12. 1989, p. 1, e JO nº L 257 de 21. 9. 1990, p. 13 (rectificação)

Tendo em conta o parecer do Comité Consultivo em Matéria de Concentração de Empresas ²,

Considerando o seguinte:

(1) Em 9 de Agosto de 1996, a Comissão recebeu uma notificação de uma operação através da qual a Coca-Cola Enterprises Inc. (CCE) adquiriria a totalidade do capital subscrito da Amalgamated Beverages Great Britain (ABGB), a empresa-mãe da empresa britânica de engarrafamento, Coca-Cola & Schweppes Beverages Limited (CCSB).

(2) Após análise da notificação, a Comissão decidiu, em 13 de Setembro de 1996, que a operação notificada era abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento (CEE) n° 4064/89 («regulamento das concentrações») e que levantava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE.

I. AS PARTES

A. CCE

(3) A CCE é, a nível mundial, a maior empresa de engarrafamento dos produtos da The Coca Cola Company (TCCC). A CCE foi criada em 1986, altura em que a TCCC iniciou a consolidação das suas operações de engarrafamento nos Estados Unidos da América e colocou 51 % das acções da CCE à disposição do público.

No início da década de 90, a CCE efectuou uma fusão com o grupo de engarrafamento Johnston, o maior engarrafador independente de Coca-Cola nos Estados Unidos. A CCE desenvolve a sua actividade principalmente nos Estados Unidos, onde, para além de engarrafar os produtos da TCCC (56 % das vendas da TCCC nos Estados Unidos em 1995), engarrafa igualmente um produto da Cadbury Schweppes - Dr. Pepper - e distribui diversas outras marcas nacionais.

(4) A CCE iniciou as suas actividades no Espaço Económico Europeu em 1993 ao adquirir as actividades de engarrafamento e distribuição da TCCC nos Países Baixos. Em 1996, adquiriu as actividades de engarrafamento e

² JO n° C 243 de 9. 8. 1997

distribuição da TCCC na Bélgica e na França. A CCE é praticamente o único engarrafador de produtos da TCCC nestes países.

Relações entre a CCE e a TCCC

(5) A TCCC é o maior accionista individual da CCE, com cerca de 45 % das suas acções. Contudo, não existem quaisquer direitos formais relacionados com esta participação, em especial no que se refere à composição e votação no conselho de administração. Existem todavia diversos factores que, quando avaliados de forma cumulativa, levam a concluir que a TCCC tem a possibilidade de exercer uma influência decisiva de facto sobre a CCE, na acepção do nº 3 do artigo 3º do regulamento das concentrações.

(6) Fundamentalmente, a participação de 45 % da TCCC deverá ser considerada como um investimento estratégico que lhe confere uma influência considerável sobre as actividades comerciais da CCE, especialmente devido ao facto de nenhum outro accionista individual ter mais de 8 %. O director-geral, Sr. Johnston, e sua família têm uma participação de 8 %, os quadros e trabalhadores da CCE têm 9 % das acções e investidores institucionais têm uma participação de 28 %, mas nenhum deles tem individualmente mais do que uma percentagem ligeiramente superior a 5 %, sendo os restantes 10 % do público. Nenhum outro accionista tem uma posição tão forte como a TCCC em termos de direitos de voto.

(7) Nos últimos anos, a participação da TCCC quase atingiu uma maioria dos votos expressos nas assembleias gerais anuais (49,79 % em 1994, entre 48,09 % e 48,84 % em 1995, e entre 48,2 % e 48,8 % em 1996).

(8) As partes alegam que, colectivamente, os interesses financeiros dos restantes accionistas minoritários contrabalançam efectivamente os interesses da TCCC, que em parte podem ser influenciados pelos volumes de vendas de concentrado. Contudo, a TCCC nunca se encontrou numa posição minoritária na votação numa assembleia anual de accionistas. Para além disso, tendo em conta o facto de o capital remanescente se encontrar muito disperso e de estas participações não representarem interesses homogéneos, é muito improvável que estes accionistas votem, em conjunto, contra a TCCC. Por outro lado, ao considerarem os seus interesses financeiros, estes accionistas teriam de ponderar qualquer ganho a curto prazo com um potencial prejuízo a longo prazo, a nível do valor das suas acções na CCE, se votassem contra a TCCC.

(9) A improbabilidade de a TCCC não conseguir obter uma maioria numa assembleia anual de accionistas é reforçada pelas considerações seguintes: como afirmou a própria CCE no seu relatório anual de 1995, a empresa é o

maior engarrafador mundial dos produtos da TCCC. Cerca de 90 % do volume de negócios mundial da CCE (aproximadamente 100 % no caso das suas operações europeias, até ao momento) resulta das vendas de produtos da TCCC. Assim, a actividade da CCE está intimamente ligada à da TCCC, dependendo desta última empresa. As partes negam o facto de a CCE depender da TCCC, em especial estabelecendo paralelismos com os acordos de distribuição exclusiva. Contudo, será difícil comparar a relação entre a TCCC e a CCE com um acordo de distribuição exclusiva, devido em especial à participação de 45 % da TCCC na CCE e à estrutura dos restantes accionistas. Além disso, é inconcebível que a CCE possa substituir a Coca-Cola pela Pepsi-Cola ou por qualquer outra marca de cola, enquanto a TCCC tiver uma tal posição de força no mercado. Por outro lado, mesmo se o facto de a CCE adquirir cerca de 18 a 20 % da produção total da TCCC lhe proporciona uma certa influência sobre esta última empresa, e lhe permita prejudicá-la gravemente se assim o entender, este poder não pode ser comparado com a influência susceptível de ser exercida pela TCCC, uma vez que o volume de negócios da CCE depende a 90 % dos produtos da TCCC.

(10) Se a TCCC tivesse dificuldade em obter uma maioria, poderia facilmente adquirir uma participação de 2 % na Bolsa, o que lhe asseguraria uma maioria absoluta. O facto de tal não ter sido considerado necessário uma indicação suplementar de que já tem o controlo na prática.

(11) A CCE realça o facto de desempenhar um papel activo enquanto engarrafador independente no mercado. A Comissão admite que a TCCC reconhece o saber-fazer da CCE na actividade de engarrafamento e o facto de a TCCC não interferir normalmente com a actividade da CCE. Contudo, a CCE só dificilmente poderá ignorar que 'o equilíbrio económico entre ela própria e a TCCC pende fortemente a favor da TCCC: a CCE engarrafa cerca de 15 a 20 % dos produtos da TCCC a nível mundial, enquanto cerca de 90 % das vendas da CCE dizem respeito a produtos da TCCC. É evidente que a TCCC optou por criar a CCE para constituir a base das suas actividades de engarrafamento em muitas partes dos Estados Unidos e na União Europeia. Um dirigente da TCCC afirmou num documento sobre as vantagens da recente reestruturação das actividades de engarrafamento («How will Recent Bottling Restructuring Produce Benefits») que «[a Coca-Cola] e as empresas que estão na base das actividades de engarrafamento [dos quais a CCE é a mais importante] são parceiros estratégicos que partilham os objectivos comuns do sistema Coca-Cola».

(12) As partes afirmaram igualmente que o sistema de remuneração dos quadros da CCE garante também a sua independência relativamente à TCCC, uma vez que assegura que os dirigentes e gestores não incentivam um crescimento em termos de volume se tal for prejudicial para os lucros da CCE. Contudo, o relatório anual da CCE de 1995 afirma que os seus quadros tomam decisões com o objectivo de aumentar o valor económico a longo prazo da empresa. Deste relatório conclui-se também claramente que o aumento do volume é essencial para a rentabilidade a longo prazo da CCE.

(13) Pelas razões acima expostas, consideradas em conjunto, a Comissão conclui que a TCCC se encontra em posição de exercer uma influência decisiva sobre a CCE e, como tal, controla a empresa na acepção do n.º 3 do artigo 3.º do regulamento das concentrações. A Comissão rejeita o argumento das partes de que é necessário determinar a existência de controlo para cada factor individualmente. De resto, o n.º 3 do artigo 3.º prevê expressamente que o controlo pode basear-se numa combinação de factores ou num único elemento de facto.

(14) [. . .]³

B. ABGB E CCSB

(15) A ABGB é uma filial da Cadbury Schweppes plc (CS), que possui uma participação de 51 %. Os restantes 49 % são detidos pela TCCC. Estas duas empresas exercem efectivamente o controlo conjunto da ABGB. Este aspecto será abordado de forma mais aprofundada na apreciação da operação projectada. A ABGB é a empresa-mãe da CCSB, a empresa de engarrafamento criada em 1987 pela CS, pela Coca-Cola Export Corporation e pela TCCC com o objectivo de produzir, embalar, comercializar, distribuir e vender bebidas não alcoólicas na Grã-Bretanha. A maioria das bebidas não alcoólicas da CCSB é produzida a partir de concentrados, essências e extractos fabricados pelos seus proprietários, CS e TCCC.

II. A OPERAÇÃO

³ No texto da presente decisão destinado a publicação determinadas informações colocadas entre parênteses rectos [. . .] foram omitidas ou substituídas por margens amplas, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 17.º do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 no que respeita aos segredos comerciais

ASPECTOS GERAIS

(16) No âmbito da transacção projectada, a CCE e, conseqüentemente, a TCCC adquiririam o controlo exclusivo da CCSB, mediante a aquisição de todas as acções da ABGB, através de uma nova filial propriedade a 100 %, a Bottling Holdings (Great Britain) Limited (a seguir denominada «Newco»). Esta «Newco» adquirirá 51 % das participações da CS e a participação de 49 % na ABGB da Coca-Cola Holdings (United Kingdom) Limited, propriedade da TCCC.

(17) Além disso, foram negociados novos acordos de concessão de licença entre a CCE e a TCCC no que se refere aos produtos da TCCC, e entre a CCE e a CS no que se refere aos produtos da CS. A TCCC informou a Comissão de que o seu novo acordo de concessão de licença com a CCSB corresponderá ao seu modelo de acordo de licença europeu (acordo de engarrafamento). Nos termos do novo acordo de licença da CS, a CCE, através da CCSB, deteria um direito exclusivo de fabricar, distribuir, comercializar e vender, na Grã-Bretanha, as marcas da CS de bebidas não alcoólicas, ao abrigo de um contrato válido por 15 anos (renovável por um período adicional de 10 anos). Considera-se que os acordos de licença entre a CS e a CCE não estão directamente relacionados com a operação projectada e não são indispensáveis à sua concretização. Estes acordos foram notificados à Comissão e estão actualmente a ser analisados à luz do Regulamento nº 17 do Conselho⁴.

(18) Ao ser adquirida pela CCE, a CCSB produziria, embalaria, distribuiria, comercializaria e venderia os produtos da CS e da TCCC na Grã-Bretanha, bem como os produtos de terceiros que estão actualmente cobertos por acordos de engarrafamento.

ACORDO ENTRE A COMUNIDADE EUROPEIA E OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

(19) O presente processo preenche as condições de aplicação do acordo concluído entre as Comunidades Europeias e os Estados Unidos da América.

III. A CONCENTRAÇÃO

⁴ JO nº 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62

(20) No âmbito da operação projectada, a CCE e, conseqüentemente, a TCCC adquiririam 100 % do capital subscrito da ABGB e, por conseguinte, o controlo exclusivo da CCSB. Esta operação constitui uma concentração nos termos do nº 1, alínea b), do artigo 3º do regulamento das concentrações.

IV. DIMENSÃO COMUNITÁRIA

(21) O volume de negócios anual da CCE para o ano que termina em 1995 elevava-se a 5 178 milhões de ecus, dos quais 259 milhões de ecus foram realizados no Espaço Económico Europeu, tendo mais de 97 % deste montante sido realizado nos Países Baixos. O volume de negócios da ABGB elevou-se, em 1995, a 1 091 milhões de ecus, tendo mais de 99 % desse montante sido realizado no Reino Unido. Conseqüentemente, as duas empresas não realizam mais de dois terços dos seus volumes de negócios a nível comunitário num mesmo Estado-membro. Uma vez que a CCE e a ABGB atingem o limiar relativo ao volume de negócios conjunto a nível mundial, a operação tem uma dimensão comunitária nos termos do nº 2 do artigo 1º do regulamento das concentrações, não sendo necessário considerar o volume de negócios da TCCC para efeitos do presente processo.

V. COMPATIBILIDADE COM O MERCADO COMUM

(22) A transacção projectada não implica qualquer cumulação de quotas de mercado ou marcas, uma vez que a CCE não desenvolve actualmente actividades na Grã-Bretanha. Contudo, por forma a avaliar os efeitos da aquisição projectada da CCSB pela CCE/TCCC é necessário determinar em que medida os produtos fornecidos pela CCSB constituem um ou mais mercados relevantes.

A. MERCADO DO PRODUTO RELEVANTE

(23) As partes que participam na operação notificada desenvolvem as suas actividades a nível da preparação, embalagem, comercialização, distribuição e venda de bebidas comerciais. Tanto a CBSB como a CCE são importantes empresas no sector do engarrafamento de bebidas não alcoólicas. Na sua notificação, a parte notificante afirmou que o mercado do produto relevante é o mercado das bebidas comerciais, que abrangeria, segundo a CCE, uma variedade extremamente grande de produtos. No que se refere aos produtos da CCE e da CCSB este mercado relevante abrangeria um amplo leque de refrigerantes, de bebidas não alcoólicas não gaseificadas, de sumos de frutas e de águas engarrafadas. Além disso, o mercado do produto relevante abrangeria

também qualquer outra bebida, incluindo bebidas quentes tais como chá e café.

(24) Na sua notificação, a CCE não estabelece qualquer distinção entre diferentes categorias de clientes, que incluem grandes retalhistas «múltiplos» alimentares, pubs e restaurantes, pequenas mercearias, cadeias de quiosques, estações de serviço, serviços de restauração, etc.

(25) Nos termos do regulamento das concentrações, o mercado do produto relevante engloba os produtos que são substituíveis, do ponto de vista do consumidor, devido às suas características, aos seus preços e à sua utilização. A definição de mercado proposta pela parte notificante parece basear-se num conjunto de considerações distinto, por exemplo, a procura total que podem satisfazer com os seus produtos, o seu desejo de aumentarem a sua parte no consumo de bebidas, ou uma substituibilidade meramente funcional em termos de «saciar a sede». A Comissão já rejeitou este tipo de abordagem em anteriores decisões no sector das bebidas.

(26) A Comissão entende que, pelas razões que a seguir se apresentam, o mercado do produto relevante compreende a venda de refrigerantes com aroma de cola («colas»), que representam cerca de 50 % de todos os refrigerantes:

- a maioria dos clientes e concorrentes contactados consideram que as colas constituem um mercado distinto,
- as partes e os seus concorrentes organizam os seus estudos de marketing com base num mercado das colas,
- as partes formularam uma política de fixação de preços específica para as colas,
- as colas com marca de distribuidor apresentam características diferentes e a recente introdução de colas com marca de distribuidor de elevada qualidade parece ter provocado ganhos principalmente a expensas de outras colas, tendo os principais concorrentes apenas reagido no que se refere aos seus produtos de cola, e - as considerações atinentes à substituibilidade do lado da oferta não podem conduzir a uma extensão do mercado.

Estes motivos são analisados pormenorizadamente nos considerandos 30 a 94. Além disso, quando se consideram os diversos tipos de clientes dos engarrafadores de colas, o mercado do produto deverá ser dividido em três canais diferentes:

- venda de colas a retalhistas «múltiplos» para consumo doméstico,
- venda de colas a pubs e restaurantes para consumo no local e,

- vendas a pequenas mercearias independentes, cadeias de quiosques, estações de serviço, empresas de serviços de restauração e outros.

(27) Os outros refrigerantes podem, aparentemente, distinguir-se de outros tipos de bebidas (sumos, produtos lácteos, águas, etc.) devido às suas características, preços e utilização. É menos claro em que medida refrigerantes com outros aromas podem ser considerados como constituindo, por si só, mercados relevantes distintos. Na generalidade, os retalhistas e os concorrentes afirmaram que tinham uma imagem menos distinta do que as colas. Contrariamente às colas, o preço parece desempenhar um papel mais importante. Nas suas respostas à Comissão os operadores no mercado não identificaram de forma coerente qualquer outro aroma com possibilidades de mudança tão limitadas. É também relevante que enquanto as principais marcas de cola estão reservadas a bebidas com aroma a cola, as marcas de outros aromas incluem uma gama de outros sabores, como acontece por exemplo com a Sunkist, a Tango ou a Schweppes. Consequentemente, a Comissão considera que não existem elementos suficientes que permitam concluir que outros refrigerantes aromatizados constituem ou não mercados distintos. Contudo, uma vez que as colas constituem um mercado distinto e que, tal como já afirmado, existe uma posição dominante neste mercado, não é necessário, para efeitos do presente processo, chegar a uma conclusão final sobre esta questão.

(28) Existem todavia interações significativas entre as colas e os refrigerantes com outros aromas em termos de equivalência de custos e de equipamentos de engarrafamento e distribuição, efeitos da gama de produtos na comercialização, concorrência entre diferentes marcas no que se refere à estratégia de marca e ao posicionamento da mesma. Estas considerações apontam para uma certa complementaridade de diversos tipos de bebidas, e não tanto para uma substituíbilidade a nível da procura. A evolução do volume de venda ao longo do tempo (ver anexo 5 que apresenta um mapa das vendas semanais, por volume, de diversos tipos de bebidas Fonte: Nielsen, fornecida pela CCSB) indica que os volumes apresentam uma tendência para aumentarem em conjunto quando a procura aumenta, por exemplo, no Verão ou no período do Natal.

(29) Estas considerações não se afiguram suficientes para que se possa alargar o âmbito do mercado do produto a todos os refrigerantes. Serão abordadas expressamente na análise dos elementos em que a Comissão baseia a sua avaliação do mercado do produto.

1. Considerações a nível da procura; características do produto e preferências do consumidor

Distinção entre refrigerantes e outros tipos de bebidas

(30) Os padrões de consumo de diversos tipos de bebidas parecem apresentar diferenças significativas. As águas minerais e os sumos, por exemplo, são normalmente consumidos durante as refeições em casa, e os sumos especialmente ao pequeno almoço. Os refrigerantes são normalmente consumidos noutras ocasiões, [. . .]. O estudo efectuado pela Audits and Surveys Worldwide na Grã-Bretanha (Março de 1996) apresenta resultados comparáveis. Os refrigerantes constituem a bebida favorita em locais que servem refeições rápidas ou em diversas reuniões sociais. Em contrapartida, os sumos de frutas e as águas minerais estão mais associadas ao desejo de beber algo saudável. Apenas um número reduzido de consumidores associou os refrigerantes à saúde na sua resposta a este inquérito.

(31) Estas diferenças nos padrões de consumo reflectem as diferentes exigências dos consumidores no que se refere às bebidas e as diversas razões subjacentes à escolha de uma bebida específica. Estas motivações vão desde a necessidade meramente funcional/fisiológica de saciar a sede, a razões relacionadas com a nutrição e com diversas necessidades psicológicas (papel social, carácter reconfortante, pausa, recompensa, estímulo e outras) (fonte: análise de mercado apresentada por um concorrente).

(32) Consequentemente, o leite e os sumos parecem responder a uma necessidade de nutrição e são normalmente consumidos ao pequeno-almoço. Os sumos de fruta ou as águas minerais estão predominantemente associados às bebidas naturais (bebidas sem aditivos e sem açúcar) e na base da sua procura encontram-se sobretudo considerações de saúde e de um estilo de vida saudável.

(33) Por outro lado, os consumidores consideram que as principais propriedades físicas genéricas dos refrigerantes são o facto de serem doces, o sabor a açúcar e a sua composição efervescente [. . .]. Os refrigerantes possuem, em certa medida, uma imagem de produtos artificiais e não parecem estar de nenhum modo associados a um efeito positivo sobre a saúde. Estes dois aspectos são documentados no Monitor Driver Quantification Study, que apenas se refere à Coca-Cola (o principal refrigerante em termos de volume), tendo este estudo sido facultado pelas partes. Os refrigerantes são normalmente consumidos devido às suas propriedades estimulantes (açúcar, cafeína, efervescência) e

não tanto devido às suas propriedades para saciar a sede. As razões de base que levam os consumidores a optarem pelos refrigerantes ou, por exemplo por leite, sumos ou águas engarrafadas, parecem ser radicalmente diferentes.

(34) Dentro dos refrigerantes, a procura de colas resulta em larga medida da percepção da marca e da imagem associada às marcas por parte dos consumidores. O sabor constitui igualmente um factor na determinação da escolha das colas, mas afigura-se que os operadores de mercado lhe atribuem uma importância secundária face a outros refrigerantes. Os orçamentos consideráveis que são gastos todos os anos pelos grandes fornecedores de colas na publicidade das suas marcas junto do consumidor final (ver anexo 2) vêm apoiar este ponto de vista. Afigura-se igualmente, a partir das respostas dos concorrentes e clientes, que enquanto a marca e a imagem são os principais factores subjacentes ao consumo de colas, o preço e o sabor desempenham um papel menos importante. Contudo, o preço e o sabor parecem ser mais importantes no que se refere a outros refrigerantes e outros tipos de bebidas.

(35) Estas considerações aplicam-se, em certa medida, à generalidade dos refrigerantes. Afigura-se que existem razões básicas para que se estabeleça uma distinção entre os refrigerantes e as outras bebidas, podendo os refrigerantes constituir um mercado relevante para o exame de uma questão específica.

(36) Contudo, a questão-chave que deverá ser abordada no âmbito da presente concentração consiste em saber se a fixação de preços das colas é suficientemente restringida pela possibilidade de a procura passar para outros tipos de bebidas. Para o efeito, a Comissão analisou i) as opiniões de clientes e concorrentes, ii) os estudos de marketing e documentos internos apresentados pelas partes e iii) o impacto do recente lançamento de colas com marca de distribuidor no Reino Unido.

2. Opiniões dos clientes e concorrentes

(37) A maioria dos concorrentes e clientes da CCSB contactados pela Comissão no âmbito da sua investigação indicou não ser provável que os consumidores de colas passem para outras bebidas em resposta a uma pequena alteração no preço relativo das colas. Aqueles que consideram que se verificaria alguma substituição, indicaram que esta passagem se faria principalmente para outros refrigerantes e que o impacto sobre os sumos, águas minerais ou bebidas não alcoólicas não gaseificadas seria, quanto muito, negligenciável.

(38) Dos seis retalhistas «múltiplos» (que constituem uma significativa proporção deste canal) que responderam aos pedidos formais de informação, apenas um referiu que, na sua opinião, um aumento de 5 a 10 % no preço das colas no Reino Unido levaria muitos consumidores de colas a passarem a consumir outro tipo de bebidas. Um outro retalhista não forneceu uma resposta específica. Os restantes referiram que não haveria substituição ou apenas uma substituição muito limitada. Diversos retalhistas indicaram que as promoções de uma determinada cola provocam um aumento na venda de colas, mas não produzem um efeito apreciável noutros refrigerantes. Da mesma forma, as promoções dos refrigerantes com outros aromas não afectam as vendas de colas.

(39) Dos doze concorrentes cujas respostas foram analisadas, sete indicaram que se verificaria uma substituição limitada ou nula das colas; dois não responderam à questão; dois indicaram que na sua opinião se produziria uma transferência significativa para outros refrigerantes e um referiu que os seus estudos sobre as elasticidades de preços se limitavam a uma categoria de produtos restrita, o que o impossibilitava de responder à questão da interacção entre colas e outras categorias. Os que consideraram que existiria uma substituição limitada das colas, em resposta a uma pequena variação dos preços relativos, indicaram que a maior parte do volume passaria para os outros refrigerantes.

(40) A maioria dos operadores de mercado contactados pela Comissão referiu, conseqüentemente, que os consumidores não abandonariam as colas em resposta a variações nos preços relativos.

3. Estudos de mercado; documentos internos de planeamento das partes

(41) Os estudos de mercado apresentados pelas partes revelam que, frequentemente, as marcas de cola são comparadas a outras marcas de refrigerantes e, num número restrito de casos, também com as marcas de outros tipos de bebidas.

(42) A Coca-Cola (Grã-Bretanha) (CCGB) encomendou em 1995, à Sadek Wynberg Research um estudo qualitativo junto dos consumidores e compradores a fim de analisar as determinantes do volume de colas e outros refrigerantes. O estudo baseia-se em entrevistas de uma amostra de consumidores com base num registo e em visitas acompanhadas a estabelecimentos (grandes

retalhistas «múltiplos»). A amostra foi concebida por forma a incluir um grupo de grandes consumidores de cola e um grupo de fracos consumidores de refrigerantes, sendo o objectivo identificar o potencial de aumento do volume de Coca-Cola a fim de estabelecer um plano de marketing.

(43) São numerosos os exemplos de estudos qualitativos desta natureza relativos à atitude dos consumidores e aos padrões de compra. Normalmente, tentam identificar as situações em que o volume de Coca-Cola poderia ser expandido, melhorando a focalização em grupos-alvo de consumidores através da adaptação da comunicação da marca e do seu posicionamento. Estes estudos destinam-se igualmente a melhorar o planeamento das actividades de marketing e de promoção no contexto da expansão em termos de volume. Normalmente, neste estudos qualitativos, a Coca-Cola é comparada a marcas de diversas bebidas que não contêm cola.

(44) Por exemplo, o acompanhamento contínuo dos consumidores pela Audits and Surveys Worldwide (1996), baseado em entrevistas de cerca de 1 100 famílias, cobre todas as marcas de TCCC, da CS e da Pepsi/Britvic. Este estudo centra-se no reconhecimento da publicidade por parte dos consumidores, nas suas associações a marcas individuais, na identificação de slogans e nas ocasiões em que uma bebida específica é escolhida. O estudo realizado pela Infratest Burke em 1995 aborda as motivações dos consumidores para optarem por uma bebida específica e as necessidades que se pretendem satisfazer com determinadas bebidas. O estudo abrange igualmente todas as marcas das partes e as dos seus principais concorrentes. O objectivo do estudo consiste em avaliar a capacidade das marcas existentes para satisfazerem as necessidades e motivações dos consumidores.

(45) O estudo que é talvez mais ilustrativo é o «Key competitive brand modules analysis» apresentado pela TCCC. Este estudo compara a Coca-Cola com a Pepsi e a Tango em termos de estratégias e posicionamento de marca, actividades de comunicação de marketing, resultados da marca, factores-chave de êxito da marca, comparando os pontos fortes e fracos de cada marca.

(46) A CS apresentou igualmente exemplos dos seus estudos relativos ao comportamento dos consumidores e à utilização de bebidas não alcoólicas, incluindo o painel de famílias da IRI de 1995, destinado a acompanhar o comportamento em termos de compras. O estudo (efectuado nos Estados Unidos da América) limita-se a uma comparação de marcas de bebidas com aromas que não a cola. No estudo «Soft drinks category market structure», efectuado pela Information Resources, são comparadas diversas imagens de marca

de diferentes refrigerantes através de análises tipológicas, com o objectivo global de identificar os padrões de passagem de um produto para outro.

Conclusões relativas aos estudos de investigação de mercado

(47) Decorre dos estudos de mercado acima referidos que, ao analisar a utilização, o comportamento, os hábitos de compra e a percepção das marcas por parte dos consumidores, as partes interessadas considera um contexto concorrencial mais amplo do que as colas, englobando um maior leque de refrigerantes. Afigura-se contudo que tal acontece no âmbito da definição da estratégia de comunicação de uma marca e do seu posicionamento, através da comparação dos diferentes atributos das diversas marcas e da imagem associada a cada marca pelos consumidores. Esta comparação das marcas em todo o espectro dos refrigerantes parecer ser efectuada igualmente com o objectivo de detectar e avaliar a eficácia e êxito das diversas estratégias de publicidade.

(48) Normalmente, os estudos acima referidos não se centram nos preços relativos dos produtos vendidos sob diferentes marcas, nem os tomam em consideração.

Estudo quantitativo; estudo relativo aos preços

(49) Contudo, a situação é muito diferente quando os estudos de mercado das partes são de natureza mais quantitativa e se centram na avaliação das elasticidades de preços, definindo uma estratégia de fixação de preços ou avaliando os efeitos de reduções transitórias de preços associadas a promoções nos estabelecimentos retalhistas. A este nível, os estudos são normalmente encomendados separadamente para as colas, para refrigerantes com outros aromas ou, nalguns casos, (por exemplo, águas tónicas para mistura e sodas) para refrigerantes com aromas específicos.

(50) No Monitor Driver Quantification Study (1996) facultado pela TCCC, a fixação dos preços da Coca-Cola é comparada com a das colas com marca de distribuidor. O objectivo do estudo consiste em avaliar a importância relativa da embalagem, do preço e da marca como determinantes fundamentais dos volumes de Coca-Cola [. . .]. O impacto do preço sobre o volume é analisado apenas no que se refere às colas, não existindo qualquer observação relativamente ao eventual impacto sobre os outros refrigerantes.

(51) No estudo [. . .] são fornecidos novos elementos relativamente à modelização do mercado de bebidas não alcoólicas do Reino Unido [. . .]. As elasticidades são calculadas de forma separada para as colas, os sumos de frutas gaseificados, as limonadas e os produtos para mistura, distinguindo entre o sector «múltiplo» e o de impulso e diferenciando as latas das garrafas. As principais conclusões do estudo são que [. . .] na procura de colas no canal de impulso, em que [. . .] das vendas, quer de garrafas quer de latas de cola. No canal dos estabelecimentos «múltiplos», [. . .] parecer ser diferente entre as colas e os sumos de frutas gaseificados.

(52) Da mesma forma, o estudo «Cola Pricing» encomendado pela CCSB à Marketing Sciences (1994) limita-se apenas às colas. Os objectivos de estudo consistem em avaliar a sensibilidade dos preços das grandes embalagens de cola nos canais retalhista e de impulso, estabelecer o nível de preços que a Coca-Cola e a Pepsi podem impor relativamente às marcas de distribuidor e analisar as relações entre o preço e a imagem de marca. Neste estudo sobre o compromisso entre a marca e o preço, os consumidores são confrontados com um conjunto de produtos e seguidamente são inquiridos sobre a sua reacção face a diversos cenários de preços. O conjunto de produtos limita-se, aparentemente, às colas.

(53) É utilizada a mesma abordagem de base no modelo de vendas da CCSB elaborado pela Millward Brown International. No que se refere ao mercado das mercearias e das latas de impulso, o preço é comparado apenas com os preços das outras colas. O estudo conclui que existem elasticidades inferiores a [. . .] no canal de impulso e elasticidades ligeiramente superiores a [. . .] nas garrafas de Coca-Cola no canal dos estabelecimentos «múltiplos» (com excepção da Coca-Cola de dieta, em que a elasticidade é inferior a [. . .]). O estudo analisa igualmente o impacto da introdução da Virgin Cola e de colas de qualidade com marca de distribuidor sobre as vendas de diversas embalagens das colas da TCCC, mas não aborda a questão de saber em que medida os outros refrigerantes comercializados pela CCSB sofreram eventuais prejuízos. O estudo analisa a Sunkist separadamente no âmbito do mercado dos sumos de frutas gaseificados. As elasticidades afiguram-se bastante elevadas (superiores a [. . .]) no canal dos estabelecimentos «múltiplos» e muito menos importantes no canal de impulso.

(54) A CCSB encomendou uma aplicação do modelo da Nielsen ScanPro para avaliar o impacto das promoções no mercado das colas. O estudo analisa o impacto das promoções de certos produtos de cola noutros produtos de cola,

incluindo a Pepsi e as colas com marca de distribuidor. Não analisa os eventuais efeitos entre refrigerantes de diferentes aromas.

(55) Da mesma forma, a CS encomendou um estudo à Information Resources onde são avaliadas as elasticidades da tônica Schweppes nos Estados Unidos da América. O estudo baseia-se em dados de vendas semanais provenientes da Info Scan e abrange apenas águas tónicas e sodas, ou seja, claramente refrigerantes, e não colas e outras bebidas gaseificadas aromatizadas.

Planos de actividade e documentos de planeamento das partes

(56) [parece existir . . .] uma política específica de fixação de preços para a marca Coca-Cola, [. . .], sem referência a [. . .] outras bebidas que não contenham cola.

(57) [. . .] a principal questão [. . .] no que se refere à fixação de preços é o preço dos produtos da Coca-Cola relativamente a [. . .]. As quotas em termos de volume e os preços relativos são analisados relativamente a outras colas e não relativamente ao mercado mais amplo dos refrigerantes. De realçar igualmente [. . .] a imagem da Coca-Cola, considerada como a bebida com o «verdadeiro sabor a cola».

(58) No «1997 Cola Brand Objectives and Strategies (1996)» da CCGB, a fixação de preços é uma questão prioritária para a Coca-Cola no canal dos estabelecimentos «múltiplos». [. . .] Em contrapartida, a fixação de preços não é abordada de forma pormenorizada no que se refere ao canal de impulso [. . .].

(59) No mesmo documento, a estratégia global da CCGB é definida na perspectiva de a empresa passar a engarrafar todos os tipos de bebidas. Neste contexto, é feita uma análise comparativa de diferentes categorias de bebidas e uma avaliação do seu crescimento em termos de volume e respectiva evolução. O objectivo parece consistir em identificar a dimensão potencial das oportunidades de uma nova expansão das vendas de Coca-Cola em diversos cenários, mas o documento não precisa qual o papel dos preços, ou dos preços relativos neste crescimento potencial.

(60) É também relevante que seja definida [. . .] para outras marcas da TCCC por referência a [. . .] seus aromas respectivos. Por exemplo, no que se refere aos sumos puros, o mercado do Reino Unido é descrito como um

mercado de produto de base. Este facto e a existência de marcas estabelecidas levaram a CCGB a concluir que o mercado dos sumos no Reino Unido apresenta barreiras relativamente elevadas à entrada. Ao definir uma política de fixação de preços para [. . .], mais uma vez o objectivo é formulado em termos de manutenção do preço de mercearia [. . .]. Por último, [. . .] é comparada com outras bebidas [com um aroma de frutos semelhante . . .] ([. . .]) e a estratégia de base do produto é definida em termos de sabor ([. . .]).

(61) O plano de actividades da CCGB para 1997/1998 é na generalidade semelhante. O crescimento das colas de qualidade com marca de distribuidor e da Virgin surge como uma preocupação prioritária, considerando-se que teve um impacto significativo sobre as quotas de mercado da Coca-Cola (em especial no que se refere à Coca-Cola de dieta). [. . .]. Outras bebidas gaseificadas aromatizadas são analisadas separadamente e o mercado é apresentado como saturado devido à proliferação das marcas, sendo poucas as que atingem uma massa crítica. [. . .] como uma questão fundamental no canal dos estabelecimentos «múltiplos» mas não no canal de impulso ou do consumo no local. [. . .]

Conclusão

(62) Decorre do que acima foi referido que, quando as partes efectuam estudos sobre a fixação de preços dos produtos de cola e sobre a reacção em termos de volume decorrente das variações de preços, normalmente consideram existir um mercado para as colas, efectuando uma diferenciação entre os estabelecimentos «múltiplos» e os canais de consumo no local e de impulso. A definição da sua estratégia competitiva baseia-se em larga medida neste tipo de estudos, pelo menos no que se refere à fixação de preços.

(63) No que se refere a outras bebidas não alcoólicas gaseificadas, a situação não é tão clara. Existem diversas situações em que as relações competitivas são analisadas no âmbito de aromas individuais e em que o sabor parece ser uma determinante significativa da estratégia competitiva. Por outro lado, verificam-se também situações em que todas as bebidas gaseificadas aromatizadas são consideradas como um único mercado. Tal como referido acima, contudo, não é necessário decidir claramente esta questão para efeitos da análise no presente processo, não devendo este aspecto voltar a ser abordado.

4. Impacto da introdução de colas com marca de distribuidor

(64) As colas com marcas de distribuidor produziram um impacto significativo no mercado das colas do Reino Unido a partir de 1994. O crescimento

significativo das colas com marca de distribuidor a partir desse ano parece indicar que as colas constituem um mercado distinto, uma vez que a marca de distribuidor conquistou aparentemente vendas em detrimento de outras colas e não em detrimento de outros refrigerantes, de marca ou outros.

(65) A penetração das marcas de distribuidor no mercado das colas representa cerca de 28 % do mercado das colas do Reino Unido em termos de valor, como se pode verificar no quadro que se segue:

Penetração das marcas de distribuidor por produto no Reino Unido em 1995

Produto	Valor%
Colas	28,4
Refrigerantes sem sabor a cola	50,7
Todos os refrigerantes	39,4
Águas minerais	48,0
Total de bebidas não alcoólicas	42,5

Fonte: Nielsen top and grocery / carta da CS de 11 de Outubro de 1996

A penetração é muito mais elevada nos outros refrigerantes e nas bebidas não alcoólicas. No que se refere aos refrigerantes sem sabor a cola, a penetração das marcas de distribuidor é superior a 50 % do mercado. Em especial no que se refere às limonadas, as marcas de distribuidor eliminaram praticamente as marcas de qualidade do mercado e alguns retalhistas não oferecem qualquer produto de marca nesta categoria de aroma. Afigura-se que, no que se refere às marcas de distribuidor, a redução de preços aplicada em relação às principais colas de marca é mais importante do que em relação às outras categorias de bebidas aromatizadas (ver anexo 1). Quanto às limonadas, parece poder-se concluir que não só as marcas de distribuidor representam a grande maioria das vendas, como as restantes marcas são muitas vezes vendidas a preços inferiores aos produtos com marcas de distribuidor.

(66) No anexo 1 são comparadas as percentagens médias de espaço de prateleira consagrado pelos retalhistas às marcas de distribuidor em diversas categorias de bebidas não alcoólicas. Relativamente à quota respectiva das marcas de distribuidor em cada categoria, afigura-se que as colas com marca de distribuidor exigiram um maior esforço em termos do espaço de prateleira atribuído.

(67) Esta situação comparativa das colas com marca de distribuidor seria coerente com o facto de a procura de colas ser relativamente não elástica em termos de preço, uma vez que as marcas de distribuidor conseguiram uma penetração inferior no mercado das colas e, mesmo este nível de penetração inferior, exigiu uma maior redução dos preços e um maior esforço em termos de distribuição de espaço de prateleira.

Posição dos retalhistas

(68) Três dos cinco maiores retalhistas do Reino Unido indicaram, em resposta a pedidos formais de informação, que a introdução de colas com marca de distribuidor provocou uma reacção por parte dos fabricantes de produtos de marca em termos de um maior apoio e de uma maior publicidade, por forma a minimizar a passagem do consumidor para as colas com marca de distribuidor. Ao ser introduzida uma cola com marca de distribuidor o reforço do apoio e da publicidade incidiu apenas nas marcas de cola. Além disso, os retalhistas referiram que, segundo a sua experiência, a introdução de colas com marca de distribuidor afectou apenas as vendas de colas de marca, não tendo qualquer impacto significativo sobre outros refrigerantes. Apenas um retalhista indicou que as colas com marca de distribuidor haviam conquistado parte das vendas de limonadas. Outro retalhista indicou que não tinha verificado qualquer reacção específica por parte dos fabricantes de marca e que não tinha quaisquer dados precisos relativamente às vendas que as marcas de distribuidor haviam conquistado, no âmbito da categoria dos refrigerantes aromatizados, ou a outras categorias.

Resposta dos fabricantes ao lançamento de produtos com marca de distribuidor

(69) O facto de os fabricantes de colas de marca apenas terem reagido ao lançamento de colas com marca de distribuidor a nível das suas marcas de cola (e não de outras marcas de refrigerantes ou outros tipos de bebidas) é também confirmado pelo plano de actividades da CCE relativo aos Países Baixos. Em resposta ao lançamento iminente da cola da Cott na cadeia Superunie, a CCE respondeu com a afectação de um orçamento para o reforço da actividade promocional (descontos e outras actividades promocionais) junto de concorrentes do Superunie, no que se refere apenas aos seus produtos de cola. Não prevê qualquer acção específica para nenhuma das suas outras marcas.

(70) A evolução dos esforços a nível da publicidade da Coca-Cola revela também que a TCCC reagiu essencialmente à penetração das colas de qualidade com marca de distribuidor no Reino Unido, através de aumentos significativos dos orçamentos de publicidade das suas marcas de Coca-Cola. O anexo 2 mostra a evolução dos orçamentos de publicidade no Reino Unido no período compreendido entre 1990 e 1995 (tal como publicados pela Canadean). Em 1994, foram introduzidas diversas marcas de distribuidor de qualidade (como por exemplo, a Classic Cola da Sainsbury ou a Select da Safeway). A Virgin Cola foi lançada também em 1994, na cadeia Tesco. Em 1995, as vendas de colas com marca de distribuidor aumentaram 39 % em termos de volume no mercado dos retalhistas «múltiplos» comparativamente com o ano anterior. As vendas da Virgin Cola aumentaram mais de 700 % na mesma base (fonte: dados da Nielsen fornecidos por um concorrente).

(71) (Segundo a Canadean, [em . . .]) 1995, a TCCC aumentou para mais do dobro o seu orçamento de publicidade, que passou de cerca de 15 milhões para 37 milhões de libras esterlinas. A publicidade da cola normal representou aproximadamente 21 milhões, o que é mais do dobro do orçamento afectado à publicidade da Coca-Cola normal em qualquer dos cinco anos anteriores. O orçamento da Coca-Cola de dieta elevou-se, em 1995, a cerca de 8 milhões de libras, o que novamente corresponde a mais do dobro do orçamento afectado em qualquer dos cinco anos anteriores. Não se verifica nenhum aumento comparável relativamente a qualquer das outras marcas da TCCC no Reino Unido, com excepção da Five Alive que havia sido objecto de uma publicidade de muito limitada anteriormente.

(72) Estes aumentos espectaculares nas despesas de publicidade podem ser relacionados com a introdução e o aumento das vendas das marcas de distribuidor de qualidade, uma vez que coincidem em termos de datas e, além disso, os documentos internos da TCCC, da CCE e da CCSB revelam que as marcas de distribuidor constituem a principal preocupação no mercado da cola. De qualquer forma, estes aumentos não podem ser atribuídos a um aumento geral da publicidade da Pepsi Cola International no Reino Unido, cujo orçamento global de publicidade tem vindo a diminuir desde 1993. O aumento da publicidade da cola normal da Pepsi em 1995 comparativamente com 1994 é certamente significativo (de [. . .] milhões de libras para [. . .] milhões, ou seja, [25-35 %]), mas permanece a um nível muito inferior ao aumento da Coca-Cola. Na realidade, segundo a Canadean, o orçamento global de publicidade da Pepsi diminuiu. Embora tanto a Coca-Cola como a Pepsi tenham aumentado a sua publicidade, o aumento massivo a favor das marcas de Coca-

Cola não parece ter sido causado por uma tendência geral de aumento da publicidade no sector. Em vez disso, afigura-se que tanto a TCCC/CCSB como a Pepsi/Britvic, aumentaram a publicidade das suas respectivas colas na altura em que as colas com marca de distribuidor começaram a conquistar vendas e quotas de mercado.

(73) Não parece, contudo, que os preços tenham diminuído entre 1994 e 1996. Pelo contrário, os preços médios efectivos a retalho têm vindo a aumentar, e a diferença de preço relativamente aos produtos com marca de distribuidor têm também vindo a aumentar, tal como o revela o gráfico nos anexos 6 e 7. Os preços são preços a retalho por litro, expressos em pences, tal como fornecidos pela CCSB. Com base na indexação destes preços (primeira observação = 100, ver anexo 8) o preço da Coca-Cola normal passou para 124 em 7 de Setembro de 1996 e para 111 em 28 de Setembro de 1996 (os valores relativos à última semana são falseados devido a uma importante campanha de promoção). O preço da Coca-Cola de dieta aumentou para 113 no mesmo período de dois anos. Verifica-se um aumento semelhante no que se refere às colas da Pepsi. Pelo contrário, as garrafas de cola com marca de distribuidor registaram efectivamente uma diminuição de preços com um índice de 83 % no que se refere à cola normal e 87 % para a cola de baixas calorias, no final do período.

Análise da evolução das vendas em termos de volume

(74) O anexo 3 revela a evolução trimestral das vendas de refrigerantes e colas durante 1994 e 1995, bem como a taxa anual de crescimento em 1995 (fonte: Nielsen, facultada por um concorrente). Devido ao carácter sazonal das vendas de refrigerantes e, na generalidade, à tendência para o aumento do consumo de bebidas no Reino Unido, não é possível analisar directamente o impacto do aumento das vendas de colas com marca de distribuidor sobre as colas de marca ou outros refrigerantes. Contudo, afigura-se, a partir de uma análise da evolução da quota percentual das colas com marca de distribuidor relativamente às vendas totais em termos de volume de todos os refrigerantes, que as colas com marca de distribuidor conquistaram a maior parte das suas vendas da seguinte forma:

- em detrimento das colas de outras marcas que não as duas marcas líder,
- em menor medida, em detrimento da Coca-Cola e da Pepsi, e
- a partir de um crescimento global da procura de colas que, em princípio, deverá ser consequência de um reforço da publicidade e do lançamento de novos produtos. Afigura-se que os outros refrigerantes não perderam vendas de forma significativa a favor das colas com marca

de distribuidor.

(75) Uma análise das taxas de crescimento e das variações das vendas em termos de volume parece confirmar este ponto de vista. As vendas das colas com marca de distribuidor aumentaram, em termos de volume, 123 % no primeiro trimestre de 1995 relativamente ao primeiro trimestre de 1994. As vendas de Coca-Cola, Pepsi Cola e outras colas decresceram significativamente no mesmo período, enquanto os outros refrigerantes aumentaram efectivamente o seu volume em 0,8 %. Deverá contudo notar-se que os ganhos das marcas de distribuidor em termos de volume são muito superiores às perdas dos produtos de marca. Este facto poderá ser atribuído quer a uma transferência na procura de colas, quer a ganhos em detrimento de outros refrigerantes, em especial tendo em conta a reduzida taxa de crescimento dos outros refrigerantes neste período.

(76) Embora, no segundo trimestre, a situação seja semelhante, os refrigerantes registam um crescimento significativo. No segundo trimestre de 1995, as vendas de colas com marca de distribuidor, em termos de volume, aumentaram 58,3 % relativamente ao mesmo trimestre de 1994. As vendas de Coca-Cola, de Pepsi e de outras colas de marca diminuíram no mesmo período (2,9 %, 2,2 % e 23,4 % respectivamente), num contexto em que as vendas de outros refrigerantes aumentaram 5,2 % e as vendas totais das bebidas gaseificadas aumentaram também 8,6 %. No terceiro e quarto trimestres de 1995, período em que se registou um abrandamento do crescimento das colas com marca de distribuidor para taxas de 27,8 e 8,8 %, verificou-se uma expansão das colas e de outras bebidas gaseificadas de qualidade, com uma única excepção no que se refere às outras colas, que continuaram a diminuir. Nestes trimestres, tanto a Coca-Cola como a Pepsi obtiveram resultados inferiores aos do mercado das colas em termos de taxa de crescimento.

(77) Poderão extrair-se as mesmas conclusões dos dados mensais apresentados pela CCE no que se refere aos estabelecimentos de primeira categoria («Top end»). (Ver anexo 4 e gráficos aferentes). A quota de vendas de outros refrigerantes relativamente às vendas totais de refrigerantes, em termos de volume, mantém-se estável durante o período da introdução e expansão das marcas de distribuidor. As quotas conquistadas pelas marcas de distribuidor, resultantes do aumento das suas vendas, parecem tê-lo sido em detrimento das colas e não dos outros refrigerantes.

(78) Na sua resposta, as partes referiram que durante o período 1994 a 1995, a quota de outros refrigerantes sobre o total dos refrigerantes havia decrescido em 1 %, o que implicaria que as colas com marca de distribuidor aumentaram também as suas vendas em detrimento de outros refrigerantes. Em primeiro lugar, este facto está em contradição com as opiniões expressas pelos retalhistas alimentares e com os próprios documentos comerciais das partes. Em segundo lugar, a observação de que os outros refrigerantes perderam um ponto percentual de quota significa apenas que o crescimento das colas foi superior ao dos outros refrigerantes, o que constitui um resultado normal do aumento da publicidade e do lançamento de produtos. O que é relevante neste contexto é uma comparação das alterações de quotas de mercado do conjunto dos refrigerantes verificadas nas colas, face à estabilidade registada no que se refere aos outros refrigerantes. (79) Do atrás exposto poderá concluir-se que a introdução de colas de qualidade com marca de distribuidor provocou uma reacção dos fornecedores de colas no que se refere apenas aos seus produtos de cola, e que as colas com marca de distribuidor conquistaram vendas em detrimento de outras colas e não em detrimento de outros refrigerantes, pelo menos de forma significativa. Esta situação não seria compatível com um mercado de produto relevante mais amplo do que o mercado das colas.

5. Diferentes categorias de clientes

(80) Para além da produção de colas e de outros refrigerantes, a operação projectada envolve a distribuição e venda destes produtos. A nível da distribuição, os refrigerantes são entregues aos clientes através de diversos canais. Por exemplo, a CCSB divide os canais de comercialização dos refrigerantes em três segmentos distintos:

- comércio alimentar - ou grandes retalhistas «múltiplos» - que servem o sector de consumo doméstico,
- impulso - estabelecimentos alimentares independentes, quiosques de jornais, lojas de conveniência, estações de serviço, estabelecimentos de vendas de bebidas alcoólicas independentes ou com sucursais, servidos directamente pela CCSB ou através de «cash and carry» - que servem principalmente o mercado de impulso/consumo imediato/conveniência, - consumo no local - pubs, hotéis, restaurantes, discotecas, locais de trabalho, escolas, centros de saúde, hospitais - que fornecem refrigerantes para consumo no local.

Estabelecimentos «múltiplos»

(81) Os grandes retalhistas «múltiplos» podem facilmente ser identificados como tal pelos fornecedores de colas. Necessitam de grandes volumes que

apenas podem ser fornecidos de forma rentável directamente pelos engarrafadores. Não é provável que as condições negociadas com os retalhistas para o fornecimento de colas sejam influenciadas pela existência de uma alternativa constituída por produtos distribuídos através de outros canais.

Impulso

(82) A distribuição através do canal de impulso, que abrange milhares de pontos de venda, necessita de uma rede de distribuição muito densa. Infere-se igualmente dos documentos internos das partes que o sector de impulso se caracteriza por uma sensibilidade reduzida aos preços, e que a principal determinante das vendas é a disponibilidade do produto e o armazenamento a frio.

(83) A estrutura de clientes no sector de impulso é bastante diferente da do sector dos retalhistas múltiplos; normalmente os clientes não têm dimensão suficiente para desenvolverem marcas próprias. Além disso, o facto de os consumidores fazerem as suas compras em pontos de venda específicos e bem identificados permite, em princípio, a aplicação de políticas de fixação de preços diferenciados no canal de impulso e no canal dos estabelecimentos «múltiplos», estando os preços sujeitos a um conjunto diferente de condicionamentos, o que permite uma diferenciação dos preços na ausência de qualquer alternativa efectiva. Com efeito, tal como acima referido, os documentos internos das partes revelam diferenças significativas nas abordagens em matéria de fixação de preços no canal de impulso por um lado e no canal dos estabelecimentos «múltiplos» por outro.

Consumo no local

(84) Em anteriores decisões [por exemplo, Orkla/Volvo ⁵] a Comissão considerou existir um mercado de produto relevante distinto das vendas de bebidas para o consumo no local. Os clientes da CCSB que vendem para consumo no local podem facilmente ser identificados, podendo, em certa medida, ser seguida uma política diferente de fixação de preços neste sector. Em especial, a venda de colas em embalagens maiores e mais volumosas e o fornecimento do equipamento de tiragem necessário para servir as colas permitiriam a fixação de preços diferentes no canal do consumo no local relativamente aos restantes canais.

⁵ Processo IV/M. 582 - Orkla/Volvo

Inquérito aos consumidores apresentado pelas partes

(85) As partes apresentaram diversos inquéritos (inquérito francês e britânico e inquérito-piloto sobre o mercado britânico) enquanto elementos em apoio da afirmação de que os consumidores facilmente passariam para diversas outras bebidas comerciais em resposta a um aumento significativo do preço das colas (é utilizado um aumento de preço de 20 %). Estes estudos foram encomendados pelo consultor jurídico da TCCC, especificamente para efeitos de processos de concorrência.

(86) Em geral, a Comissão prefere apoiar-se em documentos elaborados no âmbito da actividade normal das partes, tal como os elementos de prova acima descritos, e não tanto em inquéritos ad hoc de consumidores. De facto, em primeiro lugar, não está suficientemente provado que os consumidores reflectem, no seu comportamento de compra efectivo, as respostas aos questionários e, normalmente, exageram a sua disponibilidade para adoptar um novo comportamento.

(87) Em segundo lugar, a forma como o inquérito é concebido pode, em larga medida, determinar as respostas. Especificamente, os inquéritos apresentados englobam duas fases distintas. Numa primeira fase, é solicitado aos consumidores que identifiquem as bebidas que podem consumir em diversas ocasiões, sendo-lhes apresentada uma lista com um máximo de 15 categorias de bebidas (vinho, cerveja, cola, refrigerantes que não colas, etc.). A questão é colocada sem qualquer indicação de tempo ou referência a marcas ou produtos individuais.

(88) As respostas dos consumidores revelam que, evidentemente, ao longo do tempo, podem ser consumidas bebidas muito diferentes às refeições em casa ou mesmo durante uma única refeição. Não se pode considerar que o facto de um consumidor declarar que bebe ou que pode pensar em beber vinho e um café numa refeição, fornece qualquer indicação relativamente à substituíbilidade entre o vinho e o café. Assim, não fica claro quais as conclusões que podem ser extraídas dos resultados da primeira fase relativamente à substituíbilidade dos produtos.

(89) Por forma a que o inquérito possa identificar e posteriormente centrar-se nos consumidores de cola, o entrevistado deve seguidamente indicar se já bebeu uma cola. Neste caso existe, na questão, uma indicação precisa de um enquadramento temporal que se refere a um período de um ano. Um período

tão longo inclui, provavelmente, no grupo de consumidores de cola, mesmo os consumidores muito ocasionais, sobrestimando a importância do fenómeno do abandono de um produto. Na segunda fase do estudo, as questões centram-se na reacção dos consumidores aos aumentos de preços. O aumento de preço postulado para as colas é de qualquer forma muito elevado, ou seja 20 %, comparativamente com a referência normalmente utilizada pelas principais autoridades de concorrência na matéria (entre 5 e 10 %).

(90) É evidentemente plausível que os consumidores respondam que passariam para outros produtos na hipótese de um aumento de preços. É revelador neste contexto o grande número de respostas que indicam que o consumidor não beberia «nada» caso os preços das colas aumentassem 20 %. No estudo francês, a resposta «nada» representa [15 % a 25 %] em restaurantes, (a resposta mais frequente) [10 % a 20 %] em casa (a terceira resposta mais frequente), [20 % a 30 %] em estabelecimentos de refeições rápidas (mais uma vez a resposta mais frequente) e [10 % a 20 %] em cafés e bares (a terceira resposta mais frequente).

(91) Não é plausível que estas respostas sejam indicativas do comportamento real de passagem para outros produtos, nem da importância do fenómeno. Não se poderá considerar de forma realista que, se os preços das colas aumentassem permanentemente 20 %, uma proporção significativa de consumidores deixaria de consumir qualquer bebida durante um período de tal forma longo que as vendas efectivas de colas seriam afectadas.

(92) Embora os estudos apresentados pelas partes proporcionem alguns dados relativamente ao comportamento dos consumidores, não podem sobrepor-se às provas acima descritas. A Comissão conclui consequentemente que os estudos apresentados pelas partes não podem ser utilizados para demonstrar a existência de um mercado do produto mais amplo, apesar da sofisticação técnica destes estudos.

6. Substituibilidade do lado da oferta

(93) Em princípio, as linhas de enchimento podem ser utilizadas para engarrafar um amplo leque de diferentes bebidas. As considerações em termos de substituibilidade do lado da oferta não podem, contudo, conduzir a uma extensão do mercado do produto relevante no âmbito do presente processo. A necessidade de criar e de posicionar uma marca de cola ou uma marca de refrigerante aromatizado, de publicitar e promover um novo produto ou uma

nova marca e de obter acesso a nível da distribuição, significa que as considerações relativas ao lado da oferta não são suficientes para que se possa concluir que diferentes bebidas devem ser agrupadas num único mercado do produto. Qualquer pressão concorrencial no fornecimento de colas provenientes de engarrafadores de outros refrigerantes pode ser tomada em consideração na avaliação do impacto da operação notificada. Falta-lhe, no entanto, o carácter imediato e efectivo que seria necessária para considerar estas pressões na fase da definição do mercado.

7. Conclusão

(94) Tendo em conta o atrás exposto, a Comissão não pode aceitar o princípio defendido pelas partes segundo o qual o mercado do produto relevante abrange um amplo leque de bebidas, tal como foi referido. A Comissão conclui que existe um mercado relevante do fornecimento de colas na Grã-Bretanha. Contudo, para efeitos de apreciação no presente processo, a questão de saber se o mercado pode ser ainda subdividido, e em que base, pode ser deixada em aberto, uma vez que uma nova segmentação do mercado não viria alterar, em termos materiais, a análise do presente caso.

B. MERCADO GEOGRÁFICO RELEVANTE

(95) A prática anterior da Comissão no que se refere à definição de mercado geográfico para as bebidas embaladas e mais geralmente para os produtos de consumo, tem sido a de considerar os mercados geográficos relevantes como nacionais⁶. Na sua notificação, a CCE não contesta esta definição.

(96) No presente caso, mais de 95 % da produção da CCSB são vendidos na Grã-Bretanha e na Ilha de Man; da mesma forma, importantes retalhistas afirmaram que adquirem a grande maioria das colas e de outros refrigerantes junto de fornecedores na Grã-Bretanha.

(97) Entre as razões invocadas pela Comissão em casos anteriores semelhantes para a definição de mercados nacionais (ver notas de pé de página 5 e 6), algumas são especialmente relevantes para o presente processo. Em especial, diferentes preferências dos consumidores, elevados custos de transporte, a importância das marcas e a dificuldade em obter acesso a uma rede de distribuição organizada em termos nacionais na Grã-Bretanha, revelam que os for-

⁶ Processo IV/M. 190 - Nestlé/Perrier.

necedores de colas e de outros refrigerantes na Grã-Bretanha estão, em larga medida, protegidos da pressão concorrencial exercida pelos engarrafadores localizados noutros países.

(98) As diferenças em termos de quotas de mercado vêm igualmente confirmar a existência de mercados nacionais. Por um lado, existe um número significativo de marcas nacionais; por outro, mesmo a nível das quatro mais importantes marcas europeias de refrigerantes, as vendas são muito diferentes de um país para outro, tal como o revela o quadro infra.

Comparação das quotas de mercado das principais marcas europeias (percentagem em termos de volume no que se refere a todos os refrigerantes)

	Coca-Cola (refrigerante de cola)	Pepsi Cola (refrigerante de cola)	Fanta (outros refri- gerantes)	Sprite (outros refrigerantes)
Grã-Bretanha	[15-25]	[5-10]	[<5]	[<5]
França	[45-55]	[5-10]	[<5]	[<5]
Alemanha	[40-50]	[<5]	[5-10]	[<5]
Bélgica	[40-50]	[<5]	[<5]	[<5]

Fonte: Nielsen Carbonated Beverages International Report 1996

Preferências dos consumidores

(99) As preferências dos consumidores são em larga medida determinadas por aspectos culturais e pelo estilo de vida. De forma geral, a procura de bebidas na Grã-Bretanha revela diferenças significativas comparativamente com outros países. Desta forma, a limonada goza de uma aceitação bastante mais elevada no Reino Unido (25,6 %) do que nos países vizinhos (10,2 % em França, 11,9 % na Alemanha, 4,5 % noutros países). O teor de sumo dos refrigerantes com aroma de frutas e o teor de ácido fosfórico nas colas difere consoante os países. Existem também outras diferenças significativas na aceitação de produtos de dieta relativamente a produtos normais.

Custos de transporte

(100) Os custos de transporte das colas e dos restantes refrigerantes em geral são elevados, uma vez que se trata de produtos volumosos transportados na sua forma final. A parte notificante afirmou que «os custos de transporte são relativamente elevados, face ao baixo valor do produto [. . .] e aos elevados volumes que têm de ser transportados». Na sua opinião, estes custos, embora não sejam proibitivos, «aumentam significativamente com o aumento das distâncias e, assim, as actividades têm de ser limitadas e fragmentadas». Ao serem questionados acerca dos custos de transporte, os concorrentes confirmaram igualmente o seu papel importante. Um concorrente afirmou que «se a quilometragem média duplicasse, os custos de distribuição aumentariam 70 %». Assim, o elevado rácio peso/valor de todas as bebidas não alcólicas significa que os produtores enfrentam custos de transporte substanciais, o que reduz a probabilidade de fluxos de comércio internacional.

Outras barreiras que isola o mercado britânico das colas e de outros refrigerantes

(101) As restantes barreiras que isolam a Grã-Bretanha das pressões concorrenciais dos engarrafadores localizados noutros países decorrem do papel das marcas neste mercado. Assim, todos os concorrentes consideram que o lançamento de um produto (principalmente o seu apoio publicitário e promocional) e os custos de distribuição constituem as barreiras mais importantes à entrada na Grã-Bretanha. Observam-se igualmente variações significativas em termos de embalagem, uma vez que no Reino Unido é vendida uma proporção mais elevada de refrigerantes em latas do que nos países vizinhos, acontecendo exactamente o contrário no que se refere às garrafas de vidro. As garrafas de plástico (PET) com capacidade de 2 litros são predominantes no Reino Unido, enquanto na maior parte dos outros Estados-membros há uma preferência pelas garrafas PET de 1,5 litros.

Padrão de compras e fluxos comerciais

(102) Os principais retalhistas da Grã-Bretanha afirmam que adquirem a grande maioria das colas e de outros refrigerantes junto de fornecedores localizados na Grã-Bretanha. Apenas em determinados casos, relacionados com marcas de distribuidores ou no segmento de mercado mais económico, os retalhistas fazem as suas aquisições junto de engarrafadores localizados fora do Reino Unido.

(103) Os dados relativos aos fluxos comerciais vêm ainda confirmar o carácter nacional do mercado relevante.

Segundo o relatório da Canadean de Abril de 1996, as importações no Reino Unido elevaram-se, em 1995, a cerca de 1,7 % e as exportações a 4,5 % do consumo total no Reino Unido. Os custos da mão-de-obra que, no Reino Unido, são inferiores aos dos outros Estados-membros, explicam pelo menos parcialmente o maior volume de exportações e constituem uma dificuldade adicional para os produtores estrangeiros que pretendem concorrer no Reino Unido.

Posição dos operadores de mercado

(104) Por último, a posição dos operadores no mercado (clientes e concorrentes) no que se refere às questões acima referidas vêm, na generalidade, apoiar uma definição nacional dos mercados dos refrigerantes. Para além da sua opinião sobre tais questões, a maior parte dos concorrentes e retalhistas contactados considera que os preços no Reino Unido não são influenciados, de forma significativa, pelos preços praticados noutros Estados-membros. As diferenças na rotulagem dos produtos, os encargos administrativos e a flutuação cambial foram também mencionados pelas partes notificantes como factores que impedem uma definição de mercados mais amplos do que o mercado nacional. Irlanda do Norte

(105) Surge a questão de saber em que medida é adequado incluir a Irlanda do Norte no mercado relevante, devido às semelhanças entre o seu sector de refrigerantes e o do resto do Reino Unido. Com efeito, afigura-se que a maioria dos intervenientes no mercado considera que as duas áreas constituem um todo para efeitos de marketing. As afinidades administrativas e culturais, bem como outras características apontam também para um único mercado ⁷.

(106) Contudo, outros factores importantes podem ser referidos a favor de um mercado mais estreito, circunscrito à Grã-Bretanha. As diferenças a nível das estruturas de produção e de engarrafamento, as particularidades da estrutura retalhista e as diferenças a nível dos preços e das quotas de mercado são apenas alguns dos principais factores a favor desta abordagem. De qualquer forma, a questão pode ser deixada em aberto no âmbito do presente processo, uma vez que a avaliação em termos de concorrência seria substancialmente a mesma, independentemente da abordagem escolhida. Contudo, uma vez que a

⁷ Processo IV/M.623 - Kimberly-Clark/Scott Paper. Neste processo, a decisão da Comissão apontava diversas razões a favor e contra o facto de o Reino Unido e a Irlanda do Norte constituírem um único mercado, muitas das quais se aplicam na presente análise.

CCSB não desenvolve actividades na Irlanda do Norte e que, no acordo de licença proposto entre a CS e a «Newco», o território contratual é limitado à «Grã-Bretanha (o que significa a Inglaterra, a Escócia, o País de Gales e a Ilha de Man)», a Comissão centrou a sua análise na Grã-Bretanha.

Conclusão

(107) Dado o atrás exposto, a Comissão concluiu que a Grã-Bretanha constitui o mercado geográfico relevante no âmbito do qual se deverá avaliar a operação projectada.

C. APRECIACÃO

1. Introdução

(108) Através da operação projectada, a CCE, a maior empresa de engarrafamento a nível mundial e, conseqüentemente, a TCCC, o proprietário da marca com maior êxito a nível mundial, adquiririam o controlo da CCSB, a maior empresa de engarrafamento da Grã-Bretanha. A apreciação deste caso deverá basear-se: - numa avaliação da actual posição da CCSB no mercado da cola, - na alteração estrutural resultante da aquisição projectada e no impacto de tal alteração em termos de criação ou reforço de uma posição dominante.

(109) Quanto às outras bebidas não alcólicas vendidas pela CCSB, as quotas desta empresa, no que se refere aos refrigerantes que não contêm cola, aos xaropes, aos sumos de frutas e às águas engarrafadas não excederam 25 % em 1995. Todavia, não é necessário determinar em que medida a CCSB detém uma posição dominante em qualquer destes mercados, uma vez que será demonstrada a sua posição dominante no mercado das colas e uma vez que a análise em termos de concorrência não será alterada substancialmente, mesmo que se concluísse que também detém uma posição dominante noutros mercados.

2. Estrutura do mercado

a) A estrutura global do sector das bebidas não alcólicas

(110) No mercado das colas, tal como acontece no sector das bebidas não alcólicas, participa um complexo conjunto de intervenientes. Para efeitos do

presente processo, é necessário distinguir as seguintes três categorias principais de intervenientes e as suas actividades respectivas:

- o proprietário da marca, que tem ou concede direitos de licença para utilização da marca na produção de uma ou mais bebidas não alcoólicas,
- o proprietário do concentrado, que tem a fórmula de produção do concentrado/essência que constitui a base da bebida não alcoólica; o proprietário do concentrado pode produzir ele próprio o concentrado ou confiar a sua produção a um terceiro, segundo as suas especificações,
- o engarrafador, que desenvolve algumas ou todas as actividades seguintes: produção, embalagem, marketing, distribuição e venda do produto final.

Os intervenientes no mercado podem desempenhar algumas ou todas as funções acima referidas, consoante o seu grau de integração vertical. Se um interveniente não desempenhar ele próprio todas estas funções, deverá recorrer a outros intervenientes para o efeito. Uma vez que as diversas fases da cadeia são interdependentes, as alterações verificadas num determinado nível terão repercussões noutros níveis.

b) Os principais fornecedores de cola

CCSB

(111) A CCSB é o principal engarrafador/distribuidor de bebidas não alcoólicas na Grã-Bretanha sendo também, em especial, o principal fornecedor no mercado das colas. Possui uma ampla carteira de produtos, que abrange a totalidade do espectro das bebidas não alcoólicas, incluindo as colas, outras refrigerantes, sumos de frutas e xaropes, sumos/néctares e águas minerais.

(112) A CCSB é uma empresa criada pela TCCC e pela CS, essencialmente para fornecer as bebidas não alcoólicas destas empresas no mercado britânico. A quase totalidade do volume de negócios da empresa comum provém dos produtos derivados de concentrados e essências detidos ou (no caso de alguns produtos da CS) objecto de licenças por parte da TCCC e da CS. Além disso, a CCSB fornece uma gama de águas minerais que são engarrafadas na fonte, algumas no Reino Unido, outras no resto da Europa. A estrutura de fornecimento de todos os produtos da CCSB é objecto de acordo de engarrafamento ou licença com os respectivos proprietários das marcas/concentrados, incluindo as próprias TCCC e CS.

(113) A discriminação do volume de negócios total da CCSB entre os três grupos de empresas que concedem licenças é a seguinte: produtos TCCC, [50

% a 70 %] em termos de volume ([60 % a 80 %] em termos de valor), produtos CS, [20 % a 40 %] em termos de volume ([15% a 30 %] em termos de valor), produtos de outras empresas, [menos de 10 %] em volume ([menos de 10 %] em valor). A carteira da CCSB de bebidas não alcoólicas inclui diversas marcas importantes, designadamente a Coca-Cola (Coca-Cola, Coca-Cola de dieta, Coca-Cola descafeinada, etc., conhecidas no seu conjunto como a megamarca Coca-Cola) a Sprite, a Lilt, e a Fanta da TCCC e Schweppes, Canada Dry, Sunkist, Gini e Oasis da CS.

(114) ACCSB explora seis instalações de enchimento, incluindo uma moderna fábrica de grandes dimensões em Wakefield, e cinco importante depósitos de distribuição. Em 1995, a CCSB vendeu 1 314 milhões de RDTL de colas, num total de vendas de bebidas não alcoólicas de 2 344 milhões de RDTL, dos quais 1 872 milhões de RDTL correspondiam a refrigerantes) (fonte: Canadean).

Britvic Soft Drinks Ltd

(115) O outro principal engarrafador-distribuidor que fornece cola e outras bebidas não alcoólicas na Grã-Bretanha é a Britvic Soft Drinks Ltd (Britvic), propriedade a 90 % da Britannia Soft Drinks. Esta última empresa é, por seu turno, propriedade a 50 % da Bass, a 25 % da Allied Domecq e a 25 % da Whitbread. Os restantes 10 % da Britvic são propriedade da Pepsi Co. A Britvic, que iniciou também as suas actividades em 1987 fornece, tal como a CCSB, uma ampla carteira de bebidas não alcoólicas, incluindo a Pepsi, a Seven-Up, a Tango e a Top Deck.

(116) A Britvic tem um perfil comercial semelhante ao da CCSB, uma vez que possui uma marca de cola muito forte internacionalmente, a Pepsi, e uma ampla carteira de apoio de outras bebidas não alcólicas. Tem igualmente um perfil de produção e distribuição semelhante, com sete locais de produção e dezassete depósitos de distribuição.

(117) O volume de negócios da Britvic elevou-se, em 1995, a [1 900-2 100 milhões de RDTL], dos quais [450-550 milhões] se referem a colas e [900-1 100 milhões] a refrigerantes em geral (fonte: Canadean).

The Virgin Cola Company

(118) Nos finais de 1994, foi criada a The Virgin Cola Company Ltd (Virgin), uma empresa comum entre a the Virgin Trading Company Ltd e a Cott

Corporation of Canada (Cott) que lançou a Virgin Cola. A Virgin Cola inclui uma gama de colas de diversos tipos: normal, de dieta, descafeinada e de baixas calorias. A Virgin Cola é principalmente vendida em dois retalhistas «múltiplos» ([. . .]).

The Cott Corporation

(119) A Cott é uma empresa canadiana que se especializou na produção de colas de qualidade com marca de distribuidor, na América do Norte. Em 1994, iniciou as suas actividades na Grã-Bretanha, fornecendo aos retalhistas múltiplos colas de qualidade. A Cott detém a licença, para o Reino Unido, de um dos principais concentrados de cola no mundo, a Royal Crown Cola. Praticamente todas as colas de qualidade com marca de distribuidor britânicas, bem como a Virgin Cola, baseiam-se neste concentrado. A Cott produz igualmente a Virgin Cola, tal como foi acima explicado. A Cott explora duas instalações de produção e, em 1995, a sua produção foi superior a [. . .] milhões de RD-TL, na sua maior parte colas.

Outros fornecedores de cola

(120) Existem diversos outros produtores de bebidas não alcoólicas que fornecem colas no mercado da Grã-Bretanha. Entre eles podem citar-se a Princes, a Vimto e a Barr, que produzem principalmente produtos económicos com marca de distribuidor destinados ao canal dos estabelecimentos «múltiplos»

c) Os principais clientes/canais de distribuição

O canal dos estabelecimentos «múltiplos»

(121) O canal dos estabelecimentos múltiplos, que inclui as grandes cadeias de supermercados, constitui, na Grã-Bretanha, o maior canal de distribuição para as colas em termos de volume. A importância deste canal, relativamente à procura global do mercado da cola, é avaliada pela CCSB em cerca de [40 % a 55 %] do volume total vendido em 1995. Segundo as partes, as vendas de colas através deste canal aumentaram em termos de volume absoluto, passando de aproximadamente [. . .] milhões de RD-TL em 1993, para [. . .] milhões em 1995.

O canal de impulso/sector grossista e de «cash and carry»

(122) O canal de impulso consiste principalmente em pequenas mercearias, lojas de conveniência independentes ou com sucursais, estações de serviço e estabelecimentos de vendas de bebidas alcóolicas. Uma grande proporção dos estabelecimentos de impulso adquire as suas colas a grossistas e em estabelecimentos «cash and carry». Segundo a CCSB, o volume de colas vendido através do canal de impulso elevou-se a [. . .] milhões de RDTL em 1995, ou seja, cerca de [25 % a 35 %] do mercado total dos colas.

O canal do consumo no local

(123) Este canal engloba os pubs, hotéis, restaurantes, clubes, cafés, cantinas de empresas, escolas, hospitais e outros locais onde a cola é consumida no local. Segundo as partes, as vendas através deste canal elevaram-se a cerca de [. . .] milhões de RDTL em 1995, ou seja, aproximadamente [25 % a 35 %] das vendas totais de cola na Grã-Bretanha. A importância dos pubs (cerca de 60 000 na Grã-Bretanha) neste canal pode ser demonstrada pelos dados do relatório⁸ da MMC (comissão britânica de controlo dos monopólios e das concentrações) que revelou que os pubs representam cerca de dois terços do consumo de refrigerantes. A CCSB considera que este número se situa actualmente em apenas 45 %.

d) Crescimento

(124) Globalmente, o mercado das colas cresceu cerca 24 % entre 1993 e 1995. Os aumentos durante o mesmo período registados nos três canais acima referidos foram os seguintes: estabelecimentos «múltiplos» 36 %, impulso 19 % e consumo no local 11 %. A CCSB e a maior parte dos outros operadores no mercado das colas prevêem que esta tendência de crescimento se mantenha, apesar de as condições climatéricas poderem ter, segundo os anos, uma influência significativa.

e) A estrutura e a natureza das actividades de marketing (publicidade e promoção)

(125) A estrutura e a natureza das actividades de marketing das bebidas não alcoólicas na Grã-Bretanha seguidamente descritas, combinam um mix de acções de publicidade específica a uma marca e de acções de promoção espe-

⁸ Um relatório relativo aos fornecimentos pelos fabricantes de refrigerantes do Reino Unido (HMSO 1991).

cíficas. Estes dois elementos principais constituem actividades de marketing complementares, que envolvem tanto o proprietário da marca como o engarrafador-distribuidor. Esta estrutura incide tanto no atractivo da imagem de marca como na eficácia de um programa promocional, numa combinação que se tem vindo a revelar particularmente eficaz na comercialização das colas.

Publicidade «Above the line»

(126) A imagem constitui um elemento muito importante no mercado das colas, caracterizado pela presença de poderosas marcas constituídas e mantidas através de campanhas de publicidade de longa duração. Esta publicidade específica à marca é designada no sector como «above the line» e é principalmente realizada através da televisão, da rádio, do cinema, da imprensa e do patrocínio de actividades tais como a música pelos proprietários das marcas, mas também por eles financiada.

Promoção «Below the line»

(127) A promoção de produtos de marca nos estabelecimentos comerciais, designada no sector como marketing «below the line» é também considerada extremamente importante para o desenvolvimento das marcas, em especial no canal dos estabelecimentos «múltiplos» e no canal grossista/«cash and carry» (impulso).

(128) O marketing «below the line» consiste principalmente em dois tipos de actividades, ou seja: i) descontos promocionais (por exemplo, promoções de valor acrescentado, compras múltiplas, reduções de preços, descontos ao cliente) e ii) marketing de distribuição (por exemplo, referenciamento dos produtos, disposição nas prateleiras e publicidade nos estabelecimento, promoções e distribuição de amostras direccionadas em função do cliente, publicidade na imprensa especializada, arcas frigoríficas emprestadas gratuitamente).

(129) Os canais dos estabelecimentos «múltiplos» e de grossistas/«cash and carry» (impulso), esperam que as principais marcas sejam objecto de promoções regulares. Neste contexto deverá realçar-se que, enquanto as promoções duram normalmente entre quatro e oito semanas, a Coca-Cola encontra-se habitualmente em promoção durante quase todo o ano no canal dos estabelecimentos de primeira categoria, com uma ou mais configurações de embalagem/produto.

(130) No canal do consumo no local, as actividades de marketing consistem principalmente na concessão de fundos em condições favoráveis sob a forma de pagamentos globais a fim de manter contratos a médio prazo com os clientes (por exemplo, com uma cervejaria ou um centro recreativo).

(131) O marketing «below the line» caracteriza-se por avultados investimentos nas grandes marcas por parte dos engarrafadores/distribuidores que, normalmente, têm o apoio financeiro (muitas vezes substancial) dos proprietários das marcas, sob a forma de co-financiamento de certas promoções previamente acordadas. Assim, as despesas totais de marketing «below the line».

3. Posição dominante

a) Vantagens da CCSB no mercado das colas

Quota de mercado

(132) Em 1995, a CCSB tinha, em termos de volume, uma quota do mercado britânico das colas de [55 % a 65 %] (este valor é, na sua totalidade, atribuído à TCCC uma vez que a CS não possui nenhuma marca de cola). Esta percentagem corresponde a quase o triplo da quota do seu maior concorrente mais próximo. A CCSB tem, de longe, a maior quota em cada um dos três canais de comercialização. As quotas de mercado são as seguintes:

Quotas no mercado das colas em termos de volume

%

Empresa	1993	1994	1995
CCSB (marca Coca-Cola)	[55-65]	[55-65]	[55-65]
Brivtvic (marca Pepsi Cola)	[15-25]	[15-25]	[15-25]
Virgin Cola	-	[<5]	[<5]
Marcas de distribuidor	[<10]	[5-15]	[5-15]
Outras colas	[5-15]	[<10]	[<10]
Total	100	100	100

Fonte: *Canadean*

Quotas no mercado das colas em termos de volume em 1995

%

Empresa 'múltiplos' no local	Estabelecimento	impulso	consumo	Global
CCSB (marca Coca-Cola)	[35-45]	[55-65]	[55-65]	[55-65]
Brivtvic (marca Pepsi Cola)	[10-20]	[15-25]	[30-40]	[15-25]
Virgin Cola	[<10]	[<5]	-	[<5]

Marcas de distribuidor	[25-35]	[<5]	-	[5-15]
Outras colas	[<10]	[<10]	[<10]	[<10]
Total	100	100	100	100

Fonte: Canadean Limited; Nielsen; estimativas das partes

(133) No. maior dos três canais, ou seja os estabelecimentos ·múltiplos·, a CCSB com a Coca-Cola detém quotas de cerca de [35 % a 45 %) em termos de volume e (4\$ % a SS %) em termos de valor, o que é muito superior ao seu maior concorrente, a Pepsi da Britvic, com [10 % a 20 %) em termos de volume e (IS % a 25 %) em termos de valor. A Virgin é um interveniente pouco importante neste canal, estando apenas presente em duas as maiores cadeias retalhistas. Tanto as marcas económicas ·tradicionais· como as colas de qualidade com marca de, distribuidor recentemente introduzidas desempenham um papel neste mercado. De realçar que embora, em conjunto, as marcas de distribuidor tenham uma quota de mercado apreciável [25 % a 35 %), individualmente as suas quotas são reduzidas ([< 10 %)) e limitadas a uma cadeia de supermercados.

(134) A introdução de colas de elevada qualidade com marcas de distribuidor e da Virgin Cola a partir de 1994 veio reduzir a quota da Coca-Cola no canal dos estabelecimentos de primeira categoria (este conceito é mais amplo do que o de estabelecimentos ·múltiplos· porque abrange as cooperativas e os centros de produtos congelados) de (50 % a 60 %) em 1993 para (40 % a SO %) em 1995. Contudo, a Coca-Cola viria a recuperar e, segundo a Nielsen, nos primeiros sete meses de 1996 a sua quota elevava-se a [40 % a 50 %] .

(135) A Coca-Cola - o produto da CCSB - detém uma quota de mercado particularmente elevada no canal de impulso. Em 1995, elevava-se, segundo a Nielsen, a [60 % a 70 %] em termos de volume e a [65 % a 75 %] em termos de valor. A introdução de novas marcas de qualidade de distribuidor e da Virgin Cola deu origem a uma diminuição temporária e pouco significativa das vendas de Coca-Cola neste canal. Apesar desta redução, a quota da CCSB neste canal manteve-se relativamente estável entre [60 % a 70 %] em 1993 e (60 % a 70 %] em 1993 e [60 % a 70 %] em 1995.

(136) O canal do consumo no local no sector das colas caracteriza-se por dois intervenientes muito fortes, a Coca-Cola (CCSB) e a Pepsi (Britvic) que, entre si, partilhavam (90 % a 100 %] das vendas (CCSB [55 % a 65 %) e Britvic [30 % a 40.%) vendidas através deste canal em 1995. Tanto a Coca-Cola como a Pepsi aumentaram as suas quotas de mercado em detrimento de outros fornecedores de colas. A Coca-Cola aumentou a sua quota em termos de vo-

lume no canal do consumo no local de [50 % a 60 %] em 1993 para [55 % a 65 %] em 1995, apesar da Britvic se encontrar muito bem implantada neste canal.

Produto indispensável

(137) A principal vantagem da CCSB é a marca Coca-Cola, propriedade da TCCC. O relatório anual da TCCC para 1995 realça o reconhecimento universal da marca Coca-Cola e do respectivo logotipo, notando que a Coca-Cola é a segunda expressão mais reconhecida a nível mundial (a seguir à expressão OK).

O relatório prossegue, realçando a importância que a TCCC atribui ao valor da sua marca Coca-Cola com os seguintes comentários:

·A marca Coca-Cola deve valer milhões, não deve? Na verdade vale um dólar - de um ponto de vista contabilístico. Segundo algumas fontes de avaliação; contudo, o seu valor efectivo, aproxima-se dos 39 milhões de dólares. Não sabemos na verdade quanto é que vale. Sabemos apenas isto: se a nossa empresa ardesse completamente, não teríamos qualquer dificuldade em obter fundos para a reconstruir apenas com base na solidez das nossas marcas .

Segundo dados de estudos de mercado de 1995, a Coca-Cola goza, entre os consumidores, de um reconhecimento de marca de 99 % e de um reconhecimento publicitário de 69 %.

(138) O reconhecimento quase universal da marca Coca-Cola significa que os estabelecimentos ·múltiplos·, os grossistas e os ·cash and carry· a consideram um artigo indispensável. Os principais retalhistas ·múltiplos·, em resposta aos questionários da Comissão, afirmaram sem excepção que armazenavam Coca-Cola. Um deles referiu que certas linhas de produtos têm importância nacional e devem obrigatoriamente ser referenciadas, como a marca Coca-Cola, acrescentando que a Coca-Cola é o elemento motor do mercado. Outra empresa explicou que enquanto outras marcas têm de convencer o retalhista a armazená-las, os retalhistas consideram que a Coca-Cola é um produto ·essencial-que-devem armazenar por forma a responder às necessidades dos clientes·.

(139) Praticamente todos os retalhistas realçaram a importância estratégica das colas para a sua actividade, sendo a Coca-Cola salientada neste contexto.

Além disso, as bebidas não alcoólicas em geral são de importância estratégica para os retalhistas, constituindo aproximadamente 5 % da sua actividade total. Neste contexto as colas em particular são consideradas como ·chamariz· e, como tal, os retalhistas dependem delas para atrair os clientes aos seus estabelecimentos. Pelas mesmas razões, a Coca-Cola é um artigo ·indispensável· para os grossistas/Kcash and carry· que servem o canal de impulso.

(140) O facto de a Coca-Cola constituir um artigo ·indispensável· para os grossistas e para os retalhistas ·múltiplos·, confere-lhe uma posição de vantagem, uma vez que não existe qualquer fornecedor alternativo; este facto permite, por seu turno, que a CCSB negocie acordos satisfatórios em termos comerciais, acesso a espaço de prateleira e espaço promocional. Um grossista declarou à Comissão que uma vez que a Coca-Cola é a marca dominante, tem uma importância estratégica para [nós]. O efeito prático desta situação traduz-se na atribuição de mais espaço à marca..

(141) Nos canais de impulso e de consumo no local, o espaço disponível para a exposição e armazenamento de colas e outras bebidas não alcoólicas é frequentemente limitado e estes estabelecimentos armazenam normalmente apenas um produto de cola e uma gama limitada de outras bebidas não alcoólicas. A Coca-Cola, enquanto produto reconhecido universalmente, detém uma vantagem considerável relativamente às colas concorrentes.

Preços

(142) Os concorrentes da CCSB, incluindo a Britvic/Pepsi e a Virgin, são forçados a aceitar margens mais baixas do que a CCSB relativamente aos seus produtos de cola e, simultaneamente, têm de oferecer melhores, promoções. Um retalhista afirmou que: a CCSB não reembolsa a 100 % as ofertas especiais, como o faz a (. . .);-e, se oferecemos uma promoção ·compre duas, leve três nas garrafas de 2 litros, a (. . .) reembolsará (. . .) o preço de venda total, enquanto a CCSB apenas reembolsará 70 % do preço, ou seja, mantemos a nossa margem mas perdemos os lucros..

(143) As duas principais marcas de cola, a Coca-Cola e a Pepsi, são vendidas ao consumidor em retalhistas ·múltiplos· a um preço cerca de 20 % superior ao da Virgin Cola e aos produtos de qualidade com marca de distribuidor. Segundo dados relativos aos preços efectivos (ou seja, incluindo promoções), fornecidos pelas partes e relativos aos dois últimos anos, em relação ao produto de cola mais popular (garrafa de 2 litros PET), a CCSB tem vindo a au-

mentar, durante este período, o preço efectivo da Coca-Cola e a diferença do preço da Coca-Cola, relativamente ao preço médio de todas as colas com marca de distribuidor. Estes números incluem todas as colas com marca de distribuidor, tanto económicas como de qualidade, todas as opções de embalagem e todos os clientes, representando conseqüentemente a melhor análise da evolução dos preços no canal dos estabelecimentos múltiplos.

(144) Durante o mesmo período, afigura-se que a (. . .) fez tentativas, não coroadas de êxito, de aumentar a sua quota nos retalhistas múltiplos reduzindo o preço efectivo da garrafa de PET de 2 litros ((. . .)) durante 1995. Este facto parece reforçar a opinião generalizada de que a [. . .] não é capaz de atacar a quota de mercado da Coca-Cola de forma significativa, numa base duradoura.

(145) Uma outra indicação da posição de força da Coca-Cola relativamente aos retalhistas consiste no facto de, apesar de os retalhistas obterem uma margem mais reduzida com a Coca-Cola do que com as colas de qualidade com marca de distribuidor, praticamente todos continuam a comercializar a Coca-Cola. Esta disparidade nas margens constitui um indicador das limitações do poder negocial do retalhista quando negocia com o líder de mercado, a CCSB. Apesar de as colas de qualidade com marca de distribuidor proporcionarem um lucro atraente para o retalhista, este não substitui o poder de atracção da Coca-Cola.

(146) (Resumo não confidencial: a documentação interna das partes referia (numa análise de Abril de 1996) que o aumento de preços da Coca-Cola foi aplicado com êxito e que a megamarca está a reafirmar o seu vigor no mercado das colas).

Carteira

(147) Para além da Coca-Cola, a CCSB possui igualmente a mais ampla carteira de todos os produtores de bebidas não alcoólicas na Grã-Bretanha. A CCSB pode assim oferecer não só a cola líder a nível mundial mas, também uma gama completa de outras bebidas não alcoólicas, incluindo outras marcas internacionais importantes como a Fanta, Sprite, Dr. Pepper, Schweppes, Canada Dry e Sunkist.

(148) Esta ampla carteira permite que a CCSB estructure os seus descontos por forma a incentivar os retalhistas a adquirirem o maior volume possível. A CCSB aplica super descontos (descontos concedidos aos retalhistas retroacti-

vamente, com base em objectivos em termos de volume a atingir durante um determinado período, normalmente um ano) quer a marcas individuais, quer a toda a gama de produtos. Estas práticas encorajam efectivamente os clientes a maximizar as suas aquisições junto de um determinado fornecedor e tornam menos atraente a mudança de fornecedores.

Economias de escala

(149) Uma vantagem suplementar da CCSB é o grande volume gerado pela combinação da Coca-Cola e de outras marcas na sua carteira, que lhe permite tirar partido de economias de escala a nível da aquisição, produção e distribuição. Por exemplo, a fábrica da CCSB de Wakefield, a maior da Europa, produziu perto de (. . .) de litros em 1998 (cerca de (. . . %) da produção total da CCSB), enquanto a produção total da Britvic de todas as suas fábricas, no mesmo ano, se elevou a [um montante semelhante. Além disso, os grandes volumes permitem que a CCSB entregue produtos aos clientes com custos unitários de transporte mais baixos.

(150) Afigura-se que existem também economias de escala a nível da publicidade. A Pepsi tem vindo a despende consideravelmente mais por litro na publicidade-above the line- do que a TCCC, sem quaisquer efeitos perceptíveis na quota de mercado da Pepsi Cola.

b) Pressões

(151) As partes alegaram que a introdução de colas de qualidade com marca de distribuidor e da Virgin Cola revela que a CCSB não detém uma posição dominante no mercado das colas na Grã-Bretanha. Alegam igualmente que o comportamento da CCSB é limitado pelos outros fornecedores de colas, pelos clientes e também pelos restantes refrigerantes. Estas alegações são seguidamente analisadas.

Marca de distribuidor

(152) Os produtos de cola com marca de distribuidor são apenas relevantes no que se refere ao canal dos retalhistas múltiplos, onde detém uma quota de mercado de cerca de [25 % a 35 %] em termos de volume e de [15 % a 25 %] em termos de valor. No canal do consumo no local a sua quota é negligenciável e no canal de impulso é apenas de 5 % em termos de volume e de [< 5 %] em termos de valor. Conseqüentemente, os produtos com marca de distribu-

idor não desempenham um papel significativo relativamente aos (50 % a 60 %) das colas vendidas através de outros canais que não os estabelecimentos múltiplos.

(153) Na altura da sua investigação em 1990, a MMC concluiu que os produtos refrigerantes com marca de retalhista tinham normalmente preços inferiores entre 10 a 20 % aos das marcas líderes, e que a manutenção de um diferencial de preços estável entre as marcas de distribuidor e os produtos de marca era facilitada pela forte posição negocial dos retalhistas face aos fabricantes dos produtos vendidos sob marca de distribuidor. (Ver ponto 3.59). Contudo, aparentemente como consequência da publicidade e da promoção da Coca-Cola e da Pepsi e da qualidade inferior dos concentrados utilizados nos produtos com marca de distribuidor nessa altura, o diferencial de preços para as colas era muito superior, situando-se em aproximadamente 40 a 50 %. Existia igualmente uma cola de qualidade inferior vendida 70 % mais barata.

(154) Esta situação foi radicalmente alterada com a chegada à Grã-Bretanha da Cott, uma empresa canadiana que permitiu às principais cadeias retalhistas desenvolverem produtos de cola comparáveis à Coca-Cola e à Pepsi.

(155) Em Abril de 1994, a Sainsbury introduziu uma cola de qualidade com marca de distribuidor, designada Clássic Cola, destinada a concorrer mais directamente com as principais marcas. O lançamento da Classic da Sainsbury foi seguido de uma procissão de lançamentos “me too” de colas de qualidade com marca de distribuidor por outros grandes retalhistas múltiplos. Além disso, a NISA e a Spar, as principais centrais, introduziram uma cola de qualidade com marca de distribuidor.

(156), As primeiras vendas destas colas de qualidade com marca de distribuidor minaram as quotas de mercado da Coca-Cola e da Pepsi Cola. Em resposta a este ataque à quota de mercado da Coca-Cola, a TCCC reforçou os seus programas de publicidade.

(157) [. . . Resumo não confidencial dos pontos 157 e 158: a documentação interna das partes revelam que a marca Coca-Cola começou a recuperar quotas das marcas de distribuidor já nos últimos trimestres de 1995 e que, no final de 1996, a reestruturação do mercado estava concluída)

(158) [. . .]

(159) Os mais importantes estabelecimentos ·múltiplos· e as duas maiores centrais de compras dispõem agora, todos eles, de colas de qualidade de marca própria. Este facto, só por si, restringe as oportunidades de uma expansão suplementar. Além disso, as colas com marca de distribuidor deparam-se com diversas desvantagens que restringem o seu crescimento potencial:

- estão restringidas às instalações do estabelecimento ·múltiplo· que delas é proprietário,

- as marcas de qualidade não podem competir de forma excessiva em termos de preços uma vez que correm o risco de perder o seu estatuto de produtos de ·qualidade· e ser relegadas, não que a opinião dos consumidores, para segmentos inferiores, agindo a Coca-Cola como um indicador conhecido do valor da marca de distribuidor da qualidade,

- têm menos possibilidades de fazer publicidade a sua marca para compensar a impossibilidade de reduzir os preços,

- existem limites ao aumento das vendas dos produtos com marca de distribuidor que os retalhistas múltiplos podem realizar através da redução da escolha do cliente e do espaço de Prateleira atribuído às marcas de fabricante, uma vez que correm o risco de os clientes se dirigirem a outros estabelecimentos.

(160) As partes afirmam que as actividades das marcas de distribuidor correspondem a cerca de 28 mil milhões de libras esterlinas por ano, não podendo consequentemente afirmar-se que tenham um potencial limitado. Além disso, referem que os estabelecimentos ·múltiplos· despendem grandes somas na publicidade de sua. marca em termos globais e, portanto, na promoção das colas com a sua marca. Mesmo que se admita este facto, em 1995 a Sainsbury despendeu [. . .) em publicidade, ou seja, aproximadamente [. . .) do seu volume de negócios, enquanto a TCCC despendeu, segundo a Canadean, 29 milhões de libras, ou seja, o equivalente a mais de [. . .] do volume de negócios de produtos da TCCC. O rácio despesas de publicidade/volume de negócios é assim, pelo menos, dez vezes superior no caso da TCCC.

(161) Afigura-se que a quota de mercado disponível para as marcas de distribuidor de qualidade é limitada e que os estabelecimentos múltiplos não dispõem dos meios necessários para expandir as vendas para além de um determinado nível. O facto de tal nível parecer ter sido atingido é confirmado [. . .

nomeadamente) e pela recuperação, pela Coca-Cola, de uma parte da quota de mercado que havia perdido.

(162) Embora a CCSB tenha perdido terreno no mercado das colas vendidas nos estabelecimentos múltiplos na sequência da introdução de colas de qualidade com marca de distribuidor e da Virgin Cola, segundo a Canadean, o seu volume total aumentou ainda de forma muito superior ao mercado.

(163) É interessante comparar a situação das colas vendidas nos retalhistas múltiplos com a das limonadas. As marcas de distribuidor dominam as vendas de limonadas, e alguns estabelecimentos múltiplos não possuem qualquer produto de marca de fabricante ou fixam o preço da sua própria marca acima do produto de marca de fabricante (economico). Em contrapartida, a Coca-Cola é normalmente vendida a um preço superior em cerca de 15 a 25 % ao preço das colas de qualidade com marcas de distribuidor, continuando no entanto a ser a maior marca neste canal (de distribuição com 42 % em termos de volume, ou seja, novamente mais de metade da totalidade das marcas. Além disso, conseguiu aumentar recentemente o preço e a quota de mercado. Na totalidade do mercado das colas, as marcas de distribuidor representam apenas 10 % do volume.

(164) De realçar igualmente que as colas com marca de distribuidor têm sido, dos produtos lançados por supermercados, os que alcançaram menos êxito, sendo a sua penetração de apenas 28 % comparativamente com 39 % no que se refere à globalidade dos refrigerantes (ou seja, aproximadamente 50 % dos refrigerantes excluindo as colas), 50 % para as águas minerais e 67 % para os sumos de frutas.

Este facto indica que as colas de marca têm uma forte posição no mercado a que as outras bebidas não alcoólicas não têm acesso. A Coca-Cola, sendo de longe a marca mais importante, é a principal beneficiária desta situação.

Virgin

(165) A Virgin Cola foi lançada ao abrigo da marca umbrella-Virgin-, utilizada no amplo leque de actividades que forma o grupo Virgin. Segundo o grupo, estas actividades (que incluem companhias aéreas e actividades de comércio retalhista) baseiam-se numa filosofia comum, ou seja introduzir a inovação em mercados monopolísticos estagnados. . . juntamente com um objectivo declarado e claro de proporcionar ao consumidor um verdadeiro benefício através da combinação de preços mais baixos e/ou de produtos ou serviços de melhor qualidade.

(166) A actividade da Virgin, que tem obtido algum êxito, baseia-se em larga medida nas vendas através de dois estabelecimentos múltiplos, [. . .], que lhes proporciona uma quota de mercado de cerca de [< 10 %] neste canal. Não conseguiu estabelecer-se ao mesmo nível no canal de impulso, onde detém uma quota de cerca de [< 5 %], nem no sector do consumo no local onde a sua presença é ainda menos significativa, limitando-se apenas à cadeia de cinemas propriedade do grupo Virgin. Globalmente, a sua quota no mercado das colas na Grã-Bretanha era de [< 5 %] (Canadean) em 1995.

(167) A Virgin Cola tem diversas desvantagens comparativamente com a CCSB, nomeadamente:

- menor disponibilidade de recursos financeiros para financiar lançamentos, publicidade e promoção dos seus produtos de cola,
- recursos muito inferiores de produção e distribuição. No que se refere à distribuição a desvantagem é compensada, até certo ponto, pelo facto de o grande volume de vendas da Virgin Cola ser efectuado apenas a dois clientes. Este facto faz com que a distribuição seja mais fácil para estes clientes. Contudo, será necessária uma distribuição organizada a nível nacional se a Virgin Cola pretender ter qualquer hipótese de penetrar nos canais de impulso e consumo no local,
- apesar de a Virgin ter introduzido produtos adicionais e estar a planear alargar o seu leque de produtos, a sua carteira não pode ser comparada à carteira dos produtos fornecidos pela CCSB (ou mesmo pela Britvic). Consequentemente, a Virgin Cola não tem sobre os retalhistas a mesma influência que a CCSB (ou mesmo a Britvic) em termos de referenciamento, acesso a espaço de prateleira e condições de fornecimento.
- a posição negocial da Virgin Cola face aos retalhistas, estabelecimentos grossistas e de cash and carry é relativamente fraca comparativamente com a da CCSB, dado o seu volume de vendas totais, a nível das colas como outras bebidas.

(168) [. . . Resumo não confidencial: a documentação interna das partes refere que a quota de mercado da Virgin se tem mantido muito estável, principalmente devido ao facto de depender de um único retalhista múltiplo relativamente à grande maioria do seu volume. Uma vez que é pouco provável que os

restantes estabelecimentos ·múltiplos· adoptem um produto que iria concorrer directamente com os productos da sua própria marca, a Virgin Cola tem poucas possibilidades de expandir as suas vendas a nível dos retalhistas múltiplos.

(169) Embora a Virgin tenha a ambição de se tornar uma marca completa que concorra nos três canais, tem encontrado dificuldades em implantar-se nos mercados do consumo no local e de impulso, e está efectivamente sujeita, pelo menos por enquanto, a algumas das pressões que incidem sobre as colas de qualidade com marca de distribuidor. [. . .]

(170) A Virgin não dispõe da massa crítica em termos de volume, quer a nível das colas quer a nível da sua carteira geral, por forma a tomar rentável explorar plenamente o canal de impulso em termos de distribuição. [. . .]

Britvic

(171) Aparentemente, a Britvic encontra-se numa posição semelhante à da CCSB no mercado das colas. Dispõe de uma importante marca internacional, a Pepsi (a oitava maior marca de bens de grande consumo, avaliada entre 75 e 180 milhões de libras esterlinas em 1994) e o proprietário da marca possui recursos adequados para publicar e promover o produto. O seu produto de cola é apoiado por uma ampla carteira de outras bebidas não alcoólicas e a Britvic está presente nos três canais de comercialização. Além disso, o canal de consumo no local, a Britvic detém uma vantagem substancial relativamente à Coca-Cola uma vez que os seus accionistas são proprietários de mais de 12 000 pubs em regime de locação ou gestão ou seja 20 % do total, e tem ligações, através da Pepsi Co., com os principais estabelecimentos de refeições rápidas. Tradicionalmente, a Britvic tem estabelecido relações estreitas com os estabelecimentos em regime de locação, o que corresponde a cerca de dois terços do volume de vendas no canal do consumo no local.

(172) A Britvic possui igualmente instalações modernas e um sistema de distribuição a nível nacional. Contudo, desenvolve a sua actividade a uma menor escala do que a CCSB; as suas vendas de cola correspondem a cerca de [30 % a 40 %] das da CCSB e as suas vendas de refrigerantes a cerca de [45 % a 55 %] das da CCSB.

(173) No que se refere à publicidade above the line, parecem existir economias de escala. As despesas da Pepsi relativamente ao seu volume de vendas elevaram-se, durante diversos anos (até 1994), a quase o dobro das da Coca-

Cola em termos de libra esterlina por litro. Em 1994, eram superiores em cerca de 40 %. A Coca-Cola aumentou de forma significativa as suas despesas em 1995 e, pela primeira vez em seis anos, ultrapassou a Pepsi em termos de libra esterlina por litro. Apesar destes elevados níveis de despesas relativamente à Coca-Cola, a quota de mercado da Pepsi manteve-se mais ou menos constante, tendo registado uma pequena quebra em 1995.

(174) Pelo menos durante os últimos dois anos, embora tanto a Coca-Cola como a Pepsi sejam consideradas colas de marca de qualidade, a Pepsi não aplicou o mesmo preço que a Coca-Cola. Em 1995 e 1996, os preços médios da Coca-Cola no comércio retalhista, no mercado dos estabelecimentos “múltiplos” foram cerca de [$< 5\%$] superiores aos da Pepsi.

Este facto é confirmado por uma análise da evolução semanal dos preços das colas vendidas em garrafas PET de 2 litros e em latas. Durante o período compreendido entre Setembro de 1994 e Setembro de 1996, a Pepsi aplicou um preço mais elevado do que a Coca-Cola apenas durante 39 semanas para as garrafas e durante 24 semanas para as latas. É muito pouco provável que os retalhistas diminuam unilateralmente a longo prazo as suas margens, através de uma redução do preço da Pepsi relativamente ao da Coca-Cola, principalmente porque a Pepsi se encontra numa posição negocial mais fraca face aos estabelecimentos “múltiplos”. Assim, parece razoável partir do pressuposto de que estes preços mais baixos aos consumidores estão directamente relacionados com preços mais baixos (após tomar em consideração os efeitos dos descontos e das promoções) oferecidos pela Britvic.

(175) Um produto no âmbito da gama Pepsi - a Pepsi MAX - parece ter tido algum êxito. Quando foram introduzidas as novas colas de qualidade com marca de distribuidor, a quota de mercado da Pepsi foi aparentemente menos afectada do que a da Coca-Cola, tendo descido apenas de [15% a 25%] para [15% a 25%] no mercado do canal dos estabelecimentos de primeira categoria, no período entre 1991 e 1995, obtido uma pequena subida em 1993, seguida de uma descida de [$< 5\%$] entre esse ano e 1995. (. . .).

(176) Em Abril de 1996 a Pepsi lançou a sua campanha Pepsi Blue para acompanhar a alteração da cor das suas garrafas e latas. Estima-se que essa campanha tenha custado 500 milhões de dólares dos Estados Unidos (não incluindo os Estados Unidos da América). Apesar destas despesas, a Pepsi não obteve, aparentemente, quaisquer ganhos significativos em termos de quota de mercado.

(177) Com efeito, apesar do êxito da Pepsi MAX e apesar do reforço das despesas de publicidade por litro e dos preços inferiores aos consumidores, pelo menos no canal dos estabelecimentos “múltiplos”, a Pepsi não conseguiu nos últimos anos qualquer incursão

significativa na quota de mercado da Coca-Cola. Mesmo no canal do consumo no local, em que a Britvic detém vantagens significativas, a Pepsi não conseguiu evitar que a Coca-Cola conquistasse quotas de mercado.

Cott

(178) A Cott especializou-se na produção de colas com marca de distribuidor na América do Norte e na Grã-Bretanha, produzindo aproximadamente [10 % a 20 %] das colas produzidas na Grã-Bretanha. Contudo, não desenvolve quaisquer operações de marketing ou vendas independentes, embora possa dispor dos recursos necessários para criar uma nova marca de cola.

Estabelecimentos múltiplos, grossistas e cash and carries

(179) As partes alegaram que os estabelecimentos “múltiplos” dispõem de um certo poder de negociação sobre a CCSB, devido a) ao peso do seu poder de compra enquanto grandes clientes e b) ao seu controlo sobre o referenciamento (e de referenciamento) e da atribuição do espaço de prateleira, principalmente porque oferecem colas de qualidade com marca de distribuidor e outros refrigerantes que concorrem com os produtos da CCSB.

(180) Embora as partes tenham identificado certos estabelecimentos múltiplos importantes que representavam uma proporção significativa das vendas totais de bebidas não alcoólicas da CCSB em 1995, nenhuma cadeia de estabelecimentos “múltiplos” representava individualmente mais de [10 %] de tais vendas. Consequentemente, a nível individual, não se pode alegar que qualquer retalhista “múltiplo” esteja em condições de influenciar as políticas e preços e de marketing da CCSB. Com efeito, um dos maiores clientes “múltiplos” da CCSB referiu que não possui poder de negociação suficiente face às grandes marcas - principalmente à Coca-Cola. O cliente citou um exemplo embora saibamos que o preço das matérias-primas dos PET e do açúcar tenham descido drasticamente nos últimos meses não conseguimos obter reduções de preços correspondentes por parte dos fornecedores.

(181) Embora seja um facto que todos os fornecedores dependem dos retalhistas para obterem espaço de prateleira e espaços promocionais, a CCSB tem

uma influência significativa relativamente a todos os retalhistas, uma vez que oferece o primeiro produto de grande consumo (484 milhões de libras) - a Coca-Cola - universalmente considerada um produto indispensável. Um importante retalhista referiu que certas linhas têm importância nacional e devem obrigatoriamente ser referenciadas, como a marca Coca-Cola, acrescentando que a Coca-Cola é o principal elemento motor do mercado. Outra empresa explicou que outras marcas têm de convencer os retalhistas a armazená-las, mas que a Coca-Cola é considerada um produto essencial que os retalhistas consideram dever armazenar por forma a dar resposta às exigências dos clientes (italico nosso). Assim, o controle dos estabelecimentos múltiplos sobre a atribuição do espaço de prateleira é relativo no caso da CCSB, uma vez que devem oferecer a Coca-Cola aos seus consumidores finais.

(182) É um facto que alguns estabelecimentos “múltiplos”, centrais de compras, grossistas e estabelecimentos de consumo no local têm volumes de negócio consideravelmente superiores ao da CCSB ou mesmo ao da CCSB e dá CCE em conjunto. O simples volume de negócios não constitui o factor determinante ao considerar quem detém o poder de negociação. Neste contexto, o factor produto indispensável, é extremamente importante. É revelador que todos os retalhistas “múltiplos” armazenam Coca-Cola, tal como os principais grossistas e cash and carry. A capacidade de a Coca-Cola aplicar preços mais elevados do que os do seu mais próximo concorrente - a Pepsi - e do que as colas de qualidade com marca de distribuidor, e também de aumentar os preços embora, alegadamente, esteja a sofrer uma forte concorrência das colas de qualidade com marca de distribuidor e da Virgin Cola, parece demonstrar que os estabelecimentos “múltiplos” e os grossistas e “cash and carry” não têm um poder de pressão suficiente para restringir o comportamento da CCSB.

(183) Dos cinco grossistas e cash and carry que responderam à questão relativa ao seu poder negocial, quatro consideraram que não tinham suficiente poder negocial, tendo apenas um considerado deter esse poder.

Cervejarias/consumo no local

(184) O canal do consumo no local está consideravelmente menos concentrado do que o canal dos estabelecimentos múltiplos. Os três maiores adquirentes de bebidas não alcoólicas são os proprietários da Britannia Holdings, ou seja a Bass, a Allied Domecq e a Whitbreads, que adquirem essencialmente os produtos de que necessitam à sua empresa associada, a Britvic. Os segundos

maiores estabelecimentos são propriedade da Greenalls, da Carlsberg Tetley e da Scottish and Newcastle, que controlam, individualmente, menos de 5 % do número total de pubs.

(185) Nenhum cliente individual, excepto a Bass que inclui a Britvic na sua contabilidade, representa mais de (5 %] das vendas totais de bebidas não alcoólicas, quer da CCSB quer da Britvic. Os adquirentes neste mercado não têm qualquer possibilidade de contrariar o poder da CCSB.

Outros refrigerantes

(186) as partes afirmaram que a concorrência de outras bebidas comerciais exerce um efeito limitativo no mercado das colas, em especial no que se refere aos preços. Não foi apresentada qualquer explicação acerca do funcionamento deste mecanismo nem quaisquer elementos de prova acerca da sua eficácia.

(187) Mesmo que a comissão admitisse, o que não acontece, que a concorrência de produtos de mercados de bebidas vizinhos possa, em certa medida, exercer uma pressão sobre os preços das colas ou, por outro lado, limitar o comportamento dos intervenientes no mercado das colas, esta pressão ou limitação seriam exercidas na totalidade do mercado das colas não afectando apenas a CCSB, mas sim todos os produtores de cola e, conseqüentemente, não alteraria a posição da CCSB relativamente aos seus concorrentes directos no mercado das colas.

(188) Concluiu-se claramente da secção relativa à definição do mercado que o mercado das colas é um mercado distinto. Embora os produtos que as partes designam por substitutos próximos, tais como a limonada, estejam disponíveis a preços entre 20 e 30% inferiores ao da Coca-Cola e consideravelmente inferiores aos da grande maioria das outras colas, as vendas de colas aumentaram mais rapidamente do que as vendas de refrigerantes em geral e representam actualmente cerca de 25% das vendas de todas as bebidas não alcoólicas e perto de 50% das vendas de refrigerantes. Além disso, a Coca-Cola pôde aumentar os preços, recuperando, simultaneamente quotas de mercado. Nesta situação, afigura-se que a eventual influência que a concorrência de outras bebidas comerciais pode exercer é mínima e de nenhuma forma suficiente para infirmar a conclusão de que a CCSB, através da Coca-Cola, detém uma posição dominante no mercado das colas na Grã-Bretanha.

c) Barreiras à entrada

(189) Os candidatos potenciais ao mercado das colas enfrentam significativas barreiras à entrada. Em primeiro lugar, o relativo pouco êxito das colas com marca de distribuidor antes de 1994 sugere ser necessário o acesso a um concentrado de cola de elevada qualidade. O lançamento de uma nova cola provoca despesas consideráveis por forma a obter o reconhecimento do produto, principalmente quando é necessário lançar uma nova marca; além disso, será também necessário um apoio promocional significativo. Um concorrente avaliou o investimento necessário para o lançamento de uma nova marca de cola em 10 milhões de libras esterlinas no primeiro ano. A própria CCSB afirmou que o custo de lançamento de uma nova bebida não alcoólica no mercado da Grã-Bretanha poderia atingir esta ordem de grandeza.

Outros refrigerantes

(190) Dado que a Coca-Cola é um produto indispensável nos estabelecimentos múltiplos e que a grande maioria, se não todos, os estabelecimentos deste canal comercializam igualmente um produto de qualidade com marca própria, as dificuldades em obter acesso à quantidade e qualidade de espaço de prateleira necessário para se implantar no mercado constituem uma barreira considerável. Por outro lado, a ausência de uma ampla carteira de produtos incluindo, em especial, outras marcas líderes de refrigerantes, constitui igualmente uma barreira para qualquer candidato potencial, uma vez que limita a posição negocial do fornecedor face ao retalhista.

(191) Fora do canal dos estabelecimentos “múltiplos”, é necessária uma ampla rede de distribuição que, devido aos volumes reduzidos, é difícil de criar e de explorar de forma rentável.

(192) No canal do consumo no local, qualquer novo fornecedor de cola terá de ultrapassar diversas barreiras adicionais. Em primeiro lugar, em praticamente todos os casos, o fornecedor deverá desalojar uma marca muito forte (Coca-Cola ou Pepsi) que é a única cola vendida no estabelecimento. A posição da CCSB é muito forte neste importante mercado, não só porque engarrafava e distribuiu a principal cola e as marcas de produtos para misturas, mas também

porque pode oferecer uma gama completa de bebidas não alcoólicas. .

d) Conclusão

(193) A posição dominante da CCSB decorre das muito e (evadas quotas de mercado da Coca-Cola no mercado global das colas e em cada um dos três

canais do seu estatuto enquanto produto indispensável para os estabelecimentos múltiplos, grossistas e cash and carry e da sua ampla carteira que permite aos clientes satisfazerem todas ou grande parte das suas necessidades a partir de uma única fonte e que permite também economias de escala consideráveis a nível da produção e distribuição. Estas economias de escala vêm adicionar-se às decorrentes do grande volume de vendas da Coca-Cola.

(194) Os novos candidatos enfrentam grandes barreiras à entrada no mercado das colas. Os novos intervenientes, as marcas de distribuidor de qualidade e a Virgin Cola viram-se efectivamente confinados ao canal dos retalhistas múltiplos onde, aparentemente, não existe grande margem para uma nova expansão e onde a Coca-Cola está, de facto, a recuperar as suas quotas de mercado.

(195) Nem os clientes nem os concorrentes têm possibilidades de restringir a capacidade de a CCSB agir de forma independente dos outros intervenientes no mercado.

4. Impacto da operação projectada

Estrutura actual da CCSB

(196) Com a sua actual estrutura a CCSB, através da sua holding ABGB, é uma filial da CS, que tem uma participação de SI % do capital da ABGB. Os restantes 49 % são detidos pela TCCC. Em termos jurídicos, a empresa é controlada pela CS. A CS nomeia uma maioria de directores ((. . .)) no Conselho de administração [. . .] Durante os primeiros [. . .] anos de existência da CCSB ([. . .]), a TCCC tinha direitos de veto sobre [decisões estratégicas. . .]

(197) Actualmente, a TCCC tem direitos de veto relativamente a certas questões, incluindo (. . .) Estes direitos apenas servem para proteger a posição da TCCC enquanto accionista inoritário.

(198) Contudo, [. . .] dada a proporção da actividade da empresa gerada a partir de produtos da TCCC (. . .em termos de volume e. . . em termos de valor), a CS não podia, na prática, utilizar a sua posição maioritária contra a TCCC em questões comerciais estratégicas [. . .]. Nesta base, pode-se considerar que a TCCC tem exercido, nos últimos anos, um controlo conjunto de facto com a CS sobre a estratégia comercial geral da CCSB.

(199) Com efeito, tem-se verificado nos últimos anos uma divergência crescente entre a TCCC e a CS relativamente à estratégia comercial da CCSB. Um terceiro afirmou:

“As divergências entre a Coca-Cola Company e a Cadbury Schweppes têm sido bem documentadas na imprensa especializada. . . Contrariamente ao que se passa com a Coca-Cola, uma proporção significativa dos lucros totais da Cadbury Schweppes provém da CCSB. As receitas da CCSB têm, consequentemente, um impacto superior sobre a cotação das acções da Cadbury Schweppes, permitindo-lhe efectuar aquisições noutras partes do mundo. Esta situação tem criado uma tensão considerável relativamente à CCSB no âmbito da Amalgamated Beverages: enquanto a política da Cadbury Schweppes consistia em obter lucros da CCSB e distribuí-los aos accionistas... o principal objectivo da Coca-Cola tem sido investir e reforçar a sua quota de mercado”.

(200) As partes alegam que a Comissão exagera os supostos diferendos entre a TCCC e a CS relativamente à estratégia comercial de base da CCSB, (. . . J. Contudo, esta descrição é incompleta [. . .Resumo não confidencial: a partir de 1994 as partes têm estado em desacordo relativamente à importância relativa a consagrar ao lucro a curto prazo, em detrimento do crescimento em termos de volume).

(201) Todavia, deverá também reconhecer-se a partir do atrás exposto que, (. . .) as partes (. . . chegar(am) a compromisso[o [. . . o que lhes permitiu] prosseguir as suas actividades em conjunto no âmbito da CCSB.

(202) As partes alegaram ser normal existirem tensões entre um proprietário de uma marca e uma empresa de engarrafamento. Não é um segredo no sector que, no fornecimento de bebidas não alcoólicas, as perspectivas do proprietário da marca e da empresa de engarrafamento são diferentes, podendo surgir tensões entre ambos. Na generalidade, o proprietário da marca centra-se no volume, uma vez que as suas receitas dependem normalmente das vendas de concentrado, que se baseiam no volume. A empresa de engarrafamento, por seu turno, visa obter lucros da sua actividade e desta forma os preços que procura aplicar podem ser mais elevados do que aqueles que iriam maximizar as receitas do proprietário da marca. Contudo, no caso da CCSB, existiam as mesmas tensões, senão mais, entre os dois proprietários da marca, tal como entre um proprietário de uma marca e uma empresa de engarrafamento. De qualquer forma, estas tensões tiveram como resultado impedir a TCCC de prosseguir com plena liberdade a sua própria estratégia comercial na empresa.

(203) Além disso, deverá notar-se igualmente que a CS e a TCCC se tenham cada vez mais tornado concorrentes directos nos últimos anos, na medida em que ambas são proprietárias de aromas semelhantes de bebidas, por exemplo nos refrigerantes com sabor a laranja Sinkist (CS) e Fanta (TCCC) e nas bebidas não gaseificadas Oassis (CS) e Fruitopia (TCCC). (A Fruitopia não era comercializada pela CSSB, e a TCCC anunciou a retirada deste produto do mercado do Reino Unido). A um nível mais geral, as duas empresas são também concorrentes uma vez que a TCCC é o primeiro mais importante proprietário de marcas de bebidas não alcoólicas a nível mundial e a CS o terceiro.

Situação após a operação projectada

(204) Após a realização da operação projectada, as actividades da CCSB seriam transferidas para a CCE. Desta forma, a CCE - e consequentemente a TCCC - deteriam o controlo exclusivo da produção, embalagem, distribuição e comercialização de todas as marcas de CCSB. Estas incluiriam todas as marcas da TCCC que fazem actualmente parte da carteira da CCSB. Além disso, a CCE - e consequentemente a TCCC - deteriam o controlo do marketing dos produtos da CS, situação que se deve ao acordo de licença a longo prazo da CS concluído com a CCSB. A CS, enquanto tal, deixaria de estar envolvida nas actividades de engarrafamento na Grã-Bretanha. Contudo, como resultado do acordo de licença, notificado nos termos do artigo 85 do Tratado CE (ver ponto 17) a CS manteria uma certa influência sobre a) a comercialização das suas marcas próprias, através da sua contribuição para o financiamento do marketing da CCSB e da instituição de um fundo de Marketing conjunto para os seus produtos e b) o volume de vendas dos seus produtos através [. . .].

Aspectos verticais

(205) Através da aquisição, por parte da CCE, do controlo directo da CCSB, a TCCC tomar-se-ia uma empresa totalmente integrada verticalmente e obteria um acesso directo ao mercado, ou seja, o acesso aos clientes em todos os canais de distribuição, relativamente a todas as marcas da TCCC dá carteira da CCSB, incluindo, evidentemente, a marca Coca-Cola. Existiriam diversas vantagens na obtenção de um acesso directo ao mercado. Em especial, esta situação aumentaria a margem de manobra da TCCC para coordenar as actividades de marketing e promocionais *·bellow the line·* da CCSB com as activi-

dades de publicidade da TCCC above the line, incluindo uma maior flexibilidade para aumentar as despesas below the line e para melhor orientar tais despesas.

(206) Consequentemente, pode argumentar-se que a TCCC pode aumentar a quota de mercado da CCSB a absorver o crescimento do mercado em detrimento dos seus concorrentes no mercado das colas.

(207) Contudo, dever reconhecer-se que a TCCC influencia já a comercialização dos seus próprios produtos no âmbito da CCSB, através do preço do concentrado e do volume da sua contribuição para as actividades de marketing. Além disso, através do acordo de licença, a TCCC e a CCSB procuram igualmente chegar a acordo sobre um plano anual para os produtos TCCC. Por outro lado, tal como referido supra, a TCCC exerce já uma influência substancial, detendo talvez mesmo o controlo conjunto, no que se refere à estratégia comercial global da CCSB. Consequentemente, não existe uma grande diferença entre a margem de manobra

actual e futura de que a TCCC dispõe na CCSB. Ora além disso, de notar também neste contexto

que, mesmo actualmente, a CCSB não pode livremente comercializar outras colas para além da

Coca-Cola. Neste aspecto, portanto, a integração da CCSB na TCCC não implica qualquer limitação suplementar das possibilidades de outros proprietários de marcas de colas acederem às instalações de engarrafamento e às actividades de comercialização.

Aspectos horizontais/de conglomerado

(208) Ao manter as marcas da CS, a CCSB permaneceria a maior empresa de engarrafamento na Grã-Bretanha conservando, consequentemente, todas as vantagens que agora detém por possuir a carteira mais completa do mercado. Estas vantagens seriam alargadas assim à TCCC. Incluem economias de escala na aquisição e distribuição e a possibilidade de oferecer os mais amplos superdescontos e outras medidas promocionais aos clientes. Uma vez que seria exclusivamente a TCCC/CCE que controlaria carteira completa, gozaria de uma maior liberdade para otimizar a utilização desta carteira em seu próprio benefício, nomeadamente através da concepção de medidas promocionais a favor da marca Coca-Cola. A marca Coca-Cola poderia também beneficiar indirectamente, através de medidas promocionais tais como superdescontos aplicados relativamente a toda a carteira, se se registasse um aumento no

volume global e no valor dos produtos sem cola da TCCC (por exemplo Sprite e Fanta) nesta carteira.

(209) Todavia, deverá reconhecer-se que os actuais accionistas da CCSB beneficiam já, em grande medida, das vantagens resultantes da ampla carteira da CSB, utilizando o seu potencial competitivo. Denúncias de terceiros

(210) Diversos terceiros levaram questões relativamente à operação projectada. Entre eles encontram-se concorrentes a nível dos proprietários de marca e dos engarrafadores, bem como fornecedores de outros refrigerantes/bebidas não alcoólicas. Algumas das denúncias faziam referência à possibilidade de alteração estrutural decorrente da operação vir a reforçar a posição já dominante da CCSB no mercado das colas da Grã-Bretanha, incluindo o tipo de vantagens competitivas acima descritas de que a nova entidade desfrutaria.

(211) Além disso, diversos clientes importantes apresentaram as suas observações à Comissão. A maioria não expressou quaisquer preocupações específicas acerca da operação; contudo, esta situação deverá ser considerada no seguinte contexto: em muitos casos, estes clientes não têm quaisquer motivos para não aprovar a promoção *below the line* oferecida nos produtos da CCSB que, normalmente, deverá aumentar as suas próprias margens de lucro. Contudo, alguns clientes expressaram sérias reservas acerca da possibilidade de a operação vir a reforçar o poder da CCSB no mercado.

(212) Diversos terceiros (concorrentes) levantaram a questão de a nova entidade poder dedicar-se a diversas práticas anticoncorrenciais, designadamente preços predatórios, disposições de exclusividade cláusulas de subordinação e imposição de aquisição da gama completa de produtos. Contudo, esta possibilidade existe já actualmente, em grande medida. As práticas deste tipo, que não têm uma ligação directa com a operação estrutural, podem ser tratadas no âmbito do artigo 85º e/ou 86º Os terceiros interessados podem dispor, em qualquer altura, de soluções nos termos destes artigos, independentemente do actual processo ao abrigo do regulamento das concentrações. Contudo, a Comissão regista de qualquer modo o facto de a CCE se comprometer a que, enquanto controlar a CCSB, esta adoptará os compromissos oferecidos à Comissão pela The Coca-Cola Export Corporation em 1989 ⁹). Este compromi-

⁹ Estes compromissos podem ser resumidos da seguinte forma:

i) A TCCE compromete-se em aplicar um programa sobre esta matéria e a garantir o cumprimento das regras de concorrência da CEE; e

so eliminará algumas das preocupações expressas pelos terceiros no âmbito do processo.

(213) Além disso, a MMC do Reino Unido efectuou uma investigação sobre o sector dos refrigerantes no Reino Unido, em 1991. Com base nas conclusões da investigação e nas recomendações da MMC dela resultantes, a CCSB assumiu subseqüentemente (em 1993) compromissos no sentido de solucionar questões relacionadas com certas práticas que se concluiu serem contra o interesse público no Reino Unido. Estes compromissos continuam em vigor. Poder-se-á intervir, a qualquer momento, contra qualquer infracção a estes compromissos. Até ao momento, as autoridades do Reino Unido não consideraram necessária qualquer intervenção com base nestes compromissos ou- em quaisquer outras práticas anticoncorrenciais.

Conclusão

ii) TCCEC compromete-se a dar cumprimento às suas obrigações específicas no que se refere ao seu comportamento comercial em cada Estado-membro, relativamente às bebidas, não alcoólicas com aroma a cola. A TCCEC compromete-se especificamente a não incluir as disposições seguintes em acordos concluídos ou renovados com clientes . . . e em se abster de quaisquer práticas restritivas unilaterais com efeito equivalente:

a) Disposições de exclusividade: disposições que obrigem o cliente a não adquirir outras colas ou disposições que concedam ao cliente um desconto ou outra vantagem mediante a condição de o cliente não adquirir tais bebidas.

b) Descontos baseados em objectivos: disposições que condicionem a disponibilidade ou volume dos descontos concedidos a um cliente à condição de esse cliente atingir determinados objectivos em termos de volume de compras dos produtos, fixados individualmente para o cliente, por períodos que excedam três meses consecutivos.

c) Descontos combinados baseados em objectivos: disposições segundo as quais um desconto baseado num objectivo (nas condições) permitidas ao abrigo da alínea b) supra é pago em função de o cliente atingir compras agregadas totais de produtos da megamarca Coca-Cola e quaisquer outras bebidas simultaneamente.

d) Disposições de subordinação: disposições que subordinam o fornecimento de produtos da megamarca Coca-Cola ou a disponibilidade de aumentar os descontos ou outras vantagens à compra, pelo cliente, de uma ou mais bebidas adicionais juntamente com a aquisição de um ou mais produtos da megamarca Coca-Cola. O compromisso prevê a possibilidade de a TCCEC consultar a Comissão para determinar se um desvio ao compromisso se justifica caso, em circunstâncias específicas de um acordo específico, o respeito do compromisso poder causar à TCCEC graves e substanciais prejuízos em termos comerciais.

(214) Embora seja óbvio que a nova entidade CCSB deteria um significativo poder no mercado, é preciso considerá-lo em relação à estrutura actual da CCSB - em especial através da presença da TCCC na actual estrutura - comparativamente com a sua presença, através da CCE, na nova entidade. Além disso, a carteira da CCSB permaneceria inalterada; os novos acordos de licença com os proprietários das marcas iriam funcionar ao abrigo de disposições semelhantes às dos acordos existentes. Assim, embora a operação projectada conduza a uma alteração estrutural que pode também, por seu turno, conduzir a uma alteração no comportamento de mercado da CCSB, a Comissão considera, devido aos elementos muito específicos do presente processo, não ser possível diferenciar suficientemente as oportunidades directamente decorrentes da operação projectada e as oportunidades já existentes no âmbito da actual estrutura da CCSB, por forma a concluir que a operação projectada tem como consequência um reforço da posição dominante da CCSB no mercado das colas da Grã-Bretanha, na acepção do artigo 2º do regulamento das concentrações.

(215) Por estas razões, a Comissão considera, à luz das circunstâncias específicas do presente processo, não existirem elementos suficientes para concluir, com suficiente grau de certeza, que a operação projectada teria por consequência um reforço de uma posição dominante de que resulte entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste: Assim, a Comissão chegou à conclusão de que a operação projectada é compatível com o mercado comum, nos termos do nº 2 do artigo 8º do Regulamento das concentrações,

Artigo 1º

A operação de concentração notificada em 9 de Agosto de 1996 pela Coca-Cola Enterprises Inc., relacionada com a aquisição da Amalgamated Beverages Great Britain Ltd, a empresa-mãe da Coca-Cola & Schweppes Beverages Ltd é declarada compatível com o mercado comum nos termos do nº 2 do artigo 8º do Regulamento (CEE) nº 4064/89 e com o funcionamento do Acordo EEE.

Artigo 2º

É destinatária da presente decisão:

Coca-Cola Enterprises Inc.

PO Box 723040

2500 Windy Ridge Parkway

Atlanta

Pela Comissão

Karel VAN MIERT

Georgia 31339-0040
USA

Membro da Comissão

398D0602

98/602/CE:

**Decisão da Comissão
de 15 de Outubro de 1997**

**que declara uma operação de concentração compatível com o mercado
comum e com o funcionamento do Acordo EEE**

(Processo IV/M.938 - Guinness/Grand Metropolitan)

[notificada com o número C(1997) 3169]

(O texto em língua inglesa é o único que faz fé)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

Jornal oficial no. L 288 de 27/10/1998 P. 0024

(98/602/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu e, nomeadamente, o nº 2, alínea a), do seu artigo 57º,

Tendo em conta o Regulamento (CEE) nº 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas ¹⁰, alterado pelo Acto de Adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia e, nomeadamente, o nº 2 do seu artigo 8º,

Tendo em conta a decisão da Comissão de 20 de Junho de 1997 de dar início a um processo neste caso,

Após ter dado às empresas em causa a oportunidade de apresentarem as suas observações sobre as objecções formuladas pela Comissão,

Tendo em conta o parecer do Comité Consultivo em Matéria de Concentrações ¹¹,

Considerando o seguinte:

¹⁰ JO L 395 de 30.12.1989, p. 1; versão rectificada JO L 257 de 21. 9. 1990, p. 13.

¹¹ JO C 329 de 27. 10. 1998

(1) Em 16 de Maio de 1997, a Guinness plc («Guinness») e a Grand Metropolitan plc («GrandMet») comunicaram à Comissão a intenção de criar uma nova empresa, com a designação de GMG Brands plc («GMG»), na qual concentrariam todas as suas actividades comerciais.

(2) Por decisão de 6 de Junho de 1997, a Comissão determinou a prorrogação da suspensão da concentração comunicada, nos termos do nº 2 do artigo 7º e do nº 2 do artigo 18º do Regulamento (CEE) nº 4064/89 («regulamento das concentrações») até à tomada de uma decisão final.

(3) Em 20 de Junho de 1997, após exame do pedido, a Comissão concluiu que a operação era abrangida pelo âmbito de aplicação do regulamento das concentrações e levantou sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum, tendo decidido dar início ao processo previsto no nº 1, alínea c), do artigo 6º do regulamento das concentrações.

I. AS PARTES

A. GUINNESS

(4) A Guinness é a sociedade gestora de participações sociais de um grupo, constituída no Reino Unido, cujas principais actividades comerciais consistem na produção e distribuição, em todo mundo, de bebidas espirituosas (United Distillers - «UD») e no fabrico de cerveja. Tem igualmente participações no sector hoteleiro e editorial.

B. GRANDMET

(5) A GrandMet é a sociedade gestora de participações sociais de um grupo, constituída no Reino Unido, que tem como principais actividades a produção e distribuição a nível mundial de bebidas espirituosas (International Distillers and Vintners - «IDV»), e igualmente o fabrico de produtos alimentares (Pillsbury, Häagen-Dazs), bem como a exploração de restaurantes de refeições rápidas (Burger King).

II. A OPERAÇÃO

(6) A operação consiste na fusão das actividades das duas partes a fim de criar a GMG. Esta operação será realizada através de um sistema de acordos da

GrandMet ao abrigo da secção 425 do «UK Companies Act» de 1985. A Guinness passará a denominar-se GMG Brands plc e os seus accionistas manterão a sua participação através de acções na nova empresa. As actividades da GrandMet serão atribuídas à GMG; os accionistas da GrandMet receberão uma acção da GMG por cada acção da GrandMet. Imediatamente a seguir à concentração, os antigos accionistas da GrandMet ficarão aproximadamente com 52,7 % da GMG e os antigos accionistas da Guinness com o restante.

III. A CONCENTRAÇÃO E A DIMENSÃO COMUNITÁRIA

(7) A operação constitui uma fusão das duas partes, sendo, por conseguinte, considerada uma concentração nos termos do nº 1, alínea a), do artigo 3º do regulamento das concentrações. As partes têm um volume de negócios total a nível mundial superior a 5 000 milhões de ecus (a Guinness tem um volume de negócios de mais de 5 000 milhões de ecus e a GrandMet de mais de 11 000 milhões de ecus) e cada uma tem um volume de negócios a nível comunitário superior a 250 milhões de ecus (cada parte tem um volume de negócios de mais de 3 000 milhões de ecus). Não realizam mais de dois terços deste volume de negócios um único Estado-membro. Por conseguinte, a operação tem dimensão comunitária. Não satisfaz os critérios previstos no artigo 2º do Protocolo 24 do Acordo EEE, não podendo por conseguinte ser considerada como um caso de cooperação no âmbito do referido acordo.

IV. COMPATIBILIDADE COM O MERCADO COMUM E COM O FUNCIONAMENTO DO ACORDO EEE

A. MERCADOS DO PRODUTO RELEVANTES

1. Aspectos horizontais

(8) As actividades das partes sobrepõem-se materialmente no fornecimento (produção e distribuição grossista) de bebidas espirituosas em todo mundo. As duas partes fabricam uma gama de bebidas espirituosas que abrange todos os principais tipos de bebidas espirituosas internacionalmente reconhecidos. Não fabricam tipos de bebidas espirituosas «locais», tais como a Korn, popular na Alemanha, ou a genebra, popular na Bélgica e nos Países Baixos. As bebidas espirituosas são fabricadas através da destilação - aquecimento e condensação - de frutas ou cereais fermentados com água a fim de produzir uma bebida alcoólica forte mas saborosa. O produto destilado pode então ser acabado em grosso e/ou misturado com outros álcoois ou outros sabores antes de engarrafado.

(9) Foi apresentada durante a investigação da Comissão uma nova lista de eventuais definições dos mercados do produto. Por ordem decrescente de abrangência, incluem: «todas as bebidas espirituosas» (tal como inicialmente proposto pelas partes); vários agrupamentos - por exemplo, bebidas espirituosas «escuras» e «brancas» (isto é, separando o uísque ¹², brandy, etc., por um lado, do gin, vodka, etc., por outro); mercados distintos para cada bebida espirituosa do mesmo tipo geral - tais como o gin, uísque, brandy, vodka, rum; uma nova segmentação por origem/qualidade, especialmente para o uísque - separando, por exemplo, o uísque escocês de outros tipos; e, finalmente, subdividindo cada tipo de bebida espirituosa (mais restrito) por preço/qualidade - assim, o uísque escocês seria subdividido, por exemplo, em «de luxo», «premium» e «corrente». São examinadas a seguir as várias possibilidades.

a) Todas as bebidas espirituosas

(10) As partes forneceram dados de estudos de consumidores que, na sua opinião sugeriam que os consumidores estavam dispostos a substituir um tipo de bebida espirituosa por outro e mesmo a substituí-lo por outras bebidas, consoante a ocasião, disponibilidade e preço. A Comissão notou, contudo, que quando estes estudos (a maior parte dos quais se destinavam inicialmente a tratar de questões fiscais) utilizavam dados relativos a alterações de preços, os níveis globais de alteração (que reflectiam principalmente alterações na tributação) eram muito mais elevados do que os normalmente utilizados pelas autoridades responsáveis pela concorrência como um auxiliar da definição de mercado; do mesmo modo os padrões de consumo consoante a ocasião não indicavam por si só o mercado do produto mais vasto. A tendência para consumir diferentes tipos de bebidas espirituosas em diferentes ocasiões (por exemplo, o gin antes de uma refeição, o brandy após a refeição) implica que os consumidores têm preferências relativamente a vários tipos específicos e não que são indiferentes ao tipo de bebida que consomem (o que deveria acontecer se os produtos fossem verdadeiros substitutos). Este facto foi confirmado pela própria investigação da Comissão. A maior parte dos concorrentes e clientes que responderam à pergunta da Comissão sobre a questão indicaram que um aumento do preço da sua bebida espirituosa da marca ou tipo preferidos não os levaria a mudar para uma categoria diferente de produto. Além disso, verificam-se diferenças significativas a nível da oferta. Todos os

¹²) A palavra «uísque» é utilizada em todo o documento para descrever todos os tipos de uísques (escocês, irlandês, americano, espanhol) conjuntamente, com excepção do escocês, e individualmente

tipos de bebidas espirituosas envolvem a destilação, mas os ingredientes e os processos variam consideravelmente. Com base em todos estes elementos, a Comissão considerou que uma definição de mercado de «todas as bebidas espirituosas» era demasiado extensa para efeitos da apreciação deste processo.

b) Bebidas espirituosas brancas e escuras

(11) Bebidas espirituosas brancas: Tal como as partes salientaram, afigura-se existirem razões para utilizar o mesmo álcool de cereais destilado de base para produzir uma série de tipos de bebidas espirituosas brancas (tais como o gin ou o vodka e seus derivados). No entanto, outros aspectos do processo de fabrico divergem - por exemplo, para produzir gin, deve acrescentar-se zimbro (e por vezes outros aromas) durante a destilação ou após esta; o vodka normalmente não tem sabor, mas pode ser destilado várias vezes antes do engarrafamento, o rum branco utiliza um processo de fermentação diferente (e ingredientes) dos utilizados na produção de gin ou vodka. Do lado da procura, as próprias partes alteraram em certa medida o seu ponto de vista inicial, declarando que na prática os consumidores não consideravam os principais tipos de bebidas espirituosas brancas diferentes (por exemplo, gin ou vodka) como substitutos entre si; a idade e os perfis sociais dos consumidores em causa eram significativamente diferentes.

(12) Bebidas espirituosas escuras: No que diz respeito às bebidas espirituosas escuras, tais como o uísque, o brandy ou o rum escuro, não existe efectivamente possibilidade de substituição do lado da oferta. Estas bebidas adquirem o seu sabor distinto a partir dos ingredientes utilizados na destilação e no processo de maturação, enquanto as bebidas espirituosas brancas são raramente envelhecidas e têm pouco sabor próprio. Do lado da procura, tal como já referido, os padrões de consumo não sustentam a noção de um mercado de bebidas espirituosas escuras - os consumidores podem, por exemplo, beber brandy e uísque, mas em diferentes ocasiões, e não como substitutos.

c) Segmentação por tipo de bebida espirituosa

(13) O factor que determina mais fortemente as fronteiras do mercado do produto nas bebidas espirituosas parece ser o da procura e das preferências dos clientes, uma vez que são eles que condicionam as políticas de abastecimento e comercialização dos retalhistas, grossistas e, em última análise, dos fabricantes. Terceiros - concorrentes e clientes - consultados pela Comissão apoiaram em geral uma definição relativamente estreita, caracterizando a maior parte dos consumidores de bebidas espirituosas como tendo um certo grau de

fidelidade para com uma ou algumas marcas específicas dentro da categoria (ou categorias de escolha) e com os padrões de consumo baseados na ocasião, que estavam bem enraizados e que teriam poucas probabilidades de ser muito afectados por variações de preços relativamente pequenas entre tipos.

(14) A importância da marca e a sua aplicação a tipos individuais de bebidas espirituosas constitui uma característica primordial da concorrência no sector das bebidas espirituosas e não é coerente com um mercado do produto mais vasto do que o mercado de cada tipo principal de bebida espirituosa. O desenvolvimento, a publicidade e as despesas de promoção do produto centram-se normalmente na marca e não na categoria ou empresa, especialmente a nível do consumidor. Assim, por exemplo, os anúncios são tipicamente feitos para o uísque «Johnnie Walker» e não para a gama de uísques da Guinness ou para o conjunto das suas bebidas espirituosas. Relativamente a este aspecto, é igualmente interessante verificar que, em geral, as marcas não parecem ser facilmente transferíveis entre tipos de bebidas espirituosas; por exemplo, não existe gin «Johnnie Walker» nem uísque «Gordon's». Este comportamento é coerente com os mercados do produto baseados em cada tipo de bebida espirituosa, uma vez que tal implica que os fabricantes adoptaram uma estratégia de marca para e no âmbito de cada tipo de bebida espirituosa, a fim de satisfazerem uma procura específica do consumidor em termos de gosto, preço e imagem.

d) Segmentação dentro do tipo de bebidas espirituosas

(15) Determinados terceiros consideraram que o país de origem constituía um factor de definição importante para alguns senão mesmo para todos os tipos de bebidas espirituosas. Este ponto foi suscitado mais frequentemente no que diz respeito ao uísque e, em especial, ao uísque escocês. Foi salientado que o sector comercializa uísque escocês, irlandês, americano, canadiano, e outros separadamente e que em relação ao uísque escocês, em especial, a legislação nacional estabelecia determinados requisitos (deve ser conjuntamente destilado e amadurecido na Escócia durante pelo menos três anos antes de poder ser vendido como uísque escocês).

(16) No conjunto da Comunidade, o uísque escocês representa a grande maioria (mais de 80 %) das vendas de uísque, e os principais interesses das partes situam-se mais no uísque escocês do que noutros tipos de uísque. Para efeitos do presente processo, contudo, a questão da segmentação do uísque por origem é apenas analisada mais adiante se as diferentes definições possíveis con-

duzirem a quotas e sobreposições significativamente diferentes (nomeadamente em Espanha e na Irlanda).

(17) É adoptada uma abordagem semelhante para a eventual substituíbilidade entre o gin e a genebra, tendo sido sugerido não ser necessário separar os tipos «London» dos produtos locais e, em especial nos países do Benelux, da genebra. Esta questão é apreciada mais adiante na secção relativa à Bélgica/Luxemburgo.

e) Subdivisão por preço/qualidade

(18) Na maior parte dos principais tipos de bebidas espirituosas, e especialmente no uísque, existe uma vasta gama de produtos disponíveis a preços diferentes. Determinados terceiros sugeriram que existem com efeito mercados distintos para cada nível de qualidade, uma vez que, por exemplo, um consumidor que habitualmente bebe uma marca «premium» não consideraria uma marca mais barata como um substituto adequado em termos de gosto, imagem, etc. Os dados relativos aos preços fornecidos pelas partes revelam em geral uma tendência na maior parte dos mercados para a existência de produtos disponíveis (quer das partes quer dos seus concorrentes) em toda a gama. Todavia, estes dados relativos a séries de preços não têm em conta a importância de marcas específicas em termos da sua quota de mercado. Por conseguinte, este ponto volta a ser analisado nos mercados do produto e geográficos em que a distinção é susceptível de ser relevante.

f) Licores

(19) Dado que existem muitos licores diferentes, cada um com gosto e outras características fortemente distintas, afigurou-se razoável pressupor, como ponto de partida, que em geral cada licor constituía um «nicho» de mercado do produto distinto. Durante a investigação da Comissão não foram recebidas quaisquer informações ou argumentos que sugerissem o contrário.

2. Questões verticais

(20) Tal como acontece com a maior parte dos operadores no sector das bebidas espirituosas, os sistemas de distribuição das partes nos seus mercados desenvolvidos revelam um certo grau de integração vertical, utilizando as filiais a 100 % como responsáveis pela distribuição exclusiva dos seus produtos a nível nacional. Tal como os seus concorrentes, as partes podem distribuir várias bebidas espirituosas por conta de terceiros, fabricantes ou proprietários

de marcas. No entanto, em geral, esta distribuição por conta de terceiros representa apenas uma percentagem relativamente pequena da sua actividade de distribuição total, sugerindo que o principal papel destas operações de distribuição verticalmente integradas consiste em proteger as marcas das partes e não em proceder a uma distribuição por conta de terceiros. A integração a nível da distribuição permite ao fornecedor manter o controlo sobre a comercialização e a distribuição das marcas de que é proprietário, salvaguardando deste modo a poderosa imagem dessas marcas no mercado. Por conseguinte, o seu papel como distribuidores independentes, competindo activamente pela distribuição das marcas de terceiros, é susceptível de ser limitado (por exemplo, nos casos em que não são proprietários de uma marca importante numa determinada categoria do produto). As situações em que as partes parecem desempenhar um papel mais importante na distribuição de produtos de terceiros são apreciadas pormenorizadamente mais à frente.

(21) Vendas para consumo no local ou no exterior («on» e «off» trade)¹³. Suscita-se a questão de saber se as condições de concorrência são suficientemente diferentes para justificar um tratamento separado entre os fornecimentos aos e dos estabelecimentos para consumo no local e aos e dos que vendem para consumo no exterior. Pode tomar-se em consideração uma série de elementos que sugerem que estes canais de retalho podem constituir mercados do produto distintos. Por exemplo, os consumidores no local normalmente compram uma menor quantidade (um copo em vez de uma garrafa) e a compra inclui igualmente a prestação dos serviços conexos (utilização das instalações, etc.). Os consumidores podem igualmente ser menos sensíveis aos preços quando adquirem num estabelecimento de consumo no local; por exemplo, no Reino Unido, uma alteração de 5 % traduzir-se-ia normalmente numa diferença de alguns «pence» por copo em comparação com cerca de 50 «pence» por garrafa. Contudo, no presente caso o efeito principal da operação reside nos fornecimentos aos grossistas e aos grandes retalhistas, uma vez que os pequenos retalhistas, sejam estabelecimentos de venda para consumo no local ou no exterior, adquirem os seus produtos nestas fontes, em vez de o fazerem directamente às partes. Por conseguinte, são tomadas em consideração as diferentes

¹³ As expressões «on-trade» e «off trade» são normalmente utilizadas neste sector para distinguir os dois canais retalhistas: «on-trade»,) isto é, o consumo nas instalações onde o produto é adquirido, inclui fornecimentos a bares e em bares, restaurantes, cafés e hotéis (por vezes referido como «horeca»,) isto é, o sector que integra hotéis/restaurantes/cafés); «off trade»,) isto é, o consumo fora do local de compra, abrange as vendas efectuadas em lojas de carácter geral e especializado, supermercados, estabelecimentos de retalho, etc.

características de cada canal quando tal seja importante para a avaliação dos mercados afectados.

(22) Vendas isentas de impostos («duty-free»). As partes alegaram que as vendas isentas de impostos constituem um mercado distinto. As compras de bebidas espirituosas isentas de impostos encontram-se apenas disponíveis para as pessoas que viajam por via aérea ou via marítima para além das fronteiras. São frequentemente compradas como presentes (tal como comprovado por uma vasta gama de pacotes «especiais» disponíveis nas lojas francas) e provavelmente entram em maior concorrência com outros produtos isentos de impostos, tais como os perfumes e não com as bebidas espirituosas não isentas de impostos. Não foi apresentada qualquer prova por terceiros que contradiga este ponto de vista.

3. Conclusão

(23) Tendo em conta o que precede, a Comissão considera que os mercados do produto relevantes neste caso, em todos os níveis da cadeia de fornecimento, não são em geral mais vastos do que os relativos aos principais tipos de bebidas espirituosas individuais reconhecidas internacionalmente (uísque, gin, vodka, rum, etc.) e relativamente a cada licor. Definições mais estritas podem, contudo, revelar-se apropriadas para especificar as áreas do produto ou as áreas geográficas. Os casos em que essas distinções são susceptíveis de ser relevantes para efeitos da concentração sobre a concorrência são tomados em consideração à frente. A Comissão aceita, no entanto, que as vendas de bebidas espirituosas isentas de impostos constituem um mercado distinto.

B. MERCADO GEOGRÁFICO RELEVANTE

(24) As partes alegaram que o mercado geográfico relevante era a Comunidade (ou o EEE), apontando para custos de transporte relativamente baixos, ausência de restrições à importação, tendência para uma harmonização da tributação e dimensão do comércio paralelo, acompanhado pelo desenvolvimento do sistema de armazenagem «under-bond», através do qual as bebidas espirituosas podem ser transportadas através das fronteiras sem pagamento de impostos. A Comissão, contudo, considera que os mercados relevantes são essencialmente nacionais pelas razões que se seguem.

(25) Os padrões de consumo variam em grande medida entre os Estados-membros. O montante total consumido per capita varia significativamente. Em vários Estados-membros, as bebidas espirituosas produzidas localmente

são importantes, mas virtualmente desconhecidas noutros locais, tais como o Korn na Alemanha ou o ouzo na Grécia. Mesmo entre os tipos internacionalmente reconhecidos, o consumo varia significativamente de país para país, quer no que diz respeito ao tipo de bebida espirituosa quer em termos de marcas.

(26) A distribuição está também principalmente organizada numa base nacional. Apesar de as instalações de produção estarem concentradas, com poucas fábricas servindo o conjunto da Comunidade, as partes, tal como os seus principais concorrentes, possuem filiais a 100 % (ou, em alguns casos, empresas comuns) que se ocupam principalmente da distribuição e comercialização em cada território nacional em causa.

(27) Existe um grau variável de comércio paralelo a nível das bebidas espirituosas entre Estados-membros (segundo factores como a localização geográfica, a tributação relativa e as divisas). No entanto, continuam a existir entre Estados-membros diferenças importantes em termos de tributação e regulamentação que se reflectem, numa grande medida, nos preços de retalho. Se o comércio paralelo (ou as aquisições transfronteiras por parte de consumidores) fossem suficientes para criar um mercado único em toda a Comunidade, tornar-se-ia impossível para os Estados manter estas distinções a longo prazo e os preços de retalho variariam pouco entre os Estados-membros - na realidade, deixaria de existir qualquer incentivo para desenvolver um comércio paralelo.

(28) Contudo, a situação é diferente no que diz respeito às vendas isentas de impostos. Estas possuem características, como as diferenças de embalagem e quantidade (e por vezes o teor alcoólico) comparáveis com os seus equivalentes tributados, e o facto de se venderem num contexto internacional (não apenas na Comunidade) e os seus compradores serem pessoas em trânsito sugere que é provável que este mercado seja pelo menos a nível do EEE.

(29) Por conseguinte, a Comissão conclui que, à excepção das vendas isentas de impostos, os mercados geográficos relevantes neste caso não são mais vastos do que o mercado nacional.

C. APRECIACÃO

1. A estrutura do mercado

(30) A operação combinará as actividades dos dois maiores fornecedores de bebidas espirituosas no mundo (e com base nos dados relativos às vendas, em valor, os dois maiores na Comunidade) criando uma empresa que será cerca do dobro da dimensão do seu concorrente mais próximo, a Allied Domecq.

(31) Todavia, tal como referido supra, a concorrência exerce-se principalmente no âmbito de cada tipo de bebida espirituosa diferente e a nível nacional. A análise da Comissão centrou-se, por conseguinte, nos mercados do produto ou nacionais, em que a concentração dá origem potencialmente a quotas de mercado e cumulações significativas e/ou à possibilidade de um «efeito de carteira» tal como referido infra, sendo os mercados nacionais considerados em pormenor nas secções adequadas da presente decisão. No entanto, existem alguns elementos gerais comuns para a apreciação por país individualmente, que são aqui tomados em consideração.

a) Produção

(32) Apesar de as partes terem por objectivo racionalizar as suas instalações de produção, a concentração não parece ser susceptível de ter um efeito significativo na concorrência a este nível. As suas instalações de produção na Comunidade estão já suficientemente concentradas, especialmente no que se diz respeito ao gin e ao vodka, resultando a maior parte da produção de apenas algumas unidades, o que reduz a possibilidade de racionalização de capacidades ou outras economias de escala susceptíveis de conduzir a um aumento dos obstáculos à entrada no mercado a esse nível. No que se refere ao uísque (que no que diz respeito à produção das partes é efectivamente todo o uísque escocês), o objectivo de racionalização ou outras economias decorrentes da concentração é igualmente limitado. Verifica-se alguma sobrecapacidade, mas as destilarias podem com relativa facilidade encerrar temporariamente e voltar a funcionar, caso se verifique uma retoma da procura (as partes possuem várias fábricas nestas condições). No caso do uísque de malte - um produto de alta qualidade resultante exclusivamente de cevada maltada que é misturada com o uísque de «cereal» mais barato (principalmente fabricado a partir do milho, etc.) a fim de produzir variedades mais acessíveis, bem como para ser também vendido em estado puro - o produto de cada destilaria distingue-se fortemente pela cor e sabor. Por conseguinte, os diferentes maltes têm uma procura contínua tanto para a venda em estado puro como para mistura, existindo, por conseguinte, poucas possibilidades de racionalização.

(33) A produção de uísque de cereais, em que as partes terão uma quota combinada de [40-50 %]¹⁴ em termos de capacidade - que aumentaria a da Guinness (já líder) em [15-25 %], - apresenta relativamente poucos obstáculos à entrada no mercado em comparação com o uísque de malte, existindo concorrentes importantes, nomeadamente a Allied Domecq com [15-25 %] e a Grants com [15-25 %]. A fábrica («still») utilizada é efectivamente a mesma que a utilizada para as bebidas espirituosas brancas e (ao contrário das «pot still» utilizadas para o uísque de malte) pode funcionar continuamente. Para além disso, as características de sabor e cor - e a natureza e qualidade dos ingredientes (especialmente a água) utilizados para a sua produção - são muito menos importantes.

(34) Determinados terceiros apresentaram a possibilidade de as partes poderem cortar o fornecimento, em especial dos uísques de malte, a concorrentes, muitos dos quais utilizam alguns dos maltes das partes para produzir as suas misturas. As quotas das partes, bem como o seu aumento, do uísque de malte são inferiores ao uísque de cereais (quotas combinadas de [25-35 %], aumento para a Guinness, o líder, de [<10%] e uma vez mais continua a existir alguns concorrentes importantes, como a Seagram com [1--20%] e dois outros cada um com [5-15%]. [...]

(35) Tendo em conta o que precede, a Comissão considera, por conseguinte, que a concentração não criará nem reforçará uma posição dominante a nível da produção em qualquer mercado do produto relevante.

b) *Marcas*

(36) Tal como referido supra, o sector de bebidas espirituosas está na certa medida integrado verticalmente, operando a maior parte das grandes empresas (incluindo as partes) na produção e distribuição, apesar da integração a nível do sector retalhista ser pouco vulgar (sendo o Reino Unido, em parte, uma excepção). A integração vertical a nível da distribuição é vantajosa nos mercados do produto, em que a marca é importante, uma vez que permite ao proprietário da marca pleno controlo do desenvolvimento, promoção e comercialização do produto. Os retalhistas desempenham um papel independente reduzido na publicidade das bebidas espirituosas de marca - com excepção das suas próprias marcas, caso existam - apesar de trabalharem estreitamente com os produtores quando tal se revela mutuamente vantajoso.

¹⁴ A presente versão da decisão respeita o sigilo de informações confidenciais.

c) *Distribuição*

(37) Os maiores produtores de bebidas espirituosas operam igualmente na distribuição por conta de outros fornecedores, tradicionalmente através de acordos de exclusividade que abrangem um determinado território nacional. Esta característica dá acesso a uma via para o mercado a fornecedores mais pequenos, sem uma rede própria de distribuição. Contudo, reduz igualmente a possibilidade de concorrência a nível da distribuição por parte de distribuidores independentes e aumenta os obstáculos à entrada para um potencial novo fornecedor de uma marca que entraria directamente em concorrência com uma marca propriedade de um fornecedor integrado verticalmente.

d) *Efeitos decorrentes da carteira*

(38) Um concorrente referiu que <a curto prazo, o poder de mercado resultante de uma carteira de marcas ultrapassa o conjunto dessas partes>.

(39) Para além de sobreposições horizontais, analisadas em pormenor *infra*, um resultado importante decorrente da concentração, reconhecido como uma parte significativa do seu objectivo pelas partes e por terceiros, é combinar as gamas ou carteiras de produtos e marcas das duas partes.

(40) O possuidor de uma carteira de marcas líder de bebidas espirituosas pode beneficiar de algumas vantagens. Em especial, a sua posição em relação aos seus clientes é mais forte, uma vez que poderá fornecer uma gama de produtos e representará uma maior proporção das suas actividades, terá maior flexibilidade para estruturar os seus preços, promoções e descontos, terá um maior potencial de vinculação e poderá realizar economias de escala, bem como terá maiores possibilidades para as suas vendas e actividades de comercialização. Finalmente, a ameaça implícita (ou explícita) de uma recusa de fornecimento é mais forte.

(41) A importância destas vantagens e o seu efeito potencial na estrutura concorrencial do mercado depende de diversos factores, incluindo: se o possuidor da carteira tem o líder da marca ou uma ou mais marcas líder num determinado mercado; as quotas de mercado das várias marcas, em especial em relação às quotas de concorrentes; a importância relativa dos mercados individuais em que as partes têm quotas significativas e marcas no conjunto da gama de mercados do produto objecto da carteira; e/ou o número de mercados em que o possuidor da carteira tem um líder da marca ou a marca líder.

(42) Para além disso, o poder de um efeito de carteira deve ser considerado no contexto do poder relativo das marcas dos concorrentes e respectivas carteiras.

(43) O efeito da carteira foi reconhecido em casos recentes no sector dos refrigerantes ¹⁵.

(44) Para além disso, em resposta ao inquérito da Comissão, os concorrentes e clientes reconheceram na prática o efeito de carteira; por exemplo, das dez empresas que responderam a questão <a posse de uma marca líder em todas ou na maior parte das categorias de bebidas espirituosas em geral>, oito responderam que ajudaria muito.

(45) Na audição, os principais concorrentes das partes confirmaram a existência de um efeito de carteira e apresentaram elementos de prova da forma como as suas carteiras poderiam ser utilizadas.

(46) As partes referiram que os consumidores compram marcas e não carteiras, o que é verdade. Contudo, as partes não vendem os seus produtos aos consumidores finais. Vendem-nos a intermediários, retalhistas múltiplos, grossistas e outros. Estes clientes comprariam uma gama de produtos à GMC e o facto de esta poder oferecer em muitos mercados nacionais uma vasta e profunda carteira de marcas líder conferiria à entidade resultante da concentração vantagens nas negociações com os seus clientes. O poder de qualquer efeito de carteira pode variar consoante o mercado geográfico, mas no presente caso o único mercado onde ele foi considerado um elemento importante no contexto da apreciação foi a Grécia, sendo por conseguinte analisado mais pormenorizadamente na secção relativa à Grécia, sendo por conseguinte analisado mais pormenorizadamente na secção relativa à Grécia, mais adiante.

2. Obstáculos à entrada no mercado

(47) O poder de carteira pode, por conseguinte, ser considerado em parte como um obstáculo à entrada no mercado. Existem, contudo, alguns outros obstáculos que são sublinhados em termos gerais no presente documento, apesar de sua força exacta variar de país para país e são, por conseguinte, analisados mais em pormenor, quando for o caso disso, nas secções relevantes.

¹⁵ Decisão 97/540/CE da Comissão, processo IV/M.794 - Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB, JO L 218 de 9.8.1997, p. 15; processo IV/M.833 - Coca-Cola Company/Carlsberg AS

a) *Posição inicial da Comissão*

(48) Na sua comunicação de objecções, a Comissão identificou os seguintes obstáculos como potencial significativos.

(49) As condições gerais de mercado não favorecem a entrada, uma vez que existem obstáculos a todos os níveis da cadeia de fornecimento.

(50) Tal como referido *supra*, no conjunto da Comunidade a procura de bebidas espirituosas encontra-se em declínio. Assim, em geral, as vendas só podem ser obtidas à custa de concorrentes, a não ser que se encontre em novo <nicho>. A entrada no mercado é ainda limitada por restrições estatais relativas à publicidade, promoção e consumo de álcool. Aos retalhistas e grossistas é exigida em geral uma licença, em muitos casos o seu número e localização são limitados ao que os Estados consideram adequado e as suas horas de abertura são normalmente restringidas. Tal como acontece em relação ao tabaco, a maior parte dos países restringe a publicidade (especialmente na televisão). Verifica-se igualmente uma série de restrições, que variam de país para país, em questões tais como a etiquetagem, o teor alcoólico e as quantidades que podem ser postas à venda.

(51) Entrar na produção de bebidas espirituosas não é tecnicamente difícil, embora a entrada na produção de uísque escocês seja restringida pela necessidade de ter acesso a fornecimentos de uísque de malte amadurecido da Escócia ou de desenvolver as suas próprias instalações de amadurecimento nesse país (o que por definição necessitará de vários anos).

(52) A distribuição e a comercialização constituem potencialmente obstáculos significativos. Tal como referido *supra* a cadeia de fornecimento caracteriza-se por marcas e efeitos de carteira que aumentam os custos e o tempo necessário para uma entrada com êxito no mercado, mesmo com um produto ou gama de produtos nitidamente distintivos e inovadores. Refere-se por exemplo, que a GrandMet precisou de dez anos para fazer aceitar o seu licor Irish Cream da Bailey's, como uma marca reconhecida vendida pela maior parte dos retalhistas e durante grande parte desse período não teve efectivamente qualquer oposição. Conjuntamente com produtos <nicho>, como os licores com sabor a frutas e de baixo teor alcoólico (tais como a <schnapps> de pêssego da Archer e o licor de coco <Malibu>), é praticamente o único produto inovador significativo no mercado nos últimos anos. Têm existido mais <extensões na mesma linha>. (por exemplo, a introdução de uma marca de uísque <premium> com

uma designação semelhante a uma marca concorrente existente), mas essa opção existe apenas para os que dispõem de produtos estabelecidos. O uísque escocês <famous Grouse> (Matthew Gloag) é quase a única marca <nova> de bebidas espirituosas importantes de concorrentes das partes que obteve uma quota importante em todos os mercados comunitários e, uma vez mais, para chegar a essa oposição necessitou de vários anos. Pelo contrário, a Johnnie Walker está, segundo a sua própria publicidade <numa boa posição> após cerca de 150 anos - um exemplo do poder de uma marca estabelecida. Os uísques japoneses, apesar de fortes nos seus mercados nacionais e à base principalmente de uísque escocês em termos de qualidade e natureza de ingredientes e de processo de fabrico, não conseguiram até o momento fazer quaisquer incursões significativas nos mercados comunitários apesar de esforços consideráveis de promoção. O uísque espanhol é virtualmente desconhecido fora da Espanha.

(53) O novos candidatos ao mercado necessitam de ter, ou de desenvolver ou adquirir rapidamente, não apenas um produto desejável, mas uma gama de produtos, a fim de compensar o poder de carteira de concorrentes como a GMG. Utilizar um distribuidor independente pode ajudar, uma vez que permite que os produtos do candidato sejam vendidos juntamente com a gama já existente do distribuidor. No entanto, a integração vertical dos principais operadores do sector limita a eficácia desta abordagem, uma vez que um produto do candidato não é susceptível de ser aceite ou comercializado de uma forma significativa pelo distribuidor se concorrer directamente com uma marca que ele possui ou em relação à qual tem a representação. Os candidatos necessitam de publicitar e promover fortemente as suas marcas, durante um longo período, a fim de ultrapassar a resistência dos consumidores e os obstáculos representados pela reputação dos operadores já estabelecidos. Os retalhistas e grossistas, especialmente os de grande dimensão, esperarão frequentemente que lhes seja pago um encargo de referenciamento significativo para adoptar um novo produto (um inquirido do Reino Unido indicou que o encargo poderia atingir centenas de milhares de libras esterlinas por retalhista). Os candidatos necessitarão de ter em conta a importância do consumo no local ao definirem a procura de produtos pelos consumidores, uma vez que os clientes serão mais susceptíveis de tentar um novo produto se tiverem apenas de comprar um copo e não uma garrafa. Necessitarão também de possuir recursos para se defenderem do ataque das partes que utilizam as suas vantagens decorrentes de já estarem no mercado - por exemplo, visando descontos seletivos ou reduções de preços em relação às novas marcas dos candidatos. As condições gerais de mercado não são favoráveis para assumir riscos desse tipo. Em ge-

ral, por conseguinte os obstáculos à entrada parecem geralmente ser mais elevados e susceptíveis de impedir a entrada.

b) *A resposta das partes*

(54) Na sua resposta às objecções formuladas pela Comissão, as partes referiram alguns pontos de carácter geral procurando rebater aquelas objecções. Esses pontos são examinados imediatamente *infra* (enquanto os seus pontos de vista relativos aos mercados específicos são tratados nas respectivas secções).

(55) As partes referiram-se a algumas empresas internacionais importantes de bebidas espirituosas que tinham entrado no mercado comunitário nos últimos dez anos, nomeadamente a American Brands, a Suntory, a Bacardi Martini e a Brown Forman. Apesar de todas estas empresas serem indubitavelmente importantes, o seu poder varia consoante os mercados nacionais e várias de entre elas são os <novos candidatos>, a medida em que já estavam bem estabelecidas no sector de bebidas espirituosas, embora não necessariamente nos mesmos mercados nacionais ou do produto.

(56) A American Brands possui a marca de uísque Bourbon Jim Beam, e tem uma gama de outras marcas que possui ou distribui. Adquiriu duas destilarias britânicas, a White & McKay e a Invergordon e possui em resultado desta operação uma quota de cerca de [5-15%] nos mercados do uísque e do vodka no Reino Unido. No entanto, as suas marcas são geralmente secundárias e não líderes de categoria e a sua quota nos mercados nacionais identificados na presente decisão como causando problemas é geralmente muito reduzida, quer em geral quer nas principais categorias de bebidas espirituosas. Além disso, os seus produtos encontravam-se já bem estabelecidos antes de terem sido adquiridos pela American Brands.

(57) A Suntory é um produtor japonês, principalmente de uísque. Adquiriu duas destilarias de uísque de malte escocês e possui indubitavelmente recursos significativos. No entanto, a sua quota em qualquer categoria de bebidas espirituosas em alguns dos mercados identificados como motivo de preocupação é muito reduzida (menos de [<5%]).

(58) A Bacardi-Martini constitui apenas um novo candidato numa acepção muito estrita, uma vez que é o resultado da fusão em 1993 de duas empresas já bem estabelecidas, a Bacardi e a Martini-Rossi, encontrando-se esta última sediada na Comunidade. Os produtos já estavam estabelecidos. Na mesma

base, a GMG classificar-se-ia presumivelmente como um <novo candidato>; após a concentração.

(59) A posição da Brown Forman é semelhante à da American Brands. Possui o <Jack Daniels>, um <uísque Bourbon líder> e a Southern Comfort, um licor à base de Bourbon com sabor a laranja. No entanto, fora destas áreas nicho, a sua quota é muito reduzida nos mercados em causa. Ambos os produtos se encontravam já bem estabelecidos.

(60) As partes apostaram igualmente para a expansão dos actuais fornecedores como prova de que os obstáculos eram reduzidos, considerando que essa expansão revelava a existência de uma ameaça à entrada no mercado ou sua possibilidade, a fim de garantir que a concorrência não seria significativamente reduzida na sequência da concentração.

(61) Os vários operadores já estabelecidos no mercado diversificaram-se na realidade geograficamente e/ou em termos de produtos (por exemplo, a Matthew Gloag desenvolveu com êxito o seu uísque Famous Grouse fora do Reino Unido; outros fabricantes de uísque escocês, como a Grants, diversificaram-se no gin e/ou vodka). No entanto, estes desenvolvimentos ocorreram geralmente a um ritmo lento. Por exemplo, a Famous Grouse necessitou de quatro anos para atingir uma quota de uísque de 5% na Grécia, apesar de despesas de publicidade consideráveis e do elevado perfil da marca no Reino Unido.

(62) As partes procuraram refutar o argumento da Comissão de que os custos de publicidade e promoção representavam um obstáculo significativo, sugerindo, em primeiro lugar, que a regulamentação da publicidade apresentava um tratamento equitativo para os novos candidatos. A Comissão não aceita este argumento do tratamento equitativo. As restrições sobre a publicidade favorecem os operadores já estabelecidos no mercado, cujos produtos são conhecidos dos clientes, exigindo deste modo menos publicidade, em detrimento dos novos candidatos, cujos produtos são por definição desconhecidos dos clientes. Em geral, especialmente para a entrada nas categorias <principais> (isto é, os tipos ou categorias de bebidas espirituosas reconhecidas internacionalmente), em que os operadores se encontram já bem estabelecidos, os <custos não recuperáveis> significativos em termos de publicidade e de promoções constituem um requisito prévio essencial para a entrada no mercado, especialmente dada a importância das marcas.

(63) As partes sugeriram que os <encargos de referenciamento> cobrados por retalhistas não constituíam um obstáculo significativo, exemplificando no entanto o <poder de compra> dos retalhistas. A Mathew Gloag, por exemplo, obteve os recursos necessários para os financiar em relação ao Famous Grouse e os retalhistas eram livres de não os cobrar se pretendessem incentivar um novo candidato. A Comissão aceita que os encargos de referenciamento não constituem um obstáculo insuperável. No entanto, aumentam o preço de comercialização de uma nova marca ou produto em comparação com o de uma marca ou produto estabelecidos e nessa medida um obstáculo à entrada.

(64) As partes alegaram igualmente que não era na distribuição que residia <o estrangulamento> em termos de impedir ou limitar a entrada, tal como alegado pela Comissão nas objecções que formulou. Salientaram igualmente que em todos os Estados-membros existiam alguns (em certos Estados-membros, mesmo muitos) distribuidores dispostos a desenvolverem a distribuição de novos produtos e marcas. Forneceram informações sugerindo que os acordos de representação a nível da distribuição eram tipicamente de curta duração (no caso de terem um prazo determinado) e que as alterações eram frequentes. Indicaram igualmente que parte das razões para sua mudança (e dos concorrentes) para a unidade de distribuição a 100% era garantir um canal para o mercado dos seus produtos face aos riscos de perda dos actuais acordos de distribuição se a oferta de um concorrente se tornasse atractiva para o distribuidor em causa. Esta medida reduz em si mesma o espaço dos distribuidores independentes, que deixam de ter acessos a muitas marcas, independentemente das condições que passam a oferecer.

(65) No entanto, acontece que em vários mercados da Comunidade as partes detém já uma grande quota da distribuição de bebidas espirituosas. Nestes casos, existe um risco de que novos candidatos não consigam obter uma <via para o mercado> em condições favoráveis para qualquer produto que as partes possam considerar ameaçar os da sua própria carteira. Uma vez que a carteira das partes será muito reforçada pela concentração, esta é susceptível de aumentar este risco. A distribuição directa, através do fornecimento directo aos retalhistas sem a utilização de um agente ou intermediário, como um grossista, pode constituir uma eventual alternativa nalguns mercados do produto e/ou geográficos. No entanto, na prática é pouco provável que seja uma opção viável na maior parte dos casos. No caso dos fornecimentos aos supermercados, os novos candidatos depararão provavelmente com a exigência do pagamento de um <encargo de referenciamento> ou terão de acordar condições onerosas semelhantes como preço para colocarem seus produtos nas prateleiras. A <venda para consumo no estabelecimento> é mais fragmen-

tada, tornando a distribuição directa geralmente não lucrativa para os fornecedores.

c) *Conclusões relativas aos obstáculos à entrada no mercado.*

(66) A Comissão aceita ser possível uma nova entrada, o que na realidade já se confirmou. No entanto, a dimensão e o objectivo dessa entrada não se afigura, em geral, ter sido significativa, em especial nas principais características de bebidas espirituosas. Este factor, juntamente com outros factores descritos *supra*, tende a reforçar o ponto de vista inicial da Comissão, no sentido que os obstáculos à entrada neste mercado são geralmente elevados. Contudo, a sua importância exacta varia de país para país e entre produtos e é, por conseguinte, tomada em consideração nas secções *infra* relativas aos países individualmente.

3. Poder de pressão dos compradores.

(67) Nos casos em que os obstáculos à entrada no mercado são significativos e as estruturas de mercado concentradas, a dimensão e o poder dos clientes nos mercados nacionais é especialmente importante para apreciação do efeito de uma concentração, quer em termos de sobreposição horizontal quer em termos de qualquer poder de carteira associado. Uma vez mais, a situação no presente caso varia consideravelmente entre países e é discutida na próxima secção da presente decisão. No entanto, verificam de novo alguns elementos comuns, que são aqui analisados.

a) *Posição inicial da comissão.*

(68) A Comissão considerou, em resumo, que a estrutura de requisitos nos mercados dos consumidores para o exercício de um poder de pressão como meio de impedir a criação ou o reforço de uma posição dominante do lado da oferta a um nível mais elevado na cadeia de distribuição será a que se segue. Devem existir vários clientes retalhistas e grossistas, sendo cada um responsável por uma parte significativa das vendas do fornecedor <dominante> e dos seus concorrentes, dispondo das necessárias instalações técnicas de capacidade de negociação para aproveitarem esta vantagem ao serviço do processo de compra. Essencialmente, devem existir fornecedores alternativos que possam oferecer uma gama de produtos equivalente em condições igualmente favoráveis e o retalhista ou grossista devem ter um poder efectivo para <desrefe-

reenciar> marcas se as condições em que são oferecidas não forem satisfatórias. A Comissão duvidou se estas condições estavam geralmente satisfeitas no sector das bebidas espirituosas, em especial no que diz respeito à capacidade de <desreferenciamento>. Alguns fornecedores retalhistas e grossistas alegaram que não seriam rendível <desreferenciar> uma marca líder.

b) *A resposta das partes.*

(69) As partes discordaram fortemente desta análise e apresentaram alguns documentos de apoio ao ponto de vista contrário.

(70) As partes apresentaram dados que revelam a quota total de todos os produtos dos cinco principais retalhistas dos Estados-membros identificados pela Comissão como fontes de preocupação. Estas quotas variam entre cerca de [5-15%] na Grécia e cerca de [30-40%] em Espanha. Apresentaram dados semelhantes sobre as quotas das suas próprias vendas nos países em causa representadas pelos seus cinco maiores clientes. Estas quotas variam entre cerca de [15-25%] na Grécia e mais de [55-65%] na Bélgica ¹⁶. Sublinharam igualmente a importância das vendas com marca própria, não apenas nos supermercados, mas também em alguns casos na sua opinião, nas vendas para consumo no estabelecimento.

(71) As partes citaram igualmente os pontos de vista de um corretor britânico importante e de um banco comercial (HSBC) relativamente ao poder de compra e suas implicações para a concentração. Sugeriram que o fornecedor tinha mais a perder do que o retalhista em qualquer negociação sobre um eventual <desreferenciamento> das marcas do fornecedor, principalmente porque se se verificassem o desreferenciamento, o retalhista teria ainda todas as marcas dos concorrentes mais a sua própria marca (que no Reino Unido - o exemplo citado - representava 60% das vendas do retalhista), enquanto o fornecedor perderia um cliente importante.

(72) As partes contestaram o ponto de vista da Comissão de que os clientes de bebidas espirituosas estavam mal informados sobre os preços, uma vez que os produtos eram fortemente diferenciados (a nível das marcas) e eram comprados com relativa raridade. As partes observaram que as bebidas espirituosas eram compradas mais frequentemente do que alguns outros produtos <para o lar>, tais como os electrodomésticos e sugeriram que algumas marcas de bebidas espirituosas eram denominadas <produtos de valor conhecido>.

¹⁶ Resposta das partes à comunicação de objecções, p. 24

uma vez que eram amplamente publicados e que os clientes podiam , por exemplo, comparar os seus preços com os de um equivalente isento de impostos.

(73) Por último, as partes contestaram a noção de que qualquer de seus produtos era único ou um produto <de compra obrigatória>. Sugeriram que as suas marcas não eram mais (nem menos) essenciais para os retalhistas do que a dos seus principais concorrentes. Os retalhistas e grossistas necessitariam de uma gama das principais marcas, mas não necessariamente de todas. Forneceram igualmente dados de vários países de casos em que os seus produtos tinham sido desreferenciados.

c) *Apreciação mais aprofundada da Comissão.*

(74) A Comissão não alegou que o poder de compra seja inexistente no sector das bebidas espirituosas; pelo contrário, a sua preocupação é de que seja insuficiente para impedir a criação ou o reforço de uma posição dominante no caso presente. No que diz respeito aos valores relativos à <dependência> fornecidos pelas partes, a Comissão nota que essa dependência varia consideravelmente entre países e que a proporção do volume de negócios das partes representada pelos cinco maiores clientes, por exemplo, na Grécia, é relativamente reduzida (cerca de [15-25%]). Do mesmo modo, uma vez que as vendas para consumo no estabelecimento são, na maior parte dos Estados-membros muito mais fragmentadas do que as vendas para o consumo fora do estabelecimento, quer a nível grossista quer retalhista, esses valores podem sobreavaliar a verdadeira força do poder de pressão, uma vez que muitos retalhistas no sector das vendas para consumo no local e os seus fornecedores não a possuem. Estes factores são tomados em consideração na apreciação do poder de pressão dos compradores nas secções que se seguem relativas aos países individualmente.

(75) Nas vendas para consumo fora do estabelecimento é reconhecida a importância da marca própria. No entanto, se os retalhistas e consumidores consideraram tão atractivas as marcas próprias (cujas margens são, segundo as partes, muito mais elevadas do que as marcas principais), seria mais razoável esperar que as marcas desaparecessem das prateleiras a favor das marcas próprias, mais do que efectivamente acontece. Afigura-se que os retalhistas consideraram necessário armazenar uma vasta gama de marcas - provavelmente devido ao facto de, tal como vários indicaram à Comissão no presente caso,

quem não o fizer se arrisca a perder um cliente, não apenas para o uísque, etc., mas para o resto das aquisições dos clientes.

(76) Resulta desta situação que o desreferenciamento permanente de marcas importantes não é em geral uma opção realista para os retalhistas; por conseguinte, os fornecedores dessas marcas podem, se necessário <resistir> sabendo que o pior que podem esperar é um desreferenciamento temporário, talvez limitado a dimensões menos importantes, etc. Poderiam assim <sobreviver> a uma situação deste tipo, especialmente, tal como as partes, se o fornecedor vender igualmente uma vasta gama de outras marcas e produtos. Quanto mais fortes forem a marca e a carteira em questão, menos realista é a ameaça de <desreferenciamento>. Pelo contrário, um fornecedor menos afortunado pode arriscar uma perda permanente do seu principal ou único produto.

(77) No que diz respeito ao conhecimento por parte do consumidor do preço e à capacidade para comparar, a Comissão continua a considerar que tal é relativamente limitado no sector das bebidas espirituosas. As comparações entre preços a nível das vendas para consumo no estabelecimento e das vendas para consumo fora do estabelecimento são muito difíceis e, nas vendas para consumo no estabelecimento, são complicadas pela <aglomeração de produtos e serviços>. Nas vendas para consumo fora do estabelecimento, apesar de as compras de bebidas espirituosas serem, tal como as partes sugerem mais frequentes do que, por exemplo, os electrodomésticos, a frequência é ainda insuficiente para permitir uma comparação real. A compra de bebidas espirituosas não é susceptível de se efectuar, por exemplo, semanalmente. No que diz respeito a bens tais como electrodomésticos, pelo contrário, as comparações são facilitadas pelo facto de que na maior parte dos casos serem mais caras do que as bebidas espirituosas - o consumidor tem mais a ganhar com a <comparação dos preços> e os programas e revistas destinados ao consumidor ajudam ainda mais. Os preços das bebidas espirituosas isentas de impostos podem fornecer uma base de comparação, mas as diferenças das dimensões de embalagens e, em alguns casos, do teor alcoólico do produto, entre a loja franca e as outras vendas complicam a questão. Para além disso, as compras isentas de impostos serão, para a maior parte das pessoas, ainda menos frequentes do que as tributadas.

d) *Conclusões relativas ao poder de pressão dos compradores.*

(78) O poder dos retalhistas e grossistas independentes varia obviamente em grande medida de país para país. Por conseguinte, a questão deve ser analisada a esse nível. No entanto, com base nos argumentos supramencionados, não

é óbvio que, através dos mercados que colocam problemas à Comissão, <o poder de pressão dos compradores> seja susceptível de ser suficiente para evitar a criação ou o reforço de uma posição dominante na sequência da concentração.

V. EFEITOS EM MERCADOS NACIONAIS / DO PRODUTO SELECIONADOS

(79) Na presente secção são analisados em pormenor os mercados em que a Comissão considera que serão criadas ou reforçadas posições dominantes.

A. GRÉCIA

1. Panorâmica geral do mercado

(80) A Grécia é o sétimo maior consumidor de bebidas espirituosas na Comunidade e em 1995 representava cerca de 3% das vendas totais na Comunidade em volume.

(81) O quadro 1 mostra a importância relativa das diferentes categorias de bebidas espirituosas na Grécia. Uma característica importante é a grande proporção de consumo representada por <outras bebidas espirituosas>, amplamente devido à venda de ouzo, a bebida nacional. Uma outra característica do mercado grego é o facto de, apesar de tal como no resto da Europa o consumo de bebidas espirituosas em geral ter diminuído, o consumo de uísque ter aumentado. Contudo, os operadores nestes mercados consideram que o consumo de vodka, tequilha, rum e gin, bem como algumas bebidas espirituosas inovadoras, tais como a <schnapps> de frutas, estava igualmente a aumentar. O uísque é a bebida espirituosa importada mais consumida, fazendo da Grécia o segundo mercado de uísque na Europa numa base *per capita*.

Quadro 1

Distribuição da procura de bebidas espirituosas na Grécia em volume e em valor-1995

Volume (%)	Valor (%)
---------------	--------------

Todos os uísques	45,1	52,3
Uísque escocês	42,8	48,8
Gin	2,8	2,1
Vodka	7,8	6,1
Outras bebidas espirituosas <brancas>	0,6	1,0
Rum	4,2	4,5
Brandy/conhaque	9,6	8,2
Outras	29,9	25,8
Licores	8,5	13,4

2. Mercados do produto relevantes

(82) Os mercados do produto relevantes em apreciação no mercado grego são as categorias de bebidas espirituosas reconhecidas internacionalmente, isto é, uísque, vodka, gin, rum, brandy e vários licores (cada um dos quais pode constituir um «nicho» do mercado do produto distinto) e o aperitivo local ouzo.

(83) O uísque escocês representa 95 % da totalidade de uísque consumido na Grécia ¹⁷. Contudo, com base nas quotas de mercado das partes, a apreciação da operação será idêntica quer se utilize o uísque escocês ou todo o uísque. Por conseguinte, a avaliação é efectuada com base em todo o uísque.

3. Estrutura do mercado e posição das partes

a) Posição no mercado

(84) Na Grécia, as partes exercem a sua actividade através de filiais de distribuição a 100 %. Trata-se da United Distillers Greece, uma filial da UD (Guin-

¹⁷ Em 1995, o uísque escocês representou 95 % de um mercado global de uísque, ou seja, 2,521 milhões de um total de 2,654 milhões de caixas (Fonte IWSR 1995)

ness) e da Metaxa S & H & A A.E.B.E., uma filial da IDV(GrandMet). As principais marcas das partes são a Johnnie Walker Red Label, Dewar's, White Horse, Bell's, Haig, VAT 69 (Guinness) e J & B (GrandMet) no que diz respeito ao uísque escocês; Smirnoff (GrandMet) para o vodka, Metaxa (GrandMet) para o brandy, Gordon's (Guinness) para o gin, Ouzo 12 (GrandMet) para o ouzo e Bailey's, Malibu e Archer's (GrandMet) no que diz respeito aos licores e à «schnapps» aromatizada com frutos. Para além disso, a Guinness distribui rum Bacardi e vodka Wyborowa e Finlândia, enquanto a GrandMet distribui tequilha Cuervo, nos dois casos numa base de representação de marcas. O quadro 2 apresenta relativamente às principais categorias de produtos na Grécia, as quotas de mercado individuais e cumuladas das partes em 1995, em valor, a nível de proprietário da marca e de distribuição em representação das marcas.

Quadro 2

	Guinness	Gmet	GMG
Todos os uísques	[40-50]	[<10]	[45-55]
Uísque escocês	[45-55]	[<10]	[50-60]
Brandy	[-]	[70-80]	[70-80]
Rum	[75-85]	[-]	[75-85]
Gin	[80-90]	[<2]	[80-90]
Outras	[-]	[25-35]	[25-35]
Tequilha	[-]	[30-40]	[30-40]
Vodka	[<10]	[10-20]	[15-25]

Fonte IWSR 1995

b) Categorias e marcas das parte.

(85) As partes estão presentes em todas as principais categorias de bebidas espirituosas. As suas diversas categorias de bebidas espirituosas, bem como as marcas importantes, constam do quadro 3:

Quadro 3

Categoria de bebidas espirituosas	Guinness	GrandMet
Uísque	Johnnie Walker R/L Dewar's White Horse	J&B Rare J&B Rare

	Bell's Haig Vat 69 Black & white Mackenzie Dimple Crawford's Cardhu Oban Johnnie Walker B/L Talisker Lagavulin Dalwhinnie Classic Malts Glenkinchie Cragganmore Rebel Yell	
Vodka	<i>Finlandia</i> <i>Wyborowa</i> <i>Koskenkorva</i>	Smirnoff
Gin	Gordon's Tanqueray	Bombay Sapphire
Rum	<i>Bacardi</i>	
Tequilha	<i>Parranda</i>	<i>José Cuervo</i>
Aperitivo, ouzo	Karavaki Pimm's	Ouzo 12 Cinzano Tío Pepe
Brandy	<i>Botry's</i>	Metaxa
Licor	<i>Jagermeister</i>	Bailey's <i>Grand Marnier</i> Sheridans Malibu Archers's schnapps

Em itálico: distribuição por representação de marcas

(86) O quadro 3 revela que a identidade combinada cobrirá um amplo leque de categorias de bebidas espirituosas, ou seja, todas as categorias principais e correntes. Considerada isoladamente, a Guinness tem actualmente uma posição sólida no que diz respeito ao uísque, ao gin e ao rum, enquanto os pontos

fortes da GrandMet são o brandy, o ouzo, a tequilha e os licores. A operação de concentração preenche, por conseguinte, todas as lacunas nas respectivas carteiras de cada parte. A carteira cumulada resultante será de longe mais ampla e mais profunda do que a dos seus concorrentes.

(87) Após a realização da operação projectada, a entidade combinada representará mais de [45-55 %] do comércio global de bebidas espirituosas ([20-30 %] da Guinness e [10-20 %] da GrandMet), abrangendo todas as principais categorias de bebidas espirituosas comercializadas na Grécia. Os maiores concorrentes mais próximos, a Karoulias Berry/Brothers e a Allied Domecq, têm quotas de [5-15 %] e [5-15 %] respectivamente.

(88) Mais especificamente, a GMG será o motor no mercado do uísque, com uma quota de mercado superior a [45-55 %]. Para além disso, será o maior fornecedor de categorias como o gin, com uma quota de mercado superior a [75-85 %] (Gordon's), brandy, com uma quota de mercado superior a [75-85 %] (Metaxa) e rum, com uma quota de mercado de [75-85 %] (Bacardi). Por outro lado, a GMG fornecerá outras categorias; como a Tequila (Cuervo), o Ouzo (Ouzo 12), licores (Bailey's e Malibu) e as «schnapps» de frutas (Archer's).

c) Cumulação

(89) No que diz respeito à sobreposição horizontal nas categorias individuais, a operação projectada dará origem a uma cumulação de quotas no mercado do uísque. Como resultado, a quota da entidade combinada neste mercado atingiria [45-55 %] (ou seja, [40-50 %] da Guinness e [<10%] da GrandMet. As partes consideram o aumento [<10%] como um aumento de *minimis* de quotas neste mercado. Contudo, a Comissão considera este aumento significativo, em especial à luz da elevada quota de mercado que uma das partes tinha já neste mercado e devido ao facto de resultar da adição de uma única marca ,a J&B, à vasta gama de marcas da outra parte. Como se pode ver no Quadro 4, dos cinco principais uísques líderes na Grécia em 1995, a GMG ocuparia a primeira, terceira e quinta posições, respectivamente com o Johnnie Walker Red Label, o Dewars eo J&B [...].

Quadro 4

(em milhares de caixas)

Fornecedor	Marca	Vendas
Guinness	Johnnie Walker R/L	[...]
Karoulias/Berry Bros.	Cutty Sark	[...]
Guinness	Dewar's	[...]

Allied Domecq	Ballantines	[...]
GrandMet	J&B	[...]
Remy Hellas	Famous Grouse	[...]
Amvyx	Grant's	[...]

Fonte: Canadean 1996

(90) O restante da gama de produtos da GMG seria composto por uma variedade de outras marcas (Black & White, White Horse, VAT 69) e especialidades, tais como uísques de luxo (Johnnie Walker Black Label, J & B Jet, Dimple) ou uísques de malte (Lagavulin, Glenkinchie, etc.). Contrariamente, os concorrentes da GMG não têm uma gama de marcas de uísque tão vasta. A Karoulias-Berry Bros. fornece Cutty Sark (quota de mercado de [15-25 %]) e a Allied Domecq fornece Ballantines (quota de mercado de [5-15 %]), mas não possuem quaisquer outras marcas significativas que lhes confirmem vantagens semelhantes às que a GMG adquiriria.

d) Efeitos da carteira

(91) Embora não exista qualquer cumulação horizontal noutras categorias, a concentração reunirá as elevadas quotas de mercado existentes de gin, brandy e rum. O gin Gordon's da Guinness representa mais de [75-85 %] do mercado do gin e é completado por duas marcas de qualidade «premium»: Tanqueray (Guinness) e Bombay Sapphire (GrandMet). Entre as marcas concorrentes neste mercado incluem-se Beefeater [POSIÇÃO NUMA TABELA>

(92) Por conseguinte, e uma vez que a entrada no mercado e o poder de pressão dos compradores não constituem restrições significativas, tal como se explica a seguir, a Comissão considera que as partes têm actualmente posições dominantes nos mercados de gin, do rum e do brandy.

(94) A questão do poder de carteira é de especial importância na apreciação da operação no que diz respeito ao mercado grego. Tal deve-se principalmente ao facto de a entidade combinada se encontrar presente em todas as principais categorias de bebidas espirituosas, ou seja, uísque, gin, rum e brandy, em que pode fornecer as marcas líder, à excepção do vodka.

(95) Até o momento, o mercado grego tem-se caracterizado pela presença de vários fornecedores, nenhum dos quais suficientemente forte em todas as categorias de bebidas espirituosas. Por conseguinte, os clientes, quer grossistas quer retalhistas, obtiveram as suas bebidas espirituosas de vários fornece-

dores, de acordo com o poder destes últimos várias categorias. É precisamente nestas condições de mercado que se prevê que a combinação nas categorias mais importantes de bebidas espirituosas na carteira de um único fornecedor venha a reforçar o poder de mercado deste fornecedor nas categorias individuais.

(96) Tal como se vê no quadro 5, a carteria de marcas que a GMG reunirá, incurirá a principal marca de venda em cada uma das principais categorias de bebidas espirituosas, ou seja, uísque, gin, rum e brandy, á exceção do vodka. Inclui ra também as melhores marcas de venda de tequilha, ouzo e vários licores.

Quadro 5

Categoria	Marca	Fornecedor	Quota de mercado
Uísque	Johnie Walker R/L	Guinness	[20-30%]
Brandy	Metaxa	GrandMet	[70-80%]
Gin	Gordon's	Guinness	[70-80%]
Rum	Bacardi	Guinness	[70-80%]
Tequilha	Cuervo	GrandMet	[30-40%]
Ouzo	Ouzo12	Grandmet	[20-30%]
Licores	Bailey's	GrandMet	[5-15%]
Vodka	Stolichnaya	Seagran	[20-30%]

(97) Tal como referido supra, o uísque é de longe a principal categoria de bebidas espirituosas vendida na Grécia. Contudo, o facto de a GMG incluir marcas com quotas de mercado muito significativas em categorias mais pequenas é igualmente importante. Por exemplo, ainda que o gin ou o rum tenham vendas mais reduzidas do que o uísque, a presença de Gordon's e Bacardi é de importância crucial para um determinado estabelecimento, uma vez que estas marcas desde há muito lideram as respectivas categorias e são identificadas com a categoria a que pertencem. De acordo com a Canadean de 1996 sobre a Grécia, «o gin continua a aumentar, em grande medida devido aos fortes resultados do Gordon's». O mesmo relatório do sector refere-se ao mercado do rum como sendo essencialmente o do Bacardi.

(98) É verdade que outros concorrentes fornecem marcas importantes, algumas das quais atingiram elevados volumes de vendas. Por exemplo, devido aos seus resultados de vendas, o uísque Cutty Sark e o vodka Stolichnaya não

se confrontariam com problemas específicos de acesso ao mercado. Contudo, o poder potencial destas marcas é significativamente reduzido pelo facto de estarem espalhadas por diferentes fornecedores. Esta fragmentação do mercado, em contraste com a carteira combinada da GMG, retira a essas marcas o seu potencial poder de carteira.

(99) Mais especialmente, uma profunda carteira de marcas de uísque, espalhadas por vários segmentos de qualidade e de preço, confere uma flexibilidade de preços e oportunidades de comercialização consideráveis. Por conseguinte, o fornecedor está protegido das pressões do mercado, uma vez que pode fazer face à concorrência a nível dos preços por parte de outras marcas de fornecedores, posicionando-se e fixando os preços das suas várias marcas dentro da categoria. Por exemplo, com a garantia dos seus elevados resultados de mercado nas marcas de uísque que melhor vendem, a GMG poderá dedicar os recursos necessários para manter as suas marcas secundárias na sua posição ou reposicionar as marcas mais fracas a um nível superior, expandindo a sua quota à custa das marcas concorrentes, ou para dar resposta a eventuais pressões competitivas por parte destas marcas. As partes alegaram que esta «penetração» não se tem verificado no passado, sendo, por conseguinte, pouco provável que ocorra no futuro. Contudo, este argumento ignora o aumento substancial das quotas de mercado das partes e os recursos que a concentração criará.

(100) Além disso, uma vasta carteira de categorias confere importantes vantagens em termos de comercialização, dando assim possibilidade à GMG de agrupar vendas ou aumentar o volume de vendas de uma categoria pela sua associação à venda de outra categoria. Tanto a Guinness como a GrandMet utilizaram as respectivas carteiras de marcas em vendas agrupadas. Em 1995, por exemplo, a GrandMet compensou os seus clientes que colecionaram e entregaram [] cápsulas de garrafas de Smirnoff, Cuervo e J & B oferecendo-lhes [...] grátis de [. . .]. Pelo mesmo número de cápsulas, os grossistas recebiam uma nota de crédito de []. Além disso, a Guinness fez promoções conjuntas de diferentes categorias e marcas, em que os clientes que comprassem um pacote de doze garrafas de Johnnie Walker Red Label (7 garrafas), gin Gordon's (2 garrafas) e White Horse (3 garrafas) obtinham um desconto de []. Deve salientar-se que estas campanhas promocionais foram realizadas em colaboração com grossistas que forneciam os vários canais de comercialização. Por último, em 1996 a GrandMet efectuou uma campanha de descontos semelhante para grossistas, oferecendo descontos pela compra de [] caixas de uma selecção pré-determinada das seguintes marcas da GrandMet: J & B ([]), Smirnoff ([]), Cuervo ([]), Bailey's ([]), Grand Marnier ([]) e Malibu ([]).

(101) Nas vendas de bebidas para consumo no local, em que os produtores de bebidas espirituosas constroem um poder e imagem de marca, a GMG, através da sua vasta carteira de marcas, poderá influenciar os produtos armazenados ou que estão presentes no espaço limitado disponível atrás do balcão, (o denominado «back-bar»), reforçando assim ainda mais o seu poder de mercado. No que diz respeito aos pequenos estabelecimentos, que propõem uma gama mais restrita de bebidas ou aos «night-clubs» gregos que servem sobretudo uísque, a entidade combinada constituiria uma solução atractiva, limitando o número de fornecedores. Para além disso, os modernos estabelecimentos de maiores dimensões, que normalmente armazenam uma variedade muito mais vasta de marcas, podem igualmente tornar-se um alvo da entidade combinada, caso esta tentasse aumentar a presença das suas marcas em estabelecimentos ou utilizasse a reputação de clubes em voga a fim de lançar as suas marcas. A GMG poderia permitir-se fazer ofertas, descontos e créditos substanciais ou organizar e financiar acontecimentos promocionais que favoreceriam igualmente o próprio estabelecimento e utilizar a sua força nas marcas líder, tais como a Johnnie Walker Red Label ou o gin Gordon's e o rum Bacardi, a fim de levar os bares a referenciar marcas na mesma ou noutra categoria. Dado que estes estabelecimentos não se podem permitir armazenar as marcas referidas supra, o poder de negociação da GMG seria significativamente reforçado. Por conseguinte, seria muito mais fácil para a GMG incitar os proprietários de bares a adoptarem marcas da GMG enquanto marcas servidas como produto genérico (isto é, a marca servida quando um cliente não a especifica na sua encomenda), aumentando deste modo os seus volumes de vendas e o seu conhecimento por parte do público.

(102) Nas vendas de bebidas para consumo fora do estabelecimento, a eliminação da concorrência entre a Guinness e a GrandMet no que diz respeito às promoções nos estabelecimentos servirá para permitir à GMG planejar conjuntamente o calendário de promoções, negociar conjuntamente as condições de promoções e coordenar quaisquer alterações de preços. Para além disso, através da sua variedade de marcas, a GMG poderá igualmente alternar produtos de marca em promoção durante um certo período, ocupando deste modo longos períodos de promoção e excluindo os concorrentes de acederem ao calendário de promoção por longos períodos.

(103) Em comparação, os concorrentes têm carteiras mais fracas e menos marcas fortes, sendo a mais importante a Cutty Sark, que representa [15-25 %] das vendas de uísque, e os vodkas Stolischnaya e Serkova, que represen-

tam [20-30 %] e [15-25 %] das vendas de vodka, respectivamente. Tal como referido em pontos anteriores, apesar de estas marcas poderem ter vendido bem, não têm contudo o apoio de uma forte carteira de marcas. Na realidade, em contraste com a carteira completa da GMG, a descontinuidade das carteiras dos concorrentes privá-los-ia de uma flexibilidade de preços e torná-los-ia mais vulneráveis às pressões do mercado. Por exemplo, quando as suas marcas começam a perder volume de vendas, terão de disponibilizar recursos desproporcionadamente mais elevados a fim de evitar situações que possam a longo prazo restringir os seus objectivos em termos concorrenciais.

4. Outras restrições potenciais em termos de concorrência a) Poder de pressão dos compradores

(104) Um poder deste tipo pode ser exercido pelo sector comercial e, em especial, pelos diversos intermediários comerciais que são, em grande medida, os clientes imediatos dos fornecedores de bebidas espirituosas. Na Grécia, estes diversos canais comerciais incluem os grossistas, que fornecem os estabelecimentos de consumo no local e os estabelecimentos de venda para consumo no exterior, e os retalhistas, que incluem os supermercados, os hipermercados e as cadeias de supermercados grossistas («cash and carry»). No quadro 6 é apresentada a repartição entre os diversos canais comerciais, em termos de percentagem de bebidas espirituosas comercializadas.

Quadro 6

Grossistas	Retalhistas	Supermercados grossistas	Estabelecimentos de consumo no local (directo)
72%	23%	4%	1%

Fonte: Formulário CO.

(105) Os grossistas de maiores dimensões adquirem os produtos aos importadores e vendem-nos aos retalhistas de pequenas dimensões e aos estabelecimentos de venda para consumo no local em várias áreas da Grécia. Na sequência da sua investigação, a Comissão concluiu que os grossistas não poderiam exercer um poder de pressão em relação à entidade resultante da concentração pelas razões apresentadas seguidamente.

(106) As partes referiram que 40 grossistas de um total de 700 representavam cerca de 40 % das compras totais de bebidas espirituosas importadas. No entanto, nenhum destes grossistas foi identificado como tendo uma dimensão especialmente significativa, enquanto os restantes eram de pequena dimensão. O canal grossista é assim muito fragmentado. Infere-se daí que, em termos globais, os grossistas não se encontrariam em posição de exercer qualquer poder de pressão relativamente à entidade resultante da concentração. Pelo contrário, tendo em conta os incentivos que a GMG lhes poderá oferecer, os grossistas terão um interesse claro em manter boas relações comerciais com a política de comercialização da GMG. Esta influência sobre os grossistas é especialmente importante para a GMG, uma vez que pelo canal grossista passam quase três quartos do comércio de bebidas espirituosas na Grécia. Além disso, uma vez que os grossistas são responsáveis pelo abastecimento dos pequenos retalhistas (29 % das suas vendas) e dos estabelecimentos de venda para consumo no local (43 % das suas vendas), a GMG poderá tirar vantagens do seu acesso a estes estabelecimentos para concretizar algumas das suas estratégias de marketing e de promoção, resultantes da sua ampla carteira de marcas, tal como descrito nos pontos anteriores relativos à carteira.

(107) Os supermercados grossistas representam apenas uma parte mínima do mercado (4 %), não sendo portanto o seu eventual poder de pressão suficiente para limitar o poder da GMG.

(108) Os retalhistas, como supermercados e estabelecimentos mais pequenos de venda de bebidas alcoólicas, asseguram 23 % do comércio de bebidas espirituosas na Grécia. As suas respostas aos questionários indicam que, apesar de as grandes cadeias de supermercados terem características que lhes permitem exercer um certo poder de pressão, não o fizeram. Pelo contrário, as suas respostas sugeriram que como a GMG dispõe do maior número de marcas de grande venda e da mais vasta carteira de bebidas espirituosas entre os fornecedores, seria difícil abastecerem-se das bebidas de que precisam, uma vez que as suas necessidades são determinadas pela procura dos consumidores, sem passarem pela GMG. Referindo-se à entidade resultante da concentração, um agrupamento de compras líder na Grécia salientou que «as duas empresas combinadas representam 56 % de todas as aquisições de bebidas espirituosas» Referindo-se a uma série de marcas da GMG, em especial Johnnie Walker, Dewar's, White Horse, Haig, J & B, Gordon's, Smirnoff, Bailey's e Grand Marnier, o agrupamento de compras referiu que estas marcas «se distinguem por si próprias e se impõem no mercado retalhista». Um retalhista de grande dimensão, que explora mais de 30 supermercados e hipermercados, salientou

que «existem algumas marcas destas empresas que é essencial que os nossos estabelecimentos as tenham em armazém, atendendo à sua procura crescente, como Johnnie Walker, Bacardi, Metaxa, Ouzo 12, Dewar's, Dimple, etc.» O mesmo retalhista considerou que a concentração teria efeitos tanto a nível do consumidor como do retalhista, uma vez que a redução da concorrência seria prejudicial para o consumidor final.

(109) Além disso, as oito marcas próprias de uísque que diversos supermercados desenvolveram representam uma percentagem marginal da procura total de uísque (estimada em cerca de 5 %) e, tendo em conta o facto de os consumidores de uísque serem em geral sensíveis à marca, as marcas próprias não parecem exercer uma pressão concorrencial substancial sobre os produtos de marca.

(110) As partes apresentaram um certo número de declarações dos clientes que indicavam que estes não consideram que a concentração terá um impacto negativo nas suas actividades. No entanto, não se pode dar demasiada importância a estas declarações, devido ao facto de esses clientes terem uma importante relação comercial com as partes, que lhes solicitaram que fizessem a declaração.

(111) Por outro lado, as partes apresentaram um certo número de exemplos de estabelecimentos de consumo no local que recusaram armazenar algumas das marcas da Guinness sem o pagamento de um encargo de referenciamento. Trata-se, no entanto, de casos isolados que não podem ser considerados representativos do poder de pressão exercido pelos estabelecimentos de consumo no local. De facto, só se referem a um número limitado de estabelecimentos de venda no local (seis) e o período de desreferenciamento foi relativamente curto (um a três meses).

b) Comércio paralelo

(112) Apesar da existência de vendas transfronteiras indiciar fontes de fornecimento alternativas e, portanto, a existência de uma concorrência residual, no caso da Grécia o comércio paralelo não parece constituir uma limitação significativa. Em primeiro lugar, os volumes envolvidos são pouco importantes¹⁸. Em segundo lugar, o comércio paralelo parece ser motivado por circunstâncias específicas que ocorrem pontualmente quando uma certa quantidade de bebidas espirituosas se encontra disponível noutra Estado-membro (normalmente Espanha), ou quando variações das taxas de câmbio provocam preços

¹⁸ As estimativas das partes referem a um valor de cerca de [5-15 %] das suas vendas totais entre 1995 e 1997 (ver resposta à comunicação de objecções

mais baratos, favorecendo este tipo de actividade. Além disso, os diversos grossistas, retalhistas, agrupamentos de compras e outros inquiridos que responderam aos questionários não tinham conhecimento da dimensão do comércio paralelo uma vez que as suas empresas não se dedicavam a actividades deste tipo. c) Obstáculos à entrada no mercado

(113) Tal como referido acima, a entrada de novos produtos num mercado altamente regulamentado e em que as marcas assumem grande importância é já particularmente difícil na Grécia, e na sequência da criação da GMG e pelas razões apresentadas nos pontos anteriores relativos ao poder de carteira da GMG e aos efeitos de encerramento, a entrada de novos produtos é susceptível de se tornar ainda mais difícil. Devido ao seu poder de negociação, decorrente das suas marcas líder, a GMG poderia permitir-se negociar com os grossistas e os retalhistas encargos de referenciamento e bónus de fim de ano mais baixos e, a fim de manter a rendibilidade da categoria, os retalhistas ver-se-iam obrigados a impor encargos de referenciamento ou margens retalhistas mais elevadas às novas marcas. A GMG poderia igualmente celebrar acordos de distribuição exclusiva ou impor condições a diversos estabelecimentos de consumo no local de modo a tornar mais difícil e mais oneroso o lançamento e o desenvolvimento de novas marcas.

5. Conclusões relativas à Grécia

(114) Com base no que precede, a GMG representará mais de [45-55 %] do mercado do uísque. Combinada com a sua carteira profunda de marcas de uísque, que abrange todos os vários subsegmentos em termos de qualidade e de preço, tal situação conferirá à entidade resultante da concentração vantagens consideráveis em termos de comercialização.

(115) Além disso, pelas razões acima indicadas, a GMG já tem posições dominantes no que se refere ao gin [80-90 %], ao brandy [70-80 %] e ao rum [75-85 %] e dispõe de uma carteira de marcas muito ampla, incluindo as marcas mais vendidas de todas as categorias de bebidas espirituosas, à excepção do vodka, e terá mais de [35-45 %] do consumo global de bebidas espirituosas na Grécia.

(116) Por outro lado, os concorrentes existentes não dispõem de uma carteira de marcas que lhes permita limitar o poder de mercado da GMG. Além disso, os diversos canais de distribuição não podem exercer qualquer poder de pressão através das suas compras. Por último, as barreiras à entrada no mercado

são importantes, impedindo assim que os novos candidatos restrinjam o poder da GMG.

(117) Assim, por todas estas razões, a concentração terá por efeito a criação de uma posição dominante no mercado grego no que se refere ao fornecimento de uísque.

(118) Finalmente, através dos efeitos de carteira acima referidos, as posições dominantes já existentes no que se refere ao gin, ao rum e ao brandy serão reforçadas.

B. ESPANHA

1. Panorâmica geral

(119) Em termos de vendas totais de bebidas espirituosas, a Espanha é o terceiro maior consumidor da Comunidade, com 16,5 % das vendas comunitárias totais em termos de volume (1995).

(120) O quadro 7 apresenta a estrutura do consumo de bebidas espirituosas em Espanha.

Quadro 7

Repartição da procura de bebidas espirituosas em Espanha (1995) em volume e valor de vendas

	Volume (%)	Valor (%)
Todos os uísques	29,4	32,9
Uísque escocês	20,3	24,9
Gin	17,2	10,0
Vodka	3,4	3,5
Outras bebidas espirituosas	0,2	0,1
Rum	7,3	11,0
Brandy/Conhaque	17,7	17,4
Outros	24,2	15,0
Licores	12,2	15,0

Fonte: Formulário CO

(121) O uísque representa a maior proporção das vendas de bebidas espirituosas em Espanha, com uma quota de mercado de cerca de 30 % em termos de volume ou de valor, referindo-se cerca de dois terços ao uísque escocês. Trata-se de um mercado em crescimento. A Espanha é o quarto maior consumidor de uísque do mundo, após os Estados Unidos, o Reino Unido e a França.

(122) O brandy/conhaque é a segunda bebida espirituosa mais importante, com uma quota de cerca de 17 %. O gin ocupa a terceira posição, com uma quota de 17 % em termos de volume e 10 % em valor, encontrando-se em declínio. O vodka, apesar de representar uma pequena parte do mercado com uma quota de cerca de 3 %, está em crescimento nos últimos anos.

2. Mercados do produto relevantes

(123) Tal como acima referido, numa análise do mercado do produto deve partir-se de um tipo específico de bebida espirituosa. Em Espanha, no que se refere ao uísque, atendendo a que as partes não estão envolvidas no fornecimento de uísque espanhol, a questão essencial era saber se deveriam ser definidos mercados distintos para o uísque escocês e para o uísque espanhol. As partes alegaram não existirem razões para estabelecer uma diferenciação entre o uísque escocês e os outros tipos de uísque, em especial os uísques produzidos localmente, a saber, o DYC e o Doble V (ambos produzidos pela Allied Domecq). No entanto, pelas razões a seguir apresentadas, a Comissão considera que o uísque escocês e o uísque espanhol constituem dois mercados distintos.

(124) O uísque espanhol não respeita os requisitos impostos pelo autêntico uísque escocês em matéria de destilação e de processo de envelhecimento. Trata-se de um uísque que é produzido combinando uma percentagem (normalmente 30 %) de autêntico uísque escocês com bebidas espirituosas fabricadas localmente à base de cereais. Os consumidores também consideram os dois produtos distintos, devido às diferenças de imagem (por exemplo, algumas marcas espanholas têm associações históricas específicas que datam da altura em que não se encontravam com facilidade as marcas internacionais). No período de 1985-1995, o crescimento das vendas do uísque escocês foi duas vezes superior à do uísque espanhol. Por outro lado, depois de acabar o tratamento fiscal preferencial de que gozavam as marcas locais, as suas vendas têm diminuído, enquanto o consumo de uísque escocês tem em geral aumentado.

(125) Os elementos de prova apresentados pelas partes relativamente aos preços de retalho por litro de uísque em Espanha em 1996 revelam que os dois uísques espanhóis, DYC e Doble V, se encontravam no segmento inferior da gama de preços e que apenas duas marcas de uísque escocês ([. . .]) eram vendidas a preços mais baixos (uma diferença de poucas pesetas). Na sua resposta à comunicação de objecções, as partes referiram que tinham sido referenciadas garrafas de DYC num supermercado espanhol a um preço consideravelmente superior a dois uísques escoceses de marca própria do retalhista e que um certo número de outros uísques escoceses não estavam incluídos nas listas de preços originais, bem como um outro (William Lawson) que, segundo as tabelas de preços, era normalmente considerado mais caro do que o DYC ou o Doble V. No entanto, quando se teve em conta quais os uísques das listas que tinham alguma importância em Espanha do ponto de vista da quota de mercado, verificou-se que o uísque com alguma importância que vinha a seguir na lista de preços ([. . .]) era mais de [5-15 %] mais caro e que o campeão de vendas das partes, o [. . .], era também cerca de [25-35 %] mais caro.

(126) As partes também apresentaram dados econométricos para contestar a existência de um mercado de uísque escocês distinto em Espanha. Apresentaram estimativas quantitativas das elasticidades dos seus preços para apoiar o argumento de que o uísque escocês não constituía um mercado distinto do uísque espanhol. Esta argumentação foi contrariada por terceiros. A validade dos resultados apresentados pode ser questionada, uma vez que a análise quantitativa sugere que não foram tidos em consideração certos aspectos de influência sistemática (que se apresentam em correlações significativas de estrutura desconhecida), que podem contribuir para as estimativas da elasticidade. Além disso, apesar da importância do uísque a nível das despesas do segmento (que era também uma variável explicativa), não foi tido em conta, ao isolar a elasticidade dos preços, a forma como a despesa do segmento variou em função dos aumentos de preços do uísque escocês. Houve, por conseguinte, alguns elementos pouco fidedignos nos resultados quantitativos. Nestas circunstâncias, a Comissão concluiu que os elementos de prova em causa não podiam servir para confirmar ou refutar a afirmação que pretendiam provar.

(127) Atendendo ao exposto, a Comissão considera que os mercados relevantes em Espanha para efeitos da presente apreciação correspondem ao uísque escocês e ao uísque espanhol.

3. O posicionamento das partes no mercado

(128) O quadro 8 apresenta as quotas das partes a nível de proprietário da marca por principais categorias de bebidas espirituosas em 1995.

Quadro 8
(%)

	Guinness	GrandMet	GMG
Todos os uísques	[5-15]	[20-30]	[30-40]
Uísque escocês	[10-20]	[30-40]	[45-55]
Gin	[5-15]	[<5]	[5-15]
Vodka	[<2]	[35-45]	[35-45]

Fonte: *Formulário CO*

(129) A Espanha representa cerca de [15-25 %] das vendas da Guinness na Comunidade e cerca de [10-20 %] das vendas da GrandMet. A importação e a distribuição são asseguradas por filiais a 100 %, a Udie SA no que se refere à Guinness e a Anglo Española Distribución relativamente à GrandMet.

(130) O quadro 9 apresenta as quotas de mercado das partes no que se refere ao uísque escocês por marca e em termos de volume (dados de 1995).

Quadro 9

Guinness	Quota	GrandMet	Quota	GMG
Johnnie Walker R/L	[<10 %]	J&B Rare	[25-35%]	
Dewar's W/L	[<10 %]	J&B 15 anos	[<2 %]	
VAT 69	[<5%]	Knockando	[<2 %]	
Bells	[<5 %]			
White Horse	[<2 %]			
Black&White	[<2 %]			
Cardhu	[<2 %]			
Johnnie Walker B/L	[<2 %]			
UD Classic	[<2 %]			
Total	[10-20 %]	Total	[[25-35 %]	[40-5- %]

Fonte: *IWSE*.

4. Cumulação

(131) As partes terão uma posição forte em termos do uísque escocês. Têm uma quota de mercado combinada de [40-50 %] em valor ([40-50 %] em volume), com um aumento de aproximadamente [10-20 %] em valor (10-20 %] em volume). A J & B, só por si, tem mais de [25-35 %].

5. Concorrentes

(132) Globalmente, a GMG terá uma quota de mercado mais de duas vezes superior à do seu concorrente mais próximo, a Allied Domecq, de que o Ballantines's tem uma quota de mercado de [15-25 %]. O concorrente que aparece em terceiro lugar é o Passport da Seagram, com uma quota de [<10%]. Estas quotas, em especial a quota da Allied domecq, têm de ser vistas tendo em mente o facto de que as partes têm a marca líder, que só por si tem uma quota significativamente maior do que a quota total da Allied Domecq.

6. Poder de pressão dos cliente

(133) As partes forneceram dados sobre as suas estimativas da repartição das vendas por tipo de cliente em relação ao conjunto da Espanha e igualmente no que se refere às suas próprias vendas. Em relação à Espanha no seu conjunto, calculam que as vendas directas a estabelecimentos de consumo no local representam apenas [5-15%] do total; as vendas directas a estabelecimentos retalhistas de vendas para consumo no exterior representam cerca de [20-30%] e que a diferença, corresponde a [60-70%], é constituída pelas vendas a grossistas, incluindo os supermercados grossistas. Afigura-se que a própria repartição das vendas das partes entre estes canais é [...].

(134) As partes alegam que existe poder de pressão, uma vez que os sectores grossista e de venda directa a retalho estão concentrados. Forneceram estimativas que demonstram que aproximadamente [40-50%] das suas vendas totais são feitas a [...] grandes clientes grossistas/supermercados grossistas e cerca de mais [15-25%] a hipermercados e grandes cadeias de supermercados. Foi referido que quatro cadeias de hipermercados representam aproximadamente [55-65%] das vendas directas de retalho da GrandMet (não existiam valores equivalentes para o Guinness).

(135) Deve salientar-se, no entanto, que as vendas da GrandMet através dos principais hipermercados representam apenas [5-15%] das suas vendas totais, o que sugere que o poder de pressão destes clientes é reduzido. A nível gros-

sista, a maioria das vendas das partes parece ser efectuada a pequenos grossistas, que não possuirão poder de pressão.

(136) Além disso, seria mais difícil exercer qualquer poder de pressão quando o fornecedor tem importantes marcas líder, visto que qualquer retalhista ou grossista teria de assumir riscos comerciais substancialmente maiores para operar sem poder oferecer esses produtos.

(137) Por outro lado, um dos elementos importantes para exercer o poder de pressão reside numa presença forte das marcas próprias, o que falta no mercado espanhol, onde estes produtos representam apenas 5% das vendas de uísque.

7. Obstáculos à entrada no mercado

(138) Não apareceram quaisquer elementos comprovativos de que os obstáculos à entrada nos mercados relevantes em Espanha eram significamente diferentes dos que se encontram noutros países europeus e, por conseguinte, também aqui são aplicáveis as observações de carácter geral feitas na secção introdutória da presente decisão acerca dos obstáculos à entrada no mercado. Mais especificamente, as partes referiram várias marcas de uísque que tinham sido introduzidas no mercado espanhol desde 1994. No entanto, a maior parte destas marcas era propriedade da própria Guinness ou da GrandMet e as restantes eram de concorrentes já existentes e não de novos candidatos. Todas as novas marcas eram tipos especiais de uísque de malte ou <premium>, que se previa irem conquistar apenas uma pequena percentagem do mercado, e eram principalmente uma extensão das linhas de produtos existentes e não verdadeiramente novos produtos.

(139) Foi salientado que, com excepção do VAT 69, que atingiu uma quota aproximada de [<10%] desde a sua recente reintrodução no mercado, no decénio que vai até 1995, apenas duas marcas, a Cutty Sark [<10%] e a Passport [<10%] conseguiram uma penetração de mercado importante. O uísque Passport é distribuído e promovido pela Seagram e beneficiou por conseguinte do apoio desta empresa, enquanto o Cutty Sark entrou no mercado através de uma estrutura de distribuição independente. A relativa escassez de novas entradas que obtiveram êxito durante este período confirma o ponto de vista de que os novos candidatos teriam de fazer face a obstáculos significativos à sua entrada.

8. Conclusões relativas a Espanha

(140) Pelas razões acima expostas, a Comissão considera que a concentração daria origem à criação de uma posição dominante no mercado do uísque escocês em Espanha.

C. IRLANDA

1. Panorâmica geral

(141) Em termos de venda de bebidas espirituosas, a Irlanda é a 12º maior consumidor da Comunidade, representando aproximadamente 2% das vendas.

(142) O quadro 10 apresenta a estrutura do consumo de bebidas espirituosas na Irlanda em 1995.

Quadro 10

Repartição da procura de bebidas espirituosas na Irlanda por principais categorias - Vendas de 1995 - em volume e valor ⁽¹⁾

	Volume (%)	Valor (%)
Todos os uísques	43,2	44,1
Uísque escocês	9,4	8,7
Uísque irlandês	30,5	35,4
Gin	8,0	7,6
Vodka	22,1	20,4
Outras bebidas espirituosas <brancas>	0,3	0,3
Rum	5,9	5,8

Brandy/conhaque	10,4	13,1
Outras	10,1	8,7
Licores	8,3	6,9

Fonte: Formulário CO

(¹) Com exclusão dos vinhos tratados com álcool e
~~dos aperitivos licorosos~~

(143) O uísque irlandês, com cerca de um terço das vendas, constitui a categoria de bebidas espirituosas mais importante, seguida do vodka, com cerca de 20 %. Outras categorias importantes são o brandy/conhaque e o gin.

(144) A situação na Irlanda difere da de outros países europeus em diversos aspectos. O uísque irlandês representa cerca de 70 % das vendas totais de uísque, enquanto noutros países o uísque escocês é predominante. Todas as marcas líder de uísque irlandês são produzidas pela Irish Distillers Ltd, uma filial da Pernod Ricard. O grupo da Irish Distillers distribui aproximadamente [85-95 %] do uísque irlandês vendido na Irlanda e [45-55 %] cerca de metade do total das bebidas espirituosas.

(145) O sistema de distribuição de bebidas espirituosas é atípico, na medida em que dois dos quatro maiores distribuidores são propriedade conjunta de importantes produtores internacionais de bebidas espirituosas, sendo apenas um propriedade a 100 %; normalmente, nos mercados já maduros, todas estas filiais seriam propriedade a 100 %.

(146) No sector dos estabelecimentos de venda para consumo no local na Irlanda existe uma grande dispersão, sendo raras as cadeias de estabelecimentos. As maiores cadeias de bares têm cerca de dez estabelecimentos e são em grande medida abastecidas por grossistas. O sector irlandês de estabelecimentos de venda para consumo no local é importante, representando cerca de 55 % das vendas totais de bebidas espirituosas.

2. Mercado do produto

(147) A Comissão considera que pode ser estabelecida uma distinção entre os mercados dos uísques escocês e irlandês com base no gosto e nos padrões de consumo, que se têm mantido bastante estáveis. Esta posição é confirmada pelo facto de mais de [>95 %] das vendas de uísque irlandês serem efectuadas a preços superiores aos dos uísques escoceses, não obstante o facto de o uís-

que escocês dever ser importado na sua totalidade. Na sua resposta a um ofício enviado em 11 de Julho, nos termos do artigo 11º, as partes fazem referência a três marcas que seriam mais baratas do que os uísques escoceses, [. . .]. Dentre estas, a [. . .] não é tecnicamente um uísque, mas uma bebida espirituosa irlandesa, uma vez que o seu teor alcoólico é muito inferior ao padrão exigido para um uísque. As outras duas marcas não são referidas individualmente nem pela IWSR nem pela Canadean. Admitindo que estas marcas representam a totalidade das vendas de uísques irlandeses das partes classificados como não identificados na Canadean, nesse caso as vendas máximas em conjunto das duas marcas representam [. . .] caixas, ou seja, cerca de [$< 5\%$] de uísque irlandês 'não identificado'. Por conseguinte, não afectam significativamente a questão da definição. Uma recente decisão da Autoridade irlandesa responsável pela concorrência (Decisão n.º 285 - Irish Distillers Group/Cooley Distillers de 25 de Fevereiro de 1994) concluiu igualmente no sentido da existência de um mercado distinto para o uísque irlandês.

(148) Em relação aos produtos diferentes do uísque, é aplicável a conclusão a que se chegou na secção introdutória da presente decisão, nomeadamente que o mercado do produto relevante não é mais vasto do que os principais tipos de bebidas espirituosas reconhecidos internacionalmente.

3. Perfil do mercado

(149) Contrariamente ao que acontece na maior parte dos outros Estados-membros, onde as partes e os seus principais concorrentes distribuem os seus produtos através de filiais 100%, na Irlanda muitos dos fabricantes de bebidas espirituosas mais importantes distribuem os seus produtos através de empresas comuns com os fornecedores concorrentes. Nesta situação é necessário ter em conta o nível de distribuição de forma separada. O quadro 11 apresenta as principais marcas e respectivos distribuidores na Irlanda.

Quadro 11
Categorias e marcas de distribuidores
Quotas de mercado em volume - 1995
 (%)

Produto	Edward Dillon	Grant's Ireland (GMG (49,6%)	of	Gilbeys of Ireland (GMG 100%)	Irish Distillers
---------	---------------	---------------------------------------	----	--	------------------

Uísque irlandês	Black Bush [<5] Old Bushmills [<10]	Tullamore Dew [<5]		Crested Ten [<5] Jameson[20-30] Paddy [15-25] Powers [35-45]
Uísque escocês	Bell [<5] Black and White [15-25] Haig [5-15] J. Walker Red [<5] vat 69 [<10]	Stewarts [<10] Teachers [20-30]	Famous Grouse [5-15]	Clan Campbell [<10]
Uísque americano	Jack Daniels [70-80]			Wild Turkey [<5]
Gin	Gordons [10-20]		Gilbeys [<10]	Cork [70-80]
Vodka			Smirnoff [60-70]	huzzar [20-30]
Rum	Bacardi [70-80]	Sea Dog [10-20]		Kiskadee [<5]
Conhaque/brandy	Honnessy [80-90]	Courvoisier [<10]	Martell [<10]	Bisquit [<10]
Licores	S. Comfort [10-20]	Carolans [<10] Irish Mist [5-15] Tia maria [5-15]	Bailwys [35-45] Malibu [5-15] Sheridans[<5]	Bols[<10]

4. Cumulação

(150) A cumulação resulta do facto de a GMG passar a ter uma influência muito grande, embora não seja um controlo de jure, sobre o comportamento de três dos quatro principais distribuidores de bebidas espirituosas na Irlanda. A Gilbeys of Ireland (que actualmente distribui as bebidas espirituosas da GrandMet) tornar-se-ia uma filial a 100 % da GMG. A entidade resultante da concentração passaria a ter 49,6 % da Cantrell and Cochrane (o resto do capital pertenceria à Allied Domecq), que é proprietária a 100 % da filial de dis-

tribuição Grants of Ireland, responsável pela distribuição das bebidas espirituosas da Allied Domecq. Por último, a Guinness tem 33 % das acções da Edward Dillon, que distribui principalmente as bebidas espirituosas da Guinness.

(151) [As partes argumentaram que a Guinness não tem o controlo ou qualquer influência sobre a Cantrell and Cochrane e, portanto, sobre a Grants of Ireland e que a sua participação é puramente financeira. Sublinham que a presença dos seus três administradores no conselho da Cantrell and Cochrane teve como objectivo proteger o investimento da Guinness].

(152) No entanto, os pontos de vista de um accionista com cerca de 50 % do capital não podem realisticamente ser ignorados pelo outro accionista se a Guinness e, no futuro, a GMG optassem por os exprimir. Do mesmo modo, é pouco provável que a Allied Domecq, embora sendo o accionista maioritário, seja com certeza capaz de se comportar de uma forma que a Guinness considerasse contrária aos seus interesses sem se arriscar à dissolução da empresa comum. Consequentemente, não se pode afirmar que qualquer das partes esteja a actuar de forma independente da outra e, portanto, no que diz respeito a esta empresa comum, não devem ser consideradas concorrentes. Além disso, é improvável que a actual participação da Guinness e a da GMG no futuro fossem puramente financeiras, atendendo a que a Cantrell & Cochrane não só distribui bebidas espirituosas, como também está envolvida na venda por grosso de bebidas alcoólicas e não alcoólicas e na produção e distribuição de cidra e de refrigerantes, tal como uma série de filiais da Guinness.

(153) Relativamente à Edward Dillon, as partes salientam a carta de arquivamento recentemente emitida pela Comissão relativamente a esta operação e os poderes limitados do conselho de administração da empresa. Neste contexto deve fazer-se referência a dois aspectos. À excepção da sua distribuição de uísque irlandês Bushmills, um acordo que remonta à altura em que a Irish Distillers era um accionista na Edward Dillon, a empresa distribui (com excepções muito raras) apenas as marcas de bebidas espirituosas das suas empresas-mãe. Seria pouco provável que a Dillon assumisse a distribuição de novos produtos que competissem com a sua gama actual. Além disso, a situação no momento do envio da carta de arquivamento será alterada pela concretização da concentração, através da combinação dos interesses da Guinness e da GrandMet a nível da distribuição de bebidas espirituosas na Irlanda.

Quadro 12

Quota em volume por distribuidor - 1995

(%)

	Edward Dillon (GMG 33%)	Grants of Ireland (GMG 49,6%)	Gilbeys of Ireland (GMG 100%)	Influence total da GMG	Irish distillers (100 %)	Quatro distribuidores principais
Uísque irlandês	[<10]	[<5]	-	[5-15]	[85-95]	[>95]
Uísque escocês	[30-40]	[25-35]	[5-15]	[79-80]	[<10]	[70-80]
Gin	[10-20]	[-]	[<10]	[15-25]	[70-80]	[90-100]
Vodka	-	-	[60-70]	[60-70]	[20-30]	[85-95]
Rum	[75-85]	[10-20]	-	[90-100]	[<5]	[90-100]
Brandy/conhaque	[80-90]	[<10]	[5-15]	[90-100]	[<10]	[>95]
Outras	-	-	45-55	[45-55]	[35-45]	[85-95]

Fonte: IWSR.

(154) A Edward Dillon e a Grants of Ireland têm já uma relação de associação através da participação significativa que a Guinness tem em cada uma delas. A operação projectada daria origem a cumulações superiores a 5 % a nível do uísque escocês (total [70-80 %] e do brandy/conhaque (total [90-100 %]). Além disso, as três empresas em que a GMG teria uma participação passariam também a ter posições combinadas muito importantes no sector do vodka ([60-70 %]) e do rum [85-95 %].

5. Concorrentes

(155) As actividades de distribuição da Irish Distillers são muito fortes a nível do uísque irlandês [85-95 %] e do gin [70-80 %], mas com excepção do vodka, em que a sua marca Huzzar tem uma quota de [20-30 %], não possui nem distribui outros produtos com quotas significativas noutras categorias de bebidas espirituosas. Assim, apesar de a sua empresa-mãe dominar a produção do uísque irlandês e de possuir o controlo da maior parte da distribuição deste produto e do gin, não se encontra bem posicionada para competir noutros sectores.

(156) Nas categorias em que os distribuidores controlados ou influenciados significativamente pela GMG têm quotas de mercado muito importantes, a

Irish Distillers, o único concorrente a este nível de distribuição, dispõe de poucas marcas relativamente importantes. A nível do uísque escocês, o seu Clan Campbell tem apenas uma quota de [POSIÇÃO NUMA TABELA>

(157) Na Irlanda, os retalhistas múltiplos não desenvolveram marcas próprias que possam restringir o comportamento dos produtores e distribuidores fortes à nível do sector dos estabelecimentos de venda para consumo no exterior. Um certo número de cadeias retalhistas têm marcas de representação, isto é, um produto privativo que distribuem numa base de exclusividade, mas essas marcas representam menos de 5% do total dos estabelecimentos de venda para consumo no exterior. A recente aquisição pela Tesco de cadeias retalhistas na Irlanda não é susceptível de ter qualquer efeito substancial a curto e a médio prazo e só terão um efeito limitado a longo prazo. Isto deve-se ao facto de a Tesco manter a identidade irlandesa desses estabelecimentos, pelo que não pode transferir as suas marcas próprias britânicas para a Irlanda. Mesmo que o fizesse, a marca da Tesco não está estabelecida na Irlanda e não teria, pelo menos inicialmente, muito peso.

(158) No que se refere aos estabelecimentos para consumo no local, que é um sector que assume maior importância na Irlanda, representando cerca de 55% do consumo de bebidas espirituosas, o sector caracteriza-se por uma grande fragmentação e é abastecido por grossistas. O poder de pressão destes grossistas restringiria o comportamento de distribuidores fortes. No entanto, tanto a Guinness como a Cantrell & Cochrane dispõem de actividades grossistas que incluem as bebidas espirituosas e que poderiam ser utilizadas para marginalizar outros grossistas ou para exercer pressão sobre eles, reduzindo a sua eficácia como restrição.

(159) Afigura-se assim que a Irish Distillers não poderia exercer um poder de pressão suficiente, quer no sector dos estabelecimentos para o consumo no local quer no dos estabelecimentos de venda para consumo no exterior, a fim de contrariar o poder dos distribuidores que seriam controlados ou objecto de uma influência significativa por parte da GMG nos mercados do uísque escocês e do brandy/conhaque.

6. Obstáculos à entrada no mercado

(160) A Irlanda não é um país densamente povoado e tem uma população rural muito dispersa. Um novo operador de mercado irlandês, que disporia

quase certamente de uma gama limitada de produtos, não poderia criar redes de distribuição próprias e teria que recorrer a um distribuidor existente para comercializar o seu produto. Em resultado da operação de concentração projectada, o número de canais de distribuição importantes será reduzido para dois, ficando um sob a influência da GMG e o outro sob a influência da Irish Distillers.

7. Conclusões

(161) A operação projectada teria por efeito reduzir para dois o número de distribuidores independentes de bebidas espirituosas importantes na Irlanda e reforçaria, através do seu impacto a nível de distribuição, as posições dominantes que as partes já têm no que se refere ao uísque escocês e ao brandy/conhaque.

D. BÉLGICA/LUXEMBURGO

1. Definição do mercado do produto

a) Todos os uísques ou o uísque escocês

(162) Com base nas quotas de mercado das partes, a apreciação da operação seria semelhante, quer se utilizasse o mercado do uísque. Por conseguinte, a apreciação de que é feita a seguir baseia-se em todos os uísques.

b) Gin

(163) Coloca-se a questão de saber se a definição de gin deve incluir ou não a genebra. As partes defenderam a inclusão da genebra, salientando que no processo Distillers¹⁹ se utilizou a definição de <bebidas espirituosas> à base de zimbro, a partir da classificação do mercado estabelecida no Regulamento (CEE) n° 2658/87²⁰. Salientaram igualmente o seu próprio estudo de mercado para revelar que [30-40%] das pessoas que bebem gin bebem também genebra

¹⁹ Decisão 85/562/CEE da Comissão, Processo IV/30.570 - The Distillers Company, JO L 369 de 31.12.1985, p. 19.

²⁰ JO L 256 de 7. 9. 1987, p. 1

e que [20-30%] das pessoas que bebem genebra bebem também gin. Referiram igualmente a grande substituíbilidade existente ao lado de fora da oferta entre o genebra e o gin e o facto de o gin e a genebra se encontrarem normalmente lado a lado nas prateleiras dos supermercados.

(164) O facto de existir uma definição de <bebidas espirituosas à base de zimbro> no Regulamento (CEE) nº 2658/87, ou o facto de essa definição ter sido utilizada num processo anterior não implica que seja a definição apropriada para utilizar no presente processo. Em relação ao estudo de mercado, o facto de os consumidores beberem mais do que um tipo de bebidas espirituosas não prova que as bebidas em causa sejam substituíveis entre si, da mesma forma que uma posição lado a lado nas prateleiras de um supermercado não significa em si que as bebidas espirituosas em causa integram um mesmo mercado do produto. Além disso, a genebra não é normalmente consumida combinada, sendo frequentemente bebida como um acompanhamento da cerveja ou do café. A este respeito, é totalmente diferente dos gins <London> fornecidos pelas partes.

(165) Para além disso, a Comissão analisou os dados relativos aos preços de retalho do gin e da genebra fornecidos pelas partes e em especial comparou-os com os preços das marcas líder dos dois produtos. Esta análise revelou que num período recente de dois anos e meio, os preços da genebra se mantiveram substancialmente abaixo dos do gin (uma diferença de pelo menos [...] FB ou aproximadamente [5-15%] do preço da garrafa). Este dado confirma o argumento de que a genebra não pertence ao mesmo mercado do produto que o gin na Bélgica/Luxemburgo. Consequentemente, o mercado do produto relevante na Bélgica/Luxemburgo é considerado o mercado do gin, com exclusão da genebra.

c) Vodka

(166) Não existem elementos que sugiram que o mercado do produto apropriado deva ser mais restringido do que a categoria reconhecida internacionalmente para o vodka. A Comissão considera assim que o mercado do produto é o vodka.

2. Panorâmica geral

(167) Em 1995, a Bélgica/Luxemburgo representava cerca de 2% das vendas totais de bebidas espirituosas, em termos de volume, na Comunidade. O quadro 13 apresenta a estrutura do mercado.

(170) O quadro 14 apresenta as quotas de mercado individuais e combinadas das partes para todas as bebidas espirituosas e para certas categorias de bebidas espirituosas na Bélgica/Luxemburgo.

	Guinness	GrandMet	GMG
Todas as bebidas espirituosas	[10-20]	[5-15]	[15-25]
Todos os uísques	[25-35]	[10-20]	[40-50]
Uísque escocês	[25-35]	[10-20]	[40-50]
Gin e genebra	[10-20]	[<10]	[15-25]
Gin(1)	[35-45]	[10-20]	[50-60]
Vodka	[10-20] (2)	[40-50]	[60-70]

Fonte: Formulário CO

(1) Nota: as partes apresentaram dados relativos às quotas para o gin com base num mercado do produto que inclui a genebra, bebida que não fornecem. Os valores acima apresentados relativamente apenas ao gin não incluem a genebra e foram extraídos de dados da Canedean.

(2) Distribuição por representação

4. Apreciação

a) Quotas de mercado após a concentração

(171) No quadro 14, as quotas de mercado atingiriam [40-50 %] num mercado de todos os uísques, ou seja, um aumento de [10-20 %]. As principais marcas da Guinness (UD) são Johnnie Walker Red (em 1995 uma quota de [10-20 %] das vendas de todos os uísques em termos de volume a nível da distribuição), Ainslies ([<10%]), Haig ([<10%]), , Black & White ([<5%]), bem como Cardhu, Dimple, 'Classic' e VAT 69. a principal marca da GrandMet é J&B ([5-15%]). Numa categoria de todos os uísques o concorrente mais próximo tem uma quota de mercado de cerca de [5-15%]. A GMG seria, por conseguinte um dos seus concorrentes.

(172) Em relação ao gin, de acordo com o Relatório da Canedean de 1996, o Gordon's (Guinness) é a marca líder com uma quota de mercado de [35-45%], seguido pelo Gilbey's (GrandMet) com uma quota de mercado de [10-20%]. Se adicionarmos o Tanqueray ([<2%]) e o Bombay Sapphire ([<2%]), a GMC teria uma quota de mercado combinada relativamente ao gin de [50-60%]. O maior concorrente seguinte seria o Booths ([<5%]), tendo o resto dos outros concorrentes quotas de pequena importância, muito abaixo de [<5%]

(Silver Top: [<5%], Bosford: [<5%], Beefeater: [<2%] e Burnetts White Satin:[<2%]).

(173) No que se refere ao vodka, a quota de mercado cumulada após a concentração seria superior a [55-65%], verificando-se um aumento importante resultante da distribuição pela Guinness de marcas de terceiros (Wyborowa e Zubrowka) que iriam juntar-se à quota de mercado de [40-50%] do Smirnoff da GrandMet. A Comissão reconhece que se fosse posto termo de acordos de distribuição relativos ao Wyborowa e Zubrowka, cuja possibilidade foi sugerida pelas partes, a operação não provocaria neste caso, qualquer cumulação das quotas de mercado. No entanto, dado que não foi apresentado qualquer compromisso pelas partes para pôr termo às representações, a Comissão deve considerar que os actuais acordos continuarão em vigor. Nenhum outro concorrente tem uma quota de mercado superior a [<10%].

(174) As partes argumentaram que, não obstante estas quotas de mercado , não se deve concluir pela existência de uma posição dominante em qualquer um destes mercados. Os seus três principais argumentos residem ao facto de existir um poder de pressão substancial, uma concorrência efectiva por parte das marcas próprias e um comércio paralelo substancial. Referem que as suas margens em produtos chave diminuíram substancialmente nos últimos anos.

b) uísque

(175) As partes defenderam que clientes poderosos, como os supermercados, eram capazes de exercer uma pressão significativa sobre os fornecedores de bebidas espirituosas. Defenderam igualmente a existência de um elevado nível de concentração em termos das suas próprias vendas. Os dados que apresentaram revelam que os cinco principais clientes da Guinness e da GrandMet representavam mais de [35-45%] das suas vendas totais. As partes salientaram que, de acordo com um relatório da IWSR, mais de [45-55%] das vendas de uísque na Bélgica eram efectuadas por grandes supermercados.

(176) Em termos de poder de pressão dos compradores a nível dos produtos de marca, a Comissão duvida que o poder de grandes clientes como os supermercados possa ser suficiente para restringir as partes depois da concentração. A nível do uísque, as partes não só passarão a ser o maior fornecedor com uma quota de mercado combinada de [40-50%], tendo o concorrente mais próximo uma quota inferior a [10-15%], como a operação de concentração reuniria as duas marcas líder, com uma quota de mercado combinada destas

duas marcas só por si de [20-30%]. Com marcas e quotas de mercado desta importância em comparação com as dos fornecedores concorrentes, os supermercados correriam riscos muito maiores se tentassem operar sem oferecer estes produtos.

(177) As partes argumentaram igualmente que as marcas próprias constituíam uma limitação significativa no sector de venda directa de retalho, salientando que as marcas próprias (incluindo o rótulo próprio) representavam cerca de [25-35%] a [45-55%] das vendas de uísque nas principais cadeias de retalho da Bélgica. Em valor, a quota relativa aos produtos com rótulo próprio seriam menores, porque são normalmente mais baratos do que os produtos de marca. Os valores das partes também sobrestimam a importância dos rótulos próprios em termos do seu contributo para as vendas de bebidas espirituosas na Bélgica/Luxemburgo. Os dados da Canadean sugerem que os produtos com rótulo próprio podem representar cerca de um terço das vendas de todos os uísques na Bélgica [30-40%].

(178) Segundo a Comissão, o facto de certos retalhistas disporem de produtos com rótulo próprio terá apenas um efeito reduzido na limitação dos preços das marcas das partes, atendendo às quotas de mercado que possuem. Embora o facto de possuir uma gama de marcas próprias possa reforçar o poder negocial do retalhista, não compensará suficientemente o poder que as partes sabem que têm através dos seu controlo do fornecimento das marcas líder.

(179) As marcas próprias (incluindo as marcas de rótulo privado) são igualmente limitadas aos estabelecimentos do retalhista ou fornecedor em questão e portanto as suas possibilidades de expansão são limitadas. O retalhista não pode esperar substituir totalmente as bebidas espirituosas de marca pelas suas marcas próprias. Qualquer tentativa neste sentido ocasionaria o afastamento dos clientes que pretendem adquirir marcas bem específicas, conduzindo à perda não apenas das vendas das marcas em questão, mas possivelmente de outros produtos que poderiam ser comprados na mesa altura.

c) *Gin*

(180) As partes apresentam argumentos semelhantes relativamente ao gin. Observam que os produtos com rótulo próprio representam cerca de [25-35%] das vendas num retalhista belga líder, o que implicaria quotas similares noutros estabelecimentos comparáveis. No entanto, os mesmos argumentos da base aplicam-se da mesma forma que ao uísque. A força combinada dos gins de marca própria parece ser significativamente inferior à das marcas das partes.

Para além disso, os argumentos desenvolvidos supra em relação às restrições à expansão e à possibilidade de pressão das marcas próprias de uísque aplicam-se igualmente ao gin.

d) *Vodka*

(181) Em relação ao vodka, as partes estimulam a quota das vendas de produtos com rótulo próprio em cerca de [35-45%] relativamente às duas principais cadeias de supermercados belgas. Mais uma vez, no entanto, este poder no total é inferior ao da quota da Smirnoff. Além disso, os argumentos acima desenvolvidos em relação às restrições à expansão e à possibilidade de restrição das marcas próprias de uísque aplicam-se igualmente ao vodka.

5. Conclusões relativas à Bélgica/Luxemburgo

(182) À luz do que precede, a Comissão considera que a concentração criará uma posição dominante nos mercados do uísque, do gin e do vodka.

VI. COMPROMISSOS APRESENTADOS PELAS PARTES

(183) A fim de obter autorização para a concentração projectada, as partes notificantes propuseram os seguintes compromissos, que devem ser completados durante o período de alienação de 15 meses ou no período prorrogado consoante aprovado pela Comissão.

i) As partes alienarão, num prazo de 15 meses a contar da data da decisão ou no período prorrogado consoante aprovado pela Comissão (em conjunto o “período de alienação”), os direitos em todos os Estados-membros da EU/países do EEE/membros da EFTA, Polónia, Hungria, República Checa, Eslováquia, Eslovénia, Croácia, Bósnia, Sérvia e Macedónia (“o território”) em relação às marcas de uísque escocês Dewar’s e “Ainslie’s” (“as marcas”), bem como as respectivas informações confidenciais e direitos de autor conexos e saber-fazer específico dessas marcas, necessários para a sua produção satisfatória. Para além disso, as partes comprometer-se-ão, na medida que o uísque indispensável para a mistura das marcas só pode ser obtido de destilarias de sua propriedade, a continuar a fornecer esse uísque ao comprador, se tal for solicitado, em condições comerciais equitativas e razoáveis. No caso de litígio relativo ao fornecimento desse uísque, as partes remeterão a questão para ser resolvida mediante arbitragem no âmbito das regras do “London

Court of International Arbitration”, aplicando a legislação na Inglaterra e no País de Gales.

ii) As partes porão termo o mais tardar até 31 de Dezembro de 1998 aos acordos de distribuição de marca por representação para a Bélgica/Luxemburgo no que diz respeito ao Vodka “Wyborowa”, actualmente distribuído pela Guinness.

iii) No período de alienação, as partes:

Ou:

[...]

Ou

[...]

[Alienarão determinados interesses na Irlanda a fim de garantir uma concorrência permanente na distribuição de bebidas espirituosas após a constituição da GMG Brand’s, que de outro modo teriam efectivamente reduzido o número de distribuidores na Irlanda de quatro para dois.]

iv) As partes, no período de alienação, confiarão, por um período não inferior a nove anos, a distribuição do gin Gilbey’s na Bélgica a um distribuidor independente em condições comerciais equitativas e razoáveis. Se tal distribuidor não for nomeado no período de alienação, as partes nomearão um administrador independente (que será o mesmo que o nomeado em relação às marcas e à participação) que será mandatado para nomear esse distribuidor nas melhores condições possíveis e de qualquer modo até 30 de Junho de 1999.

v) As partes rescindirão, no período de alienação, a acordo de distribuição de marca por representação em relação ao rum “Bacardi” na Grécia actualmente distribuído pela Guinness.

Mecanismos para a alienação

vi) As partes, imediatamente a seguir à data da decisão, e de qualquer modo o mais tardar num prazo de quatro semanas, proporão à Comissão para sua aprovação, os nomes de duas instituições que consideram apropriadas para serem nomeadas administradoras por conta da *GMG Brands*, após a sua constituição, para controlarem a alienação das marcas e [...]. A Comissão não

recusará, sem uma justificação adequada, a sua aprovação de qualquer administrador proposto pelas partes.

vii) As partes, o mais rapidamente possível após terem recebido a autorização da Comissão em relação ao administrador proposto, nomearão esse administrador (“o administrador”), que actuará a partir da data da constituição da *GMG Brands* por sua conta no controlo da alienação das marcas e [...] da participação por um valor de mercado justo durante o período de alienação. Essa nomeação será efectuada, sujeita aos pormenores referidos *infra*, numa base irrevogável, salvo apenas nas circunstâncias em que a Grand Metropolitan e/ou a Guinness anunciarem que a concentração projectada foi retirada, caso em que tal nomeação será considerada automaticamente revogada.

viii) Na pendência da alienação das marcas, as partes agirão e darão instruções ao administrador para agir de modo a garantir a viabilidade e o valor de mercado contínuo das marcas e a sua alienação rápida e efectiva das restantes actividades da *GMG Brands*, tal como referido mais em pormenor *infra*.

ix) As partes comprometem-se a conferir ao administrador um mandato a fim de encontrar em nome da *GMG Brands* um comprador ou compradores satisfatórios para as marcas e [...] (sujeito às condições referidas em xi(b) *infra*), ficando compreendido que esse comprador ou compradores será um concorrente existente ou potencial viável, independente e não ligado à Guinness ou a Grand Metropolitan e possuindo recursos financeiros e capacidades provadas que lhe permitam manter e desenvolver as marcas alienadas e/ou as participações enquanto força competitiva activa em concorrência com as actividades das partes no sector das bebidas espirituosas nos vários mercados em causa (“normas do comprador”).

x) [...]. Se qualquer uma das alienações não for efectuada no período da alienação, tais alienações devem de qualquer modo estar sujeitas a um acordo vinculativo de venda até ao final do prazo acordado com a Comissão.

xi) As partes garantirão que o mandato do administrador incluirá os seguintes direitos e obrigações:

a) Apresentar à Comissão relatórios escritos (com uma cópia para a *GMG Brands*) mensais (ou, consoante a Comissão preferir, noutra prazo razoável no caso de ocorrerem desenvolvimentos significativos no processo de alienação), relativos aos desenvolvimentos relevantes nas suas negociações

com terceiros interessados na compra das marcas [...], incluindo o calendário no qual será concluído um acordo com terceiros interessados e, em especial, informações suficientes que permitam à Comissão avaliar se cada proponente satisfaz as normas do comprador;

b) Continuar negociações com um terceiro interessado, apenas se a Comissão, no prazo de duas semanas a contar da data de recepção do relatório do administrador, não indicar formalmente que não aprova o terceiro, especificando as suas razões;

c) Receber uma remuneração da *GMG Brands* numa base que lhe forneça incentivos para uma rápida alienação.

xii) As partes comprometem-se que a *GMG Brands* proporcionará ao administrador toda a assistência razoável exigida para realizar o seu mandato.

xiii) No caso de haver mais de um comprador potencial que não tenha oposição da Comissão para uma ou todas as marcas [...] a *GMG Brands* terá liberdade para seleccionar a proposta de sua escolha>.

VII. APRECIÇÃO DOS COMPROMISSOS

A. UÍSQUE

(184) As partes propuseram a alienação a nível europeu de duas marcas. A Dewar's é uma importante marca internacional e a terceira marca mais importante das partes em termos de vendas mundiais, após o Jonnie Walker e o J&B. A Ainslie's vende actualmente apenas na Bélgica/Luxemburgo, sendo no entanto a terceira marca mais importante nesse território.

(185) O efeito da alienação nos vários mercados de uísque em que a Comissão identificou problemas é demonstrado no quadro 15.

Quadro 15

Impacto das alienações em quotas de mercado cumuladas (%)

País	Quota de mercado cumulada	Redução	Quotas após alienação

Grécia - todos os uísques	[45-55]	[5-15]	[35-45]
Espanha - uísque escocês	[45-55]	[<10]	[40-50]
Bélgica/Luxemburgo - todos os uísques	[40-50]	[<10]	[35-45]

(186) Globalmente as vendas destas marcas na Comunidade em 1995 atingiram [...] milhões de caixas de nove litros, ou cerca de [<5%] do consumo comunitário em volume. em comparação, as vendas de Famous Grouse, o uísque escocês líder não vendido por um importante produtor de bebidas espirituosas foram de [...] caixas em 1995.

B. VODKA

(187) A cessação da representação do Wyborowa na Bélgica/Luxemburgo reduzirá a quota de mercado das partes de [60-70%] para [45-55%], sendo a quota de mercado remanescente representada na sua totalidade pelo Smirnoff da GrandMet, e suprime a sobreposição criada pela concentração.

C. GIN

(188) A nomeação de um terceiro distribuidor independente para o gin na Bélgica/Luxemburgo reduzirá a quota de mercado das partes em relação ao gin de [50-60%] para [35-45%].

D. RUM

(189) O Bacardi representa [75-85%] das vendas de rum na Grécia. A cessação do acordo de representação do Bacardi na Grécia reduzirá, juntamente com a alienação a nível do uísque, significativamente o número de categorias de produtos em que as partes terão quotas importantes. apesar da GMG continuar a ter elevadas quotas de mercado em algumas categorias, nomeadamente no brandy, a sua capacidade para exercer um poder de carteira será razoavelmente restringida, uma vez que o uísque e o rum são respectivamente as primeira e terceira maiores categorias de bebidas espirituosas na Grécia.

E. IRLANDA

(190) As partes propõem as duas alternativas seguintes.

Ou

a) [...]

b) [...]

[Que implicarão a alienação de determinados interesses na Irlanda de forma a garantir uma concorrência permanente na distribuição de bebidas espirituosas.]

(191) Qualquer destas opções solucionará satisfatoriamente os problemas de concorrência identificados na análise da comiissão relativa ao mercado irlandês, reduzindo significativamente a influência das partes na distribuição dos seus próprios produtos e dos produtos de terceiros nesse território [...] [Qualquer das alternativas assegurará que a influência da GMG sobre a distribuição de bebidas espirituosas na Irlanda será significativamente reduzida]

F. CONDIÇÕES

(192) As condições para as várias alienações, que são coerentes com a prática realizada em caso anteriores deste tipo, são consideradas adequadas.

VII CONCLUSÃO

(193) À luz do que precede, a Comissão conclui que a concentração comunicada pela Guinness plc e pela Grand metropolian plc em 16 de maio de 1997, relativa á concentração de todas as suas actividades comerciais, deve ser declarada compatível com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE, sujeita á condição do cumprimento integral dos compromissos apresentados á Comissão pelas partes, tal como referidos na secçãoVI,

TOMOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1º

A operação de concentração comunicada pela Guinness plc e pela Grand Metropolitan plc relativa à concentração de todas as suas actividades comerciais é declarada compatível com o mercado comum e com o funcionamento do A-

cordo EEE, na condição de serem integralmente respeitados os compromissos apresentados à Comissão pelas partes, tal como referidos na secção VI da presente decisão.

Artigo 2º

São destinatárias da presente decisão:

A Guinness plc
39 Portman Square
London W1H 0EE
Reino Unido

e

A Grand Metropolitan plc
8 Henrietta Place
London W1M 9AG
Reino Unido

Feito em Bruxelas, em 15 de Outubro de 1997.

Pela Comissão
Karel VAN MIERT
Membro da Comissão

LEGISLAÇÃO

AGREEMENT BETWEEN THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND THE EUROPEAN COMMUNITIES ON THE APPLICATION OF POSITIVE COMITY PRINCIPLES IN THE ENFORCEMENT OF THEIR COMPETITION LAWS

The Government of the United States of America of the one part, and the European Community and the European Coal and Steel Community of the other part (hereinafter "the European Communities"):

Having regard to the 23 September 1991 Agreement between the Government of the United States of America and the European Communities Regarding the Application of Their Competition Laws, and the exchange of interpretative letters dated 31 May and 31 July 1995 in relation to that Agreement (together hereinafter "the 1991 Agreement");

Recognizing that the 1991 Agreement has contributed to coordination, cooperation, and avoidance of conflicts in competition law enforcement;

Noting in particular Article V of the 1991 Agreement, commonly referred to as the "Positive Comity" article, which calls for cooperation regarding anti-competitive activities occurring in the territory of one Party that adversely affect the interests of the other Party;

Believing that further elaboration of the principles of positive comity and of the implementation of those principles would enhance the 1991 Agreement's effectiveness in relation to such conduct; and

Noting that nothing in this Agreement or its implementation shall be construed as prejudicing either Party's position on issues of competition law jurisdiction in the international context,

Have agreed as follows:

Article I
Scope and Purpose of this Agreement

1. This Agreement applies where a Party satisfies the other that there is reason to believe that the following circumstances are present:

(a) Anticompetitive activities are occurring in whole or in substantial part in the territory of one of the Parties and are adversely affecting the interests of the other Party; and

(b) The activities in question are impermissible under the competition laws of the Party in the territory of which the activities are occurring.

2. The purposes of this Agreement are to:

(a) Help ensure that trade and investment flows between the Parties and competition and consumer welfare within the territories of the Parties are not impeded by anticompetitive activities for which the competition laws of one or both Parties can provide a remedy, and

(b) Establish cooperative procedures to achieve the most effective and efficient enforcement of competition law, whereby the competition authorities of each Party will normally avoid allocating enforcement resources to dealing with anticompetitive activities that occur principally in and are directed principally towards the other Party's territory, where the competition authorities of the other Party are able and prepared to examine and take effective sanctions under their law to deal with those activities.

Article II Definitions

As used in this Agreement:

"Adverse effects" and "adversely affected" mean harm caused by anticompetitive activities to:

- (a) the ability of firms in the territory of a Party to export to, invest in, or otherwise compete in the territory of the other Party, or
- (b) competition in a Party's domestic or import markets.

"Requesting Party" means a Party that is adversely affected by anticompetitive activities occurring in whole or in substantial part in the territory of the other Party.

"Requested Party" means a Party in the territory of which such anticompetitive activities appear to be occurring.

4. "Competition law(s)" means:

- (a) for the European Communities, Articles 85, 86, and 89 of the Treaty establishing the European Community (EC), Articles 65 and 66(7) of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC), and their implementing instruments, to the exclusion of Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings, and
- (b) for the United States of America, the Sherman Act (15 U.S.C. §§1-7), the Clayton Act (15 U.S.C. §§12-27, except as it relates to investigations pursuant to Title II of the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, 15 U.S.C. § 18a), the Wilson Tariff Act (15 U.S.C. §§8-11), and the Federal Trade Commission Act (15 U.S.C. §§41-58, except as these sections relate to consumer protection functions), as well as such other laws or regulations as the Parties shall jointly agree in writing to be a "competition law" for the purposes of this Agreement.

5. "Competition authorities" means:

- (a) for the European Communities, the Commission of the European Communities, as to its responsibilities pursuant to the competition laws of the European Communities, and
- (b) for the United States, the Antitrust Division of the United States Department of Justice and the Federal Trade Commission.

6. "Enforcement activities" means any application of competition law by way of investigation or proceeding conducted by the competition authorities of a Party.

7. "Anticompetitive activities" means any conduct or transaction that is impermissible under the competition laws of a Party.

Article III Positive Comity

The competition authorities of a Requesting Party may request the competition authorities of a Requested Party to investigate and, if warranted, to remedy anticompetitive activities in accordance with the Requested Party's competition laws. Such a request may be made regardless of whether the activities also violate the Requesting Party's competition laws, and regardless of whether the competition authorities of the Requesting Party have commenced or contemplate taking enforcement activities under their own competition laws.

Article IV
Deferral or Suspension of Investigations in Reliance
On Enforcement Activity by the Requested Party

1. The competition authorities of the Parties may agree that the competition authorities of the Requesting Party will defer or suspend pending or contemplated enforcement activities during the pendency of enforcement activities of the Requested Party.
2. The competition authorities of a Requesting Party will normally defer or suspend their own enforcement activities in favor of enforcement activities by the competition authorities of the Requested Party when the following conditions are satisfied:
 - (a) The anticompetitive activities at issue:
 - (i) do not have a direct, substantial and reasonably foreseeable impact on consumers in the Requesting Party's territory, or
 - (ii) where the anticompetitive activities do have such an impact on the Requesting Party's consumers, they occur principally in and are directed principally towards the other Party's territory;
 - (b) The adverse effects on the interests of the Requesting Party can be and are likely to be fully and adequately investigated and, as appropriate, eliminated or adequately remedied pursuant to the laws, procedures, and available remedies of the Requested Party. The Parties recognize that it may be appropriate to pursue separate enforcement activities where anticompetitive activities affecting both territories justify the imposition of penalties within both jurisdictions; and

-
- (c) The competition authorities of the Requested Party agree that in conducting their own enforcement activities, they will:
- (i) devote adequate resources to investigate the anticompetitive activities and, where appropriate, promptly pursue adequate enforcement activities;
 - (ii) use their best efforts to pursue all reasonably available sources of information, including such sources of information as may be suggested by the competition authorities of the Requesting Party;
 - (iii) inform the competition authorities of the Requesting Party, on request or at reasonable intervals, of the status of their enforcement activities and intentions, and where appropriate provide to the competition authorities of the Requesting Party relevant confidential information if consent has been obtained from the source concerned. The use and disclosure of such information shall be governed by Article V;
 - (iv) promptly notify the competition authorities of the Requesting Party of any change in their intentions with respect to investigation or enforcement;
 - (v) use their best efforts to complete their investigation and to obtain a remedy or initiate proceedings within six months, or such other time as agreed to by the competition authorities of the Parties, of the deferral or suspension of enforcement activities by the competition authorities of the Requesting Party;
 - (vi) fully inform the competition authorities of the Requesting Party of the results of their investigation, and take into account the views of the competition authorities of the Requesting Party, prior to any settlement, initiation of proceedings, adoption of remedies, or termination of the investigation; and
 - (vii) comply with any reasonable request that may be made by the competition authorities of the Requesting Party.

When the above conditions are satisfied, a Requesting Party which chooses not to defer or suspend its enforcement activities shall inform the competition authorities of the Requested Party of its reasons.

3. The competition authorities of the Requesting Party may defer or suspend their own enforcement activities if fewer than all of the conditions set out in paragraph 2 are satisfied.
4. Nothing in this Agreement precludes the competition authorities of a Requesting Party that choose to defer or suspend independent enforcement activities from later initiating or reinstating such activities. In such circumstances, the competition authorities of the Requesting Party will promptly inform the competition authorities of the Requested Party of their intentions and reasons. If the competition authorities of the Requested Party continue with their own investigation, the competition authorities of the two Parties shall, where appropriate, coordinate their respective investigations under the criteria and procedures of Article IV of the 1991 Agreement.

Article V Confidentiality and Use of Information

Where pursuant to this Agreement the competition authorities of one Party provide information to the competition authorities of the other Party for the purpose of implementing this Agreement, that information shall be used by the latter competition authorities only for that purpose. However, the competition authorities that provided the information may consent to another use, on condition that where confidential information has been provided pursuant to Article IV.2 (c) (iii) on the basis of the consent of the source concerned, that source also agrees to the other use. Disclosure of such information shall be governed by the provisions of Article VIII of the 1991 Agreement and the exchange of interpretative letters dated 31 May and 31 July 1995.

Article VI Relationship to the 1991 Agreement

This Agreement shall supplement and be interpreted consistently with the 1991 Agreement, which remains fully in force.

Article VII Existing Law

Nothing in this Agreement shall be interpreted in a manner inconsistent with the existing laws, or as requiring any change in the laws, of the United States of America or the European Communities or of their respective states or Member States.

Article VIII
Entry Into Force and Termination

1. This Agreement shall enter into force upon signature.
2. This Agreement shall remain in force until 60 days after the date on which either Party notifies the other Party in writing that it wishes to terminate the Agreement.

IN WITNESS WHEREOF, the undersigned, being duly authorized, have signed this Agreement.

DONE at Washington and Brussels, in duplicate, in the English language.

For the Government of the United States of America

Date: June 4, 1998 /S/ Janet Reno

Date: June 4, 1998 /S/ Robert Pitofsky

For the European Community and for the European Coal and Steel Community

Date: 3.6.98 /S/ Margaret Beckett

Date: 4.6.98 /S/ Karel Van Miert

ÍNDICE DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol/ n.º
Araujo Jr, Tavares de., José; Tineo, Luis	Integração Regional e Política de Concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Bangy, Azeem R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	4-6
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas	5-8
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bogo, Jorge	Privatizaciones y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Castañeda, Gabriel	The mexican experience on antitrust	3-6
Conrath, Craig W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	4-6
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
Dias, José Carlos Vaz	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do inpi no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Donald J. Johnston	Competition Policy and Economic Reform Conference	4-6
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder Econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: O desafio de uma nova era	5-2

Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Faria ,Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Ferraz Jr, Tércio Sampaio	Discricionariedade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6
Ferraz, Tércio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tércio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida	4-1
Ferraz, Tércio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria da Silva, Eleni	Denúnciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	4-6
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1
Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2
Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
<i>Klajmic, Magali</i>	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4

Nascimento, Cynthia		
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 -1997	4-6
Londoño, Alfonso Miranda	El Derecho de La Competencia en el Sector de Las Telecomunicaciones	4-6
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Mattos, Cesar	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, Cesar	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	4-6
Meziat, Armando	A defesa comercial no brasil	3-8
Meziat, Armando	A Defesa Comercial no Brasil	4-6
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter - But it Does	4-6
Oecd	Suggested Issues for Discussion III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6
Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pitman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacionl do CADE	5-8
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	3-5
Possas, Mário Luiz e Schuartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Rainer Geiger	Opening Statement ao III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Rivière Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	4-6
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Steptoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Steptoe, Mary Lou e	Developments in exclusive dealing	4-1

Wilson, Donna L.		
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	4-6
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Wald, Arnold	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A. C.	Requerentes	Vol/n.º
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE -Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct - Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração Nº16/94 -Grupo Gerdau -Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplastex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinós Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Carafba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfértil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle GmbH e Cofap	5-8
08012.002740/98 -02	Sherwin Willianmas do Brasil	5-8

133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
A.C 08012.007539/97 -22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9
A.C 08012.000606/98 -41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpacel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
A.C 177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
A.C 08012.001501/98 -01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	5-9
188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A.	5-10
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10
32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasiol S.A.	6-1
39/95	Teka -Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
A.C 08012.007251/97 -94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçímetros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/ 97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/ 98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/ 97-08	National Starch Chemical Grace Brasil	6-2

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n.º
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Oficio X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de	1-2

	Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	
07	Serpro -Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket -Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda X Ici Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda X Lumix Química Ltda	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A -Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieceesp	3-11
40/92	Refrio Ltda X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda, Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio e Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento	5-8
	Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda; Agravada; União	

140/93	Panflor Ind. alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023 859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol/ n.º
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Cópias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Iris Ltda	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Regulamento do Conselho das Comunidades Europeias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt	3-9
Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda - Regulamentação	
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <i>Comisión Federal de Competencia</i>	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana	4-4
Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência	5-1
Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência	5-1

Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” <i>Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia</i>	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO Nº 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4

* No entender da Procuradoria Geral do CADE - Parecer n.º 194/99 de 31/05/99 - as Resoluções 10 e 11 teriam sido expressamente revogadas pela Resolução 12

RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ N.º 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA N.º 39, DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

<i>“PRÁTICAS COMER- CIAIS RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO ANTI- TRUSTE”</i>	Mauro Grinberg, Carlos F. de Magalhães, Neide Malard, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Eugênio de Oliveira Fraga, Marcos Vinícius de Campos, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Lázara Cotrin	1-3
<i>“DUMPING E CON- CORRÊNCIA EXTER- NA”</i>	Edmondo Triolo, Tércio Sampaio Ferraz, Leane Naidin, Ubiratan Mattos, Carlos F. de Magalhães, Guilherme Duque Estrada, Mauro Grinberg, Pedro Camargo Neto, Pedro Wongtschowski	1-3
<i>“CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL”</i>	Luiz Olavo Baptista, Michel A. Alaby, Werter R. Faria, Maria Isabel Vaz	1-3
<i>“CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO -I DO CADE”</i>	José Inácio Franceschini, Laércio Farina, Elizabete Farina, Jorge Gomes de Souza, Carlos Francisco de Magalhães, Ruy Coutinho, Neide Malard, José Del Chiaro, Tércio Sampaio Ferraz	3-1
<i>II SEMINÁRIO INTER- NACIONAL DA CON- CORRÊNCIA</i>	Carlos Francisco de Magalhães, Laércio Farina, José Inácio G. Franceschini, Tércio Sampaio Ferraz., Gesner de Oliveira, Gabriel Castanheda, Elizabeth Farina, Pedro Dutra, Onofre C. de Arruda Sampaio	3-6

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br