

**ESTUDOS EM HOMENAGEM  
AO PROF. DOUTOR  
SÉRVULO CORREIA**

VOLUME III

V	Págs.
<b>Direito Civil</b>	
<i>Adelaide Menezes Leitão</i> , O reforço da tutela da propriedade intelectual na economia digital através de acções de responsabilidade civil .....	9
<i>Ana Filipa Morais Antunes</i> , Algumas questões sobre prescrição e caducidade .....	35
<i>Jorge Duarte Pinheiro</i> , A relação entre avós e netos .....	73
<i>José Alberto Vieira</i> , A nova obrigatoriedade de registar, o seu impacto sobre a aquisição de direitos reais sobre coisas imóveis e a segurança no comércio jurídico imobiliário .....	93
<i>Luís Manuel Teles de Menezes Leitão</i> , A responsabilidade civil das entidades reguladoras .....	113
<i>Margarida Silva Pereira/Rui Soares Pereira</i> , Memória e Presente de Direito da Família. Dos novos sujeitos da dogmática jusfamiliar .....	123
<i>Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde</i> , Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil. A sobreposição das concepções normativas .....	181
<b>VI</b>	
<b>Direito do Trabalho</b>	
<i>Pedro Romano Martinez</i> , Trabalho e direitos fundamentais — Compatibilização entre a segurança no emprego e a liberdade empresarial .....	241
<b>VII</b>	
<b>Direito Comercial</b>	
<i>Dário Moura Vicente</i> , Segredo comercial e acesso à informação administrativa .....	289
<i>João Paulo F. Remédio Marques</i> , O direito de patentes, o sistema regulatório de aprovação, o direito da concorrência e o acesso aos medicamentos genéricos .....	299
<i>J. Oliveira Ascensão/Luís Silva Morais</i> , A fixação dos preços dos medicamentos genéricos — Questões de Direito Industrial e Direito da Concorrência .....	389
<i>Manuel A. Carneiro da Frada</i> , Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs. contratos de gestão de carteiras .....	453
<i>Manuel Januário da Costa Gomes</i> , Garantias bancárias no Código dos Contratos Públicos — Breves notas .....	505
<i>Miguel Brito Bastos</i> , A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma "on first demand" .....	525

	Págs.
<i>Paulo Câmara</i> , O Sistema de Indemnização de Investidores: Vocação típica e âmbito de cobertura.....	557

## VIII

## Direito da Economia e do Consumo

<i>António Menezes Cordeiro</i> , A tutela do consumidor de produtos financeiros e a crise mundial de 2007/2010 .....	577
<i>José Luís da Cruz Vilaça</i> , Selectividade e afectação da concorrência em matéria de auxílios do estado — uma perspectiva pessoal sobre desenvolvimentos recentes de problema antigo.....	601
<i>Miguel Gorjão-Henriques</i> , O conceito de concentração de empresas no direito da concorrência: nótulas teórico-práticas.....	621
<i>Paula Vaz Freire</i> , O reforço da análise económica na avaliação da compatibilidade dos auxílios estatais com o mercado comum.....	661
<i>Pedro Infante Mota</i> , O sistema de resolução de litígios da OMC: os casos da não violação e as queixas de situação .....	681

## IX

## Direito Internacional Privado

<i>Luís de Lima Pinheiro</i> , Algumas reflexões sobre a codificação portuguesa do Direito Internacional Privado.....	743
---	-----

## X

## Direito Processual Civil

<i>José Lebre de Freitas</i> , Data da citação postal quando não conste do aviso de recepção o dia em que ele foi assinado.....	771
<i>Luís Vasconcelos Abreu</i> , Nótula sobre a inconstitucionalidade do n.º 4 do art. 7.º do Dec.-Lei n.º 185/93, de 22 de Maio (intervenção dos organismos de segurança social nos processos de adopção).....	789
<i>Paula Costa e SilvalJoão de Oliveira Geraldes</i> , A Concordata de 2004 e o novo artigo 1626.º do Código Civil .....	795
<i>Rita Lobo Xavier</i> , Transacção judicial e Processo Civil.....	817
<i>Rui Pinto</i> , Gestão processual, tribunais de competência específica, competência em razão da forma e oralidade: quatro reflexões avulsas diante a Lei n.º 52/2008, de 23 de Agosto .....	837

## DIREITO CIVIL

## O CONCEITO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: NÓTULAS TÉORICO-PRÁTICAS

MIGUEL GORIÃO-HENRIQUES (\*)

**Sumário:** 1. Considerações Gerais. 2. Adquirir uma empresa: a noção de empresa para o direito da concorrência. 3. Aquisição de empresas e artigos 101.º e 102.º 4. Aquisição de empresas e controlo das concentrações. 4.1. Concentração por fusão. 4.2. Concentração por aquisição de controlo. 4.3. Concentração por criação de empresa comum de pleno exercício. 5. A notifiabilidade das concentrações. 6. As excepções legais ao controlo prévio: as não concentrações.

### 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Numa altura em que se abate sobre o modelo económico em vigor a crise, abjecta e grande, revelando que a avidez de certas franjas do sistema financeiro e a ilusão do acesso à propriedade danificaram a solidez do sistema económico dito capitalista, um texto sobre direito da concorrência e sobre controlo das concentrações poderia parecer desfocado da realidade e desadequado a tempos de crise e a situações em que, alguns, pretendem pôr em causa o próprio princípio de liberdade e de concorrência em que o sistema económico, social e político assenta.

Não é assim. Para nós, a actual crise não tem como pressuposto nem como decorrência, inevitável ou provável ou sequer desejável, uma redução ou mesmo uma secundarização da livre concorrência e dos instrumentos legais para a assegurar e promover.

Mais do que nunca, importa reafirmar a crença nas virtualidades do sistema económico em que vivemos, na medida em que o mesmo assenta no já referido princípio de liberdade. Não é preciso recuar a STUART MILL ou, mais recentemente, subscrever a apaixonada defesa que do sistema capitalista e da globalização é feita por JOHAN NORBERG <sup>(1)</sup>. Basta ter presente que, com todos os seus defeitos, o sistema democrático em que vivemos e as instituições que nele

---

(\*) Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogado Especialista em Direito Europeu e da Concorrência e Sócio da Sérvulo & Associados, R.L.

<sup>(1)</sup> *The Defense of global Capitalism.*

existem para assegurar um funcionamento livre e equilibrado da economia de mercado, constituem não apenas os suportes do menos imperfeito dos regimes, como diria WINSTON CHURCHILL, com o seu simbólico charuto, mas também a garantia das liberdades e do progresso.

Em Portugal, como na generalidade dos Estados e espaços (como as organizações internacionais interestaduais do tipo da União Europeia) em que prevalece o princípio da liberdade económica, a actividade do mercado livre está sujeita a regulação de diversos tipos que, se é certamente imperfeita, como a actual crise económica e financeira demonstra, tem como seu elemento central a chamada regulação da concorrência, tradicionalmente considerada como regulação *económica, geral e/ou horizontal* <sup>(2)</sup>, por dever abranger sem excepção todos os sectores económicos, como recentemente se salientou (uma vez mais) entre nós <sup>(3)</sup>.

A regulação que o direito da concorrência e as autoridades de defesa da concorrência fazem <sup>(4)</sup>, no entanto, é uma regulação também funcionalizada a um objectivo específico, que não se confunde com o que aqui chamaremos a *concepção* ou *construção* de mercados, típica da regulação sectorial e própria dos fenómenos de liberalização (em geral, privatização) que as últimas décadas têm conhecido, principalmente nos sectores das *utilities* ou dos bens essenciais (telecomunicações, energia, água, etc.).

A actividade reguladora dos institutos de defesa da concorrência visa, em geral, intervir *ex post* sobre comportamentos existentes no mercado, para, na formulação dominante, que aqui não contestaremos <sup>(5)</sup>, *corrigir as imperfeições*

<sup>(2)</sup> O que as autoridades da concorrência não fazem é regulação económico-social — sobre o assunto, vide o texto e as pistas de leitura que nele deixa TÂNIA CARDOSO SIMÕES, «Comportamentos infractores da regulação sectorial e do direito da concorrência: que sanção?», *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, volume III, FDUL, Coimbra Editora, 2006, pp. 1005-1044, em especial pp. 1011 e ss.

<sup>(3)</sup> Sobre as notórias insuficiências históricas e mais actuais dessa regulação, quanto ao seu âmbito, não nos pronunciaremos, bastando repetir, neste âmbito, a profissão de fé que fez, por último, entre nós, o Dr. CARLOS PINTO CORREIA: «[a] tutela da concorrência tem por definição uma dimensão Global. Não é possível proceder seriamente à protecção da concorrência se ela não abranger, em princípio, o conjunto das actividades (e, portanto, a totalidade das situações jurídicas) que ocorrem no espaço — isto é, na economia — em causa» (in «As relações entre a Autoridade da Concorrência e os reguladores sectoriais», *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 721 e ss., em especial pp. 721-725).

<sup>(4)</sup> Colocamo-nos, por isso, para efeitos do presente texto, no campo daqueles que entendem que a *concorrência é uma forma de regulação* e que concorrência e regulação (sectorial) não são por isso duas realidades diferentes, antes se sobrepondo naturalmente, sendo que nessa articulação deve prevalecer a ideia de que toda a regulação deve ser feita com respeito pelos valores de defesa da concorrência e sem nunca a sacrificar, e que ainda quando o possa fazer licitamente, tal deva necessariamente ser considerado como provisório (sobre o ponto, cfr. CARLOS PINTO CORREIA, *op. cit.*, pp. 725-726).

<sup>(5)</sup> Outras visões há, radicalmente diversas, como as que as correntes da *public choice* prosseguem.

*do mercado* ou, mais apropriadamente, para repor a situação que existiria na ausência da prática violadora das normas da concorrência.

Sucedem, no entanto, que, quando se trata do chamado controlo das concentrações, o objectivo do legislador já não é o de intervir *ex post* mas justamente o de prevenir que a liberdade individual e contratual possa afectar negativamente os mercados relevantes em que as empresas operam e os consumidores prosperam, nos casos em que essas reestruturações empresariais possam, afectando terceiros, prejudicar a manutenção da liberdade de concorrência no mercado.

Trata-se por isso, aqui, de uma intervenção *ex ante*, que visa evitar que de uma concentração — expressão que daqui em diante preferimos a “Aquisição”, pelo seu cunho legal e pela sua maior abrangência — (i) nasça uma *posição dominante* susceptível de entrar a concorrência num determinado mercado ou resulte (ii) uma redução substancial do nível de concorrência existente no mercado (SLC — *Substantial lessening of competition*).

Isto é assim pois, mesmo em alturas de crise como a que vivemos (e, porventura, sobretudo também nestas), o modelo político e económico apropriado à defesa da liberdade humana, de que é sua aplicação clássica a liberdade de iniciativa económica, continua a ser o que assenta no mercado livre, o qual implica a garantia de liberdade de concorrência como valor fundamental e tarefa essencial das comunidades politicamente organizadas <sup>(6)</sup>, a nível estadual ou através de organizações internacionais, como as Comunidades ou, hoje, a União Europeia <sup>(7)</sup>.

Entre nós, é a própria Constituição que consagra como incumbência prioritária do Estado (artigo 81.º, alínea f)) <sup>(8)</sup> «assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e as práticas lesivas do interesse geral».

E, a nível da União Europeia <sup>(9)</sup>, o Tratado da Comunidade Europeia <sup>(10)</sup> consagrava a ideia de que era a própria realização dos objectivos imediatos da Comunidade, expressos no artigo 4.º, que deveria ser exercida num contexto

<sup>(6)</sup> Vide SONYA MARGARET WILLIMSKY, «The concept(s) of Competition», *European Competition Law Review*, 1997, pp. 54-57.

<sup>(7)</sup> Por nós, mantêm-se inteiramente válidas as afirmações políticas que a COMISSÃO fez na sua *Comunicação da Comissão — Uma política de concorrência pró-activa para uma Europa competitiva* (COM/2004/0293 final).

<sup>(8)</sup> Na redacção resultante da Lei Constitucional n.º 1/2005, de 12 de Agosto.

<sup>(9)</sup> O presente texto segue, salvo indicação em contrário, a numeração e, quanto à análise dos institutos jurídicos, a redacção resultante do Tratado de Lisboa para as normas pertinentes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (adiante, TFUE).

<sup>(10)</sup> Com o Tratado de Lisboa, a expressão “Comunidade” é substituída por “União”, ao longo do tratado e tanto no Tratado da UE como no anterior (até 30 de Novembro de 2009) Tratado da Comunidade Europeia (rebatizado TFUE).

económico determinado, subordinado a um grande princípio — o de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência (artigo 4.º, n.º 1) <sup>(11)</sup> —, elevado a princípio fundamental da *constituição económica* da Comunidade <sup>(12)</sup>.

Esta visão *concorrecêntrica* do nosso modelo económico, se merece reponderação — que aqui não cabe — à luz das significativas alterações operadas pelo Tratado de Lisboa, não era fruto apenas de um qualquer modernismo jurídico que tenha assolado o mundo desde a segunda metade do séc. XX, embora seja evidente que as últimas décadas acentuaram a sofisticação do mundo económico, acompanhada por um aumento (porventura insuficiente) da regulação económica, de que a regulação da concorrência constitui o pólo central.

Com efeito, nos modelos de economia de mercado livre e concorrencial, desde pelo menos ADAM SMITH até às mais recentes construções, sempre existiu a consciência de que o princípio da livre iniciativa económica privada postulava quer a liberdade de exercício do comércio e da actividade empresarial quer a liberdade contratual, correndo por isso o risco de a liberdade poder ser usada para fins. Levado ao extremo, este princípio poderia permitir tudo, incluindo a liberdade para destruir a concorrência, como salientavam diversas correntes, mormente de matriz socialista <sup>(13)</sup>.

Poderia até pensar-se e quiçá dizer que as primeiras manifestações do capitalismo oitocentista fariam prevalecer a segunda, no conflito entre a liberdade de concorrência e a liberdade contratual, como já descrevemos em síntese de

<sup>(11)</sup> Anterior artigo 3.º-A.

<sup>(12)</sup> Sobre o tema, leia-se MIGUEL POIARES MADURO, *We the Court — The European Court of Justice and the European Economic Constitution — a Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart, Oxford, 1998, pp. 110 e 126 e ss. O Tratado de Lisboa implicará uma reponderação desta asserção, pois as múltiplas referências ao “princípio da economia de mercado aberto e de livre concorrência” hoje existentes (entre outros, nos artigos 2.º, 4.º, 98.º, 105.º ou 154.º, n.º 2) são suprimidas e substituídas pela referência singela a uma “economia social de mercado altamente competitiva” (artigo 3.º do Tratado da UE, na nova redacção) e por uma mera referência no contexto específico das políticas económica, monetária e das redes transeuropeias (artigos 119.º e 120.º e 170.º do TFUE). Já o tratávamos, contudo, desde 1998, em *Da restrição da concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição*, Almedina, Coimbra, 1998, depois retomado e desenvolvido num estudo por nós publicado («O direito comunitário, a concorrência e a “distribuição selectiva”: enquadramento e novos desafios», Separata de *Direito Industrial*, volume III, APDI, Almedina, 2003, em especial pp. 156-161) e também, entre nós e de modo significativo, pelo Prof. LUÍS DA SILVA MORAIS na sua dissertação de doutoramento *As Empresas Comuns (Joint Ventures) no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2006. Sobre a concorrência no Tratado de Lisboa, v. EDUARDO LOPES RODRIGUES, «A nova estrutura do Tratado de Lisboa e a política de concorrência na União Europeia», *Temas de Integração*, n.º 26, 2008, pp. 189-227.

<sup>(13)</sup> Sobre o ponto, vide as dissertações de curso complementar e, por último, a notável dissertação de doutoramento de MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, Coimbra, 2007.

1998 <sup>(14)</sup>. Contudo, como bem nota NOGUEIRA SERENS <sup>(15)</sup>, «recém-afirmada, e certamente por ter tido presente os “muitos estorvos” que lhe haviam sido postos no período do *Ancien Regime*, a generalidade das ordens jurídicas cuidou de acautelar a liberdade de concorrência, concedendo-lhe a primazia no conflito, logo discortinável, com a liberdade contratual que lhe estava associada» <sup>(16)</sup>.

## 2. ADQUIRIR UMA ... EMPRESA: A NOÇÃO DE EMPRESA PARA O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Neste sentido, a aquisição de empresas, como operação comercial, nunca pôde verdadeiramente ser considerada como estranha ao direito da concorrência. É verdade que a aquisição de uma empresa é, em primeiro lugar, uma questão que podemos classificar como de direito comercial ou, na generalidade dos casos, como de direito das sociedades, e envolvendo um conjunto de outros domínios jurídicos, como o fiscal, o laboral, o dos valores mobiliários ou o administrativo. Só que a intervenção do direito da concorrência tem de ser considerada de modo conforme à sua especificidade. Por um lado, não é uma intervenção necessária, mas *selectiva*. O direito da concorrência não se interessa, nem sempre, nem ao mesmo título, por todas as aquisições de empresas. Por outro lado, é uma intervenção cuja razão de ser não é a tanto a de curar da transmissão da empresa em si mesma, que em si mesma lhe é indiferente e relativamente à qual é em princípio neutral, mas sobretudo a de prevenir os efeitos — estruturais ou funcionais — que essa aquisição possa ter no mercado ou mercados relevantes onde a ou as empresas actuam.

Para se falar da aquisição de uma empresa no domínio do direito da concorrência, é preciso determinar o conceito de empresa operativo neste domínio <sup>(17)</sup>. Mesmo circunscrevendo a nossa atenção a um conceito funcionalmente interessado de “empresa”, esta noção não é unívoca. Pode contudo dizer-se, com a largueza das frases generalistas e para o fim em vista e consi-

<sup>(14)</sup> Em MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Da Restrição da Concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 31-35.

<sup>(15)</sup> MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 16, e nota 18.

<sup>(16)</sup> Sobre a origem do direito *antitrust* nos Estados Unidos da América, v. HANS B. THORELLI, *The Federal Antitrust Policy — Origination of an American Tradition*, John Hopkins Press, 1950; e a nossa síntese em *Da restrição*, cit., pp. 63 e ss.

<sup>(17)</sup> Para a noção de empresa, em geral, a doutrina relevante seria inabarcável. Só na nossa Escola de Coimbra se salientaram, entre outros e recentemente, ORLANDO DE CARVALHO ou J. M. COUTINHO DE ABREU.

derando o carácter instrumental desta indagação, que, no direito da concorrência, a realidade económica prevalece sobre a forma jurídica. Assim, a noção de empresa que décadas de desenvolvimentos normativos e jurisprudenciais solidificaram no espaço europeu comunitário é comumente identificada com a noção de *unidade económica* <sup>(18)</sup>, considerando a jurisprudência que constitui uma empresa «qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de financiamento», isto é «qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado» <sup>(19)</sup>.

Esta noção é extremamente relevante para a interpretação dos institutos que, no direito da concorrência, se ocupam dos acordos <sup>(20)</sup> entre empresas (artigo 101.º do TFUE <sup>(21)</sup>; artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho) e das práticas abusivas por empresas que se encontrem em posição dominante (artigo 102.º do TFUE <sup>(22)</sup>; artigo 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), onde tem implicações extremamente significativas.

<sup>(18)</sup> Por último e por todos, cite-se o acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 10 de Setembro de 2009, onde se pode ler que «o conceito de «empresa», inserido nesse contexto, deve ser entendido como designando uma unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou colectivas» — acórdão *AKZO Nobel NV e Outros c. Comissão*, proc. C-97/08 P, n.º 55, ainda não publicado).

<sup>(19)</sup> Acórdão *J. C. J. Wouters e o. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, de 19.2.2002, proc. C-309/99 e, mais recentemente, o acórdão *Aéroports de Paris c. Comissão*, de 24.10.2000, proc. C-82/01 P., n.ºs 75 e 79. A noção de empresa tem conhecido algumas evoluções, na jurisprudência mais recente. Assim, no acórdão do TPI *Fenin c. Comissão*, de 4.3.2003, proc. T-319/99, Colect. II-357, n.ºs 35-36, o TPI considerou que uma entidade que exerce uma actividade de natureza puramente social (no caso, um organismo de gestão de uma caixa de saúde funcionando em conformidade com o princípio da solidariedade quanto ao modo de financiamento e à prestação gratuita dos serviços) não constitui uma empresa, para o direito comunitário da concorrência. O facto de ser um importante comprador de produtos não é suficiente para qualificar um organismo de gestão do sistema da saúde como «empresa» — v. g. acórdão do Tribunal de Justiça, de 11.7.2006, C-205/03 P., n.º 26.

<sup>(20)</sup> Mas também das decisões de associações de empresas e das práticas concertadas. Salvo indicação em contrário, a referência a acordos abrange igualmente as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas (sobre estas noções, vide J. L. CASEIRO ALVES, *Lições de Direito Comunitário da Concorrência*, 1986, pp. 35-42; ou, mais recentemente, J. P. F. MARIANO PEGO, *O Controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência — A posição dominante colectiva*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 261-285; ou o nosso *Direito Comunitário*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 534-539).

<sup>(21)</sup> Inicialmente, era o artigo 85.º do Tratado da Comunidade Económica Europeia, que passou a artigo 81.º do Tratado da Comunidade Europeia, na sequência da entrada em vigor, a 1 de Maio de 1999, do Tratado de Amesterdão, numeração que conservou até 30 de Novembro de 2009, mantendo-se em todo este período substancialmente inalterada a sua redacção, incluindo pelo TFUE. As referências ao artigo 85.º do Tratado CE ou ao artigo 81.º do Tratado ou ao artigo 101.º TFUE devem considerar-se equivalentes.

<sup>(22)</sup> Inicialmente, era o artigo 86.º do Tratado da Comunidade Económica Europeia, que passou a artigo 82.º do Tratado da Comunidade Europeia, na sequência da entrada em vigor, a 1

Recorde-se que desta concepção resultou historicamente uma progressiva *desconsideração* da natureza contratual das coligações entre empresas que integrem um mesmo *grupo económico* e, no contexto estrito do direito da concorrência, da própria personalidade jurídica das pluriformes instituições societárias ou empresariais que compõem os grupos empresariais. É assim que acordos entre a sociedade-mãe e uma sua filial estão em princípio excluídos da proibição do artigo 101.º do TFUE (ou do homólogo artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, quanto ao direito português), salvo se a filial tiver um comportamento economicamente autónomo <sup>(23)</sup>, ou seja, se a actuação traduzir um «*concurso de vontades economicamente independentes*», designadamente se a actividade da filial puder ser configurada, actual ou potencialmente, como uma actividade concorrente da da sociedade-mãe ou principal. Pelo que, na hipótese inversa, a pluralidade de sujeitos jurídicos não impede o tratamento *unitário* da empresa, excluindo a submissão das relações *intragruppo* das normas jusconcorrenciais que proíbem a coordenação de comportamentos ilícita entre empresas, concorrentes ou não.

Os critérios desta actuação como uma unidade *económica* é que nem sempre são claros. Por um lado, a Comissão tem considerado que a independência e consequente submissão às regras do artigo 101.º do TFUE depende da assun-

de Maio de 1999, do Tratado de Amesterdão, numeração que conservou até 30 de Novembro de 2009, mantendo-se em todo este período substancialmente inalterada a sua redacção, incluindo pelo TFUE. As referências ao artigo 86.º do Tratado CE, ao artigo 82.º do Tratado CE ou ao artigo 102.º TFUE devem considerar-se equivalentes.

<sup>(23)</sup> Em geral, PAPPALARDO, «La réglementation communautaire de la concurrence», *cit.*, p. 345. No *Memorandum sobre a concentração no mercado comum*, de 1965, ao apreciar a adequação da aplicação do (então) artigo 85.º às concentrações, é curioso notar que, se o grupo de professores pareciam aceitá-la quando subsistisse a independência *jurídica* entre as empresas (III, 3, p. 670; e, na doutrina anterior, ULMER, «Wettbewerbbeschränkende Absprachen im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen», *WuW*, 1960, p. 163), a Comissão inclinou-se de modo decisivo para um critério de independência *económica* (III, 15, p. 673), também mais conforme com algumas pronúncias norte-americanas (v. g. THIEFFRY, «L'appréhension des systèmes de distribution», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 4, 1985, p. 677) ou com o sentido fundamental que se retirava da doutrina alemã dos anos 60 (para uma seriação das duas concepções fundamentais aí presentes, TORLEY DUWEL, «Signification du mot "entreprise" dans le sens de l'article 85 du traité C.E.E. à propos d'accords entre sociétés mères et filiales et filiales entre elles», *RTDE*, 1969, pp. 405-406). Nem sempre a Comissão distinguia apenas economicamente as pessoas — assim, por exemplo, na decisão *Verband der Sachversicherer* (Decisão n.º 85/75/CEE, de 5.12.1984, JO, L 35, de 7.2.1985, n.ºs 31-32), claramente distinguia as sucursais das filiais, por aquelas dependerem em maior medida «do bom nome ('goodwill')» da empresa a que se ligam (a empresa-mãe: no caso, seguradoras não-alemãs), sendo por isso «uma simples extensão» desta — tendo mesmo o advogado-geral MARC DARMON declarado, perante o Tribunal de Justiça, que «a dependência económica da filial e da sucursal será de tal ordem que, muito provavelmente, a sua independência jurídica surgirá como artificial do ponto de vista da concorrência» (p. 442).

ção de riscos — essencialmente económicos — por parte da filial, delegação, representante, etc. Já o Tribunal de Justiça, no seguimento da solução propugnada no acórdão *Commercial Solvents*, parece salientar como critério decisivo a existência de controlo e subordinação entre a sociedade principal e a sua filial ou representação. Trata-se, no entanto e no fundo, de duas formas de preencher o critério único, que é o da (in)dependência económica. Esta solução não é imune a críticas. Com efeito, se a expansão através de filiais, delegações ou representações sem autonomia económica só está sujeita aos limites do abuso de posição dominante, não sendo sequer suficiente uma simples posição dominante no mercado, porque é que o mesmo efeito sobre o mercado, só por ser realizado através de empresas que aí actuam de modo autónomo ou assumindo riscos, está sujeito a uma vigilância muito mais apertada e intolerante?

Em Portugal, a lei da concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho) dá também uma noção de empresa, no seu artigo 2.º <sup>(24)</sup>:

«1 — Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento.

«2 — Considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.º 1 do artigo 10.º».

O exercício de introduzir na lei definições dogmáticas justifica-se, amiúde e *inter alia*, pela necessidade de conferir alguma estabilidade à interpretação de um conceito ou de lhe assegurar uma interpretação uniforme, sobretudo relevante quando a legislação considera de diversas formas ou com diversos conteúdos um determinado conceito. Obviamente, tal comporta diversos riscos, designadamente quando o legislador não capta correctamente a realidade subjacente ao conceito ou quando a realidade se modifica e torna o conceito inoperativo ou, pelo menos, desadequado à realização dos valores ou interesses que conduziram à sua inserção.

Este tipo de problemas estão presentes na noção dada na lei da concorrência e são evitados quando, como sucede no direito comunitário, a noção de empresa

<sup>(24)</sup> As sucessivas leis da concorrência aprovadas desde 1983 têm ampliado o âmbito de aplicação da norma correspondente ao actual n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 18/2003. No Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, tal equiparação apenas estava prevista no artigo relativo aos abusos de posição dominante (artigo 14.º, n.º 4). Já o Decreto-Lei n.º 371/93, de 31 de Outubro, aplicou consagrou norma similar à do n.º 2 do artigo 2.º na sua Secção II, onde constava o regime aplicável às práticas restritivas, mas já não, por exemplo, às concentrações de empresas.

— igualmente consensualizada —, resulta *apenas* de uma jurisprudência consolidada dos tribunais comunitários e da Comissão.

No caso português, no entanto, a inclusão da noção de empresa no n.º 1 do artigo 2.º e numa disposição de carácter horizontal, constitui uma novidade absoluta, entendida à época como necessária, num contexto em que a comunidade jurídica se caracterizava em geral, com honrosas excepções, por um desconhecimento significativo do volumoso *corpus juris* concorrencial existente na Comunidade e que se presume transmitido para a União Europeia, e pela — mesmo posteriormente — insistência doutrinal por uma autarcia dogmática e funcional do direito da concorrência que corria o risco de impedir a convergência dos sistemas que os Autores têm considerado (dever) existir, particularmente importante nesta matéria.

Horizontalidade que deve também ser salientada, porquanto, na legislação anterior (cfr., artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, e artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro) apenas contemplava a assimilação à unidade constante do disposto no artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho; e mesmo esta apenas se aplicava à secção das chamadas “práticas restritivas da concorrência” (incluindo os “acordos” entre empresas, os abusos de posição dominante e o chamado “abuso de dependência económica”), enquanto na Lei n.º 18/2003 se estende a todos os institutos jurídicos a cuja protecção é ordenado o diploma.

Já a noção de empresa constante do n.º 1 do artigo 2.º filia-se, como se disse, na noção dada pela jurisprudência comunitária relativa aos anteriores artigos 81.º [101.º TFUE] e 82.º TCE [102.º TFUE], conquanto alguns, como o prof. CONTINHO DE ABREU <sup>(25)</sup>, assinalem à noção legal, além de uma incorrecção formal (a referência a “funcionamento” em vez de “financiamento”), também a sua (im)pertinência sistemática no contexto do diploma <sup>(26)</sup>. Contudo, independentemente do acerto ou desacerto de uma tal opção, é certo que as leis têm uma vida própria e, no caso, importa notar que a própria Autoridade da Concorrência portuguesa (adiante, “AdC” <sup>(27)</sup>) se referiu ao “modo de funcionamento” como elemento característico da noção de empresa, por exemplo no

<sup>(25)</sup> Ao assimilar o conceito de empresa dado pelo direito comunitário da concorrência, o legislador cometeu uma incorrecção, ao utilizar uma tradução incorrecta de um acórdão do Tribunal de Justiça, substituindo “financiamento” por “funcionamento”. A incorrecção poderia ter dado lugar a uma rectificação da Lei n.º 18/2003, mas tal não foi promovido pelas entidades competentes.

<sup>(26)</sup> Em geral, sobre o conceito de empresa no direito da concorrência, vide o seu *Da Empresarialidade — As Empresas no Direito*, Dissertação de Doutoramento, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 286-299, em especial na p. 295; ou, mais recentemente, no seu *Curso de Direito Comercial*, volume I, de que consultámos a 6.ª ed. (Almedina, Coimbra, 2006, pp. 208-213).

<sup>(27)</sup> Criada pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro.



proc. C.Cent. 39/2004, identificado como referindo-se «à forma, directa ou indirecta, como tais actividades são exercidas»<sup>(28)</sup>, assim utilizado com o propósito de abarcar no conceito de empresas entidades que, não exercendo «directamente qualquer actividade económica», detêm «participações de controlo em sociedades/empresas que exercem, conferindo-lhe, assim e ainda que indirectamente, o estatuto de empresa»<sup>(29)</sup>. Contudo, sempre diremos que não seria necessário tal construção, a partir do momento em que a legislação da concorrência — e, aliás, tanto a nacional como a comunitária — pertem à procura do controlo último e assumem a noção de unidade económica com vista a determinar a individualidade da empresa.

### 3. CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS E ARTIGOS 101.º E 102.º TFUE

Inicialmente, a Comunidade Económica Europeia (desde o Tratado de Lisboa, União Europeia) não dispunha de um sistema *dedicado* de controlo das concentrações, ao contrário do que sucedia no contexto da (hoje extinta) Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), no seu artigo 66.º

A razão, segundo parte significativa da doutrina e como resulta de actos comunitários posteriores (nomeadamente o *memorandum* de 1965)<sup>(30)</sup>, residia numa directriz política clara de incentivo ao reforço do tecido empresarial e industrial comunitário, através de operações de concentração de empresas. Dada a compartimentação dos mercados em mercados nacionais, havia que favorecer a interpenetração e apenas intervir, *ex vi* do direito da concorrência, para corrigir as imperfeições do mercado ou os comportamentos *desviantes* nele adoptados.

No entanto, segundo a Comissão, tal não excluía a possibilidade de as concentrações poderem ser objecto de controlo jusconcorrencial, sobretudo através do artigo 102.º [anterior 86.º e, desde 1999, 82.º]<sup>(31)</sup>. No entanto, em relação ao tipo de intervenção e sua importância, a aplicação às concentrações do

<sup>(28)</sup> Proc. C.Cent n.º 39/2004, n.º 38.

<sup>(29)</sup> Proc. C.Cent n.º 39/2004, n.º 39.

<sup>(30)</sup> *Memorandum* da Comissão de 1.12.1965. Para outros, a razão residia no «reduzido número de concentrações transfronteiriças existentes em 1957» (SOFIA OLIVEIRA PAIS, *O controlo das concentrações no direito comunitário da concorrência*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 41 e ss.).

<sup>(31)</sup> A Comissão exprimia assim uma preferência pelo mecanismo do actual artigo 102.º TFUE, em detrimento do artigo 81.º [actual 101.º], pois considerava que, através da concentração, as empresas parte na operação perderiam a sua identidade, fundindo-se numa única ou criando uma terceira (empresa comum) que substituiria as empresas parte no acordo, pelo que o artigo 101.º não seria adequado à tutela dessas situações.

artigo 82.º [actual 102.º TFUE] não se revelava totalmente adequada. Primeiro, porque a intervenção deste mecanismo opera *a posteriori*, em princípio pela análise dos efeitos do comportamento sobre o mercado interno ou parte substancial deste. Mas também porque, uma intervenção *a posteriori* só permitiria à (então) Comunidade intervir sobre posições dominantes já existentes e sobre concentrações já realizadas, não tendo qualquer efeito no que toca à prevenção de criação de posições dominantes susceptíveis de afectar de forma irremediável a concorrência, além de que se apresentaria como difícil — e quantas vezes, impossível — a restituição ao *status quo ante*: pense-se que a imagem da nova empresa já tinha sido divulgada e interiorizada pelos Clientes ou nas situações em que listas de clientes e toda a demais informação confidencial já tinham sido partilhadas, etc.

A consciência das insuficiências do sistema do tratado levou a Comissão a reagir por diversos meios, entre os quais se contou a apresentação em 1973 de uma proposta de Regulamento das concentrações e, em segundo lugar, a revelação de uma intenção de retrocesso na tese da inaplicação a operações de concentração do artigo 101.º do TFUE<sup>(32)</sup>.

O primeiro instrumento de reacção não vingou imediatamente. Mas a aplicação do artigo 101.º [TFUE] foi ensaiada, designadamente, nos casos *Mecaniver-PPG*<sup>(33)</sup> e *Philip Morris*<sup>(34)</sup> (*BAT e Reynolds*)<sup>(35)</sup>. Neste último processo, o Tribunal de Justiça expressamente admitiu que a aquisição por um empresa de uma participação minoritária no capital social de outra empresa poderia configurar uma coligação incompatível com o artigo 101.º TFUE.

Contudo, esta nova orientação jurisprudencial terá facilitado a institucionalização do regime do controlo das concentrações, peça do *tríplice clássico* de regulação do poder económico nas economias de mercado<sup>(36)</sup>, ao abrigo da aplicação conjugada dos artigos 103.º TFUE<sup>(37)</sup> (que constituía a base jurídica adequada para a regulamentação do disposto nos artigos 101.º e 102.º) e do fundamento subsidiário do artigo 308.º (à época, artigo 235.º, actual artigo 352.º TFUE)

<sup>(32)</sup> M. GORJÃO-HENRIQUES, *Da restrição da concorrência*, cit., p. 102, nota 217.

<sup>(33)</sup> Decisão 85/78/CEE, de 12.12.1984. Neste sentido, SANTAMARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milão, 1995, pp. 92 e ss.

<sup>(34)</sup> Sobre o processo *Philip Morris* e suas implicações, leia-se SOFIA OLIVEIRA PAIS, *O controlo das concentrações no direito comunitário da concorrência*, cit., pp. 136-167.

<sup>(35)</sup> Acórdão *BAT e Reynolds c. Comissão*, de 17.11.1987, já citado — em sentido crítico, BELLAMY, «Mergers outside the scope of the new Merger Regulation. Implications of Philip Morris Judgement», *FCLI*, 1988, p. 22.

<sup>(36)</sup> J. SIMÕES PATRÍCIO, *Direito da Concorrência (aspectos gerais)*, Gradiva, 1982, p. 84, o qual, escrevendo antes de 1989, se refere a propostas anteriores da Comissão.

<sup>(37)</sup> As referências ao artigo 87.º do Tratado CE ou ao artigo 83.º do Tratado ou ao artigo 103.º TFUE devem considerar-se equivalentes.

do Tratado CE, através do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 (entretanto reformado e, mais recentemente, substituído pelo Regulamento (CE) n.º 139/2004)<sup>(38)</sup>. Com efeito, a extrema severidade do regime do artigo 101.º [na numeração do TFUE] e o monopólio de que a Comissão dispunha, até à entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003<sup>(39)</sup>, para a autorização de qualquer acordo restritivo da concorrência poderá ter tido um poderoso *efeito indutor* ou, na terminologia de Jones/Sufrin, um *catalisador*<sup>(40)</sup> da transformação jurídica operada no final da última década de 80 do milénio passado.

#### 4. AQUISIÇÃO DE EMPRESAS E CONTROLO DAS CONCENTRAÇÕES

Se não se pode também excluir que este instituto se tenha justificado ainda pela necessidade de dar a resposta aos desafios que as concentrações colocam e para os quais os artigos 101.º e 102.º não dão resposta suficiente<sup>(41)</sup>, o certo é que o regime contém algumas linhas directrizes que induzem à conclusão de que, em resultado da sua adopção, as concentrações não passaram a estar menos desapoaiadas, como aliás o confirmava o teor dos considerandos preambulares do anterior Regulamento n.º 4064/89 e resulta inequivocamente da análise dos elementos caracterizantes do novo sistema instituído.

O objectivo do regime comunitário constante dos regulamentos aplicáveis é, por isso, o de, num quadro de incentivo à realização de operações de

<sup>(38)</sup> J. L. DA CRUZ VILAÇA/M. GORJÃO-HENRIQUES, *Código da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 262-296.

<sup>(39)</sup> Sobre o «modernisation package», entre muitos outros, REIN WESSELING, *The modernisation of EC antitrust law*, Hart, 2000; KOEN LENAERTS/DAMIEN GERARD, «Decentralisation of EC Competition Law Enforcement», *World Competition*, volume 27, nr 3, 2004, pp. 313-349; LAURENCE IDOT, «Le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (Règlement 1/2003 et projects de texts d' application)», *Cahiers de Droit Européen*, 2003, n.ºs 3-4, p. 362. Entre nós, salientamos os trabalhos de J. L. DA CRUZ VILAÇA, «A modernização da aplicação das regras comunitárias de concorrência segundo a Comissão Europeia — uma reforma fundamental», *BFDUC*, volume comemorativo dos 75 anos, Coimbra, 2003, pp. 717-768; ou de TERESA MOREIRA, «Algumas considerações sobre o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002 — A descentralização da aplicação das regras de concorrência comunitárias», *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, FDUL, 2006, volume III, pp. 1045-1058.

<sup>(40)</sup> ALISON JONES/BRENDA SUFRIN, *EC Competition Law — Text, Cases and Materials*, 3rd Edition, 2008, p. 950.

<sup>(41)</sup> Daí que o caso de 1987 tenha sido interpretado como uma forma de pressão para que os Estados membros acordassem na elaboração de um regulamento aplicável às concentrações, sobretudo quando se retenha as concepções amplas que, do âmbito de aplicação material do então artigo 81.º, tinha a Comissão.

concentração (considerando n.º 4 do Regulamento (CE) 139/2004), como instrumentos de reforço da competitividade da indústria e empresas comunitárias e de reflexo crescimento do nível de vida na CE, permitir a edificação de um sistema de controlo prévio que garanta que as concentrações supostas pelas modernas correntes liberalizantes e globalizantes não ofendam de forma irremediável o valor superior da manutenção de uma concorrência efectiva e dinâmica na Comunidade Europeia (artigo 3.º, alínea g)), na perspectiva de realização do mercado interno (considerando 3 e artigo 2.º do Regulamento n.º 139/2004)<sup>(42)</sup>.

Genericamente, no artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 (adiante, “Regulamento das Concentrações”), ou no correspondente artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, são identificáveis três<sup>(43)</sup> modos de realização de uma operação de concentração<sup>(44)</sup>:

- a) Por fusão (alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento das Concentrações; alínea a) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003);
- b) Por aquisição de controlo (alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento das Concentrações; alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003);
- c) Por criação de uma empresa comum “de pleno exercício” (alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento das Concentrações; n.º 2 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003).

##### 4.1. Concentração por fusão

Genericamente, a concentração por  *fusão*  é a principal e mais comum forma de concentração de empresas. Dá-se quando duas empresas deixam de existir enquanto tais e são substituídas por uma nova e única empresa, podendo tal resultar de uma actuação formal (uma fusão) ou material; ou, em todo o caso, quando na sequência da fusão apenas uma das empresas subsiste.

<sup>(42)</sup> Sobre a servidão das concentrações à garantia da concorrência, M. GORJÃO-HENRIQUES, *Da restrição da concorrência*, cit., nota 292, p. 132. O certo é que o artigo 2.º, ao fornecer os critérios de apreciação das concentrações com dimensão comunitária, deixa à Comissão uma larga margem de discricionariedade, porque não contém uma hierarquização dos diversos elementos, nem qualquer presunção de ilegalidade relativas às quotas de mercado nem se critérios matemáticos utilizados noutros espaços jurídicos — conclusões do advogado-geral GIUSEPPE TESAURO, nos procs. C-68/94 e C-30/95, ponto 7.

<sup>(43)</sup> Em rigor, tanto o Regulamento das Concentrações como a Lei n.º 18/2003 assimilam a criação de uma empresa comum a uma aquisição de controlo. Contudo, se isso é verdade quanto à “aquisição de uma empresa comum”, o mesmo não nos parece, quando se trate da criação  *ex novo*  de uma empresa comum, como adiante melhor explanaremos.

<sup>(44)</sup> V. MARIANO PEGO, *op. cit.*, pp. 98 e ss.

Nesta última aceção, no entanto, a diferença face a uma concentração por aquisição de controlo é meramente formal, pois, substancialmente, deveria relevar a circunstância de uma das empresas ser absorvida pela outra, quebrando a paridade e independência inicial entre ambas.

Este tipo de situações é muito comum mas, em alguns casos, coloca às autoridades da concorrência especiais problemas. Por exemplo, no caso VEBA/VIAG<sup>(45)</sup>, a Comissão teve de apreciar uma fusão envolvendo a criação, na Alemanha, de um duopólio no sector da electricidade, para mais potenciando previsíveis efeitos estruturais de um comportamento paralelo oligopolista, com eliminação da concorrência entre ambos os concorrentes no mercado<sup>(46)</sup>. A aceitação da operação passou pela assunção de compromissos estruturais, de alienação de participações cruzadas ou de certas empresas dos grupos a fundir, com vista a minorar ou, segundo a Comissão, a excluir o risco de formação de um duopólio.

Hipótese mais delicada é a que se traduz numa união ou «*junção de facto*» (como afirma a Comissão no § 10 da *Comunicação consolidada*<sup>(47)</sup>), designadamente quando duas empresas anteriormente independentes conjugam as suas actividades de modo a deverem ser consideradas, na sequência da operação, como uma *unidade económica*, estabelecendo uma gestão económica comum e permanente por via contratual<sup>(48)</sup>, partilhando e compensando mutuamente

<sup>(45)</sup> Decisão 2001/519/CE da Comissão, de 13 de Junho de 2000, proc. COMP/M. 1673, JO, L 188, de 10.7.2001, pp. 1-52.

<sup>(46)</sup> Como afirmava a Comissão no cons. 89 da decisão, «[d]evido à futura simetria das posições de mercado e à semelhança das características estruturais das empresas que formam o duopólio e tendo em conta a homogeneidade do produto, a transparência do mercado, a fraca elasticidade dos preços e a estagnação a nível da procura de electricidade, assim como as interpenetrações existentes, não é de esperar qualquer prática de preços agressivos por parte de um dos membros do oligopólio, uma vez que a mesma seria facilmente perceptível e dado o semelhante potencial de retaliação do outro membro do oligopólio, pouco passível de ser bem sucedida».

<sup>(47)</sup> *Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas* (JO, C 95, de 16.4.2008, pp. 1-48).

<sup>(48)</sup> Dois casos paradigmáticos foram os de concentrações de consultoras integrantes do "Big-Six circle", tanto a *Ernst & Young/Andersen* (Alemanha e França, respectivamente — M2824 e M2816 — no primeiro caso envolvendo ainda a *Menold & Aulinger*). Se nos primeiros se considerou que a rede *Andersen* tinha implodido, no negócio *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*, a concentração foi configurada como fusão integral das redes globais, com aproveitamento da estrutura da *Price*, mas a concretizar, nos diversos Estados nacionais, através de formas, incluindo fusões, aquisições de controlo ou até de criações de empresas comuns, o que não impediu que a Comissão considerasse que toda a operação constituía uma única operação e que a unidade económica dela resultante lhe permitia — e às empresas notificantes — usar o *balcão único* comunitário e excluir as notificações "locais" (Decisão 1999/152/CE da Comissão, de 20 de Maio de 1998 que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum

lucros ou perdas, ou partilhando riscos externos, em suma, perdendo a sua independência prévia<sup>(49)</sup>.

Os casos acima expostos — *Pricewaterhouse Coopers e Ernst & Young* — sugerem-nos uma observação, qual seja a de que a *unidade económica* vislumbrada pela Comissão nas fusões das consultoras em causa não era vislumbrada como *resultado* da fusão mas como seu *ponto de partida*. A dificuldade que aí a Comissão enfrentou — e as partes, presume-se — foi a de justificar que toda a rede global *Ernst & Young e Pricewaterhouse* constituía à partida uma unidade económica e portanto, que se estava perante **uma única concentração** e não perante tantas concentrações quantos, no limite, o número de mercados envolvidos. Tratava-se, no fundo, eventualmente de uma questão da própria *sobrevivência* da competência comunitária para a análise da operação, a qual dependeria, no todo ou em parte, dessa concepção unitária.

Mas a *unidade económica* pode suscitar questões que relevam da própria existência de uma concentração. Com efeito, num caso como o RTZ/CRA, a prevalência da noção de unidade económica sobre a própria realidade jurídica coloca as autoridades da concorrência em situações-limite em que, em rigor, é possível circunscrever um momento genético concentrativo mas se afigura difícil assegurar a *permanência* da alteração estrutural: tanto quanto nos apercebemos, está nesta situação aquela descrita pela Comissão em que a operação se concretiza através da adopção de «estrutura de uma empresa de dupla cotação na bolsa»<sup>(50)</sup>.

e com o funcionamento do Acordo EEE (proc. IV/M.1016) [notificada com o n.º C(1998) 1388] (JO, L 50, de 26.2.1999, pp. 27-49). A noção de "balcão único", usada há muito pela doutrina para descrever a circunstância de uma operação de concentração estar sujeita a apreciação pela Comissão (e ao direito comunitário) ou por autoridades nacionais (aplicando-se o direito nacional), acabou por ser utilizada no cons. 8 do preâmbulo do Regulamento (CE) n.º 139/2004.

<sup>(49)</sup> Por isso, a Comissão considera que, face ao fenómeno das reestruturações internas de um grupo, é essencial — como sempre diríamos — confirmar que, à data da operação, se estava verdadeiramente perante empresas independentes, com diferentes entidades de controlo.

<sup>(50)</sup> O exemplo clássico é da RTZ/CRA, uma concentração horizontal (i.e., no caso, entre empresas actual ou potencialmente concorrentes) no sector do minério em que se mantinha a identidade das empresas fundidas mas subordinadas a uma gestão única e a uma intenção de manutenção de um quadro accionista estável, apesar de qualquer das empresas se manter cotada *qua tale* em bolsa e das acções serem negociadas em separado: «*The Implementation Agreement between RTZ and CRA dated 3 November 1995 sets out the terms and conditions for the implementation of the operation in a dual listed company structure (DLC). DLCs are corporate entities whose shares are traded not as a single group but through two separate publicly quoted companies. The structure retains RTZ and CRA as separate publicly quoted legal entities, retaining their corporate identities. The structure does not involve any change in the legal or beneficial ownership of any assets of RTZ or CRA. Rather, the DLC operation is to be effected by the entering into of contractual arrangements designed to ensure that so far as possible, RTZ and CRA operate as a single economic enterprise. The relative values of the two companies are such that*

## 4.2. Concentração por aquisição de controlo

Passe a aparente contradição, nem todas as fusões são consideradas fusões, para o direito das concentrações. Assim, se a fusão não se realizar entre duas “empresas-mãe” mas uma das empresas se fundir com uma empresa que integre uma estrutura plurisocietária de controlo (por exemplo, uma filial de um grupo empresarial), então estaremos perante uma concentração por aquisição de controlo, na medida em que, para o direito da concorrência, é a empresa-mãe da sociedade adquirente que vai adquirir controlo sobre a empresa-alvo, mesmo que, formalmente, tal se tenha concretizado através de uma fusão entre a empresa-alvo e a filial, por exemplo através de uma troca de acções<sup>(51)</sup>.

A concentração por aquisição de controlo é pois uma segunda forma de concentração e certamente, a mais comum. Aqui, o elemento essencial é a existência, na sequência de um determinado negócio jurídico<sup>(52)</sup>, de uma **alteração da estrutura de controlo** da empresa adquirida.

Para o Regulamento (CE) n.º 139/2004, como para o direito nacional (artigo 8.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003), «o controlo decorre de qualquer acto, independentemente da forma que este assuma, que implique a possibilidade de exercer, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa, nomeadamente:

- a) Aquisição da totalidade ou de parte<sup>(53)</sup> do capital social;
- b) Aquisição de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos da empresa;
- c) Aquisição de direitos ou celebração de contratos que confirmam uma influência preponderante na composição ou nas deliberações dos órgãos de uma empresa;»

*the combined public shareholder ownership will be approximately in the proportion of 76.5% RTZ shareholders and 23.5% CRA shareholders». Certamente por lapso, a Comunicação Consolidada da Comissão considera que a operação Carnival Corporation/P&O Princess configura um caso deste tipo (Decisão 2003/667/CE da Comissão, de 24 de Julho de 2002 — COMP/M.2706 — JO, L 248, de 30.9.2003, pp. 1-50).*

<sup>(51)</sup> Decisão da Comissão de 24 de Setembro de 2001 relativa à compatibilidade com o mercado comum de uma operação de concentração (proc. n.º IV/M.2510 — *Cendant/Galileo*) com base no Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho (Apenas faz fé o texto em língua inglesa) (JO, C 321, de 16.11.2001, p. 8).

<sup>(52)</sup> Além de ser uma concentração, teria igualmente de se verificar o cumprimento dos requisitos específicos constantes do mesmo artigo 9.º da Lei n.º 18/2003.

<sup>(53)</sup> A lei não exige qualquer mínimo, em termos quantitativos.

Como afirma a Comissão Europeia na *Comunicação consolidada*<sup>(54)</sup>, «o facto de uma operação dar origem a uma aquisição de controlo depende de uma série de elementos de direito e/ou de facto», onde relevam elementos ou títulos jurídico-formais («aquisição de direitos de propriedade e os acordos de accionistas») mas também «relações estritamente económicas». Depende por isso, essencialmente, de critérios qualitativos e não de quaisquer limiares quantitativos ou formais<sup>(55)</sup>.

Mais: no entender desta instituição, se pode, por um lado, «verificar-se uma aquisição de controlo mesmo se tal não for a intenção declarada das partes», por outro lado, não é necessário o exercício efectivo de uma «influência determinante» na empresa adquirida, bastando «a possibilidade» de um tal exercício para configurar uma operação como sendo de concentração de empresas.

Cumpra igualmente sublinhar, em especial, que, para efeitos da determinação da existência de uma operação de concentração de empresas, não é essencial que a participação adquirida seja igual ou superior a 50% do capital social (ou dos direitos de voto correspondentes)<sup>(56)</sup>, podendo ser inferior.

A Comissão Europeia considera, em termos gerais, que o controlo exclusivo pode ser certamente adquirido através da aquisição da maioria das participações sociais ou da maioria dos direitos de voto (situação típica) mas também através de uma “minoría qualificada”, com base numa situação de direito e/ou de facto<sup>(57)</sup>.

Foi assim que, a título de exemplo, abrangendo igualmente situações de controlo conjunto, foi declarada a existência de concentrações de empresas nos seguintes casos<sup>(58)</sup>:

- a) Decisão *Air France/Sabena*, de 5 de Outubro de 199 (proc. IV/M.157), em que estava em causa aquisição de 37,58%;
- b) Decisão *Sollac/Barcelonesa de Metales et al.*, de 28 de Julho de 1993, em que estava em causa a aquisição pela primeira de 30%;

<sup>(54)</sup> *Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas* (JO, C 95, de 16.4.2008, pp. 1-48).

<sup>(55)</sup> PEDER CHRISTENSEN/PHILIP OWEN/DAN SJÖLBOM, «Mergers», in Faull & Nikpay (Editores), *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999, pp. 210 e 211-212.

<sup>(56)</sup> Em tese geral, diga-se, é muito mais relevante o peso dos direitos de voto do que a fracção do capital social que é objecto de uma operação, para efeitos de determinar a sua eventual sujeição ao regime das concentrações de empresas.

<sup>(57)</sup> No proc. IV/M 258-CCIE/GTE, a Comissão considerou existir aquisição de controlo através da aquisição de uma participação de 19% por as restantes acções pertencerem a um banco cuja aprovação não era necessária para a adopção de importantes decisões comerciais.

<sup>(58)</sup> Alguns destes e outros exemplos podem encontrar-se em RICHARD WHISH, *Competition Law*, 5.ª ed., LexisNexis-Butterworths, 2003, pp. 805-806.

- c) Decisão *SGB/GB*, em que em causa estava o aumento de uma participação social de 20,94% para 25,96%;
- d) Decisão *AAC/Lonrho*, de 23 de Abril de 1997, em que AAC deteria 27,47% da última, com citação de vários outros casos semelhantes;
- e) Decisão *Carlyle/Fimmeccanica/Avio*, de 18 de Agosto de 2003, em que estava em causa a aquisição pela segunda de 30%;
- f) Decisão *Verbund/EnergieAllianz*, de 11 de Junho de 2003, em que estava em causa o controlo conjunto de uma empresa comum em que uma das partes deteria apenas 33%.

Tinham estes casos em comum a circunstância de, em virtude da dispersão do capital social ou da existência de acordos parassociais entre os principais accionistas, a titularidade de participações minoritárias permitir à empresa adquirente exercer uma influência determinante na empresa adquirida (nomeação da maioria de membros dos conselhos de administração<sup>(59)</sup>; direito de veto sobre decisões estratégicas<sup>(60)</sup> como o orçamento, o plano de actividades, investimentos avultados ou a nomeação de quadros superiores; detenção da maioria nas assembleias gerais, por força da dispersão do restante capital social ou da existência de direitos preferenciais, etc.), seja só por si («controlo exclusivo») seja em articulação com outro dos accionistas («controlo conjunto»).

Questão diversa é a de saber em que momento é que deve ser apreciada a situação de controlo, para efeitos de apreciação da concentração. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça e da Comissão Europeia, a apreciação de uma operação de concentração deve ser efectuada unicamente com base nas circunstâncias de facto e de direito existentes **no momento da notificação dessa operação**, não devendo basear-se em elementos hipotéticos cujo alcance económico não possa ser avaliado no momento em que ocorre a decisão.

Este factor tem sido relevante por exemplo quanto à questão de saber se uma opção de compra pode configurar uma operação de concentração. No caso *Air France c. Comissão*<sup>(61)</sup>, o Tribunal de Justiça considerou que a Comissão Europeia tinha actuado bem ao não ter tido em conta na avaliação da concentração

<sup>(59)</sup> O poder de nomear a maioria dos membros do conselho de administração de uma empresa confere ao seu detentor a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a política empresarial dessa empresa.

<sup>(60)</sup> Ver e.g. o acórdão *Endemol Entertainment Holding BV c Comissão* [1999]; v. ainda, acórdão *Air France c. Comissão*, proc. T-2/93.

<sup>(61)</sup> *Air France c. Comissão*, cit. No mesmo sentido iam também as decisões da Comissão, por exemplo nos procs. IV/M.1037 (*Nomura/Blueslate*, de 17.11.1997), COMP/M.2533 (*BPIE.ON*, de 20.12.2001); ou COMP/M.3068 (*Ascott Group/Goldman Sachs/Orville*, de 13.2.2003).

a existência de uma opção de compra a favor da *British Airways* (sobre 50,1% do capital da TAT EA, opção que, nos termos do acordo de aquisição, podia ser exercida a todo o tempo até 1 de Abril de 1997). No caso em apreço e segundo o Tribunal de Justiça, resultava dos autos que o exercício da opção de compra apresentava um carácter meramente hipotético, atendendo a que a *British Airways* não tinha utilizado essa opção e que, além disso, a *Air France* não tinha demonstrado que a *British Airways* tinha a intenção de o fazer. No entanto, se uma mera transacção potencial — do tipo da que estava em causa no caso *Air France c. Comissão*<sup>(62)</sup> — não é tida em conta na determinação da aquisição de controlo exclusivo ou conjunto, já uma opção de compra a ser exercida num futuro próximo pela adquirente, nos termos de um acordo juridicamente vinculativo, é relevante.

Com efeito, a Comissão Europeia considera que, nestas circunstâncias, uma opção de compra pode ser tida em consideração enquanto **elemento adicional** que, no contexto global da operação e em conjunto com outros elementos, pode permitir concluir que existe aquisição de controlo<sup>(63)</sup>.

A nível comunitário tem-se também entendido que, embora a aquisição de uma participação social não constitua um comportamento restritivo da concorrência *per se*, pode constituir, nomeadamente por intermédio de cláusulas acessórias ao acordo, um meio susceptível de influenciar ou coordenar o comportamento comercial das empresas em causa de forma a restringir ou distorcer a concorrência no mercado onde estas desenvolvem a sua actividade e, nessa medida, desencadear a aplicação do artigo 101.º TFUE (disposição paralela ao referido artigo 4.º da Lei n.º 18/2003<sup>(64)</sup>).

Recorde-se que, como aliás se salientou acima, no processo *BAT e Reynolds c. Comissão*, onde se discutiu uma decisão da Comissão Europeia relativa à aquisição de uma participação minoritária da *Philip Morris na Rothmans International* (30,8% das acções, correspondentes a 24,9% dos votos), foi invocado pelos recorrentes que a aquisição de uma participação minoritária no capital social de um concorrente, para além de ser contrária ao artigo 101.º do TFUE, consubstanciaria também um abuso de posição dominante, nos termos do artigo 102.º do TFUE.

Embora o Tribunal de Justiça tenha admitido o tratamento da aquisição de controlo ao abrigo do artigo 101.º TFUE, situação superada com a existência de

<sup>(62)</sup> *Air France c. Comissão*, *supra cit.* nota 2, par. 50; *BPIE.ON*, *supra cit.* nota 2, III (6).

<sup>(63)</sup> *Air France c. Comissão*, *supra cit.* nota 2, par. 50; *BPIE.ON*, *supra cit.* nota 2, III (6).

<sup>(64)</sup> Acórdão *BAT e Reynolds c. Comissão*, Casos 142/84 e 156/84 [1987]; *Warner-Lambert/Gillette*, proc. IV/33.440 e *BIC/Gillette*, proc. V/33.486 de 12 de Maio de 1993; *BT-MCI*, proc. IV/34.857, de 27 de Agosto de 1994.

um regime de concentrações de empresas <sup>(65)</sup>, não deixou de dizer, em termos que mantêm a sua actualidade, que:

- (a) Um acordo pode ser restritivo da concorrência se puder constituir a base para uma cooperação comercial entre as empresas ou criar uma estrutura que possa ser usada com esse objectivo; e que
- (b) O contexto económico e jurídico em que o acordo é celebrado é relevante para aferir do seu objecto ou efeito anti concorrencial.

Além disso, apesar de não ter apreciado a questão por considerar que não resultava dos acordos em causa a possibilidade da adquirente influenciar a política comercial da adquirida, o certo é que o Tribunal de Justiça não afastou igualmente a eventualidade de aplicação do artigo 102.º TFUE, não obstante a participação ser adquirida na empresa que se considerava ocupar uma posição dominante e não por esta.

Por seu turno, no processo *Warber/Lambert/Gillette* <sup>(66)</sup>, a Comissão Europeia analisou a situação inversa, começando por referir que uma empresa que detém uma posição dominante no mercado tem o dever específico de evitar que a sua actuação comprometa uma concorrência genuína e sem distorções. Neste contexto, entendeu que a *Gillette* — empresa que ocupava uma posição dominante — não cumpriu este dever específico ao adquirir uma participação de 22% no capital social do seu principal concorrente.

A Comissão Europeia considerou que, não obstante o cuidado com que os acordos foram redigidos, a estrutura do mercado foi alterada pela criação de um vínculo entre a *Gillette* e a *Eemland* que permitia à empresa adquirente influenciar a política comercial da empresa adquirida, enfraquecendo a concorrência no mercado relevante. Assim, o risco jus-concorrencial será tanto maior quanto maior for a possibilidade de se afirmar a existência de uma coordenação do comportamento comercial e estratégico entre as empresas.

A Comissão Europeia tem-se igualmente manifestado particularmente exigente na garantia da “incomunicabilidade” da informação transmitida e da independência na afirmação das principais opções estratégicas da empresa onde uma participação minoritária tenha sido adquirida.

Voltando ao processo *BAT e Reynolds c. Comissão*, recorde-se que a *Philip Morris* celebrou um acordo com a *Rembrandt* nos termos do qual a *Philip*

<sup>(65)</sup> RICHARD WHISH, *Competition Law*, 5.ª ed., 2003, p. 794. Entre nós, com análise deste e doutros casos depois ocorridos, apesar de considerar como «os desenvolvimentos da jurisprudência *Philip Morris* (...) raros ou quase inexistentes», SOFIA OLIVEIRA PAIS, *O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 136-167.

<sup>(66)</sup> *Warner-Lambert/Gillette*, proc. IV/33.440, de 12 de Maio de 1993.

*Morris* adquiriu uma participação minoritária no capital da *Rothmans* Internacional — empresa participada pela *Rembrandt*. Entre outros, no contrato excluiu-se a possibilidade da *Philip Morris* estar representada no conselho de administração ou em qualquer outro órgão de direcção da *Rothmans Internacional* e ambas as empresas comprometeram-se a não trocar informações susceptíveis de influenciar o seu comportamento concorrencial.

Neste contexto, o Tribunal de Justiça considerou que o acordo não implicava a necessidade das empresas em causa terem em conta o interesse da outra parte ao definirem a sua política comercial.

Com efeito, se por um lado não havia razão para se considerar que a *Rothmans* deixava de ter interesse em tornar a sua empresa o mais rentável possível, por outro lado, apesar da *Philip Morris* ter interesse no sucesso da *Rothmans* em virtude da participação detida, a sua primeira preocupação continuaria a ser a de aumentar a sua quota de mercado e o volume de negócios das sociedades do grupo.

Para além disso, não obstante o historial do acordo demonstrar que as partes pretendiam uma transacção que ia para além de um mero investimento passivo, as cláusulas do acordo não permitiam concluir que se estivesse perante um primeiro passo no sentido da aquisição do controlo da *Rothmans*.

Já no caso *BT-MCI* <sup>(67)</sup>, a Comissão Europeia examinou em que medida a presença dos membros designados pela *BT* no Conselho de administração da *MCI* poderia dar origem à coordenação do comportamento concorrencial das empresas em causa, sobretudo em virtude do acesso que a *BT* teria às informações confidenciais da *MCI*. A designação de membros dos órgãos de direcção/administração ou fiscalização potencia assim o risco de coordenação/concertação de comportamentos com objecto ou efeito anti concorrencial, sobretudo se em causa estiver um concorrente. Como afirmam RITTER/BRAUN,

«A minority shareholding in a competitor may be anticompetitive because it may serve as an instrument for restricting or distorting competition in the market in which competitors carry on business. A distinction can be drawn according to whether the minority shareholding confers the right of, and is effectively linked with, representation on the board of directors. In such a case the minority shareholding normally gains access to commercially sensitive information of a competitor (particularly investment or production plans and marketing strategy), which allows the shareholder to take this information into account when adopting its own commercial decision (risk of competitive coordination)» <sup>(68)</sup>.

<sup>(67)</sup> Decisão da Comissão, de 27.8.1994, *BT-MCI*, proc. IV/34.857.

<sup>(68)</sup> LENNART RITTER/W. DAVID BRAUN, *European Competition Law — A Practitioner's Guide*, 3rd Edition, Kluwer Law International, 2004, p. 700.



O regime comunitário das concentrações considerava ainda como elemento essencial — para a classificação como concentração de certas operações económico-financeiras de fusão — o facto de, destas operações, resultar ou não a perda de independência das empresas adquiridas ou criadas, expressa no facto de o objecto da operação ser (ou não) a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que se manteriam independentes.

#### 4.3. Concentração por criação de empresa comum de pleno exercício

Também pode acontecer uma concentração quando duas ou mais empresas constituem uma nova empresa que actuará no mercado, podendo mesmo substituir uma ou mais das empresas-mãe.

Seja como for, nesta modalidade de concentração, as empresas deixam de ser independentes entre si<sup>(69)</sup>. Este aspecto afigura-se-nos essencial. Com efeito, tanto ao abrigo da nossa lei da concorrência como do direito comunitário da concorrência (respectivamente, artigo 8.º da Lei da Concorrência e artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004), a criação de uma empresa comum pode constituir uma operação de concentração, se se tratar de uma “empresa comum de pleno exercício” (antes também chamada “empresa comum concentrativa” ou *full-function joint-venture*), i.e. uma empresa comum que «desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma» (artigo 8.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003; artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004)<sup>(70)</sup>.

À luz do direito da concorrência, estaremos perante uma empresa comum deste tipo quando a mesma (i) seja controlada conjuntamente<sup>(71)</sup> por duas ou mais empresas (ditas, “empresas-mãe”); (ii) seja constituída de forma “duradoura”; e (iii) venha a constituir-se como uma “entidade económica autónoma”.

Este são os critérios relevantes para desencadear a potencial aplicação do direito da concorrência, sendo pelo contrário irrelevante a forma de constituição da empresa comum, designadamente se a constituição ou aquisição ocorre na sequência de um procedimento concursal, público ou privado<sup>(72)</sup>.

<sup>(69)</sup> Ou é criada uma nova empresa ou uma das empresas é absorvida por outra (juridicamente); ou, finalmente, a conjugação das actividades das empresas anteriormente independentes conduz à criação de uma única unidade económica.

<sup>(70)</sup> Sobre o conceito de “empresa comum de pleno exercício”, vide também a *Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas* (JO, C 95, de 16.4.2008, pp. 1-48) (adiante, “Comunicação consolidada”).

<sup>(71)</sup> Entende-se por “controlo conjunto” o poder de duas ou mais empresas exercerem uma influência determinante sobre uma outra empresa, bloqueando medidas que determinam o seu comportamento empresarial estratégico.

<sup>(72)</sup> Não parece existir, ademais, qualquer razão de fundo que legitime uma tal exclusão. Com efeito, estes dois ramos do direito (concorrência e contratação pública) têm finalidades diver-

Sobre o primeiro critério já nos pronunciámos em termos que para aqui se aproveitam. Já quanto ao segundo critério, ligado ao carácter **duradouro** da empresa comum, importa salientar que tal não implica a definição de uma duração indeterminada para a empresa comum. De acordo com a prática da Comissão Europeia, poderá ser considerada como duradoura uma empresa comum constituída com vista à, após a adjudicação de um contrato, prestação de determinado serviço durante um período relativamente longo, por exemplo não inferior a 5 anos<sup>(73)</sup>.

Já o critério da **autonomia** pode considerar-se preenchido se a empresa a constituir actuar directamente no mercado, desempenhando as funções habitualmente desenvolvidas pelas empresas que operam no mesmo mercado, no quadro contratual previsto ou independentemente dele<sup>(74)</sup>. Entre os elementos que podem ser tomados em consideração para um tal juízo estão certamente, entre outros, o facto de a empresa comum dispor ou não recursos humanos e financeiros próprios ou a circunstância de poder vender produtos (e serviços) a terceiros, mesmo que as empresas-mãe continuem a ser os principais clientes. Também a circunstância de a relação comercial entre a empresa comum e as empresas-mãe assentar numa base de *arm's length* poderá constituir um indício adicional de que se trata de uma “empresa comum de pleno exercício”<sup>(75)</sup>.

## 5. A NOTIFICABILIDADE DAS CONCENTRAÇÕES

Em qualquer caso em que se verifique existir (pelo menos) uma concentração, poderá haver lugar à necessidade de submeter o negócio jurídico a uma aprovação

sas. Enquanto o primeiro visa, designadamente, assegurar que a criação de uma empresa comum não implica a criação ou reforço de uma posição dominante susceptível de entravar significativamente a concorrência no mercado nacional ou numa parte substancial deste, o direito da contratação pública visa assegurar que a celebração de contratos por entidades adjudicantes a ele submetidas respeita princípios fundamentais de legalidade, prossecução do interesse público, transparência, publicidade, igualdade, imparcialidade, proporcionalidade ou concorrência (visando este último assegurar o mais amplo acesso por parte de quaisquer interessados aos procedimentos concursais aplicáveis).

<sup>(73)</sup> Decisão da Comissão Europeia n.º COMP/M.2982, *Lazard/Intesabci*, de 4 de Fevereiro de 2003, em que a Comissão Europeia defendeu que uma *joint-venture* constituída por um período de 5 anos fora constituída com carácter duradouro. Na Decisão da Comissão n.º COMP/JV. 54, *Smith & Nephew/Beiersdorf*, de 30.1.2001, a Comissão Europeia entendeu que uma *joint-venture* constituída por um período mínimo de 7 anos, renovável por períodos sucessivos de dois anos, iria operar numa base duradoura.

<sup>(74)</sup> Trata-se de “determinar se, independentemente dessas vendas, a empresa comum está preparada para desempenhar um papel activo no mercado” — assim o afirmava já a Comissão, na *Comunicação* de 1998, n.º 14.

<sup>(75)</sup> Comissão Europeia: casos COMP/M. 2524, *Hydro/Sqm/Rotem*, de 5 de Dezembro de 2001, e IV/M.560, *EDS/Lufthansa*, de 11 de Maio de 1995.

prévia ou a uma decisão, expressa ou tácita, de não aprovação por parte da ou das autoridades de defesa da concorrência competentes para a avaliação do impacto jus-concorrencial da concentração.

O sistema de controlo prévio, seguido tanto pelo regime jurídico comunitário como pela Lei da Concorrência não é, como certamente se percebe, o único possível. Embora lhe esteja associado um certo desfavor estrutural, poderia estabelecer-se um controlo *a posteriori*. Que o sistema estabelecido nos regulamentos comunitários é de *controlo prévio*, resulta directamente das normas comunitárias pertinentes. Desde logo, do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004:

«As concentrações de dimensão comunitária abrangidas pelo presente regulamento devem ser notificadas à Comissão antes da sua realização e após a conclusão do acordo, o anúncio da oferta pública de aquisição ou a aquisição de uma participação de controlo».

No caso comunitário, o carácter prévio é, inclusivamente, reforçado no Regulamento (CE) n.º 139/2004, onde se prevê até a notificação cautelar de projectos de concentrações de empresas (§ 2 do n.º 1 do artigo 4.º). Além disso, o regulamento das concentrações confere em princípio à Comissão o poder exclusivo para realizar o controlo da operação (n.º 2 do artigo 21.º) <sup>(76)</sup>. Contudo, a interferência da Comissão não é sempre necessária, pois o regulamento estabelece que só são objecto de apreciação prévia as concentrações de *dimensão comunitária*, nos termos do regulamento.

O sistema instituído a nível comunitário é pois diverso daquele que preside ao controlo *ex post* das infracções ao disposto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE. Se em relação a estes o legislador comunitário e, ainda antes, o Tribunal de Justiça há muito aceitaram que a aplicação das normas comunitárias não exclui a aplicação cumulativa das normas nacionais, desde que se respeite a prevalência e efeito útil do direito comunitário <sup>(77)</sup> — no que a doutrina vê geralmente a adopção de uma forma mitigada da doutrina da *barreira dupla* —, no domínio das concentrações, contudo, a opção do legislador comunitário foi em sentido diverso. Foi definida a competência exclusiva da Comissão para controlar as concentrações de dimensão comunitária e, cumulativamente, foi total-

<sup>(76)</sup> Salvo o controlo jurisdicional por parte dos tribunais comunitários — artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004. Deve notar-se que este artigo apenas parece conferir plena jurisdição ao Tribunal de Justiça nos recursos contra decisões que apliquem coimas ou sanções pecuniárias compulsórias, apesar da competência que é reconhecida em geral no n.º 2 do artigo 21.º (na sequência do considerando 17 do preâmbulo). O Regulamento (CE) n.º 139/2004 prevê ainda, especificamente, a recorribilidade contra outras decisões tomadas ao longo do procedimento (artigos 10.º, n.º 5, 11.º, n.º 3, 12.º, n.º 4, 13.º, n.º 8).

<sup>(77)</sup> Acórdão *Walt Wilhelm*, já citado.

mente remetida para o direito dos Estados membros a possibilidade de controlo das restantes concentrações de empresas.

De todo o modo, a submissão ao controlo das concentrações obedece a um conjunto de requisitos positivos e negativos, de verificação alternativa, sendo mesmo classificado como *residual* <sup>(78)</sup>. Em cada ordenamento jurídico, nacional ou supranacional, o legislador define os critérios, quantitativos ou qualitativos, cujo preenchimento determina a possibilidade ou, quiçá, a necessidade de notificação da operação a autoridades de defesa da concorrência <sup>(79)</sup> para efeitos de realização da avaliação de conformidade com os objectivos do controlo jusconcorrencial das concentrações de empresas.

Refira-se porém, que, ao abrigo do direito da concorrência e em princípio <sup>(80)</sup>, as operações de concentração de empresas apenas são apreciadas, na Europa comunitária, a um único nível (seja o nacional seja o comunitário), o que o mesmo não é dizer que por uma única autoridade de defesa da concorrência, ao abrigo do princípio da *barreira única* (na terminologia do mercado interno, *balcão único*) e do princípio da subsidiariedade.

Isso significa, para a doutrina prevalecente, que nas concentrações submetidas ao direito comunitário vale a doutrina da barreira única (*one stop shop*), subsistindo a competência estadual apenas em relação às concentrações que tenham uma dimensão puramente nacional <sup>(81)</sup>.

<sup>(78)</sup> Daí que, em 2003 mas referindo-se ao quadro legislativo anterior (ainda o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro), VÍTOR JOÃO DE VASCONCELOS RAPOSO RIBEIRO CALVETE tenha começado um importante estudo com a afirmação de que «[n]o nosso ordenamento jus-concorrencial, a intervenção do [Conselho da Concorrência] em operações de concentração é *residual*: só pode ter lugar onde estejam preenchidos os requisitos de quota de mercado ou de volume de negócios que vinculam as empresas participantes a notificarem a operação (...) e onde não estejam preenchidos os requisitos que obrigam as empresas participantes a notificação prévia da operação às instâncias comunitárias» («*Quis Leget Haec? A Delimitação do thema decidendum do parecer do Conselho da Concorrência em processos de concentração de empresas*», *BFD*, Volume Comemorativo, 2003, pp. 769-770).

<sup>(79)</sup> Poderá a operação ter de ser notificada a autoridades da concorrência de qualquer outro Estado onde as empresas actuem, de acordo com as respectivas disposições de direito nacional (v. g. Estados Unidos da América, Canadá, etc.).

<sup>(80)</sup> O sistema não impede que possa ser apreciada por mais do que uma, mas prevê a determinação da autoridade mais bem colocada para a referida apreciação, com vista a obviar quer à multi-notificação quer à possibilidade de soluções contraditórias.

<sup>(81)</sup> O que não deixa de ser criticado de forma dura pelas autoridades nacionais — assim, por exemplo, pelo *Bundeskartellamt*, ROLAND STURM, «The German Cartel Office in a Hostile Environment», in *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, Doern/Wilks (ed.), pp. 185-224. Saliente-se que, sendo abrangida apenas pelo direito nacional, só nesse sentido é que a barreira continua a ser única, pois a concentração deve ser apreciada e aprovada por todas as autoridades da concorrência dos Estados membros nas quais preencha os pressupostos de submissão ao controlo das concentrações.



Importa no entanto ressaltar que a regra da exclusividade da competência comunitária depende em princípio da circunstância da operação ter *dimensão comunitária* e não prejudica que, reunidos certos pressupostos, o controlo seja conferido ou exercido, ainda que parcialmente, pelos Estados membros (vide artigos 21.º, n.ºs 3 e 4, 22.º, 4.º, n.º 4, e 9.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004, conhecido como *german clause*)<sup>(82)</sup>. Esta última disposição, aliás, consubstancia a única verdadeira excepção ao deferimento tácito previsto no já referido n.º 6 do artigo 10.º

Inversamente, também pode suceder que uma concentração à partida abrangida pelo direito nacional de um ou mais Estados membros seja cometida à Comissão pelas autoridades dos Estados membros, ao abrigo do artigo 22.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004. É o que sucede quando, não tendo dimensão comunitária, a concentração «afecte o comércio entre os Estados membros e ameace afectar significativamente a concorrência no território do Estado membro ou Estados membros qualquer apresentam o pedido». Neste caso, os Estados membros envolvidos deixarão de aplicar à concentração a sua legislação nacional da concorrência (artigo 22.º, n.º 3, último parágrafo).

Finalmente, importa também salientar que uma concentração que não esteja abrangida pelo direito comunitário e pelo Regulamento (CE) n.º 139/2004 pode ser submetida a tantos procedimentos de controlo das concentrações quantas as legislações nacionais da concorrência aplicáveis<sup>(83)</sup>. Para evitar, pelo menos potencialmente, a multiplicação de submissões ao abrigo dos direitos nacionais, o Regulamento (CE) n.º 139/2004 permite que concentrações sem dimensão comunitária mas que devam ser apreciadas «no âmbito da legislação nacional da concorrência de, pelo menos, três Estados membros» possam ver ser proposta a sua apreciação pela Comissão, segundo o procedimento específico previsto no artigo 4.º, n.º 5, do mesmo regulamento<sup>(84)</sup>.

Assinaladas algumas especificidades do sistema, importa seguidamente descrever as principais características do sistema de controlo em vigor no espaço comunitário, constantes do regulamento das concentrações. Entre elas

<sup>(82)</sup> Sobre as hipóteses normativamente previstas de alocação de competências, v. ALISON JONES/BRENDA SUFRIN, *EC Competition Law – Text, Cases and Materials*, 3rd Edition, 2008, pp. 975-978; MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 831-835.

<sup>(83)</sup> SOFIA OLIVEIRA PAIS, a propósito da relação da Lei n.º 18/2003 com o Regulamento (CE) n.º 139/2004, afirma que a lei nacional «deve continuar a ser considerada como complementar e alternativa da legislação comunitária» («O controlo das concentrações de empresas na Lei n.º 18/2003», in *Concorrência – Estudos*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 98).

<sup>(84)</sup> Sobre o assunto, vide a *Comunicação da Comissão relativa à remessa de casos de concentrações* (JO, C 56, de 5 de Março de 2005, pp. 2-23).

destaca-se, indubitavelmente e por um lado, a obrigação de notificação (imposta pelo artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004), ainda que agora não sujeita a prazo<sup>(85)</sup>. As concentrações notificadas que estejam abrangidas pelo Regulamento (CE) n.º 139/2004 são publicitadas pela Comissão (n.º 3).

Por outro lado, pressuposto da efectividade do sistema de controlo prévio, a notificação suspende a operação (artigo 7.º). Segundo esta norma, «*uma concentração (...) não pode ter lugar nem antes de ser notificada nem antes de ter sido declarada compatível com o mercado comum por uma decisão (...) ou com base na presunção prevista no n.º 6 do artigo 10.º*». Em contrapartida, o sistema impõe à Comissão a obrigação de deliberar em prazos estritos<sup>(86)</sup>, normalmente vinte e cinco dias úteis<sup>(87)</sup>, sob pena da concentração ser considerada como compatível (deferimento tácito) — n.º 6 do artigo 10.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004.

A obrigação de notificação é também independente da forma que assumiu a concentração: fusão, aquisição de controlo ou criação de uma empresa comum de pleno exercício.

Vistos já os critérios gerais para a notificação à Comissão, olhe-se seguidamente para os critérios vigentes entre nós. Em Portugal, uma operação de concentração de empresas terá de ser notificada à Autoridade da Concorrência e submetida a aprovação prévia desta, expressa ou tácita<sup>(88)</sup>, sempre que se verifique qualquer das seguintes condições:

- a) O conjunto das empresas — adquirente e adquirida (“Empresas Participantes”) <sup>(89)</sup> — tiver realizado em Portugal, no ano anterior ao da

<sup>(85)</sup> Ao contrário, o direito nacional da concorrência impõe que a operação seja notificada no prazo de sete dias úteis, contados da conclusão do acordo (n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003), sem prejuízo da obrigação de não produção dos efeitos do mesmo, antes de decisão expressa ou tácita de aprovação (n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 18/2003). A solução do direito nacional correspondia, grosso modo, à solução dada no Regulamento (CEE) n.º 4064/89, que impunha a notificação no prazo de «uma semana». Vistas as coisas, aplaude-se a solução comunitária, tanto mais quanto se sabe que, não podendo o negócio produzir efeitos antes da autorização da Comissão, expressa ou tácita, a solução de não impor um prazo tenderá a permitir uma melhor notificação, pois as partes poderão demorar o tempo que reputem necessário para a obtenção das informações e elementos que instruirão a notificação.

<sup>(86)</sup> Como prescrevem os n.ºs 1 e 2, respectivamente, do artigo 6.º do Regulamento das concentrações, «a Comissão procederá à análise da notificação logo após a sua recepção» e «informará *sem demora* da sua decisão as empresas...» (sublinhados nossos).

<sup>(87)</sup> N.º 1 do artigo 10.º do regulamento das concentrações.

<sup>(88)</sup> Nos termos do artigo 11.º da Lei da Concorrência, uma «operação de concentração sujeita a notificação prévia não pode realizar-se antes de ter sido notificada e antes de ter sido objecto de uma decisão, expressa ou tácita, de não oposição», estabelecendo-se ainda, no n.º 2, que é a própria validade do negócio que está dependente da autorização a que se refere o n.º 1. Neste

notificação, um volume de negócios superior a 150 milhões de euros e o volume de negócios realizado, em Portugal, por, pelo menos duas dessas Empresas, for superior a 2 milhões de euros;

- b) A concentração implicar a criação ou reforço da quota de mercado superior a 30 %, no mercado nacional de determinado bem ou serviço.

Estes requisitos não prejudicam, como já se viu, a plena efectividade do Regulamento (CE) n.º 139/2004 pois surgindo a obrigação de notificar a operação à Comissão, torna-se inoperante o direito nacional, independentemente da quota de mercado ou do volume de negócios em Portugal (ou noutro Estado membro): ou seja, quando a operação de concentração tiver “dimensão comunitária”, nos termos do disposto no artigo 1.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004<sup>(90)</sup>, ou

aspecto, a lei actual diverge da anterior legislação. Com efeito, o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, consagrava a solução de ineficácia (artigo 7.º, n.º 4) e o Decreto-Lei n.º 428/88, de 19 de Novembro (visto que o Decreto-Lei n.º 422/83 não estabelecia um regime de controlo das concentrações), previa que a falta de notificação determinava a nulidade da operação (artigo 8.º).

<sup>(89)</sup> Em geral, ter-se-á em conta, para efeito do cálculo do volume de negócios das Empresas participantes, os volumes de negócios das seguintes empresas:

- (i) empresas participantes na operação de concentração;
- (ii) empresas, directa ou indirectamente, pelas empresas participantes;
- (iii) das empresas que controlam, directa ou indirectamente, isoladamente ou em conjunto, as empresas participantes;
- (iv) das empresas controladas, directa ou indirectamente, pelas sociedades que controlam, directa ou indirectamente, isoladamente ou em conjunto as empresas participantes;
- (v) das empresas controladas conjuntamente (entre elas ou com terceiros) pelas empresas referidas nas alíneas anteriores;

<sup>(90)</sup> Uma operação de concentração tem dimensão comunitária, devendo como tal ser notificada à Comissão, quando:

- a) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das Empresas Participantes for superior a 5000 milhões de Euros, e o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade Europeia, por pelo menos duas das Empresas Participantes, for superior a 250 milhões de Euros; ou se
- b) (i) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das Empresas Participantes for superior a 2500 milhões de Euros; (ii) em cada um de pelo menos três Estados-Membros, o volume de negócios total realizado pelo conjunto das Empresas Participantes for superior a 100 milhões de Euros; (iii) em a) cada um de pelo menos três Estados-Membros considerados para efeitos de (ii), o volume de negócios total realizado individualmente por pelo menos duas das Empresas Participantes, for superior a 25 milhões de Euros; e (iv) o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade, por pelo menos duas das Empresas Participantes for superior a 100 milhões de Euros;
- c) Excepto se cada uma das Empresas Participantes realizar mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-membro.

nos restantes casos previstos no ordenamento jurídico comunitário, designadamente quando as empresas o requeiram, desde que reunidos os pressupostos previstos no artigo 4.º, n.º 5, do Regulamento<sup>(91)</sup>.

Saliente-se, a propósito, que, mesmo quando uma *joint-venture* não tenha natureza concentrativa ou, tendo-o, não preencha os critérios de notificação acima referidos, tal não significa uma qualquer imunidade face ao direito da concorrência. Qualquer negócio jurídico que não constitua uma concentração notificável, ainda que se traduza na constituição de uma empresa, pode cair no âmbito de aplicação do artigo 4.º da Lei da Concorrência ou, eventualmente, do artigo 101.º do TFUE<sup>(92)</sup>, os quais proíbem os acordos<sup>(93)</sup> entre empresas que tenham por objecto ou efeito restringir de forma sensível a concorrência. Isto significa que o acordo que esteve na base da constituição da *joint-venture* poderá, eventualmente, vir a ser considerado restritivo da concorrência, à luz de qualquer ou de ambos os artigos<sup>(94)</sup> (vide supra, o que escrevemos sobre o artigo 101.º do TFUE).

As considerações precedentes relativas às empresas comuns de pleno exercício, que avançamos em termos gerais, são corroboradas pela prática decisória da Comissão Europeia, segundo a qual todas as operações de concentração de empresas que devam ser apreciadas à luz do Regulamento (CE) n.º 139/2004, lhe devem ser notificadas, independentemente da causa ou, por qualquer forma, intenção ou enquadramento na base da realização da operação de concentração.

Questão diversa é a de saber em que momento é que as operações de concentração de empresas devem ser notificadas à ou às autoridades de defesa da concorrência competentes.

Trata-se de uma questão para a qual os direitos nacionais e comunitário podem dar solução diversa. Entre nós e ao abrigo da legislação actualmente vigente, a notificação de operações de concentração deve ser feita no «prazo de sete dias úteis após a conclusão do acordo<sup>(95)</sup> ou, sendo caso disso, após a

<sup>(91)</sup> *Comunicação da Comissão relativa à remessa de casos de concentrações*, JO, série C, n.º 56, de 5.2.2005, pp. 2-23.

<sup>(92)</sup> Nos casos em que o acordo entre empresas seja susceptível de afectar sensivelmente o comércio entre os Estados membros — v. *Comunicação da Comissão “Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado”* (JO, série C, n.º 101, de 27.4.2004, p. 81).

<sup>(93)</sup> Acordos, decisões de associação de empresas ou práticas concertadas.

<sup>(94)</sup> Cf. Decisão da Comissão n.º COMP/37.730 — *Austrian Airline/Lufthansa*, de 5 de Julho de 2002, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do TCE a uma *joint-venture* não concentrativa.

<sup>(95)</sup> Apesar de ter apreciado e decidido já várias operações de concentração de empresas relativas à criação de empresas comuns, inclusivamente no contexto de procedimentos concursais, designadamente no quadro dos processos de privatização (no proc. 4/96, *Parecer*

data da divulgação do anúncio preliminar de uma oferta pública de aquisição ou de troca ou da divulgação de anúncio de aquisição de uma participação de controlo em sociedade emitente de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado» (96).

Alguns casos merecem uma referência especial, pelas suas características. Destacamos, aqui, o caso *Philip Morris (PMM)/Tabaqueira* (97), relativo à aquisição de uma participação de controlo na sequência de um concurso público lançado no âmbito do processo de privatização desta última empresa, em que a notificação e a decisão de não oposição ocorreram antes da decisão de adjudicação tomada pelo Governo.

Ora, o acordo tanto parece poder existir antes da adjudicação como após a adjudicação. Tal depende, por certo, da vontade das partes, tal como resultante dos documentos contratuais, ou seja, de factores que, em alguns casos, não são totalmente domináveis pela autoridade de defesa da concorrência competente (98).

Claro que, independentemente das considerações anteriores, se as empresas-mãe pretenderem tornar efectiva a operação mesmo não sendo ainda conhecido o resultado do procedimento de adjudicação, devem notificá-la desde logo às autoridades de defesa da concorrência competentes, pois, em qualquer caso, a validade e a eficácia da operação depende sempre da não oposição ou aprovação pelas autoridades de defesa da concorrência.

*proferido sobre a notificação apresentada pela PMM, SGPS, SA (Philip Morris), relativa à aquisição do controlo exclusivo da Tabaqueira, em processo concursal realizado ao abrigo do regime jurídico das privatizações, o Conselho da Concorrência considerou que tal aquisição constituía uma operação de concentração de empresas, mas não apreciou a questão do "momento da notificação")*.

(96) Redacção resultante do Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de Novembro.

(97) O parecer do Conselho da Concorrência é de 28.11.1996, tendo a decisão final sido adoptada através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 195-A/96, de 19.12.1996, adoptada «nos termos constantes do despacho conjunto (...) proferido de acordo com a legislação aplicável ao controlo prévio de concentração de empresas» (DR, I, 296, de 23.12.1996, p. 4594 (2)). À época, todas as propostas concorrentes foram objecto de notificação prévia, nos termos do então Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.

(98) No Reino Unido, a criação de várias empresas comuns foi notificada pelas partes antes da decisão de adjudicação proferida num procedimento concursal — v. g. decisão da OFT de 11.4.2005 — *South Eastern Railways*, relativa a uma *joint venture* constituída para concorrer a um concurso público para a prestação de serviços ferroviários no Sudeste de Inglaterra; e a Decisão de 15.7.2005 — *Thameslink/Great Northern Franchise*, relativa a uma *joint venture* constituída para concorrer a um concurso público para a prestação de serviços ferroviários, justamente na linha *Thameslink/Great Northern Franchise* (a decisão do *Office of Fair Trading* pode ser consultada em <http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/749C78DA-4512-467D-9C64-4FD1F7DFD770/0/Thames.pdf>).

No quadro europeu, também não existe uma solução unívoca, como de resto se compreende, embora o quadro legislativo de base seja hoje claramente diferente do que vigora em Portugal.

Com efeito, a partir do Regulamento (CE) n.º 139/2004 (99), a notificação de uma operação de concentração de empresas à Comissão deixou de estar sujeita a qualquer prazo, o que não significa que não tenha de ser feita ou que não tenha prazo algum. Neste sentido, é hoje indiferente, para a Comissão Europeia, o momento em que a notificação de uma operação de concentração é feita, podendo portanto sê-lo quer antes quer depois da conclusão do procedimento adjudicatório, desde que fique vedada a produção de qualquer efeito. Melhor: para a Comissão Europeia, a notificação de uma operação de concentração que por si (Comissão) deva ser apreciada pode ser-lhe feita em qualquer momento, anterior (100) ou posterior à conclusão do acordo, contanto que o seja feito, sempre e em qualquer caso, «antes da sua realização», i.e. efectivação (n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004).

Em conformidade, mas já antes da adopção do Regulamento (CE) n.º 139/2004, a Comissão tem aceite que a criação de empresas comuns de pleno exercício (recorde-se, *full function joint ventures*) apenas lhe seja notificada após a adjudicação do contrato público em causa. São vários os exemplos que podem ser fornecidos, neste sentido, entre os quais destacamos:

- a) Decisão *Telia/Sonera/Lithuanian Telecommunicati ONS* (1998) (101);
- b) Decisão *Mannesmann/Bell Atlantic/OPI* (1999) (102) (103);
- c) Decisão *ACS/Sonera Vivendi/Xfera* (2000) (104);
- d) Decisão *Daimler Chrysler/Deutsche Telekom/JV* (2003) (105).

(99) Ao abrigo do Regulamento (CEE) n.º 4064/89, na redacção resultante do Regulamento (CE) n.º 1310/97, as concentrações de empresas deviam ser notificadas no prazo de «uma semana» a contar da conclusão do acordo ou da publicação da oferta (n.º 1 do artigo 4.º).

(100) Cfr. artigo 4.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Regulamento (CE) n.º 139/2004.

(101) Decisão de 14 de Agosto de 1998, no proc. IV/JV.7 — *Telia/Sonera/Lithuanian Telecommunicati ONS*.

(102) Decisão de 21 de Maio de 1999, no proc. COMP/JV.17 — *Mannesmann/Bell Atlantic/OPI*.

(103) Cf. Decisão de 5 de Setembro de 2000, no proc. COMP/M. 2009 — *Hutchison/NTT DoCoMo, Incl/KPNMobile — JV*; Decisão da Comissão de 11 de Agosto de 1998, no proc. IV/JV.4 — *VIAGI/Orange UK*; Decisão de 31 de Julho de 2000, no proc. IV/M. 1954 — *ACS/Sonera Vivendi/Xfera*; ou Decisão de 22 de Junho de 1998, no proc. IV/JV.2 — *ENEL/FT/DT*.

(104) Decisão da Comissão de 31 de Julho de 2000, no proc. IV/M. 1954 — *ACS/Sonera Vivendi/Xfera*.

(105) Decisão da Comissão de 30 de Abril de 2003, no proc. COMP/M. 2903 — *Daimler Chrysler/Deutsche Telekom/JV*.

Em todos os casos acima analisados, contudo, estava em causa, é certo, a criação de uma empresa comum de pleno exercício, mormente após a conclusão de um procedimento concursal em vista do qual as referidas empresas foram criadas; e a existência ou não de uma operação de concentração não dependeu da forma ou da natureza do acto constitutivo da operação de concentração ou do contexto em que as partes decidiram criar a empresa comum (procedimento concursal); sendo que as partes consideraram que a concentração apenas “ocorreu” após a adjudicação do contrato.

Por último, queremos salientar que tanto a Autoridade da Concorrência como a Comissão Europeia, consoante a operação de concentração seja abrangida pela Lei da Concorrência ou pelo Regulamento (CE) n.º 139/2004, podem aplicar coimas e/ou sanções pecuniárias compulsórias, quer para sancionar o incumprimento da obrigação de notificação prévia (n.º 3 do artigo 43.º da Lei da Concorrência; alínea *a*) do n.º 2 do artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004), quer para obrigar as empresas a proceder à notificação (alínea *c*) do artigo 46.º da Lei da Concorrência; alínea *d*) do n.º 1 do artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004).

## 6. AS EXCEPÇÕES LEGAIS AO CONTROLO PRÉVIO: AS NÃO CONCENTRAÇÕES

Finalmente, importa reter que tanto a Lei da Concorrência como o Regulamento das Concentrações prevêm um conjunto de situações que a lei considera não deverem ser tratadas como concentrações, mesmo quando se dê uma fusão ou transmissão de uma posição de controlo. Não nos referimos, claro, às chamadas reestruturações internas de grupos (que não dão origem a qualquer alteração de controlo, pois a entidade controlante continua a ser a mesma) ou às chamadas *desconcentrações* (*demerger*), em que se dá a fragmentação de um grupo, havendo simplesmente uma perda de controlo.

Do que trataremos aqui são daquelas situações excepcionais expressamente previstas nas leis de concorrência, seja na Lei n.º 18/2003 seja no Regulamento (CE) n.º 139/2004, em que parece haver uma alteração relevante sobre o controlo mas em que, em homenagem a certas particularidades inerentes à natureza de tais operações, o legislador considera que não se dá uma alteração *duradoura* do controlo sobre a empresa e, claro, da estrutura do mercado.

Estão nestes casos:

- a*) A aquisição por instituições de crédito de participações em empresa não financeira, quando não abrangida pela proibição do artigo 101.º do

Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras (adiante, “Lei-Quadro Bancária”) <sup>(106)</sup>; cfr., artigo 8.º, n.º 4, alínea *c*), da Lei n.º 18/2003) ou, na formulação comunitária:

- i*) A aquisição por instituições de crédito, outras instituições financeiras ou companhias de seguros, desde que as participações sejam adquiridas por forma não duradoura e detidas a título temporário, por prazo em princípio não superior a um ano, e para fins de revenda, ficando o adquirente limitado no exercício dos seus direitos sociais durante esse período (artigo 3.º, n.º 5, alínea *a*), do Regulamento (CE) n.º 139/2004 <sup>(107)</sup>); ou
- ii*) A aquisição por sociedades financeiras, sob reserva de que o direito de voto, exercido nomeadamente através da nomeação dos membros dos órgãos sociais, o seja exclusivamente para manter o valor integral desses investimentos e não para determinar directa ou indirectamente o comportamento concorrencial da empresa adquirida (artigo 3.º, n.º 5, alínea *c*), do Regulamento (CE) n.º 139/2004);
- b*) A aquisição de participações no quadro do processo especial de recuperação de empresas e de insolvência (artigo 8.º, n.º 4, alínea *a*), da Lei n.º 18/2003), nomeadamente por pessoa mandatada (por exemplo, administrador de insolvência) ao abrigo do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (e artigo 3.º, n.º 5, alínea *b*), do Regulamento (CE) n.º 139/2004); ou

<sup>(106)</sup> Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 246/95, de 14 de Setembro, 232/96, de 5 de Dezembro, 222/99, de 22 de Julho, 250/2000, de 13 de Outubro, 285/2001, de 3 de Novembro, 201/2002, de 26 de Setembro, 319/2002, de 28 de Dezembro, 252/2003, de 17 de Outubro, 145/2006, de 31 de Julho, 104/2007, de 3 de Abril, 357-A/2007, de 31 de Outubro, 1/2008, de 3 de Janeiro, 126/2008, de 21 de Julho, 211-A/2008, de 3 de Novembro, 162/2009, de 20 de Julho, e, por último, pela Lei n.º 94/2009, de 1 de Setembro. O artigo 101.º deve a sua actual redacção ao Decreto-Lei n.º 162/2009, de 20 de Julho, que alterou os n.ºs 3 e 4. De acordo com o artigo 101.º da Lei-Quadro Bancária, designadamente o seu n.º 1, «as instituições de crédito não podem deter, directa ou indirectamente, numa sociedade, por prazo seguido ou interpolado, superior a três anos, participação que lhes confira mais de 25% dos direitos de voto, correspondentes ao capital da sociedade participada».

<sup>(107)</sup> «Desde que tal aquisição não seja realizada numa base duradoura, desde que não exerçam os direitos de voto inerentes a essas participações com o objectivo de determinar o comportamento concorrencial da referida empresa ou que apenas exerçam tais direitos de voto com o objectivo de preparar a alienação total ou parcial da referida empresa ou dos seus activos ou a alienação dessas participações, e desde que tal alienação ocorra no prazo de um ano a contar da data da aquisição; tal prazo pode, a pedido, ser prolongado pela Comissão, sempre que as referidas instituições ou companhias provem que aquela alienação não foi razoavelmente possível no prazo concedido».

- c) A aquisição de participações com funções de mera garantia (artigo 8.º, n.º 4, alínea b), da Lei n.º 18/2003).

Afigura-se-nos de salientar, ainda que brevemente, o âmbito das excepções em causa, em particular quanto às duas primeiras.

Quanto à primeira (**aquisição por instituições financeiras não abrangidas pela proibição do artigo 101.º da Lei-Quadro Bancária**), importa reter que este diploma, como se escreveu acima, proíbe que instituições de crédito detenham, directa ou indirectamente <sup>(108)</sup> e por um prazo superior a três anos <sup>(109)</sup>, seguido ou interpolado, participações que confirmam mais de 25% dos direitos de voto em sociedades “não financeiras”, cujo elenco é, na prática, definido *a contrario* pelo disposto no n.º 3, que circunscreve as situações em que a proibição do n.º 1 não se aplica, quanto ao limite nela inscrito: quando se trata da aquisição por instituição de crédito de participações noutras «instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições financeiras, sociedades de serviços auxiliares, sociedades de titularização de créditos, empresas de seguros, filiais de empresas de seguros detidas em conformidade com a lei a estas aplicável, corretoras e mediadoras de seguros, sociedades gestoras de fundos de pensões, sociedades de capital de risco e sociedades gestoras de participações sociais que apenas detenham partes de capital nas sociedades antes referidas, bem como às participações detidas por instituições de crédito em fundos de investimento imobiliário para arrendamento habitacional e sociedades de investimento imobiliário».

Assim, parece possível sustentar que resulta da articulação entre ambos os diplomas, numa primeira análise, que não constituem concentrações, para efeitos do disposto na Lei da Concorrência, as operações de tomada de participações que envolvam controlo por parte de uma instituição de crédito relativamente a uma sociedade não financeira, quando essas participações não lhes confirmam mais de 25% dos direitos de voto, ou, caso tal aconteça, quando este limite não seja ultrapassado durante mais de três anos. O objectivo da lei é, como assinala CALVÃO DA SILVA no seu ensino, o de evitar a “bancarização” da economia e das empresas.

Problemas especiais podem colocar-se quando a aquisição da participação seja feita por sociedade de investimento. Como se sabe, as sociedades de investimento são instituições de crédito. Sucede, porém, que resulta da alínea c) do

<sup>(108)</sup> Presume o n.º 2 que se considera «participação indirecta a detenção de acções ou outras partes de capital por pessoas ou em condições que determinem equiparação de direitos de voto para efeitos de participação qualificada».

<sup>(109)</sup> Nos termos do n.º 4 do artigo 101.º, o «prazo previsto no n.º 1 é de cinco anos relativamente às participações indirectas detidas através de sociedades de capital de risco e de sociedades gestoras de participações sociais».

n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 260/94, de 22 de Outubro, que as sociedades de investimento, embora sendo instituições de crédito, não estão sujeitas à «restrição» resultante do artigo 101.º da Lei-Quadro Bancária.

Não estando a aquisição por sociedades de investimento de participações em sociedades não financeiras superiores a 25% dos direitos de voto e por um período superior a três anos, abrangida pela proibição contida no artigo 101.º da Lei-Quadro Bancária, não poderia tal tipo de operação ser considerada uma concentração, em virtude da alínea c) do n.º 4 do artigo 8.º da Lei da Concorrência <sup>(110)</sup>.

Embora em tempos o tivéssemos entendido em sentido divergente, parece-nos hoje que estamos aqui perante uma lacuna de regulamentação que uma próxima revisão da lei da concorrência deverá corrigir, visto que corresponde à intenção expressa do legislador de 2003 a supressão de qualquer regime de excepção aplicável ao sector financeiro <sup>(111)</sup> <sup>(112)</sup>.

<sup>(110)</sup> Esta interpretação teria ainda algum espaço no próprio contexto da lei da concorrência. Por um lado, é certo que, podendo fazê-lo relativamente à legislação nacional de defesa da concorrência, o legislador não retomou a redacção equivalente da legislação comunitária correspondente (na época, o Regulamento (CEE) n.º 4064/89, na redacção resultante do Regulamento (CE) n.º 1310/97). Por outro lado, o legislador explicitou, quer se queira ou não, que «a aquisição por instituições de crédito de participações em sociedades não financeiras» não constitui uma concentração de empresas, sempre que não estiver «abrangida pela proibição contida no artigo 101.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras».

<sup>(111)</sup> Referindo-se expressamente ao entendimento do legislador histórico e, em particular, à Comissão de Revisão da Legislação da Concorrência, o Doutor CRUZ VILAÇA, seu Presidente, escrevia: «A Comissão era de opinião que esta exclusão (sem paralelo nas regras comunitárias) não tinha qualquer justificação (...). A excepção constante da legislação anterior foi, pois, eliminada no novo regime da Lei n.º 18/2003» — J. L. DA CRUZ VILAÇA, «Introdução à nova legislação da concorrência: *Vicissitudes dos Projectos de Modernização*», in *Concorrência*, (A. GOUCHA SOARES/M. M. LEITÃO MARQUES — Coord.), Almedina, Coimbra, 2006, p. 34. Na doutrina anterior, é paradigmático CARLOS BAPTISTA LOBO, *Concorrência Bancária?*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 605: «actualmente, não faz qualquer sentido, em termos técnico-jurídicos, a sua não submissão [das concentrações] a um qualquer regime legal nacional, ainda mais quando essas operações se encontram sujeitas ao controlo comunitário». Note-se, no entanto, que a Comissão de Revisão da Legislação da Concorrência, que tivemos o privilégio de integrar, optou, quanto ao modelo concreto, por soluções claramente diversas das propostas por este Autor, pois recusou qualquer excepção ou tratamento especial ao sector financeiro e, em particular, propôs (e foi aceite) a abolição do sistema de autorização ministerial das concentrações que até então vigorava...

<sup>(112)</sup> Na Proposta de Lei da Concorrência, declarava-se que, «no que diz respeito às disposições de carácter geral, alargou-se, antes de mais, como de há muito se impunha e já se previa no Programa do Governo, o âmbito de aplicação do diploma a todos os sectores da actividade económica, sem excepção, incluindo a submissão da banca e dos seguros às regras gerais relativas ao controlo prévio das operações de concentração», dizendo-se também que era objectivo da lei o alargamento do «regime geral do controlo das concentrações aos sectores financeiro e segurador» (Cf. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º IX/40, n.ºs 2 e 4).

Entendimento diverso seria ainda, a nosso ver, desconforme com a *ratio legis* da norma, a sua razão de ser e os valores — e interesses — que presidem à legislação de defesa da concorrência que regula o controlo das operações de concentração. Contudo, se isto é assim, também achamos hoje que as sociedades de investimento não podem ser submetidas, no contexto da Lei da Concorrência, ao regime geral, por tal configurar uma interpretação abrogante, que não tem, na expressão clássica de MANUEL DE ANDRADE, um mínimo de correspondência na letra da lei.

É certo que esta visão contraria uma visão maximalista dos poderes da Autoridade, que, mesmo sem recorrer aos paradigmas da *public choice theory*, ela poderá ter de si própria, como resulta ainda da prática decisória da Autoridade ter já apreciado operações de concentração envolvendo “sociedades de investimento”, sem que a questão se lhe tenha, aparentemente, colocado (113).

E implica também um distanciamento do regime jurídico nacional face ao seu homólogo regime comunitário que, se não é seguramente proibido, não encontra qualquer explicação à luz dos objectivos a que tende o controlo das concentrações (114).

Com efeito, tanto o Regulamento (CE) n.º 139/2004 como a alínea c) do n.º 4 do artigo 8.º da Lei da Concorrência consagram normativamente os seguintes axiomas:

Primeiro, que a aquisição de uma participação por período superior a três anos mas que não ultrapasse os 25% não dá, à partida, origem a qualquer manifestação de controlo ou influência determinante, portanto, a qualquer concentração. Constatação perigosa, face à própria “jurisprudência” comunitária, mas legítima.

Segundo, que a detenção de uma participação superior a 25% mas inferior a três anos não conduz a uma alteração duradoura da estrutura de controlo das empresas em causa e, por conseguinte, da estrutura do mercado. A regulamentação comunitária nunca admitiu qualquer excepção absoluta das sociedades de investimento, nem tão pouco dos fundos de investimento, ainda que sejam conhecidas as críticas que este tipo de entidades tem dirigido, a nível europeu,

(113) É certo que a Autoridade da Concorrência já proferiu, em quatro procs. — 7/2004, 23/2004, 46/2004 e 11/2006 — decisões de não oposição a operações que qualificou como “concentrações” e em que estavam abrangidas instituições de crédito ou sociedades financeiras, mas apenas num dos casos um dos participantes é expressamente identificado como “sociedade de investimento”. No entanto, não só o teor da decisão não é conhecido como, mesmo em termos genéricos, não existe qualquer doutrina firmada da Autoridade sobre o assunto, independentemente até da sua sustentabilidade jurídica, em sede de recurso judicial.

(114) A alínea c) do n.º 4 do artigo 8.º da Lei da Concorrência, embora com redacção divergente, teve presente a legislação comunitária homóloga, em especial o artigo 3.º, n.º 5, alínea a), do então vigente Regulamento (CEE) n.º 4064/89 (mesmo após a reforma operada pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97), e o actual Regulamento (CE) n.º 139/2004.

à sujeição ao regime de controlo de concentrações e aos constrangimentos que o mesmo impõe às respectivas actividades.

Dito isto é importante notar que a Autoridade da Concorrência tem considerado que a aquisição de participações por instituições financeiras, por exemplo *private equity funds*, em sociedades não financeiras constitui uma operação de concentração (115).

Quanto à segunda (**aquisição de participações ou de activos no quadro do processo especial de recuperação de empresas e de falência**), para lá da remissão para o estudo de RUI SIMÕES (116), neste mesmo volume, não queremos deixar de notar que nos parece existir por vezes uma percepção errada e extensiva do âmbito da excepção.

O artigo 8.º, n.º 4, alínea a), da Lei da Concorrência estabelece, a propósito, que não é havida como concentração de empresas a aquisição de participações ou de activos no quadro do processo especial de recuperação de empresas ou de falências. A esta norma equivale, no Regulamento (CE) n.º 139/2004, o disposto no artigo 3.º, n.º 5, alínea b), segundo o qual «não é realizada uma concentração quando o controlo for adquirido por uma pessoa mandatada pela autoridade pública por força da legislação de um Estado membro sobre liquidação, falência, insolvência, cessação de pagamentos, concordata ou qualquer outro processo análogo».

Com efeito, lendo a excepção à luz da sua razão de ser e com o mesmo critério que preside à excepção no direito comunitário, impõe-se notar que apenas a transferência do controlo sobre a empresa insolvente para entidade mandatada pela autoridade pública, designadamente o administrador da insolvência, não configura uma concentração de empresas. Com efeito, esta transmissão não opera uma alteração duradoura do controlo (117), pois estas entidades não

(115) Ainda recentemente, no proc. C.Cent 2/2009, por exemplo.

(116) A material é objecto, neste mesmo volume, do estudo de RUI SIMÕES (*A aquisição de empresas insolventes*), para o qual remetemos, quanto aos aspectos não jusconcorrenciais da questão. Diga-se apenas que o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência — aprovado pelo Decreto-Lei n.º 132/93, de 23 de Abril, e alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 157/97, de 24 de Junho, 315/98, de 20 de Outubro, 323/2001, de 17 de Dezembro, e 38/2003, de 8 de Março — foi revogado em 2004 pelo artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o Código da Insolvência e Recuperação das Empresas (depois alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 200/2004, de 18 de Agosto, 76-A/2006, de 29 de Março, 282/2007, de 7 de Agosto, 116/2008, de 4 de Julho, e 185/2009, de 12 de Agosto).

(117) Embora não conheçamos quem desenvolva este argumento entre nós, constatamos que a prof. SOFIA OLIVEIRA PAIS justamente reconhece que a razão de ser da excepção, ao abrigo da lei portuguesa, é esta de a aquisição não operar uma alteração duradoura da estrutura de controlo da sociedade («O novo regime do controlo das concentrações de empresas na Lei n.º 18/2003», in *Concorrência — Estudos*, p. 83).



visam adquirir para actuar no mercado mas apenas — como sucede nas demais excepções — salvaguardar os direitos dos credores ou a preservação da empresa, exercendo sobre a empresa poderes que, em rigor, se pretendem igualmente transitórios.

Através das diversas medidas, típicas ou atípicas, previstas ou possibilitadas pela legislação aplicável, a empresa (seja a ou as pessoas jurídicas, seja os seus activos com e como valor de posição no mercado) será, se tudo correr bem e não for liquidada no processo, novamente colocada no mercado e o adquirente da Empresa ou dos seus activos realiza nesse momento uma concentração para efeitos da legislação da concorrência que, preenchendo os requisitos de notificação previstos na lei, deverá ser objecto de decisão de não oposição pela ou pelas autoridades de defesa da concorrência competentes<sup>(118)</sup>. Paraphrasing François BRUNET, «*ces prises de contrôle qui visent principalement à sauvegarder les actifs et à protéger les intérêts des créanciers de l'entreprise en difficulté, n'ont pas de raison d'avoir un impact sur le comportement concurrentiel de l'entreprise en cause. Cette exception ne vaut pas si la procédure de redressement ou de faillite aboutit à une cession de tout ou partie de l'entreprise à un opérateur tiers. Dans une telle hypothèse, le contrôle des concentrations s'appliquera pleinement...*»<sup>(119)</sup>.

<sup>(118)</sup> Isto não invalida que, reunidos os pressupostos reconhecidos jurisprudencialmente, se possa estar, mas não é certo, perante uma “concentração de recuperação” e perante um caso de “argumento de empresa insolvente”. Trata-se, no entanto, de questão absolutamente diversa — ainda que conexa — pois a autorização ao abrigo da doutrina da *failing firm*, quando lícita, supõe justa e logicamente que se trata de uma concentração e, portanto, de uma operação submetida a controlo das autoridades de concorrência. A doutrina da *failing firm*, que aqui não abordamos, está, resumidamente, dependente dos seguintes requisitos essenciais:

- a) Deterioração da estrutura concorrencial do mercado não resultante da concentração;
- b) Saída da empresa adquirida do mercado em caso de não realização da operação;
- c) Inexistência de alternativa menos anticoncorrencial.

Para uma abordagem geral da *failing firm defence* e dos casos em que foi aplicada, v. ALISON JONES/BRENDA SUFRIN, *EC Competition Law*, cit., pp. 1047-1052; entre nós, v. CAROLINA CUNHA, *Controlo das Concentrações de Empresas — direito comunitário e direito português*, Almedina, Coimbra, IDET, 2005, pp. 166-168; ou J. P. MARIANO PEGO, *op. cit.*, pp. 411-412.

<sup>(119)</sup> «Le nouveau contrôle communautaire des concentrations: champ d'application, procédure, engagements et contrôle juridictionnel», in *Le nouveau droit communautaire de la concurrence* (dir. FRANÇOIS BRUNET/GUY CANIVET), LGDJ, Paris, 2008, p. 546. Para BELLAMY/CHILD, numa fórmula mais curta, «the acquisition by a liquidator or similar office-holder in accordance to a Member State's laws on insolvency (...) will not constitute a change of control on a lasting basis. (...) However, the sale of an undertaking by such an office-holder to a third party will generally give rise to a concentration» (*European Community Law of Competition*, 6.<sup>a</sup> ed., Oxford, 2008, pp. 657-658).

Mesmo que não se entendesse ou entenda assim o âmbito do direito nacional, onde aliás a doutrina mais autorizada não deixa de constatar o paralelismo entre os domínios de excepção no direito comunitário e no direito nacional<sup>(120)</sup>, sempre se impõe considerar que esta solução deve ser observada estritamente no caso de operações de concentração que, ocorridas em Portugal ou produzindo efeitos em Portugal, tenham dimensão comunitária. É isto que, no plano comunitário, resulta evidente se considerarmos a prática decisória da Comissão e a jurisprudência dos tribunais comunitários, bastando-nos com a remissão para os processos *Matra Marconi Space/Satcomms*<sup>(121)</sup>, *ING/Barings*<sup>(122)</sup>, *BASF/Eurodiol/Pantochim*<sup>(123)</sup> ou *Seb/Moulinex*, onde a aquisição de empresas ou de activos foi objecto de notificação e não oposição pela Comissão<sup>(124)</sup><sup>(125)</sup>.

<sup>(120)</sup> MIGUEL MENDES PEREIRA afirma claramente este paralelismo quando, depois de enunciar as três situações excepcionais previstas no artigo 8.<sup>o</sup> da Lei n.<sup>o</sup> 18/2003 afirma que “no mesmo sentido, o n.<sup>o</sup> 5 do art. 3.<sup>o</sup> do” Regulamento (CE) n.<sup>o</sup> 139/2004 (*Lei da Concorrência* — Anotada, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 184).

<sup>(121)</sup> Aquisição pela *Matra Marconi Space NV (MMS)* de certos activos da *Ferranti International plc (Ferranti)*, nomeadamente da sua *Satcomms division (Ferranti Satcomms)*. Ferranti estava, à época, em “administrative receivership” — Decisão da Comissão de 14 de Outubro de 1994 (proc. M.497).

<sup>(122)</sup> Tratava-se da situação, conhecida, envolvendo o «*Baring Brothers & Co. Limited, including all the Baring Brothers & Co. Limited subsidiaries except Baring Securities Limited; all the Baring Securities Limited subsidiaries (except Baring Futures (Singapore) Pte Limited); and, Baring Asset Management Holdings and all its subsidiaries*», pelo grupo *Internationale Nederlanden Groep NV (“ING”)* (decisão de 11 de Abril de 1995 (proc. M.573)).

<sup>(123)</sup> Neste processo, estava em causa a aquisição pela BASF da *Eurodiol* e da *Pantochim*, empresas que haviam sido colocadas em regime de pré-falência (“*concordat judiciaire*”) pelo Tribunal de *Charleroi*, Tribunal de Comércio da Bélgica, a 18 de Setembro de 2000. Pela mesma sentença, o Tribunal nomeou quatro Comissários do Tribunal (“*Commissaires au sursis*”) para controlarem a gestão da Eurodiol e da Pantochim durante o período do processo de pré-falência. Por força de acordo de aquisição vinculativo celebrado em 29 de Dezembro de 2000 entre a BASF Antwerpen NV (uma filial a 100% da BASF AG) e os comissários que representam a Pantochim e a Eurodiol, a BASF adquiriu o controlo exclusivo das referidas empresas. Obviamente, a situação foi considerada e tratada como uma concentração — Decisão 2002/365/CE da Comissão, de 11 de Julho de 2001 (Processo COMP/M.2314, *BASF/Eurodiol/Pantochim*) (Texto relevante para efeitos do EEE) [notificada com o número C(2001) 1856] JO, L 132, de 17.5.2002, pp. 45-64).

<sup>(124)</sup> A Comissão havia tomado uma primeira decisão, que foi parcialmente anulada pelo acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 3 de Abril de 2003 (*Byliss SA c. Comissão*, proc. T-114/02, Colect., 2003, II, pp. 1279), o que levou a Comissão a rever a decisão, o que fez através da Decisão 2005/408/CE da Comissão, de 11 de Novembro de 2003, que declara uma concentração compatível com o mercado comum (processo COMP/M.2621 — *SEB/Moulinex II*) [notificada com o número C(2003) 4157] (Texto relevante para efeitos do EEE) — JO, L 138, de 1.6.2005, pp. 18-25. Referência a este processo pode encontrar-se no *Relatório da Comissão — Parte I — XXXIII Relatório sobre a Política de Concorrência — 2003* (SEC/2004/0658 final, §§ 259-262).

<sup>(125)</sup> Outro processo que envolvia a aquisição de uma empresa em situação de falência não descrito na comunicação consolidada foi o que deu origem ao acórdão do TPI de 8 de Julho

No plano comunitário, deve mesmo atentar-se na circunstância de a Comissão ir ainda mais longe na interpretação restritiva da análoga disposição excepcional constante do regulamento das concentrações, pois considera que a própria operação de recuperação feita por um banco ou sindicato bancário pode ser, desde logo e em si mesma, uma operação de concentração para efeitos do regulamento das concentrações. À semelhança do que já afirmava nos parágrafos 45 das comunicações de 1994 e de 1998 sobre o conceito de concentração <sup>(126)</sup> a Comissão tem consistentemente reiterado que as próprias “operações de recuperação” podem ser consideradas concentrações, para efeitos do controlo das concentrações, em termos que resultam assim expressos no parágrafo 116 da recente *Comunicação consolidada*: «[p]ode levantar-se a questão de saber se uma operação para recuperar uma empresa *antes* de um processo de insolvência, *ou no decurso de um tal processo*, constitui uma concentração nos termos do Regulamento das concentrações. Uma operação de recuperação envolve normalmente a conversão da dívida existente numa nova empresa, através da qual o sindicato bancário pode adquirir o controlo conjunto da empresa em causa. Se esta operação preencher os critérios em matéria de controlo conjunto conforme acima indicados, esta será normalmente considerada uma concentração. Embora a principal intenção dos bancos seja a reestruturação do financiamento da empresa em causa, tendo em vista a sua revenda subsequente, a derrogação prevista no n.º 5, alínea *a*), do artigo 3.º não é normalmente aplicável a este tipo de operação. De modo idêntico ao estabelecido para os fundos de investimento, o programa de reestruturação requer normalmente que os bancos que detêm o controlo determinem a estratégia comercial da empresa objecto de recuperação. Além disso, não é normalmente realista prever a transformação de uma empresa deste tipo numa entidade comercialmente viável e a sua alienação no prazo autorizado de um ano. Para além do mais, o período de tempo necessário para a prossecução desse objectivo pode ser tão incerto que seria difícil conceder uma prorrogação no que respeita ao prazo para a alienação.» <sup>(127)</sup>.

de 2003 (*Verband der freien Rohrwerke eV, Eisen- und Metallwerke Ferndorf GmbH e Rudolf Flen-der GmbH & Co. KG contra Comissão*, proc. T-374/00, Colect., 2003, II, 2275, em especial § 116).

<sup>(126)</sup> JO, C 385, de 31.12.1994; e JO, C 66, de 2.3.1998, pp. 5-11.

<sup>(127)</sup> Na base deste considerando estava o processo *Kelt Energy PLC*, onde um sindicato bancário composto por 8 bancos adquiriu, no contexto de uma operação financeira de reestruturação e através de uma empresa comum especialmente criada para o efeito (no caso, a *Purbeck Petroleum Limited*), o controlo exclusivo da *Keltex* e certos activos da *Kelt* (decisão de não oposição de 20 de Agosto de 1991, proc. IV/M.116 — *Kelt/American Express*).