



TESIS DOCTORAL

**LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS
EN LA UE**

Paula Margarida Martins Franco de Sá

**Escuela Internacional de Posgrado Uex
Programa de Doctorado en Economía y Empresa**

2017



TESIS DOCTORAL

**LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS
EN LA UE**

Paula Margarida Martins Franco de Sá

**Escuela Internacional de Posgrado Uex
Programa de Doctorado en Economía y Empresa**

Conformidad de los Directores:

FDO: Profesora Doctora Dn^a Maria de Lourdes Moreno Liso ;

FDO: Profesor Doctor D. Luis Jose Marin Hita;

2017

Dedicatória:

“Dedico o presente trabalho de doutoramento aos meus filhos, Diogo e Manuel, principais prejudicados com a minha entrega ao estudo e, aos meus pais, pedras basilares da minha vida, que fizeram de mim aquilo que sou”.

Agradecimento:

“Agradeço aos meus orientadores, Professora Doutora Maria de Lourdes Moreno Liso e Professor Doutor Luis Jose Marin Híta, todo o tempo que comigo perderam e a quem muito reconhecida estou pelo seu pronto apoio, amabilidade, incentivo e constante disponibilidade para me receber e orientar. Sem eles, este trabalho não teria sido possível. Um agradecimento especial à Professora Doutora Ana Balmori Padesca, por acreditar em mim.

Agradeço também ao meu colega e amigo António Oliveira, pelo precioso tempo que perdeu comigo...”

ABREVIATURAS E SIGLAS

A - Autor/Autores

Ac - Acórdão

Artº. - Artº / Artículo

Artºs - Artºs

CE - CE/ Comisión Europea

CECA- Comunidade Economica do Carvão e do Aço

Cfr. - Confrontar

COM. - Comunicação

DG COMP - Director-General for Competition

DOJ - Department of Justice

Ed. – Editorial

EEE-Espaço Económico Europeu

Et. al- E outras/os.

Et.seq. E seguintes

EUA - Estados Unidos da América

FTC - Federal Trade Commission

ICN - International Competition Network

Ibid. - Ibidem.

Inc. - Incorporated

JO - Jornal Oficial

MC - Medidas Correctivas

nº - Número

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

Ob.Cit. - Citação

Parág. - Parágrafo

Paras - Parágrafos

PI - Propriedade Intelectual

p - Página

pp - Páginas

Proc. - Processo

Pt. - Ponto

Pts - Pontos

RC - Regulamento Concentrações

Rmto. – Regulamento

SAC- Sociedade Anónima Comunitária

ss.-Seguintes

TCEE - Tratado da Comunidade Económica Europeia

TFUE - Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE. - Tribunal de Justiça da União Europeia

TPI - Tribunal de Primeira Instância

Vs. - Versus

SUMMARY

This doctoral thesis deals with the problem of the Community control of concentrations, specifically the question of acceptance of the compromises put forward by the parties, the European Community, to harmonize company concentration operations with the rules of the Community competition law.

To this end were analysed all the decisions issued by the EC under Regulation No. CE 139/2004, whether be it the ones of admission under conditions rendered in Research Phase II, or the ones of prohibition.

Through this study, we sought to know how the EC has applied, in practice, the Regulation in question.

The sources used in the preparation of this thesis were diverse, such as books, magazines, official law of European Community institutions, journal articles and, above all, official documents available online, from which much of the related research material to the EC's, concerning concentrations of companies with Community dimension, were collected.

This study concluded that ensuring competitive market structures is the main objective of the existence of commitments, for that the ones that assume a structural nature, such as the alienation of a commercial activity, capable of subsiding in an independent and viable manner, are almost always preferable in the Commission's point of view regarding competition control.

This study also analysed that this is not always the best solution from the point of view of competition, therefore paving the way for the defence of a larger scope of application of behavioural correction measures, as well as the need to carry out some legislative changes accordingly.

RESUMEN

Esta tesis doctoral aborda el problema del control de las concentraciones de la UE, específicamente la cuestión de la aceptación de los compromisos ofrecidos por las partes a la Comisión Europea, con el fin de armonizar las operaciones de concentración con las normas del derecho comunitario de la competencia.

Con este fin se analizaron todas las decisiones emitidas por la CE, bajo el Rmto. CE 139/2004, sea las de admisión con condiciones dadas en Investigación Fase II, sea las prohibidas.

A través de este estudio, hemos tratado de saber cómo la CE ha aplicado en la práctica habitual lo Rmto.

Las fuentes utilizadas en la preparación de las obras eran de distinta naturaleza, tales como libros, revistas, ley oficial de las instituciones de la UE, artículos de revistas y páginas webs oficiales, donde se recolectó gran parte del material de investigación relacionados con las decisiones de la UE., concernentes a las concentraciones de empresa de dimensión comunitaria.

El estudio analizó que garantizar estructuras de mercado competitivas con recurso a los compromisos estructurales, tales como - la venta de una actividad comercial, capaz de subsistir independiente y viable, casi siempre se prefiere sob el punto de vista de la Comisión.

El estudio también concluyó que esto no siempre es la mejor solución desde el punto de vista de la competencia, allanando el camino para la defensa de una mayor aplicación de medidas de corrección de comportamiento, así como la necesidad de llevar en consecuencia, algunos cambios legislativos.

RESUMO

A presente tese de doutoramento aborda a problemática do controle de concentrações comunitário, mais concretamente a questão da aceitação dos compromissos apresentados pelas partes, pela CE, como forma de compatibilizar as operações de concentração de empresas com as regras do direito comunitário da concorrência.

Para o efeito foram analisadas todas as decisões proferidas pela CE no âmbito do Rmto. CE 139/2004, sejam as de admissão sob condições, proferidas em Fase II de Investigação, sejam as de proibição.

Através deste estudo, pretendeu-se saber como tem a CE aplicado na prática o Rmto. em questão.

As fontes utilizadas na elaboração dos trabalhos foram de natureza diversa, tais como livros, revistas, legislação oficial das instituições da Comunidade Europeia, artigos publicados em periódicos e, sobretudo, páginas webs oficiais, local onde se recolheu grande parte do material de pesquisa referente às decisões da CE concernentes a concentrações de empresa de dimensão comunitária.

O estudo concluiu que garantir estruturas de mercado competitivas com recurso aos compromissos estruturais, tais como venda de uma actividade comercial, capaz de subsistir independente e viável, quase sempre é preferível sob o ponto de vista da Comissão.

O estudo concluiu também que nem sempre esta é a melhor solução do ponto de vista da concorrência, abrindo caminho à defesa de uma maior aplicação das Medidas de Correção comportamentais, bem como à necessidade de se realizarem algumas alterações legislativas nesse sentido.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	X
CAPÍTULO I	1
1. Introducción.	1
1.1.Estatísticas da Regulação Europeia nos anos objecto de análise.	6
1.2.Marco Histórico.....	13
1.2.1.O Tratado CECA.	13
1.2.2- Os artºs 85º e 86º do TCEE.	15
1.2.3-O Rmto. do Conselho-CEE 4064/89.	17
1.2.3.b-Repatrição de Competências em Matéria de Controlo de Concentrações no Rmto. (CEE) 4064/89.	20
1.2.3.c-Os Acordos Entre Empresas Independentes e a Exploração Abusiva de Posição Dominante.	24
1.2.3.d- Breve referência ao Regulamento 1/2003.	26
1.3-Marco Legislativo.	28
1.3.1-O Regulamento CE 139/2004 e as Regras de Regulação Europeias.	28
1.3.2. O Regulamento (CE) nº 802/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004- Regulamento de Execução.....	42
1.3.3.Da Apresentação dos Compromissos.	48
1.3.4. Processo e Fases.	50
1.3.5- Os Aspectos Procedimentais na Execução dos Compromissos.	57
1.3.5.1.Processo de Alienação.	57
1.3.5.2.O Período Provisório e as Obrigações das Partes.	58
1.4. Metodologia.	61
1.4.1. A Pesquisa Bibliográfica.	61
1.4.2.O Processo e os Métodos de Recolha de Informação.....	62

1.4.3. Validação da Informação Obtida.....	63
1.4.5. Como se Apresentam os Resultados no fim da tese.....	64
1.4.6. Descrição da Estatística Descritiva.....	64
1.4.7. Definição das Variáveis Incluídas nos Quadros.....	68
1.4.7.1. Variáveis Nominais do Quadro 3.....	70
1.4.7.2. Variáveis Nominais do Quadro 4.....	72
1.4.7.3. Variáveis Nominais do Quadro 5- Identificação Legal da Operação.....	80
1.5. Os Cruzamentos Entre os Quadros.....	94
1.6. Estudo de Caso.....	98
1.7. Estrutura do Campo de Análise- Perspectivas de Enfoque.....	100
1.8. Grau de Inovação e Importancia da Investigação.....	101
1.9. Objectivos e Hipóteses da Tese de Doutoramento.....	103
CAPÍTULO II.....	108
2- A Noção de Concentração de Empresa no Rmto. 139/2004.....	108
2.1.A importância da Comunicação 2008/C 95 e o Critério Qualitativo.....	108
2.2.Os Tipos de Concentração, na lei e nos Casos analisados.....	109
2.2.1.As previstas na al a)- decorrentes de uma fusão entre empresas anteriormente independentes.....	110
2.2.2.As Decorrentes de uma Aquisição do Controlo-Alínea b).....	111
2.3.O Conceito de Controlo.....	112
2.3.1.O Objecto de Controlo.....	112
2.3.2.Alteração Duradoura do Controlo.....	114
2.3.3.Pessoa que Controla Outra Empresa.....	117
2.3.4.Adquirente do Controlo.....	118
2.3.5.Operações Interligadas.....	119
2.3.6.Requisito de Condicionalidade das Operações.....	122
2.3.8.Aquisições do Controlo em Paralelo e Em Série.....	123

2.3.9. Série de Operações Sobre Títulos.....	124
2.3.10. N.º 2, Segundo Parágrafo do Art.º 5.º.....	124
2.3.11. Aquisição de Controlo Através de Fundos de Investimento.	126
2.4.As Modalidades de Controlo na Concentração de Empresas e nos Casos Estudados.	127
2.4.1.Controlo Exclusivo.....	127
2.4.2.O Controlo Exclusivo de Direito.....	128
2.4.3.Controlo Exclusivo de Facto.	129
2.4.4.Controlo Conjunto.....	130
2.4.4.1.Igualdade dos Direitos de Voto ou de Representação nos Órgãos de Decisão.....	131
2.4.4.2.Direito de Veto.....	131
2.4.4.3.Exercício Comum dos Direitos de Voto.	134
2.5.As Alterações de Controlo.	136
2.5.1. Entrada de Accionistas com Uma Posição de Controlo.	137
2.5.2.Redução do Número de Accionistas.....	138
2.6.Meios de Controlo.....	138
2.7. Identificação Legal da Operação nos Casos Estudados.	141
2.7.2. As Características Accesórias da operação nos casos estudados.	148
2.8.Perspectivas de Evolução.	150
CAPÍTULO III	154
3.Abordagem Material dos Compromissos.	154
3.1. Noção e Finalidade das Medidas de Correção.	154
3.2.Princípios Gerais.	157
3.3.Condições Base Para Compromissos Aceitáveis e a Importancia do <i>Merger Remedies Study</i>	159
3.4.Carácter Adequado dos Diferentes Tipos de Medidas de Correção.....	163

3.5. As Medidas de Correção nos Casos Analisados e a Tipologia do Estudo da Comissão.	165
3.5.1. Compromissos para Transferir uma Posição de Mercado.	165
3.5.2. Compromissos para Sair de uma Empresa Comum ou Joint-Venture. ...	166
3.5.3. Compromissos de Garantia de Acesso.	166
3.5.4. Outros Compromissos.	167
3.6. Alienação de uma Actividade a um Adquirente Adequado.	169
3.7. Alienação de uma Actividade Viável e Concorrencial.	171
3.7.1. O Adquirente Adequado.	173
3.7.2. Entidade Autónoma e Condições para Aceitar Medidas Alternativas.	173
3.8. Alienação Versus, Acordo de Licença-Mudança de Marca.	175
3.9. Os Compromissos Alternativos em Matéria de Alienação-«Jóias da Coroa».	178
3.10. Venda da Actividade Alienada.	180
3.10.1. Num Prazo Fixo Após a Decisão.	180
3.10.2. Adquirente Inicial.	181
3.10.3. Medidas de Correção do Tipo «Solução Prévia».	183
3.11. Eliminação dos Vínculos com os Concorrentes.	185
3.12. Outras Medidas de Correção.	186
3.12.1. Medidas de Correção Respeitantes ao Acesso e Outras Medidas de Correção.	187
3.12.2. Alteração dos Contratos Exclusivos a Longo Prazo.	195
3.13. A questão das Restrições Acessórias.	196
3.13.1. Princípios Gerais.	197
3.13.2. Princípios Aplicáveis às Restrições no caso de Aquisição de uma Empresa.	200
3.13.3. Cláusulas de não Concorrência.	200

3.13.4.Acordos de Licença.	202
3.14.Princípios Aplicáveis às Restrições no caso de Criação de uma Empresa Comum- n.º4 do artº 3.ºdo RC.	204
3.16. As Concentrações.	208
3.16.1. Verticais.	208
3.16.2-A Questão da Aplicação dos Remédios numa Perspectiva Vertical.	210
3.16.3-Os Remédios e as Preocupações de Mercado Verticais e Horizontais. .	211
3.16.4-A Importância das Conclusões do Estudo Feito pela Comissão.	213
3.17.Catalogação dos Compromissos-Posição Adoptada.	214
3.18.Critica à Posição da Comissão. Argumentos a Favor de Maior Aplicação das MC Comportamentais.	218
3.19. O Tipo de Mercado, as Preocupações Encontradas e as Consequências a Evitar-Variáveis Nominais do Quadro 4.	227
3.20. Os Cruzamentos entre as Variáveis e as Respostas às Hipoteses Levantadas.	235
a) Tabela dos Compromissos (Anexo I) versus Tabela das Características do Mercado (Tipo de Mercado), Parâmetro 2 (Apêndice II).....	235
b) Cruzamento da Tabela dos Compromissos (Anexo I) versus a Tabela das Características do Mercado, (Preocupações Encontradas) Parâmetro 1- (Apêndice II).	242
c) Cruzamento da Tabela dos Compromissos (Anexo I) versus Tabela das Características do Mercado, (Consequências a Evitar) Parâmetro 3- (Apêndice II).	247
d) Cruzamento da Tabela das Características do Mercado, (Consequências a Evitar/Tipo de Mercado) Parâmetros 1 e 2- (Apêndice II).....	249
e) Cruzamento da Tabela das Características do Mercado, (Consequências a Evitar/Tipo de Mercado) Parâmetros 1 e 2 - (Apêndice II) nos Casos Proibidos.	253

f) Cruzamento da Tabela das Características do Mercado, (Preocupações Encontradas/Tipo de Mercado) Parametros 1 e 2. (Apêndice II).....	255
g) Cruzamento da Tabela das Características do Mercado, (Preocupações Encontradas/Tipo de Mercado) Parametros 1 e 2 (Apêndice II), Casos Proibidos.	259
h) Cruzamento da Tabela do Enquadramento Legal com a Tabela das Características da Operação (Anexo III).	260
i) Cruzamento da Tabela dos Compromissos (Apêndice I) /Enquadramento Legal-Características Essenciais (Apêndice III).....	261
j) Cruzamento da Tabela dos Compromissos (Apêndice I) /Enquadramento Legal -Características Acessórias (Apêndice III).	264
3.21. Análise dos Resultados.....	268
CAPÍTULO IV.....	270
Considerandos sobre os resultados da pesquisa empírica referente à mostra objectivo -A Análise dos Casos Objecto de Estudo-Permitidos e Proibidos..	270
CAPÍTULO V	294
CONCLUSIONES	294
Referências bibliográficas.....	306
Tratados	306
Regulamentos.....	306
Orientações Internacionais.....	306
Orientações da CE	306
Comunicações da CE	306
Decisões da Federal Trade Commission.....	307
Jurisprudência Europeia.....	307
Decisões da Comissão	307
Obras literárias	309
Webgrafia.....	318

APÊNDICES	331
TABELA I-DOS COMPROMISSOS.....	332
TABELA II-CARACTERÍSTICAS DO MERCADO.	370
TABELA III-CARACTERISTICAS DA OPERAÇÃO.....	387
PARTE IV.....	403
I-DESCRIÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO-OS CASOS VIABILIZADOS COM A APRESENTAÇÃO DE COMPROMISSOS	403
1. Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653.....	403
2. Caso JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT- M.3687.....	404
5.Caso DONG / ELSAM /ENERGI E2- M.3868	411
6.Caso T-MOBILE AUSTRIA / TELE.RING-M.3916.....	414
7.Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000.	416
8.Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180.....	418
9.Caso METSO /AKER KVAERNER.-M4187.....	425
10.Caso JCI / FIAMM-M.4381	427
12. Caso SFR / TELE 2-M.4504	433
13.Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX-M.4513.....	435
14.Caso KRONOSPAN / CONSTANTIA-M.4525.....	437
15.Caso THOMSON CORPORATION / REUTERS GROUP-M.4726.	439
16. Caso STATOILHYDRO / CONOCOPHILLIPS-M.4919.....	442
18.Caso FRIESLAND / CAMPINA-M.5046.	446
19.Caso ARSENAL / DSP-M.5153.....	449
20. Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES)- M.5335	451
21. Caso LUFTHANSA / AUSTRIAN AIRLINES-M.5440.....	454
22. Caso UNILEVER / SARA LEE BODY CARE-M.5658.....	455

24. Caso WESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES-M.6203.	460
25-Caso J&J / SYNTHES-M.6266.	465
27-Caso UTC / GOODRICH-M.6410.	470
28- Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458.....	473
29-Caso OUTOKUMPU / INOXUM-M.6471.....	479
30-Caso HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA-M.6497.	481
II-DESCRIÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO-OS CASOS DE PROIBIÇÃO RMTO. 139/2004	
1. Caso RYANAIR/AER LINGUS- M4439.	485
2- Caso -OLYMPIC/AEGEAN AIRLINES-M5830.	497
3- Caso DEUTSCHE BÖRSE / NYSE EURONEXT -M.6166.....	507
4-Caso-UPS/TNT EXPRESS-M.6570.....	525
5-Caso RYANAIR / AER LINGUS III - M 6663.....	527

Índice de Tabelas

TABELA 1 Estatísticas-Casos Decididos em Fase I.....	6
TABELA 2-Estatísticas por anos Casos Permitidos e Proibidos	7
TABELA 3-Estatísticas casos notificados e retirados- Fase I e II	10
TABELA 4- Características Essenciais, Enquadramento Legal RC 139/2004.....	89
TABELA 5-Características Essenciais/Enquadramento Legal	91
TABELA 6-Características Acessórias	92
TABELA 7-Quadro1	141
TABELA 8-Enquadramento legal RC 139/2004.....	142
TABELA 9-Características essenciais-Enquadramento Legal RC 139/204	145
TABELA 10-Características Essenciais.....	146
TABELA 11-Enquadramento Legal.....	147
TABELA 12-Características Essenciais	148
TABELA 13-Características Acessórias	149
TABELA 14-Características Acessórias	149
TABELA 15-Classificação Compromissos Critério Comissão Europeia (Comunicação).	167
TABELA 16-Compromissos Garantia de Acesso Comissão	168
TABELA 17-Compromissos Alienação	175
TABELA 18-Despojamento	184
TABELA 19-Compromissos Residuais Outras Medidas de Acesso.....	195
TABELA 20-Condições e Obrigações	206
TABELA 21-Características Mercado	228
TABELA 22-Características do Mercado Proibido	229
TABELA 23-Preocupações encontradas	231
TABELA 24-Preocupações Encontradas Casos Proibidos	232
TABELA 25-Consequências a evitar	234
TABELA 26-Consequências a evitar Casos Proibidos	234
TABELA 27-Compromissos versus Características do Mercado	236
TABELA 28-Compromissos	238
TABELA 29-Compromissos versus Características do Mercado	240

TABELA 30-Compromissos versus Características do Mercado	241
TABELA 31-Compromissos versus Características do Mercado	241
TABELA 32-Preocupações Encontradas versus Compromissos	244
TABELA 33-Consequências a Evitar versus Compromissos	247
TABELA 34-Consequências a Evitar versus Características do Mercado.....	251
TABELA 35-Consequências a Evitar versus Características do Mercado.....	251
TABELA 36-Consequências a Evitar versus Características do Mercado.....	252
TABELA 37-Consequências a Evitar versus Características do Mercado Casos Proibidos.....	253
TABELA 38-Preocupações Encontradas versus Características do Mercado	255
TABELA 39-Preocupações Encontradas versus Características do Mercado	257
TABELA 40-Preocupações Encontradas Casos Proibidos versus Características do Mercado	259
TABELA 41-Características Essenciais da Operação Versus Enquadramento Legal .	260
TABELA 42-Compromissos Alienação versus Enquadramento legal.....	261
TABELA 43-Compromissos Continuação versus Enquadramento Legal	262
TABELA 44-Compromissos Residuais, Outras Medidas de Acesso versus Enquadramento legal	263
TABELA 45-Compromissos Alienação versus Características Acessórias.....	264
TABELA 46-Compromissos Continuação versus Características Acessórias.....	265
TABELA 47-Compromissos Residuais,Outras Medidas de Acesso versus Características Acessórias	267

Índice de Gráficos

Gráfico 1-Características Essenciais	90
Gráfico 2-Características Essenciais.....	91
Gráfico 3-Enquadramento legal RC 139/2004	143
Gráfico 4-Características Essenciais	147
Gráfico 5-Compromissos.....	194
Gráfico 6-Preocupações encontradas	232
Gráfico 7-Compromissos.....	237
Gráfico 8-Compromissos.....	239
Gráfico 9-EnquadramentoLegal	261

Gráfico 10-Medidas Comportamentais versus Medidas Estruturais 271

Índice de Quadros

Quadro 1 66

Índice de Esquemas

Esquema 1- Prazos apresentação Compromissos 53

Esquema 2-Plano de Estudo de uma Decisão..... 99

CAPÍTULO I

1. Introducción.

Esta tesis se centra en el tema de estudio del control de las concentraciones comunitarias, específicamente en la cuestión de la aceptación de los compromisos ofrecidos por las partes, a la Comisión Europea, con el fin de permitir a la concentración de empresas, si no violan las normas del Derecho comunitario competencia, lo que nos arroja necesariamente al estudio del Reglamento 139/2004 del Consejo.

Como refiere **GALLEGO CÓRCOLES**,

*“El Reglamento (CE) n.º139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, tiene por objeto la regulación de aquellas concentraciones de empresas que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”.*¹

La consecución de dicho objetivo de hacer más competitivas a las empresas comunitarias exige abrir un espacio para que las mismas puedan reorganizarse y abordar procesos de reestructuración en condiciones de libertad y seguridad jurídica tanto para las propias empresas como para sus socios (cuando se organicen en forma de sociedades), sus trabajadores, sus acreedores y los consumidores en general.²

La competencia efectiva se traduce en beneficios para los consumidores, tales como precios bajos, productos de calidad, una amplia gama de bienes y servicios y la innovación. A través del control de las concentraciones, la Comisión evita concentraciones que puedan privar a los consumidores de estas ventajas al aumentar significativamente el poder de mercado de las empresas.³

¹GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión, (2008), Novedades de la Justicia Comunitaria para el mercado energético español: los casos de la OPA de EON y de la llamada «Ley Anti-EDF», Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, (6), Sección Artigos, Noviembre-Diciembre 2008, Editorial La Ley, pp. 49-64; en p.49.

²HERMIDA TAPIA, A.J. (2012), “Aspectos generales de las OPAS. Sociedades anónimas cotizadas y ofertas públicas de adquisición”, *La Ley 16902/2012*, Madrid, Ed. La Ley, pp. 211-244, loc. Cit. p.211.

³JO 2008/C 265/07 de 18.10.2008 –“Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas”; A

Las Medidas Correctivas (en adelante, MC.) permiten resolver los problemas derivados de la reducción de los niveles de competencia en los mercados de referencia, en casos en los que, de no aplicarse dichas medidas supondría una prohibición de la concentración.

En este sentido, la posibilidad concedida a las empresas es prueba del interés por la UE en la salvaguarda de los beneficios asociados con las concentraciones relativas a la búsqueda del bien estar de los consumidores, concretamente menor precio de los bienes y servicios generados por los ahorros en los costos de producción o transacción, así como una mayor calidad en la oferta o en nuevos productos o mejora.

Por otra parte, la regulación⁴ tiene un impacto en la innovación, ya que la competencia conduce a mejores resultados en el mercado, siendo responsable por una disminución de los precios y aumento de la producción así como determina un aumento de la calidad, variedad y la innovación de productos, que se consigue por la aplicación de las soluciones de comportamiento.

Sobre estas relaciones entre competitividad, reestructuración y concentración de las empresas europeas, resultan muy ilustrativos los considerandos del Reglamento comunitario de concentraciones, Reglamento nº 139/2004 (en adelante Rmto. 139/2004) do Consejo.

Sabido es que una de las formas principales de reorganización de las empresas es la concentración de sus medios productivos. Por eso el tema de la concentración de empresas es muy importante en nuestros días, pues estamos a hablar en ultima instancia en eficiencia de producción y consecuentemente en bien estar de los ciudadanos.

La Comisión todo hace con el objetivo de viabilizar las operaciones de concentración publicados por la Comisión Europea. Eso mismo resulta del análisis de los datos estadísticos publicados.⁵

Por consiguiente, las MC constituyen un instrumento clave para el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado común, que se refleja en su relación de

Comissão entende que constituir aumento do poder de mercado é, “a capacidade de uma ou mais empresas aumentarem os preços de forma rentável, reduzirem a produção, a escolha ou a qualidade dos bens e serviços, diminuírem a inovação ou influenciarem de forma negativa outros parâmetros da concorrência”, Pt. 10.

⁴ COM. LIVRO BRANCO (2014), “*Rumo a um Controlo mais Eficaz das Concentrações da EU*”, Bruxelas, pp.7-8.

⁵COM., LIVRO BRANCO (2014), pp.449-final.

dependencia sustantiva con la decisión muy final y que su fracaso conduce a ineficacia automática de la decisión de aprobación.

Por lo tanto hacemos un acercamiento literal y teleológico de la legislación relativa a la preferencia de las soluciones por la Comisión, asumiendo una posición jurídica sobre este tema.

La revisión doctrinal tendrá dos perspectivas diferentes: por un lado, el breve estudio de los problemas identificados por el Estudio Europeo de la Dirección General de Competencia (en adelante DG COMP), como la composición del paquete de mercancías y la identificación de un comprador adecuado, acercándose a los problemas de asimetrías, efectos informativos y de colusión

Por otro lado, los fundamentos que justifiquen la necesidad de una mayor flexibilidad Europea con relación a MC conductual: el principio de la proporcionalidad; tipos de efectos de concentraciones (horizontales y no horizontales), y su enfoque en los tipos de mercados "tradicionales" y "dinámicos".

El análisis se centra en la consideración del argumento pragmático de la vigilancia de MC. y si las medidas de comportamiento requieren un seguimiento más prolongado con los costos asociados inherentes, medidas estructurales también requieren una revisión "ex-post" en su eficiencia de aplicación y de los resultados.

Es preciso señalar que la no aceptación por parte de la Comisión de los compromisos propuestos por las empresas es la última fortaleza a través del cual se ejerce el control de las concentraciones. De hecho, mediante la imposición a la concentración de la no aceptación de las condiciones presentadas por las partes, la Comisión está ejerciendo su poder de control sobre la economía europea.

Con este fin, y porque es necesario marcar el momento del objeto de estudio, vamos a examinar las decisiones adoptadas por la CE bajo el Rmto. CE. 139/2004, sea las de admisión con condiciones dadas en Investigación Fase II, así como sus declaraciones prohibición.

A través de este estudio, nuestro objetivo es contribuir al conocimiento de la forma como la CE ha aplicado en la práctica lo Rmto.en cuestión.

La opción por el estudio de las decisiones de admisión en la fase II, es resultado de la comprensión de que este era el lugar donde la Comisión ha identificado los principales problemas de violación de las cuestiones de competencia a que las partes

han tenido que dar respuesta, por lo que traduce un análisis de campo fértil naturalmente de acuerdo con los objetivos que se persiguen con la investigación.

Por otro lado, la opción de examinar los casos de prohibición, permitió darse cuenta de hasta qué punto la Comisión acepta los compromisos y cómo los acepta. Cuáles son sus límites de contenido, así como cuáles son las cuestiones formales de su presentación.

Sólo con el análisis de ambos casos será la imagen completa.

Por tanto, se evalúa cómo la Comisión en los últimos diez años de regulación miraba las medidas propuestas para prever de qué forma en lo futuro actuará.

Este asunto ya ha sido tratado por la Comisión a través de la aplicación del Rmto. 4064/89 del 21 de diciembre 1989 por lo que hay varias decisiones que no se estudian aquí, permaneciendo fuera del campo de análisis.

Las medidas han sido objeto también de estudio por la jurisprudencia, en constante evolución, ya que las decisiones de la Comisión pueden ser cuestionadas por el Tribunal CE⁶ y que, también en este caso no se analizan, a excepción de algunas que se hace referencia.

La tesis doctoral presentada consta de cuatro capítulos, organizados para alcanzar determinados objetivos. El versado en asuntos capítulos identificados se resumen de la siguiente manera:

En el Capítulo I se hace el equadramento histórico y jurídico, se definen los objetivos e hipótesis de la tesis doctoral, destacando el grado de innovación y su importancia en el contexto de la regulación de la competencia en la UE, así como la metodología utilizada con el fin para lograr objetivos y responder a las hipótesis.

El Capítulo II analiza el concepto de concentración empresarial en el Reglamento 139/2004, los tipos de concentración, el concepto de control, define lo que es una operación interconectada, identifica las modalidades de control y los medios de control, realiza una subsunción de los casos con el fin de integrar los conceptos identificados y descritos.

En el Capítulo III se exponen los conceptos teóricos, se refieren los casos analizados frente a los compromisos identificados, explicando los y se intentando hacer

⁶ QUADROS, Fausto de, realça o trabalho da jurisprudência comunitária na elaboração do Direito Comunitário, defendendo que o TJ faz a integração jurídica na U.E. ao mesmo ritmo da integração económica, monetária e política, “*Direito da União Europeia*” (2013), p.291.

una correlación entre ellos. Se hace lo tratamiento estadístico de los datos recogidos y se presentan tablas agrupando los resultados de forma a llegar se a los objetivos propuestos y hipótesis planteadas.

Los compromisos existentes son descritos segundo dos criterios. Lo adoptado pela CE en lo “Merger Remedy Study” y lo criterio identificado por la Comisión en la Comunicación de 2008⁷, se adoptando una posición.

Se hace también un estudio comparativo de los casos viabilizados en Fase II por la Comisión versus casos prohibidos, se intentando llegar a resultados analíticos-Cap-IV.

El Capítulo V es lo Capítulo final en lo cual se revelan las conclusiones de la pesquisa.

Lo Capítulo V es seguido por la bibliografía e los Apéndices.

En los Apéndices (Parte IV), se presentan los treinta casos de admisión delante condiciones en el ámbito del Reglamento 139/2004, artº 8º.2 y los cinco de prohibición, artº 8º.3.

La analice es hecha en tres vertientes. Identificación de la operación, problemas encontrados, soluciones aceptes, bien como se presentan los resultados de la recoja de los datos – Apéndice I titulado “Los compromisos”, que han sido tratados estadísticamente.

Se han hecho los modelos de analice estadística y se presenta también lo estudio de caso múltiplo de las treinta decisiones permitidas en Fase II de investigación, responsabilidad de la doctoranda.

Se presentan los resultados de la recoja de los datos – Apéndice I, intitulado “Los Compromisos”, segundo los dos criterios en cima identificados en el Capítulo III.

Apéndice II –“Características del Mercado” y Apéndice III, “Características Legales de la Operación”. En lo Apéndice IV se describen los casos.

Así, los Apéndices se agrupan en las Partes I, II, III y IV, correspondiendo a elementos de carácter informativo relacionados con: los compromisos aceptes por la Comisión en los treinta casos estudiados, tabla de los compromisos identificados, tabla con las características del mercado, y tabla de las características legales de la operación. La Parte IV es dedicada a la descripción de la operación.

⁷ COM. da Comissão JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008.

El enfoque de la investigación se basa en el reglamento de la UE sobre el tema de la concentración en operaciones a escala comunitaria.

La Regulación institucional abarca una importancia sustancial para instituciones y empresas en el mercado que es dinámica y altamente competitiva, señalando el bienestar y la satisfacción de los ciudadanos y el desarrollo de la economía y las empresas en la competitividad y la precariedad del mercado, cada vez más exigente e inestable.

Por esta razón, la relación entre la institución responsable de los sistemas de control, las empresas y los ciudadanos tiende a encontrar un propósito común para salvaguardar y promover el desarrollo y optimización de los recursos humanos y tecnológicos, que sin duda va a ser en el futuro una temática con gran potencial de investigación.

Aquí destacamos cada vez más la importancia de los mercados dinámicos y la necesidad de defender el valor de la innovación.

1.1. Estatísticas da Regulação Europeia nos anos objecto de análise.

Desde 1990, até Outubro de 2013, a Comissão analisou em Fase I, 4.699 casos notificados pelas partes, de concentração, que declarou compatíveis com o mercado comum (art.º 6 nº1 b), 2.116 casos que considerou compatíveis, sujeitos a simples procedimentos (art.º 6 nº 1 b) e 227 casos, cuja compatibilidade condicionou à sujeição a compromissos. (art.º 6 nº 1 b) e nº 2.

ANOS	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	Total
Art 6.1 (a) out of Scope Merger Regulation	2	5	9	4	5	9	6	4	4	1	1	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	52
Art 6.1 (b) compatible	5	47	43	49	78	90	109	118	196	225	278	298	233	200	226	273	323	368	307	225	253	299	254	196	4.699
Art 6.1 (b) and 6.2 (compatible w. commitment)	0	3	4	0	2	3	0	2	12	16	26	11	10	11	12	15	13	18	19	13	14	5	9	9	227

Fonte: Directorate-General for Competition⁸

TABELA 1 Estatísticas-Casos Decididos em Fase I

⁸ <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

Por comparação com os anos anteriores, desde o ano de 2008, verifica-se uma tendência de descida do número de casos apresentados à Comissão, registando-se no entanto mais um caso de compatibilidade com sujeição a compromissos, por comparação com o ano anterior, quantidade no entanto não expressiva de uma tendência que é inversa às outras duas- art.º 6º.1 alinea b) do Rmto. 134/2009.

Para tal resultado poderá ter contribuído um melhor conhecimento das partes notificantes do conteúdo da informação a fornecer à Comissão o que acontece devido, por um lado, ao amadurecimento do teor dos conceitos por parte da Comissão e, das comunicações que foi tornando públicas, resultante também de um maior conhecimento da prática decisional jurisprudencial, bem como do aperfeiçoamento dos formulários em termos de conteúdo, conforme Rmto. de Execução CE nº 802/2004 de 7 de Abril e ainda da Comunicação consolidada, Comunicação 2008/C 267/01.⁹

Ao invés, em 2001, **ERSBOLL**,¹⁰ afirmou que se tem assistido nos anos recentes a uma transformação na forma de gerenciar as notificações, em consequência do aumento das notificações submetidas bem como devido à complexidade e envergadura dos negócios notificados.

Importará referir que também desde 2003 mais nenhum caso foi apresentado à Comissão que esta tenha determinado fora da sua área de competência, o que até essa data não acontecia.

As mesmas explicações serão aqui válidas.

Anos	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	Total
Art 8.1 Compatible (8.2 Under Rmto.4064/89)	0	1	1	1	2	2	1	1	3	0	3	5	2	2	2	2	4	5	9	0	1	4	1	2	54
Art 8.2 Compatible With Commitments	0	3	3	2	2	3	3	7	4	7	1	9	5	6	4	3	6	4	5	3	2	1	6	2	102
Art 8.3 Prohibition	0	1	0	0	1	2	3	1	2	1	2	5	0	0	1	0	0	1	0	0	0	1	1	2	24

Fonte: Directorate-General for Competition¹¹

TABELA 2-Estatísticas por anos Casos Permitidos e Proibidos

⁹ Disponível em JO L 24 de 29.1.2004, pp. 1 - 22.

¹⁰CHRISTHIAN ERSBØLL, Niels (2001)“Commitments Under the Merger Regulation” *European Competition Law Review*, 22, 2001, pp.357-364, em p.357;

¹¹ <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

Nos termos dos dados estatísticos publicados no site da DGCOM, desde 1990 até Outubro de 2013, data temporal balizada da tese, foram decididos em Fase II pela Comissão:

- Cinquenta e quatro casos, ao abrigo do art.º 8º.1 ou 8º.2 do Rmto. 4064/89, tendo sido declarada a sua compatibilidade com o mercado comum e, até Setembro de 2016, cinquenta e seis casos¹²;

- Cento e dois casos declarados compatíveis, ao abrigo do art.º 8º nº 2 mas sujeitos à imposição de compromissos e, até Setembro de 2016 cento e dezanove;

- Vinte e quatro casos de proibição¹³, com base no art.º 8º nº3 do Rmto. e até Setembro de 2016, vinte e cinco, ocorrendo o vigésimo quinto caso no ano de 2016.

Por comparação com a tabela anterior, verifica-se que a Comissão decidiu até esta data mais casos na Fase I do que na Fase II tendo o número de casos decididos na Fase II uma expressão residual por comparação com os decididos na Fase I.

A maioria dos casos analisados pela Comissão na primeira fase foi de compatibilidade com o mercado comum, nos termos da al b) do nº 1 do art.º 6º, num total de 4.699¹⁴ casos e, nos termos da al) do nº1 do art.º 6º, mas mediante simples procedimentos, 2.116¹⁵ casos.

Em primeira fase, foram ainda decididos 227 casos de compatibilidade mediante a aplicação de compromissos -art.º 6º nº 1 e 6º nº2 que desta forma não transitaram para a segunda fase, sendo 266 os casos decididos até Setembro de 2016.

Até 2013, a Comissão decidiu a compatibilidade com o mercado comum na Fase II de 102¹⁶ casos- art.º 8º nº2, impondo compromissos, sendo que desse numero de casos, 55 foram decididos antes de 2002 e 47, depois de 2002.

Até 2013, a Comissão decidiu a incompatibilidade¹⁷ com o mercado comum, na Fase II dos procedimentos, de 24¹⁸ casos, dos 216 casos que analisou, como acima se

¹² Ibid.

¹³ As partes podem ser levadas a optar pela retirada da notificação e efectuarem uma alienação estratégica para dar novamente início ao processo ou desistir pura e simplesmente. Isso explica o baixo número de casos de proibição.

¹⁴ Até Setembro de 2016, 5.571 casos.

¹⁵ Até Setembro de 2016, 2.766 casos.

¹⁶ Até Setembro de 2016, 119 casos.

¹⁷ WANG, Wei, (2011): “Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control” *World Competition Revue*, 34, pp.571-596; refere que :“A Comissão raramente bloqueia fusões. Em vez disso, muitas vezes solicita às empresas na concentração para modificar a operação e enviar remédios”, em. p.577.

¹⁸ Até Setembro de 2016, 25 casos, Caso M.7612 - HUTCHISON 3G UK / TELEFONICA UK.

referiu, o que corresponde a uma percentagem de cerca de 11% dos analisados em segunda Fase.

Desses 24 casos, 18 foram decididos até ao ano de 2002, sendo que posteriormente a essa data, o número de casos diminuiu visivelmente para um total de apenas 8 casos, até Outubro de 2013.

Relativamente aos casos retirados, verificamos que até Outubro de 2013, foram retirados em primeira Fase, 114 casos e na segunda Fase, 37, ou seja cerca de 32% dos casos retirados na Fase 1.

Na opinião de **MOURA E SILVA**, não pode deixar de se registar o facto de o abandono das transacções poder ser ditado pela existência de objecções inultrapassáveis do ponto de vista da concorrência, embora parte delas poder ter que ver com questões comerciais.¹⁹

Segundo a opinião de **WANG**, as estatísticas sobre casos de fusão da UE, mostram que desde 1998, os casos mais questionáveis foram resolvidos com as condições após a Fase I rever, sendo que apenas uma pequena parte entrou Fase II.²⁰

A Fase II é demorada, cara e exigente em termos do aprofundamento de informações. Por isso, a combinação de prazos apertados, decisões definitivas e validade indefinida leva muitas partes a oferecer concessões para evitar enfrentar uma conclusão negativa.²¹

Segundo **SIMS & MC FALLS**,²² quando as partes são obrigadas a escolher entre remédios de desinvestimento em alternativa à opção contenciosa, após um longo processo que tardou a transacção por meses, sendo que a expectativa de um litígio torna ainda mais onerosa em termos de tempo uma solução, estas vão optar sempre pela solução de mais remédios em vez de mais litígio, a menos que os remédios possam prejudicar significativamente o valor económico da transacção que tenha entretanto deixado de ser atraente.

São estes os casos de abandono da concentração que as estatísticas igualmente referem.

¹⁹MOURA E SILVA, M. (2008), p. 844.

²⁰WANG, W. (2011), loc.Cit.p.579.

²¹LAROCHE, P. “*Legal Issues Concerning remedies in Network Industries*”: EC Competition Law vs. Sector-specific Regulation, ed. Damien Géraadin (Antwerp: Intersentia, 2004), *apud* WANG, Wei, (2011) in “*Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control*”, p. 21.

²²SIMS, Joe & MC FALLS, Michael “*Negotiated Merger Remedies: How Well Do They Solve Competition Problems?*” *George Washington Law Review* (69), 2001, p.932-973, loc. Cit.p. 938.

PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE

I.) NOTIFICATIONS

	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	Total
Number of notified cases	11	64	59	59	95	110	131	168	224	276	330	335	277	211	247	318	356	402	348	259	274	309	283	219	5365
Cases withdrawn - Phase 1	0	0	3	1	6	4	5	9	5	7	8	8	3	0	3	6	7	5	10	6	4	9	4	1	114
Cases withdrawn - Phase 2	0	0	0	1	0	0	1	0	4	5	5	4	1	0	2	3	2	2	3	2	0	1	1	1	37

Fonte: Directorate-General for Competition²³

TABELA 3-Estatísticas casos notificados e retirados- Fase I e II

Importará dizer que desde o ano de 1990 até Outubro de 2013, foram notificados 5.365 casos de concentração, sendo retirados na Fase I, 114 casos e na Fase II, 37 casos.

Segundo **MOURA E SILVA**, na análise que fez dos dados estatísticos até ao ano de 2007²⁴, a manutenção mais ou menos estável dos casos de notificação de concentrações à Comissão, resulta da fixação dos limiares para a qualificação de uma operação de concentração comunitária.

A média foi de 60 casos por ano, sendo que em 1994 subiu para 95 casos, chegando a cerca de 170 casos em 1997.

Atribui este autor o crescimento do número de casos à entrada em vigor do Rmto. 1310/97 e o início de uma nova vaga de concentrações, que cresceram situando-se em 2001 à volta de 350 casos.

Com efeito, a partir de 2002 constatamos um decréscimo do número de casos notificados, assim como em 2003, com tendência de aumento a partir desta data e de ano para ano, atingindo maior número em 2007, com mais de 400 casos notificados.

Segundo o autor de que vimos falando, a situação do decréscimo é motivada pela crise económica que se fez sentir.²⁵

O aumento de casos acompanha também a entrada em vigor do RC. nº 139 /2004, dizemos nós.

²³ <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>

²⁴MOURA E SILVA, M., “Direito da Concorrência, Uma Introdução Jurisprudencial”, loc. Cit. p. 843.

²⁵PEINADO GRACIA, Juan Ignacio, refere que:“A desaceleração da economia de esta década (a partir do ano de 2010), dá lugar a uma diminuição dos processos de reestruturação e fusão O número de notificações em 2013 desceu consideravelmente até chegar a 212.”, in “Las concentraciones empresariales desde la perspectiva del ordenamiento comunitario.Apuntes sobre el Reglamento 139/2004, de 20 de enero sobre control de concentraciones entre Empresas”, “Estudios de Derecho de la competencia” / coord. por Pino Abad, Manuel & Font Galán, Juan Ignacio, (2005), pp. 151-183, loc. Cit. p. 154;

Paralelamente, assiste-se a uma diminuição do número de casos declarados incompatíveis, verificando-se um esforço eficaz na aposta da adopção de compromissos por forma a viabilizar as operações submetidas à apreciação da Comissão.

Segundo **MOURA E SILVA**,²⁶ este aumento deve-se ao facto do alargamento da Comunidade aos dez novos Estados Membros, que teve lugar em 1 de Abril de 2004, bem como com a vaga de fusões e aquisições que se verificou. A partir desta data o número de operações notificadas vai decrescendo até atingir em 2012, 283 casos notificados.

Ainda assim, apesar da tendência para o número de operações notificadas diminuir, verifica-se a tendência para nos casos notificados, a diminuição dos casos de incompatibilidade e de um aumento relativo dos casos de compatibilidade mediante a adopção de compromissos.

Este decréscimo acompanha também a crise global da economia que se fez sentir a partir dessa data.

No nosso caso concreto, iremos analisar os trinta casos que as estatísticas apresentam proferidos no âmbito do RC. 139/2004, de admissão mediante condições, em Fase II, assim como os únicos cinco casos de proibição proferidos ao abrigo deste mesmo Rmto. de Concentrações.

Assim, concluindo;

Em termos legislativos, importa referir que a Europa conta na sua história do Direito da Concorrência, com dois regulamentos de Concentração, o RC. de 4064/1989 e o RC. de 139/2004, tendo este último alargado o seu campo de aplicação a operações com impacto na UE, facto que o anterior não contemplava.

Após a adopção do primeiro RC., em 1989, o controlo das concentrações da UE tornou-se um dos principais pilares do direito da concorrência da EU. A reformulação do RC, levada a cabo em 2004, reforçou ainda mais o funcionamento do controlo das concentrações a nível da UE, de várias formas.

A introdução em 2004²⁷ do teste SIEC²⁸, como critério relevante para a análise das concentrações, veio possibilitar a análise por parte da Comissão aos efeitos não

²⁶Ibid.

²⁷ LIVRO BRANCO, “*Rumo a um Controlo mais Eficaz das Concentrações da EU*”, Bruxelas, COM (2014), p. 21.

²⁸ PEINADO GRACIA, J. I. (2004), O teste SIEC supõe a valoração de se a concentração gerará uma menor eficiência produtiva ou dinâmica e se a mesma se repercutirá no consumidor, loc. Cit. p.12.

coordenados das operações em que a entidade resultante da concentração não adquiriu uma posição dominante.

Verificou-se igualmente o reforço das possibilidades de remessa de processos de concentração dos Estados-Membros para a Comissão e vice-versa²⁹, facto que contribuiu para a atribuição de processos à autoridade mais apropriada.

Os casos referentes às decisões da Comissão que estudaremos neste trabalho, **COMP/M.6570 – UPS/TNT Express**, decisão de 30 de Janeiro de 2013; **COMP/M.6458 – Universal Music Group/EMI Music**, decisão de 21 de Setembro de 2012; **COMP/M.6471 – Outokumpu/Inoxum**, decisão de 7 de novembro de 2012; ou **COMP/M.6663 – Ryanair/Aer Lingus**, decisão de 27 de Fevereiro de 2013, são exemplo concreto da aplicação do teste mencionado, entre outros.³⁰

Refira-se que o teste anterior não era claro quanto aos eventuais efeitos anticoncorrenciais resultantes da fusão de duas empresas num mercado oligopolista, onde a entidade resultante da concentração não tinha adquirido ainda uma posição dominante.

Por outro lado, também a Comissão tem vindo a produzir ao longo do tempo várias Orientações³¹ e Comunicações relativamente aos conceitos que envolvem as operações de natureza comunitária, como forma de facilitar o trabalho às empresas em causa e às que pretendam levar a cabo uma operação de concentração, na entrega dos elementos necessários para que esta se possa pronunciar no sentido de viabilizar a operação, por a achar conforme com o mercado comum. A última comunicação referente a esta matéria, é a Comunicação 2008/C 267/01 que anda acompanhada do Rmto. (CE) n° 802/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004.

No estudo realizado pela Comissão³², reconhece-se que apesar de a grande maioria das concentrações investigadas pela Comissão não levantar preocupações de concorrência sendo autorizadas logo na investigação inicial de «fase I», como se refere no estudo desenvolvido pela Comissão, a verdade é que apenas em menos de 5 % dos

²⁹Ibid., p.5.

³⁰Ibid., p.6.

³¹Orientações sobre a apreciação das concentrações horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO C 31 de 5.2.2004, P. 5. 11 e Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO C 265 de 18.10.2008, Pts. 6-12.

³² COM (2014), LIVRO BRANCO, “*Rumo a um controlo mais eficaz das concentrações da EU*”, p.6.

casos, é lançada uma investigação aprofundada de «fase II», com base nas preocupações iniciais suscitadas na fase I.

O Estudo concluiu que apenas em 5-8 % das concentrações notificadas, a Comissão identifica preocupações de que a concentração possa constituir um entrave a uma concorrência efectiva, sendo que na maioria dos casos, essas preocupações são atenuadas através de medidas de correção propostas pelas partes (quer na fase I quer na fase II).

Sendo que a Comissão proibiu apenas 24 concentrações desde 1990 e seis desde 2004, o que é significativamente inferior a 1 % de mais de 5000 concentrações notificadas.³³

1.2.Marco Histórico.

Iremos agora fazer uma breve análise das questões de hermenêutica jurídica com respeito ao Direito da Concorrência que foram acompanhando a evolução da recente história da Europa, nos subsequentes tratados que foram sendo assinados.

1.2.1.O Tratado CECA³⁴.

Com data de 1952, o Tratado ainda que se refira ao mercado do carvão e do aço, contém já normas de defesa da concorrência. O controlo das operações de concentração de empresas vem previsto no seu artº 66º, nº 1 a 6, aí se determinando que toda a empresa que pretenda levar a cabo uma operação de concentração, está obrigada a notifica-lo à Comissão, com a finalidade de que esta possa emitir um parecer que lhe permita ou não realizar a operação. Desta decisão, poderia o interessado recorrer para o Tribunal de Justiça.

Até à entrada em vigor do Rmto. (CEE) do Conselho 4064/89³⁵, será esta a única norma no direito comunitário que estabelece restrições à concorrência, quando resultantes de concentração empresarial.³⁶

³³Ibid.

³⁴ Tratado de Paris, assinado em 18 de Abril de 1951, entrou em vigor em 23 de Julho de 1952.

³⁵ JO nº L 395 de 30.12.1989.

³⁶ MIRANDA SERRANO, L. M. (2000), O Rmto. Introduce um efeito de ampliação do sistema jurídico de defesa da livre concorrência ao introduzir uma nova categoria jurídica de operações susceptíveis de eliminar ou restringir a concorrência que se junta às categorias tradicionais de prática colusória e abusiva de posição dominante, a operação de concentração empresarial, op. Cit. a p.55.

Tal previsão encontrou fundamento nas necessidades³⁷ e ambições que surgiram na Europa, aos desafios posteriores à segunda guerra mundial, sentidas naquela data, como "*instrumento necessário para alcançar os objetivos comunitários*".³⁸

Assim, a adopção de tais medidas foram primeiro aplicadas na Europa " através das normas de desconcentração e descartelização ordenadas pelo governo aliado na Alemanha",³⁹ sendo posteriormente adoptadas pelo Tratado Europeu aqui analisado.

O Tratado é aplicável a operações verificadas dentro de um só estado, entre empresas que nele exerçam a sua actividade, já que as suas repercussões sempre se sentirão dentro do mercado comum.

A "regia de minimis", o que se entende como mínimo para que a operação seja submetida ao controle prévio da Comissão, veio a ser posteriormente estabelecida pela Alta Autoridade da CECA, através da decisão de 22 de Junho de 1967, nº 25/67.⁴⁰

No artº 66º nº3 distingue-se entre produtores e distribuidores, sendo que a isenção de autorização prévia é aplicável aos primeiros "por debaixo de um nível mínimo de produção de todas as empresas afectadas, calculado tanto em números absolutos, como em relação à produção total da Comunidade; E para os distribuidores o parâmetro de dimensão mínima determina-se pelo volume de negócios anual de todas as empresas afectadas, e incremento da soma do volume de negócios anual que resulta da concentração".⁴¹

³⁷ MARTIN CRESPO, M.P.B., (1997) refere que, terminada a guerra em 1952, a Alemanha, com uma indústria siderúrgica e carbonífera forte e extremamente desenvolvida, continuava a constituir uma ameaça para a Europa, que sentia ainda os efeitos psicológicos e traumáticos da guerra e queria a todo o custo evitar uma concentração neste sector, bem como devido à importação do conceito americano de antitrust que desde 1914, se encontrava positivado neste direito, sendo necessário que a operação (resultado) se localizasse no espaço então comunitário e dissesse materialmente respeito ao sector económico do carvão e do aço (produção ou distribuição), loc. Cit., p. 48.

³⁸ MARTIN CRESPO, M.P.B., (1997), p.48.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Nos termos do artº 8º, os números 1º a 5º, definem patamares de produção, de consumo, de volume de negócios e de quantidades transaccionadas, realizadas durante os três últimos exercícios anteriores à data da operação de concentração, tendo em consideração médias anuais.

⁴¹ Ibid., p.63.

1.2.2- Os artºs 85º e 86º do TCEE.⁴²

Ultrapassada a fase de pós guerra, surgiu a necessidade de proteger as empresas Europeias e sentiu-se prosseguindo o incremento da sua competitividade, a necessidade de conceder alguma liberdade de actuação às mesmas.

É neste contexto que surge o Tratado da Comunidade Europeia o qual não previu nenhuma norma relacionada com o controle de operações de concentração de empresa, tal como sucedeu com o Tratado CECA (Paris), tendo versado, antes sim, sobre a matéria das práticas em que haja acordo e abuso de posição dominante, nos artºs 85º e 86º.⁴³

Todavia, cedo se começou a sentir que esta permissividade por parte da então Comunidade Europeia⁴⁴ na actuação de concentração das empresas, punha em causa os próprios objectivos definidos pelo Tratado, nomeadamente de falseamento da concorrência num mercado que se havia querido livre e comum.- Art.º 3º al f).

Na falta de disposição especial que versasse sobre o assunto, passou a aplicar-se às normas previstas nos art.ºs 85º e 86º (Actualmente, artºs 101.º e 102.º do TFUE)⁴⁵, tendo-se entendido então, num esforço de fundamentação para a aplicação da lei, que as operações de concentração estariam compreendidas nas categorias de práticas colusórias ou de exploração abusiva de posição dominante.⁴⁶

O art.º 86º do Tratado estabelecia que desde que uma ou várias das empresas participantes tenham uma posição de domínio no mercado comum ou numa parte substancial do mesmo, que exista uma exploração abusiva desta posição e que a operação possa afectar o comércio entre os estados membros, a actuação é proibida.⁴⁷

⁴² Tratado de Roma, foi assinado em 25 de Março de 1957, em Roma, pela Alemanha Ocidental, França, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo e entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1958.

⁴³ Actualmente, artºs 101.º e 102.º do TFUE.

⁴⁴ Actualmente UE.

⁴⁵ MIRANDA SERRANO, L. & PAGADOR LOPÉZ, J. (2014), “Nuevas tendencias en el control de las concentraciones de empresas en la UE: la Comisión quiere asumir competencias para controlar las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control”, defendem que poderíamos denominar de ilícito estrutural quando falamos de concentrações, com a finalidade de o diferenciarmos dos ilícitos de conduta previstos nos artigos 101º (práticas colusórias) e 102º (práticas abusivas de posições de domínio) do TFUE.

⁴⁶ MARTIN CRESPO, M.P. B. (1997), p.64.

⁴⁷ Ibid, p. 66.

A Comissão⁴⁸ entendeu que esta proibição era extensível na sua aplicação às operações de concentração de empresas já que estas poderiam ser consideradas como um tipo de exploração abusiva de posição dominante.⁴⁹

Assim sendo, o facto de se exigir que na concentração, alguma das empresas participantes tivesse uma posição de domínio⁵⁰ no mercado,⁵¹ pois dessa forma, a operação afectava sempre o comércio entre os estados membros fundamentou por parte da Comissão a aplicação do acima mencionado preceito legal. Todavia as diferenças são grandes e a sua aplicação não foi pacífica.

De facto, o regime de controlo de concentrações⁵² realiza uma análise *ex ante*, ou seja, antes da concentração ocorrer prevendo o que de mal pode acontecer que viole a livre e sã concorrência, enquanto os arts. 81º e 82º do TCE actuam *ex post* ou seja, perante situações concretas que se relacionem com efeitos visíveis de práticas anti concorrências.⁵³

⁴⁹ MARTIN CRESPO, M.P. B. (1997), refere que o primeiro caso de aplicação da norma ocorreu no ano de 1971, via do parecer da Comissão, proferido no caso “Continental Can Company Inc”, loc. Cit. p.66.

⁵⁰ MIRANDA SERRANO, L. & PAGADOR LOPÉZ, J. (2013), “Hay abusos de posición dominante de menor importancia?”, Ccopyme, Consejo Consultivo para la pequeña y Mediana Empresa, Disponível em <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=29>, refere que a posição de domínio outorga à empresa que a detém uma força económica que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efectiva e lhe possibilita comportar-se de um modo independente respeitante aos seus concorrentes, clientes e consumidores. Em tal situação, a concorrência está fortemente debilitada pela própria existência da posição dominante. A mesma posição é defendida pelo autor MIRANDA SERRANO, L. M. “La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control de concentraciones (STJCE Francia y otros c. Comisión, de 31 de marzo de 1998)”, *Derecho de los negocios* (11), 2000, pp19-46, em p.19.

⁵¹ Ibid, segundo o A em cima mencionado, tal posição é defendida em várias Decisões da Comissão no âmbito do Rmto. 4064/89, tais como Caso M.17- M.BB/Aèrospatiale, de 25 de febrero de 1991, Caso M.42 Alcatel/Telettra, de 12 de Abril de 1991, Caso M.68, Tetra Pak/Alfa-LAval de 22 de julio de 1991, Caso M 12 Varta/Bosch, de 31 de julio de 1991, Caso M.53, Aerospatiale/Alénia/De habilland, de 2 de Outubro de 1991, Caso M 190 Nestlé/Perrier de 22 de Julho de 1992, Caso M315, Mannesmann/VAllourec/Ilva de 31 de Janeiro de 1994, em pp.19-20.

⁵² QUADROS, F. (2013), diz que em matéria de direito da Concorrência, os poderes da Comissão, por se fundarem no Regulamento 17 do Conselho, não advêm do Tratado, pelo que não são competência própria da Comissão, op. Cit. p. 493.

⁵³ MIRANDA SERRANO, L. & PAGADOR LOPÉZ, J. (2014) “Nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia”, Ccopyme, Consejo Consultivo para la pequeña y Mediana Empresa, Disponível em <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=29>, mencionam que existe uma distinção entre o “Direito de Defesa da Concorrência, Direito *antitrust* e o Direito contra a Concorrência Desleal. Entre outras, e no que importa, há que notar que no que respeita a certas condutas empresariais proibidas (práticas colusórias restrictivas da concorrência) se exige *como presuposto de aplicação do primeiro a* constatação de que o comportamento analisado e posto em crise, seja apto para produzir «efeitos económicos sensíveis», o que se explica pela razão de que este conjunto de normas trata de preservar o marco geral de um regime de concorrência, mas não se ocupa ou, em todo o caso, fã-lo em medida inferior, ao da resolução de conflitos entre particulares. Assim sucede no Direito comunitário europeu. Frente a ele, o Direito da Concorrência Desleal é aplicável com independência de que a conduta considerada produza ou seja apta a produzir semelhantes efeitos económicos sensíveis, pois não deixa de

Por outro lado, o regime de controlo de concentrações examina questões que não estão presentes na análise dos arts. 81º e 82º del TCE, como as eventuais eficiências que produziria a concentração ou a possibilidade de submeter a a sua autorização a MC, estruturais ou de comportamento que importem possíveis efeitos perniciosos para a concorrência.

Por último, as consequências da aplicação de um ou outro regime são bem distintas: Ao regime de controlo de concentrações, a aplicação dos arts. 81º e 82º do TCE (Actualmente, artºs 101.º e 102.º del TFUE), poderia levar junta à imposição de sanções e implica em todo o caso a nulidade de pleno direito dos acordos ou pactos considerados colusórios ou da conduta abusiva em questão.

A sua aplicação no âmbito das operações de concentração levaria ao absurdo de considerar nulas, por colusórias, as negociações e os acordos que precedem a maioria dos acordos de concentração, pelo que qualquer processo de aquisição hostil por uma empresa ou operador com posição de domínio, na medida em que suporia o desaparecimento do mercado do operador adquirido, teria o efeito restritivo de expulsar o dito competidor do mercado e seria contrário ao artº. 82º do TCE.

Pode-se afirmar que nesta época histórica, a regulação concorrência presta mais atenção aos efeitos económicos do que aos meios para os alcançar.

1.2.3-O Rmto. do Conselho-CEE 4064/89⁵⁴.

A falta de legislação específica que aborde directamente o assunto, bem como a insuficiência dos arts 85º e 86º do Tratado de Roma para manter controlada a concorrência no mercado europeu versus concentrações empresariais, foram fazendo sentir nas estruturas decisórias a necessidade de criação de legislação que regulamentasse directamente a meteria em questão tanto mais que a mesma era de extrema sensibilidade para o funcionamento do mercado e o cumprimento dos fins do próprio tratado.⁵⁵

Na verdade, como diz **MARTÍN CRESPO**, a necessidade de uma maior integração e envergadura das empresas em toda a Comunidade exigia um instrumento

ser um Direito de ordenação dos comportamentos que se produzem no mercado e de resolução de conflitos grandes e pequenos.

⁵⁴ JO nº. L 395 de 30.12.1989.

⁵⁵ Rmto.em analise.

normativo que fosse capaz de evitar os monopólios ou as posições dominantes que fossem especialmente perigosas⁵⁶

Por outro lado, a autora citada realça que a insegurança⁵⁷ para as empresas aumentou perante as decisões contraditórias da Comissão referente à aplicação das normas do tratado a concentrações, facto que o tribunal de Justiça não ultrapassou⁵⁸.

Foram estas preocupações que na execução do Rmto., se procurou dar resposta, optando-se por um sistema de controlo de concentrações que repartiu as competências entre a Comissão e os Estados da EU.

1.2.3.a-A Noção de Concentração no Rmto. (CEE) 4064/89.

Esta noção é recolhida no Rmto. no art.º 3º, n.ºs 1 a 4. De facto, daqui se retira, no n.º 1, a) o conceito de fusão e dos n.ºs 1, b), 2, 3 e 4, a de aquisição de controlo.

O artigo remete na sua essência, para a definição do conceito de controlo, conceito a partir do qual se extrapola a definição dos conceitos de fusão e de aquisição de controlo.⁵⁹

No Rmto. analisado, só aquelas modificações estruturais de empresas que têm como resultado uma fusão económica ou uma aquisição de controlo, darão lugar a uma concentração. As outras não.

HERMIDA TAPIA, refere que no art.º 3º do Rmto., se produz uma concentração quando tenha lugar uma mudança duradoura do controle como consequência tanto da fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes como da aquisição de participações no capital ou a compra de elementos do activo de empresas.⁶⁰

Com efeito, no art.º 2, n.º 3, o RC determina que deverão ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à

⁵⁶, MARTIN CRESPO, M.P. B. (1997), p.88.

⁵⁷ MIRANDA SERRANO, L.M., (2000), refere a questão da segurança jurídica como factor importante no Rmto, op. Cit. p.53.

⁵⁸ Ibid. p. 89.

⁵⁹ MARTIN CRESPO, M.P. B. (1997), refere que estas duas últimas categorias não se contemplam no Rmto. como meios jurídicos de realizar uma concentração, mas como o resultado económico da operação, loc. Cit. p. 126.

⁶⁰ HERMIDA TAPIA, (2012), op. Cit. p.212.

concorrência efectiva⁶¹ no mercado comum ou numa parte substancial deste⁶², obedecendo a um critério qualitativo de apreciação⁶³, não se encontrando nenhuma referencia a percentagens mínimas de aquisição de acções, direitos de voto ou membros nos órgãos de direcção cuja tendência determine a qualificação de concentração.

Posteriormente à entrada em vigor do Rmto., em 11 de Dezembro de 2001, foi pela Comissão apresentado o “Livro Verde”, estudo conducente à revisão do Rmto. em análise, tendo-se aberto o debate quanto à mudança do critério da compatibilidade da operação com o mercado comum.

Nesta altura foi então equacionado substituir o conceito de dominação⁶⁴ (DT-Dominance Test, pelo da “redução substancial da concorrência”⁶⁵ SLC Test (*substantial lessening of competition*), aplicados nos Estados Unidos da América, Austrália, Canadá⁶⁶ e, dentro da EU, também Reino Unido e, Irlanda⁶⁷.

⁶¹ MIRANDA SERRANO, L. M. (2000) defende que a lei contempla dois elementos constitutivos de incompatibilidade da operação de concentração com o mercado comum, sendo o primeiro um elemento fáctico de incompatibilidade, um requisito prévio e necessário para apreciar se obstaculiza ou não significativamente a concorrência efectiva e outro relativo, referente ao resultado anti-concorrencial da operação, sendo ambos definitivos para declarar a compatibilidade (licitude) ou incompatibilidade (ilicitude) da operação com o mercado comum, ob. Cit, p. 20;

⁶² MARIANO PEGO, J.P. (2007), “*O Controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência*” diz que “O critério para proibir a operação projectada era o da dominação, mais propriamente o da criação ou reforço de uma posição dominante”, loc. Cit. p. 113.No mesmo sentido, PEINADO GRACIA, J. I. (2004), loc. Cit. p.11.

⁶³ MIRANDA SERRANO, L.M. (2000), defende que o artigo encerra um valor moldável e claudicante ante outros valores económicos de eficiência e sociais tais como as eficiências sociais e a solidariedade social, consideradas fundamentais para a EU., defendendo que as concentrações de empresas no Direito Europeu de defesa da Concorrência podem funcionar excepcionalmente como medidas ou instrumentos anticrise, salvadoras de empresas ruinosas que se encontrem a desaparecer do mercado e se nestes casos excepcionais o razoável é que o direito de controlo de concentrações desactive ou pelo menos flexibilize os seus mecanismos repressores e sancionadores tendo em conta os fins de recuperação ou saneamento económico destas empresas que optam pela concentração e os benefícios sociais que delas derivam para os trabalhadores e para os investidores das empresas implicadas e colectividade em geral. Defende o A. que” não só os cartéis ou os acordos entre as empresas e as ajudas públicas podem funcionar excepcionalmente como instrumentos anticrise, como também poderão desempenhar este fim as concentrações de empresas quando se revelem como a via mais idónea para o aproveitamento e a conservação de empresas com graves problemas económicos-Concentrações de saneamento económico ou de recuperação”. O Rmtº permite a aplicação do critério americano “failing firm”, op. Cit. p. 56-57.

⁶⁴ PEINADO GRACIA, J. I. (2004) diz que o teste de domínio tem natureza subjectiva baseada na situação empresarial gerada pela concentração e consiste em examinar se com a concentração se criará ou reforçará uma posição de domínio. É o que foi seguido pela CE de acordo com o código de conduta do Tratado de Roma (artº 82º Abuso de Posição Dominante), op. Cit. p.10.

⁶⁵ Ibid.“Trata-se de um teste objectivo que examina a situação real da concorrência antes e depois da operação de concentração proposta. Consiste na valorização se se vai produzir ou não uma deterioração efectiva da concorrência antes e depois da operação proposta nos mercados relevantes analisados. Para este fim estuda-se a estrutura competitiva do mercado relevante afectado, sendo a posição de domínio uma informação adjectiva”.

⁶⁶ MARIANO PEGO, J.P. (2007), diz que “de acordo com este critério a concentração é vetada não porque crie ou reforce uma posição dominante, mas por afectar substancialmente a concorrência. Embora os dois testes ou critérios em causa conduzam, por norma aos mesmos resultados, é possível desvendar

Ainda assim, o novo Rmtº de 134/2009, actualmente em vigor, não abandona este critério de apreciação⁶⁸, alinhando numa posição intermédia, como se vê no seu artº 2º.1 (Test SIEC- Significant Impediment to Effective Competition) através do qual se analisa se uma operação de concentração de empresas obstaculiza de forma significativa a concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte significativa do mesmo, em particular como consequência da criação ou reforço de uma posição de dominante⁶⁹ (art.º 2º.3).

As operações de aquisição de participações por entidades bancárias, financeiras, de seguros ou de participação financeira e operações realizadas por mandato público, ficam excluídas da regulação.- nº 5 do artº 3º.

1.2.3.b-Repatrição de Competências em Matéria de Controlo de Concentrações no Rmtº. (CEE) 4064/89.

No seguimento do que se vem dizendo, importante é referir que o sistema de controlo instituído é um sistema de dupla barreira onde a competência dos Estados membros é paralela à da Comissão, seja aplicando as suas próprias legislações

duas diferenças fundamentais: pelo emprego do teste SLC, pode ser proibida uma concentração que não origine nem reforce uma posição dominante”, loc. cit, p. 114.

⁶⁷ Ibid. O A.refere ainda que a norma e a prática espanhola e francesa não distam muito dele na apreciação das operações de concentração.

⁶⁸ Veja-se PEINADO GRACIA, J. I. (2004), As críticas feitas ao critério de apreciação em causa são que protege mais os competidores não participantes na concentração que os consumidores ou o próprio mercado, assim como que a sua aplicação estrita dará lugar a que não se possam impedir concentrações a menos que uma das empresas participantes ocupasse já no mercado de referência uma posição de domínio ou alcançasse a posição de domínio através da concentração, o que em face da estrutura oligopolista do mercado europeu, acabaria por ser pouco útil.,op. Cit., p.10.

⁶⁹ MIRANDA SERRANO, L. & PAGADOR LOPÉZ, J. “Nuevas tendencias en elcontrol de las concentraciones de empresas en la UE: la Comisión quiere asumir competencias para controlar las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control” (2014), referem que o novo Rmtº. 139/2004 substituiu o Rmtº. 4064/89, cujo artº. 2ºdeclarou incompatíveis com o mercado único as concentrações que suponham um obstáculo significativo para a concorrência efectiva, especialmente – mas não necessariamente- mediante a criação ou o reforço de uma posição dominante. Portanto, o mencionado Rmtº. 139/2004 adopta um critério mais amplo que o acolhido inicialmente pelo Rmtº. 4064/89. Em conformidade com o novo critério, declaram-se incompatíveis com o mercado único e, em consequência, proibidas não só as concentrações que desembocam em posições de domínio individuais e colectivas, mas também aquelas outras que, sem criar ou reforçar posição de domínio alguma, obstaculizam de forma significativa a concorrência. Este último tem lugar normalmente quando a concentração produz o que a Comissão denomina *efeitos unilaterais ou não coordenados*, que se verificam quando dão lugar a um novo operador económico com um poder de mercado que lhe permite considerar economicamente racional implementar uma estratégia de aumento de preços unilateral, isto é, sem ter que coordená-la com outros operadores do mercado.

nacionais, seja aplicando as normas de competência do Tratado, encontrando-se possibilitada a duplicidade de procedimentos com base nos mesmos factos- Segundo o direito comunitário e o direito nacional.

Ainda que assim seja, é necessário ter em consideração que o Conselho pode reservar um âmbito de competência exclusiva para a Comissão, em face do estatuído no disposto no artº 87º nº2 e).

Por outro lado, também as autoridades nacionais aplicam exclusivamente o art.º 85º nº 2 do Tratado, na matéria que se refere aos acordos proibidos, quando se trata de decretar a sua nulidade.

Acresce que em caso de conflito de decisões, nos casos em que se verifique concorrência de competências entre os Estados membros e a Comunidade, sobrepõem-se as decisões comunitárias em obediência ao princípio da primazia das normas comunitárias.

Todavia, se assim é no plano dos princípios definidores e informadores do Direito, a prática e os acordos entretanto estabelecidos, vieram demonstrar o contrário. O que resultou foi que tanto a vontade das autoridades dos Estados Membros, como das instituições comunitárias e das autoridades foi no sentido da instituição de um sistema de controlo único, vulgarmente conhecido por "*one stop shop*".

Como diz **MARTIN CRESPO**, tudo leva a crer a existência de um consenso político entre a Comissão e os Estados membros no sentido de manter, de facto, um sistema de controlo único⁷⁰ a que não foram estranhas razões de segurança jurídica e de igualdade de tratamento, entre outras.

-Sistema de controlo prévio único para cada operação.⁷¹

Dispõe o nº 1 do art.º 1º do RC que ele se aplica a todas as operações de dimensão comunitária⁷²E, o nº 1 do art.º 21º⁷³ que a Comissão tem competência exclusiva para adoptar as decisões previstas no Rmto., sem prejuízo do controle do Tribunal de Justiça.

⁷⁰MARTIN CRESPO, M.P. B. (1997), p. 611.

⁷¹Veja-se sobre este tema BARRANTES DÍAZ, B. (2009) "La invocación de intereses generales en procedimientos nacionales de control de concentraciones. La intervención del Consejo de Ministros a la luz de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia" *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, (11), Ed.La Ley, pp.21-48, p. 21.

⁷²Do Rmto. publicado em JO nº. L 395 de 30.12.1989.

⁷³Ibid.

O n.º 2 do art.º 21º determina que os Estados Membros se absterão de aplicar a sua legislação nacional em matéria de concorrência às operações de concentração de dimensão comunitária.

Estamos conseqüentemente, perante um sistema de "*one stop shop*", com duas vertentes, com uma unicidade institucional do controle, tanto em termos da instância que o exerce, como quanto à norma jurídica que há que aplicar. O mesmo é dizer que a valoração das operações de concentração de dimensão comunitária é realizada por uma única autoridade a partir do Rmto., mais concretamente pela Comissão, abstando-se relativamente a esta matéria, por princípio, os direitos dos Estados Membros, nacionais, da sua aplicação.⁷⁴

Na verdade, na aplicação das normas de concentração constatamos um sistema de repartição de competências, como se referiu, através do qual se assegura a competência de uma única autoridade de controlo, para cada operação de concentração, comunitária ou nacional, sendo que a Comissão tem competência exclusiva para a aplicação do Rmto. às concentrações de dimensão comunitária, enquanto as concentrações sem dimensão comunitária são competência das autoridades correspondentes dos Estados membros que aplicam as legislações nacionais.⁷⁵

Veja-se que o art.º 21º estatui que os Estados membros abster-se-ão de aplicar a sua legislação nacional em matéria de concorrência às operações de concentração de dimensão Comunitária⁷⁶

Ainda que o Rmto. estabeleça de forma clara uma divisão de competências entre a Comissão e os Estados membros, no sentido de estabelecer um controle único, também é verdade que existem excepções a este princípio, tais como as que se enunciam de seguida.

a) Remissão de um assunto para as autoridades competentes dos Estados membros-Artº 9º.

O n.º 1 do art.º 9º do Rmto. em análise, determina que a Comissão poderá remeter um caso de concentração notificado às autoridades competentes do Estado membro em

⁷⁴ Como se alcança dos artºs 1º.1 e 21º é a Comissão a instituição competente para exercer o controlo sobre as operações de dimensão comunitária.

⁷⁵ MARTIN CRESPO, M.P. B. (1997), p. 613.

⁷⁶ JO n.º. L 395 de 30.12.1989.

questão, através de decisão que deva ser notificada às empresas afectadas, devendo-se informar as autoridades competentes dos demais Estados membros.⁷⁷

Estamos diante de uma norma de excepção ao regime geral estabelecido no Rmto. Nesta hipótese, os estados membros podem aplicar a sua legislação nacional a uma operação de dimensão comunitária.

Recebida a comunicação, o país em questão poderá alegar que a operação em questão constitui uma ameaça à criação ou reforço de uma posição num mercado definido, dentro do estado membro, pelo que a Comissão ou tramita o caso, de forma a restabelecer a concorrência no mercado, ou remete ao estado membro para que este aplique a sua legislação nacional.

Na sequência da comunicação, poderá acontecer que se opere uma remissão automática, *ope legis*, por força a lei, pelo decurso do prazo para que a Comissão tome uma decisão, sem que o tenha feito.

Do ponto de vista de JONES,⁷⁸ o art.º 9º não constitui uma quebra no sistema de controlo único, já que não foi pensado para criar um controle plúrimo, mas sim um mecanismo para determinar qual a autoridade mais adequada a tratar cada caso concreto.

b)A cláusula dos interesses legítimos.

O Rmto.⁷⁹ determina que os estados membros poderão adoptar as medidas achadas convenientes de forma a protegerem os seus interesses legítimos, distintos dos previstos no Rmto. que se mostrem compatíveis com o Direito Comunitário, identificando como interesses legítimos a Segurança pública, a pluralidade dos meios de comunicação e as normas prudenciais.⁸⁰

-A cláusula holandesa.

Dispõe o artº 22º do diploma comunitário o seguinte:

"Se a Comissão comprova a instância de um Estado membro, que uma operação de concentração das que estão definidas no art.º 3º, mas sem dimensão comunitária com fundamento no art.º 1º, cria ou reforça

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ JONES *apud* MARTIN CRESPO, M.P. B. (1997), p. 623.

⁷⁹ Nº 3 do art.º 21º do Rmtoº publicado em JO nº. L 395 de 30.12.1989.

⁸⁰ BARRANTES DÍAZ, B., (2009), p. 21.

uma posição dominante cuja consequência seria um obstáculo significativo⁸¹ da concorrência efectiva no território do Estado membro em questão, poderá, na medida em que a dita concentração afecte o comércio entre membros, adoptar as decisões previstas no parágrafo segundo do nº 2 e nos nºs 3 e 4 do artº 8º.- Paras 2.⁸²

Assim a Comissão poderá, nesta eventualidade, adoptar uma decisão de compatibilidade, ou de incompatibilidade com o mercado comum.

Por outro lado, se a operação já se encontrar executada, poderá proferir uma decisão que ordene a separação das empresas, a cessação do controle ou outra qualquer que entenda conveniente.

Todavia, a decisão que venha a aplicar a Comissão, terá como limite e fundamentação o estabelecido no RC.

Esta disposição⁸³ faculta à Comissão a possibilidade da sua intervenção, em operações de concentração sem dimensão suficiente para que sejam consideradas comunitárias, bem como em operações que não tenham um cariz geográfico transfronteiriço, mas cujas consequências possam afectar o comércio entre os Estados membros.

1.2.3.c-Os Acordos Entre Empresas Independentes e a Exploração Abusiva de Posição Dominante.

Mais além das operações de concentração, as normas de defesa da concorrência aplicáveis na UE, incluem ainda os acordos entre empresas independentes⁸⁴ e a exploração abusiva de posição dominante.

⁸¹ MIRANDA SERRANO, L. M. (2000), refere que a doutrina tem relacionado o termo de obstáculo significativo da concorrência com o critério *de minimis*, considerando que só podem declarar-se incompatíveis com o mercado comum aquelas concentrações que para além de criar ou reforçar uma posição dominante no mercado comunitário ou numa parte substancial dele, produzem efeitos substanciais sobre a concorrência, restringindo-a de forma sensível e duradoura, conforme resulta da decisão de 2 de Outubro de 1991, *Aerospatiale/Alénia/De habillandp*.19.

⁸² MARTIN CRESPO, M.P.B., (1997), p. 628.

⁸³ No nº 3.

⁸⁴ Veja-se GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. & BENAVIDES VELASCO, P. (2004), com referência a acordos de colaboração entre empresas de transporte e isenção por categoria “Nuevas perspectivas de la reglamentación comunitaria sobre los acuerdos de colaboración entre empresas de transporte marítimo de línea regular (Conferencias Marítimas) ” , “*I Congreso Internacional de Transporte: los retos del transporte en el siglo XXI*”, coord. Martínez Sanz, Fernando & Petit Lavall, María Victoria (1), 2005, pp. 653-666;

Embora determinados tipos de operação de concentração possam ser considerados como formas de exploração abusiva de posição dominante⁸⁵, pode verificar-se alguma dificuldade na distinção entre acordos e exploração abusiva de posição dominante de natureza colectiva.⁸⁶

O mesmo acontece em relação às operações de concentração versus acordos de coordenação. Ainda que nas segundas se verifique a manutenção, perdurabilidade da independência das empresas intervenientes e nas primeiras não (fusão ou aquisição de controle), a verdade é que por exemplo, na constituição de uma empresa comum e, numa perspectiva simplesmente económica, às vezes é difícil de entender se estamos diante de uma realidade ou de outra.⁸⁷

Os acordos entre empresas independentes e o abuso de posição dominante são considerados normalmente contrários à estabilidade e manutenção da livre concorrência no mercado. Por isso verificam-se restrições na lei, proibições, ainda que de forma mais apertada para os segundos já que, neste caso, não se permitem isenções, o que não se verifica para o caso dos acordos⁸⁸ entre empresas⁸⁹.

O mesmo não sucede nas concentrações. Ainda que, em determinadas situações as mesmas possam dar lugar a posições dominantes particularmente perigosas para a

⁸⁵ MOURA E SILVA, M., (2010) defende que “O enunciado no art.º 2º do Rmto. 4064/89 parecia abranger apenas concentrações que criassem ou reforçassem uma posição dominante individual (em que da concentração resultaria uma entidade com poder de mercado ou que veria esse poder reforçado). Sabendo que uma das finalidades dos sistemas de controlo de concentrações é evitar a formação de estruturas onde seja possível o exercício, individual ou conjunto, de poder de mercado, estaríamos perante uma lacuna que prejudicaria o objectivo do tratado de garantir uma concorrência não falseada no mercado interno”, loc. Cit. p.107.

⁸⁶ MIRANDA SERRANO, L. M. (2000), pp. 19-46.

⁸⁷ MARTIN CRESPO, M.P. B. (1997), p. 160.

⁸⁸ MOURA E SILVA, M., (2010) diz: “aceitação e o desenvolvimento da noção de abuso de posição dominante, foram resultado da contribuição jurisprudencial que a partir da entrada em vigor do primeiro Rmto. Comunitário sobre Concentrações, o Rmto. do Conselho nº 4064/89 viria a conhecer uma bifurcação. A jurisprudência comunitária começou por ser hostil à figura da posição dominante colectiva. Esta posição começou a inverter-se no acórdão do Tribunal de Primeira Instância proferido a respeito do recurso da decisão da Comissão relativa ao mercado de vidro plano em Itália. Na sua decisão, a Comissão aplicou o art.º 82º simultaneamente com o art.º 81º nº 1, com o argumento de que as partes no acordo teriam não só participado num acordo de cartel, como também abusado de um a posição dominante colectiva, resultando esta última de as empresas se apresentarem no mercado como uma única entidade e não com a sua individualidade.”, loc.Cit. pp.102-106.

⁸⁹ MIRANDA SERRANO, L.M. (2002), refere que em virtude de as interpretações literal e histórica do artº 2º do Rmto. não ser claro relativamente ao alcance exacto do tipo de posição dominante a que a norma alude, a interpretação literal e histórica da norma não era suficiente, recorrendo o tribunal às interpretações teleológica e sistemática, op. Cit p. 26.

estrutura competitiva do mercado, na maior parte dos casos consideram-se benéficas, pois que potenciam a competitividade empresarial.⁹⁰

Assim, por razões que se agarram essencialmente com as decisões a nível político e económico, de política industrial e de concorrência, a maior parte das legislações europeias optam por submete-las a uma vigilância dos procedimentos de concentração proibindo as concentrações que resultem especialmente prejudiciais.⁹¹

De facto, neste campo, para que a autoridade que efectua o controlo se decida pela sua proibição, chegará uma afectação sensível da concorrência, ao contrário da concentração que só é proibida quando se chega a um limite de domínio de mercado.⁹²

Os acordos restritivos têm como efeito limitar a concorrência entre empresas que continuam sendo concorrentes independentes no mercado, mesmo depois da sua conclusão. Trata-se de acordos celebrados entre duas ou mais empresas que depois da sua celebração continuam autónomas, com a finalidade de levar a cabo um determinado comportamento no mercado, sendo o seu resultado a coordenação competitiva entre elas, mas não a perda absoluta de independência económica.⁹³

O artº 85º tem como finalidade o impedimento, estabelecendo limitações ao comportamento competitivo de empresas independentes, ou seja, os acordos de coordenação.

É forçoso concluir que com a entrada em vigor do Rmto. 4064/89, o art.º 85º deixou de ser aplicável às concentrações.

1.2.3.d- Breve referência ao Regulamento 1/2003.

Em 2003, após a revisão do Tratado, com a entrada em vigor do Rmto. 1/2003, estabelece-se um regime de excepção directamente aplicável, conferindo às autoridades

⁹⁰MARTIN CRESPO, M.P. B. (1997), p. 162.

⁹¹Ibid., p. 163.

⁹²MIRANDA SERRANO, L.M., (2000) “La Doctrina de la “failing company” y el Derecho europeo de concentraciones (Las concentraciones de recuperación o saneamiento económico)”. *Notícias de la Unión Europea*, refere que, “São duas as práticas de efectividade e prática da concorrência, ambas referidas actividade externa das empresas no mercado, detectadas inicialmente pelo legislador comunitário europeu no Tratado constitutivo da Comunidade: os acordos de coordenação de conduta ou comportamento e os abusos de posição de domínio ou seja, os aproveitamentos de situações de concorrência inexistente ou fortemente comprimida em detrimento dos consumidores e do resto das empresas competidoras”,ob. Cit. p.53.

⁹³Ibid., p. 169.

responsáveis em matéria de concorrência e aos Tribunais dos Estados membros competência na sua aplicação.

Este normativo legal impõe que o direito aplicável pelos Tribunais nacionais dos estados da EU., seja o direito comunitário, o qual passa a ser directamente aplicado por estas instituições nacionais.

Os cidadãos comunitários beneficiam, desta forma, de uma garantia reforçada de acesso aos meios judiciais, ou seja, um direito à protecção jurídica através dos Tribunais, principio este informador do Estado de Direito.

A modificação operada,⁹⁴ de jurisdicionalização do direito comunitário nesta matéria, vai consequentemente no sentido da aplicação do princípio do direito ao processo equitativo, hoje com o enfoque de uma conformação justa e adequada, obedecendo ao princípio do contraditório, ao direito à tutela jurisdicional.⁹⁵

O direito de acesso aos Tribunais é agora um direito de acesso a uma protecção jurídica individual, mais além da garantia institucional. O diploma consagra estas duas vertentes.

Os cidadãos comunitários ganham assim, pela via jurisdicional da aplicação da norma do Tratado o direito a uma decisão fundada no direito, não dependendo, como noutro momento, de uma decisão administrativa por parte de uma entidade com esta natureza - Comissão- que prossegue fins públicos. Adopta-se, desta maneira, uma dupla possibilidade de sindicância judicial da norma levada a cabo pelos Tribunais nacionais e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades. Ao contrário do anterior sistema que tinha uma primeira vertente de natureza graciosa e, só posteriormente, uma fase contenciosa.

No entanto, o âmbito de aplicação do Rmto. 1/2003 é na área da política Europeia *antitrust*⁹⁶ e não na área do controle de mercados comunitários.

⁹⁴ PAIS ANTUNES, L M.. (1995) “*Direito da Concorrência, -Os poderes de Investigação da CE e a Protecção dos Direitos Fundamentais*” afirma que: “Na ordem jurídica interna dos estados Membros, o respeito dos direitos de defesa é considerado como um direito fundamental da pessoa em todas as Fases do processo criminal. Embora de forma não explícita, solução idêntica parece ser acolhida igualmente no que respeita a todos os processos sancionatórios de natureza não criminal, como o sejam o ilícito de mera ordenação social e o ilícito disciplinar” loc. Cit. p. 102.

⁹⁵ GOMES CANOTILHO, J.J., (2003), diz que o princípio se encontra consagrado “no art.º 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art.º 14º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cívicos e Políticos e no art.º 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem”, loc. Cit. p. 492.

⁹⁶ MIRANDA SERRANO, L. & PAGADOR LOPÉZ, J. (2014), “Nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia” referem que a origem do direito *Antitrust* se encontra no Direito comunitário europeu (arts. 85 e ss.) da redacção originária do Tratado de Roma de 1957) mas nele não aparecia nos preceitos mencionados –nem aparece na actual redacção os arts. 101 et Seq. doTFUE sendo a sua formulação obra dos órgãos encarregues da aplicação dos mencionados preceitos

Por importante, não podemos deixar de referir este Rmto. No entanto a ele não dedicaremos mais atenção, atento o afastamento do tema a que nos propusemos.

1.3-Marco Legislativo.

1.3.1-O Regulamento CE 139/2004 e as Regras de Regulação Europeias.

O Rmto. (CEE) n° 139/2004 é aplicável a todas as concentrações de dimensão comunitária,⁹⁷ tal como se encontram definidas nos n°s 2 e 3 do art.º 1º, prevendo no n° 1 do art.º 25º a derrogação do anterior Rmto. 4064/89⁹⁸.

O seu âmbito de aplicação espalha-se, como explica o seu oitavo considerando, àquelas modificações estruturais importantes cujo efeito no mercado se estenda mais além das fronteiras nacionais de um Estado membro, ou seja, se estenda ao que se denomina *concentrações de dimensão comunitária*, as quais obrigam a determinados requisitos percentuais e quantitativos referentes ao volume de negócios das empresas afectadas, como se verá adiante.

Por outro lado, resulta do art.º 21º, n° 1º que o Rmto. só será aplicável às concentrações definidas no art.º 3º, não sendo os Rmto.s. (CE) n° 1/2003, (CEE) n° 1017/68, (CEE) n° 4056/86 e (CEE) n° 3975/87, do Conselho aplicáveis, a não ser às empresas em participação sem dimensão comunitária cujo objecto ou efeito seja

(Comissão e Tribunal de Justiça). Por isso a doutrina viu nele um *elemento constitutivo implícito da proibição* de práticas colusórias. Na prática, são as Comunicações da Comissão Europeia as que determinam os critérios que esta seguirá para apreciar se se produz ou não essa incidência mínima restritiva prejudicial.

⁹⁷JO L 24 de 29.1.2004, PT. 1, art.º 1, n°s 2 e 3.

⁹⁸MIRANDA SERRANO, L. & PAGADOR LOPEZ, J. “Nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia” (2014), Ccopyme, Consejo Consultivo para la pequeña y Mediana Empresa, Disponível em <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=29>, referem que em finais de 1989 se promulgou a primeira normativa controladora destas operações: O *Rmto.4064/89, de 21 de Dezembro, sobre controlo das operações de concentração de empresas*. Sob a vigência desta normativa, dizem os AA.que não pareciam existir dúvidas no respeitante à proibição das concentrações de empresas de dimensão comunitária que criavam ou reforçavam uma posição dominante individual no mercado comum ou numa parte substancial do mesmo. Apesar de assim ser, não estava claro se deviam proibir-se também aquelas concentrações que desembocavam em posições dominantes colectivas ou conjuntas, nas quais a empresa resultante da concentração não disfruta sozinha de uma posição dominante mas sim de uma posição dominante conjunta ou colectiva com outra empresa estranha à operação. Naturalmente, uma resposta afirmativa a esta questão levaria a configurar o Rmto. 4064/89 como um instrumento de controlo preventivo dos oligopólios, sempre que nos mercados oligopolísticos exista um risco muito elevado de que as empresas coordenem os seus comportamentos.

coordenarem o comportamento competitivo de empresas que continuem independentes.⁹⁹

O artº 1º, do RC. traça o seu enquadramento de aplicação, delimitando as fronteiras, remetendo para operações que cumpram cumulativamente duas condições:

a) Verificação de concentração de duas ou mais empresas nos termos definidos no art.º 3º do Rmto.

b) O volume de negócios realizado pelas empresas em causa, calculado de acordo com o disposto no art.º 5º, deve atingir os limiares estabelecidos no art.º 1º do Rmto.

Continuando a análise do mesmo preceito legal, entende-se que uma concentração terá dimensão comunitária quando:¹⁰⁰ o volume de negócios total à escala mundial realizado pelo conjunto das empresas afectadas supere os 5000 milhões de euros, ou verificando-se que o volume de negócios total à escala comunitária realizado individualmente por pelo menos duas das empresas afectadas pela concentração supere os 250 milhões de euros, salvo se cada uma das empresas afectadas realize mais de dois terços do seu volume de negócios total comunitário num mesmo Estado membro.

No entanto, pode acontecer que, uma concentração que não alcance os parâmetros estabelecidos no nº 2 tenha dimensão comunitária desde que, o volume de negócios total à escala mundial realizado pelo conjunto das empresas afectadas supere os 2500 milhões de euros; Em ao menos três Estados membros, o volume de negócios total realizado pelo conjunto das empresas afectadas supere os 100 milhões de euros em cada um dos ditos Estados membros; Em ao menos três Estados membros contemplados a efeitos da letra b), o volume de negócios total realizado individualmente pelo menos duas empresas afectadas supere os 25 milhões de euros em cada um dos ditos Estados membros, e o volume de negócios total à escala comunitária realizado individualmente em pelo menos duas das empresas afectadas supere os 100 milhões de euros, a não ser que cada uma das empresas afectadas realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num mesmo Estado membro". -nºs 2 e 3 do art.º 1º

⁹⁹ MIRANDA SERRANO, L: M. (2013), "El derecho antitrust también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el Tribunal Supremo de la Doctrina de las Restricciones Accesorias", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, (13), Ed.La Ley, pp.25-26.

¹⁰⁰ JO L 24 de 29.1.2004, p. 1.

BARRANTES DÍAZ fala na regra dos dois terços dizendo que a dimensão comunitária da operação se exclui quando as empresas afectadas pela operação realizam mais de dois terços da sua facturação total comunitária num único estado membro.¹⁰¹

No entanto, mesmo quando a operação de concentração não tenha dimensão comunitária, o RC. pode ser-lhe aplicável¹⁰² desde que:

a) A Comissão seja solicitada a examinar a operação de concentração, a traves de um escrito motivado, pelas pessoas ou empresas a que se faz referência no nº 2 (que adquira o controle da totalidade ou de partes de uma ou varias empresas), anteriormente a qualquer notificação às autoridades competentes, concentrações estas que são susceptíveis de ser analisadas em virtude da normativa nacional em matéria de concorrência de ao menos três Estados membros.

Trata-se de uma norma inovadora, constituindo uma excepção ao princípio estabelecido no art.º 21º, consagrando um direito de petição de natureza particular.

Depois de notificados os Estados membros, se nenhum deles se pronunciar no prazo de 15 dias, a concentração tem dimensão comunitária e será notificada à Comissão em conformidade com o disposto nos nºs 1 e 2” nº 5º do art.º 4º.

Tal regra não constitui uma excepção ao sistema de controlo único¹⁰³, tanto mais que a norma expressamente admite tal possibilidade se o procedimento for tomado, com anterioridade a qualquer notificação às autoridades competentes.

Por outro lado, em tal situação, nenhum Estado Membro aplicará a sua norma nacional em matéria de concorrência à concentração. - nº 5º do art.º 4º.

b) Quando um ou vários Estados solicitem à Comissão que examine uma concentração definida nos termos do art.º 3º e que afecte o comércio entre Estados membros e ameace afectar de forma significativa a concorrência no território do Estado membro ou dos Estados membros que apresentam o pedido. - nº 1º do art.º 22º.¹⁰⁴

FOLGUERA CRESPO, refere que a remissão à CE de concentrações sem dimensão comunitária e que atinja algum dos umbrais de notificação em Espanha, pode dar-se por duas vias. Seja por pedido por parte das empresas notificantes antes de notificarem a operação autoridade Nacional da concorrência ou à CE e sempre que a

¹⁰¹BARRANTES DÍAZ (2009), p. 21.

¹⁰²Relativamente às OPAs, ver TAPIA HERMIDA, A.J. (2012), pp. 211-244.

¹⁰³ PEINADO GRACIA, J. I. (2004), diz que poder-se-ia ter estudado a possibilidade de introduzir no texto do Rmto. critério do envio automático elevando o número de autoridades nacionais implicadas pelo dever de notificação., loc. Cit. p.9.

¹⁰⁴ Parte final do art.º 1º, diploma legal mencionado.

operação cumpra os umbrais de notificação de ao menos três estados membros distintos. Caso nenhum membro se oponha a tal pedido no prazo legal, entender-se-á que a CE admite a remissão. Artº 4.5 do Rmto. (CE) nº 139 / 2004—Ou, a pedido de um ou varios estados membros quando a operação afecte o comércio intra comunitário e ameace afectar de forma significativa a concorrência entre eles e o estado membro que efectua o pedido. -Artº 22 do Rmto.(CE) nº 139 / 2004”¹⁰⁵

O art.º 3º deste diploma define o que se entende por concentração, para efeitos da sua aplicação, caindo no âmbito de aplicação da norma as seguintes situações:

a) Fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes, ou;

b) A aquisição, por uma ou várias pessoas que já controlem ao menos uma empresa, ou por uma ou varias empresas, mediante a toma de participações no capital ou a compra de elementos do activo, mediante contrato ou por qualquer outro meio, do controle directo ou indirecto sobre a totalidade ou partes de uma ou varias outras empresas.- nº 1, letras a) e b);

O controlo -letra m) do n 2º do diploma, resultará dos direitos, contratos ou outros meios que por si mesmos ou em conjunto e, considerando as circunstâncias de facto e de direito, conferem a possibilidade de exercer uma influência decisiva sobre uma empresa.

Destaca-se o nº 4º do artigo, prevendo-se nele que é considerada concentração a criação de uma empresa em participação que desempenhe de forma permanente todas as funções de uma entidade económica autónoma.¹⁰⁶

Estudaremos adiante de forma detalhada estes conceitos que são da maior importância para a compreensão do direito da concorrência e sua prática, assim como os compromissos que em seu redor são propostos pelas empresas de forma a pacificar eventuais violações no mercado comum.

Caiem fora da definição de concentração as entidades de crédito, financeiras, seguradoras, bem como determinadas operações realizadas com mandato publico.¹⁰⁷

No artº 2º, delimitam-se os critérios que a Comissão tem em consideração, na valoração das operações de concentração, de forma a poder considera-las compatíveis

¹⁰⁵ FOLGUERA CRESPO, J.M. & VIDAL,Patricia (2008), "*Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas).Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*", Ed.Aranzadi, SA., loc. Cit. pp.487-488.

¹⁰⁶ Letra b), nº 1.

¹⁰⁷ No nº 5º deste artigo, letras a), b) e c).

ou incompatíveis, com o mercado comum. O que **MOURA E SILVA** denomina de apreciação substantiva de apreciação de concentração- O critério da proibição.¹⁰⁸

Transcrevendo o texto legal:

" As concentrações que não sejam susceptíveis de obstaculizar de forma significativa a concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial do mesmo, em particular como consequência da criação¹⁰⁹ ou reforço de uma posição dominante,¹¹⁰ declararam-se compatíveis com o mercado comum.As que sejam susceptíveis de obstaculizar, declaram-se incompatíveis" ¹¹¹

VARA DE PAZ refere que para se determinar se a operação é ou não compatível com o mercado comum, a Comissão terá em conta critérios estritamente concorrenciais para preservar e desenvolver a concorrência efectiva no mercado comum, declarando compatíveis com ele as concentrações que não sejam susceptíveis de obstaculizar de forma significativa a concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial do mesmo, em particular como consequência da criação ou reforço de uma posição dominante.¹¹²

No entanto, a Comissão na sua avaliação,¹¹³ defende o autor, terá também em conta critérios de política industrial , enquanto valorará os interesses dos consumidores intermédios e finais, assim como o desenvolvimento do progresso técnico ou económico, sempre que este seja em benefício dos consumidores e não constitua um obstáculo para a concorrência.¹¹⁴ Ou seja, a Comissão avaliará as chamadas eficiências invocadas pelas empresas afectadas.

¹⁰⁸MOURA E SILVA, M. (2008)., *"Direito da Concorrência, Uma introdução Jurisprudencial"*, em p. 848.

¹⁰⁹ Aqui o controlo é estendido à criação da própria posição dominante na opinião de MOURA E SILVA, M., (2008), *Ibid.*

¹¹⁰ Repare-se que nos termos do n.º 3 do art.º 2º do Rmto. n.º 4064/89 seriam declaradas incompatíveis com o mercado comum "as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição".

¹¹¹ Quando no âmbito da aplicação do Rmto. 4064/89, a Comissão examina uma eventual posição dominante colectiva, deve determinar se a criação ou reforço dessa posição, susceptível de entrar significativamente e de forma duradoura a concorrência efectiva no mercado, é consequência directa e imediata da concentração (V. nesse sentido, acórdão T-102/96 Gencor Ltd. v Comissão [1999] CJ 1999 PT. II- 00753).

¹¹² VARA DE PAZ, N. (2008), "Las ofertas publicas de adquisición de valores y el control de las concentraciones económicas", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil.* num. 111/2008, em p. 58.

¹¹³ Tal resulta do disposto no art.º 2º e dos Considerandos 20º, 23º, 24º, 25º e 29º do RC.

¹¹⁴ MIRANDA SERRANO, L. & PAGADOR LOPÉZ, J. (2014), referem que "A concentração de empresas, como todo fenómeno económico e jurídico, é uma realidade ambivalente a que se juntam importantes vantagens mas também sérios inconvenientes. Entre as suas vantagens, cabe aqui mencionar as de carácter técnico, já que propiciam uma maior especialização da maquinaria e mão-de-obra; as de carácter financeiro, pois as grandes empresas gozam de maior crédito no mercado de capitais; e as comerciais, toda vez que para as empresas de grandes dimensões é mais económico o processo de

Assim, a tónica é colocada sobre o facto de a concentração criar ou reforçar uma posição dominante,¹¹⁵ bem como obstaculizar de forma significativa ou não a concorrência efectiva no mercado comum¹¹⁶.

Quanto ao primeiro aspecto,¹¹⁷ dir-se-á que este critério concede à Comissão uma margem de manobra na aplicação do Rmto. pois que face ao previsto, poderá considerar uma operação compatível com o mercado comum, quando dela resultar a criação ou o reforço de uma posição dominante, mas esta não crie um entrave significativo à concorrência efectiva.¹¹⁸

O critério de obstaculizar significativamente a concorrência, introduzido pelo Rmto. 139/2004, no sistema europeu de controlo de concentrações, eliminou uma lacuna no sistema de controlo, pois com anterioridade a ele, não estava claro se podiam ou não, controlar-se os efeitos contrários à concorrência, derivados de uma concentração de duas empresas, num mercado oligopolístico em que a entidade resultante da concentração, não tivesse passado a ser dominante. Por conseguinte, a adopção do novo critério de obstáculo significativo da concorrência teve o mérito de

distribuição e venda dos seus bens e serviços. No entanto, nem tudo são vantagens. Às concentrações apontam-se também relevantes inconvenientes, sobretudo quando se analisam os efeitos que provocam sobre a livre concorrência. Mediante elas os mercados alcançam em muitas ocasiões estruturas oligopolísticas, convertendo-se em mercados de uns poucos; E, como se sabe, neste tipo de mercados a livre concorrência encontra-se seriamente ameaçada, ao existir um elevado risco de que as empresas coordenem os seus comportamentos em detrimento dos consumidores e usuários”.

¹¹⁵ SAN PEDRO, Luis Antonio Velasco, (2010), “Las barreras de entrada y su relevancia para el derecho de la competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, (6), La Ley, segundo o A., “A posição de domínio tem vindo a ser identificada tradicionalmente pela jurisprudência do TJCE com a possibilidade de actuação independente no mercado da empresa ou empresas. Esta posição pode considerar-se consolidada a partir da sentença de United Brands, que considerou a dominância como «uma posição de poder económico de que disfruta uma empresa que lhe permite impedir o mantimento de uma competência efectiva no mercado relevante ao possibilitar-lhe em medida apreciável comportamentos independentes com respeito aos seus competidores e clientes e, em definitivo, dos consumidores. No mesmo sentido, entre outras, as sentenças do TJCE de 13/2/1979, assunto 85/1976 Hoffmann-La Roche, y de 9/12/1983, assunto 322/1981 Michelin. O A. refere que o Direito espanhol aceita posições semelhantes, entre outras, a resolução do TDC de 30/9/1999, assunto R362/1999 Barcardí, loc. Cit, p.23.

¹¹⁶ PEINADO GRACIA, J. I., diz que o Rmto. 139/2004 responde ao intento de aproximar o enfoque da UE em torno dos processos de concentração com a dos USA, in “Variaciones sobre el nuevo régimen comunitario de concentraciones empresariales”, *Revista de Derecho de los Negocios*, (170), Noviembre de 2004, em p.5.

¹¹⁷ MARIANO PEGO, J.P. (2001), “A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência”, é de opinião que a legislação comunitária não consagra o abuso de dependência económica, mas tanto a Comissão como o TJCE têm chamado à colação a teoria do “parceiro obrigatório” ou seja, a dependência económica para apreciar questões em que não está em causa o ascendente da empresa perante concorrentes directos, antes em face de clientes ou fornecedores, op. Cit. p. 52.

¹¹⁸ MOURA e SILVA, M. (2008), op. Cit. em p. 848.

eliminar esta incerteza e, de permitir à autoridade de controlo, fortalecer a análise económica em casos de concentrações complexas.¹¹⁹

Supondo que a CE admita a solicitação de remissão, as autoridades nacionais deixarão automaticamente de ter competência para tramitar o expediente de concentração e, a CE poderá solicitar às partes que apresentem uma nova notificação. A partir desse momento, a operação ficará submetida ao procedimento comunitário de controlo de concentrações.¹²⁰

De facto diz **FUENTETAJA PASTOR** que o Rmto.139/ 2004 relativo ao controlo de concentrações, atribui a competência para o controlo das concentrações à Comissão, quando tenham dimensão comunitária. A partir de aqui, recolhe uma série de critérios quantitativos (volume de negocio) e, qualitativos (repercussões no mercado nacional, europeu ou mundial), para dotar de conteúdo tal conceito fundamental, pois vai determinar se a competência para avaliar a compatibilidade da concentração com o Direito da Concorrência europeu corresponde à Comissão ou ,às autoridades nacionais de concorrência.¹²¹

Este é o panorama geral. Falaremos de seguida sobre a tramitação.

O importante será dizer que o Rmto. estabelece a obrigatoriedade da notificação à Comissão de todas as operações de dimensão comunitária, como tal definidas, com anterioridade à sua execução, logo que concluído o acordo.

Pelo que se extrai do nº 1 do art.º 4º que as concentrações de dimensão comunitária deverão notificar-se à Comissão, antes da sua execução, logo que se tenha concluído o acordo, anunciado de OPA ou, adquirida uma participação de controlo.

A notificação deve verificar-se nos termos do nº 1 do art.º 4º do Rmto., quando as empresas afectadas demonstrem à Comissão, a sua intenção de boa-fé de concluir um acordo, ou no caso de uma OPA, quando tenham anunciado publicamente a sua intenção de apresentar a oferta, sempre que o acordo ou a oferta previstos dêem lugar a uma concentração de dimensão comunitária.¹²²

¹¹⁹Veja-se MIRANDA SERRANO, L. & PAGADOR LOPÉZ, J. (2014), veja-se esta opinião em “Nuevas tendencias en el control de las concentraciones de empresas en la UE: la Comisión quiere asumir competencias para controlar las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control”.

¹²⁰FOLGUERA CRESPO, J. & VIDAL MARTINEZ, P. (2008) , p.489.

¹²¹FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, “Derecho administrativo europeo” (2), Cizur Menor Navarra, Civitas, 2015, ob Cit. p.16;

¹²²JO L 24 de 29.1.2004, em p. 1.

Tal regra constitui uma alteração nos prazos relativamente à norma anterior que, previa um prazo de uma semana, para se efectuar a notificação prévia, desde que se concluía o acordo de concentração

Se tal alteração parece ser positiva no sentido de alterar o prazo de notificação pós-acordo, a verdade é que segundo **PEINADO GRACIA**¹²³ também não é isenta de críticas, sobretudo relacionadas com a perda de confidencialidade no negócio, podendo vir a acontecer até que a concentração não venha a realizar-se, o que a acontecer, torna a notificação inútil na nossa opinião

No n.º 2 do art.º 21º, estabelece-se que a Comissão tem competência exclusiva para adoptar as decisões previstas no Rmto., sujeita ao controle do Tribunal de Justiça.

E, no n.º 3 do mesmo preceito legal que os Estados membros abstêm-se de aplicar a lei nacional em matéria de concorrência às concentrações de dimensão comunitária.

O Rmto. estabelece, assim, um sistema de controlo prévio único para cada operação desta natureza.

Consustancia, tal como sucedia o Rmto. revogado, um sistema de "one stop shop" ou de janela única, também designado por "ventanilla única", instituindo uma unicidade institucional ao nível do controle.

Na opinião de **PEINADO GRACIA**¹²⁴, para além do estabelecimento do princípio de janela única "one stop shop" tal medida reforça ainda a segurança jurídica, o princípio da subsidiariedade "best placed authority" e possibilita a redução das multi notificações. O A. defende a posição de que quando tal não acontece e se verifica o reenvio aos estados membros (Cláusula Alemã)¹²⁵, tal poderá supor uma excepção ao princípio "one stop shop".

Por outro lado, prevê-se a situação de que a operação, ainda que de dimensão comunitária, possa afectar "de maneira significativa a concorrência num mercado de um Estado Membro que apresenta todas as características de um mercado definido"¹²⁶.

¹²³ PEINADO GRACIA, J. I., (2004) em, p.9.

¹²⁴ Ibid, p.5;

¹²⁵ A cláusula alemã consiste no reenvio da Comissão às autoridades nacionais de assuntos de dimensão comunitária, quando ameacem afectar de forma significativa a concorrência num mercado de um Estado membro que não constitua uma parte substancial do mercado comum, podendo nos termos do art.º 9 do Rmto. A remissão ser total ou parcial. O A. chama a atenção que neste caso, poderá ficar afectado o princípio da autoridade única ou "level playing field", Ibid, op.Cit. p.7.

¹²⁶ Ibid., n.º 4º do art.º 4.

Aqui, a lei entende que a operação deve de ser examinada, total ou parcialmente, pelo dito Estado Membro.¹²⁷

Nesta situação, a Comissão comunicará tal facto aos Estados membros, e assim o Estado que seja susceptível de ficar afectado, irá beneficiar de um prazo de quinze dias para que possa pronunciar-se, relativamente à remissão do assunto, contados a partir da data de recepção do escrito.

Se por qualquer motivo o estado não se manifeste dentro desse prazo, considera-se que está de acordo em submeter a operação às suas leis de concorrência.

Todavia, ainda assim, fica a cargo a Comissão, proceder à remissão do assunto para o Estado membro. - nº 3º do art.º 9º.

A instituição deste regime - remissão de um assunto para as autoridades competentes dos Estados Membros -, traduz uma excepção ao princípio do controlo único por parte da Comissão já que, nesta eventualidade à operação será aplicável o direito de concorrência do país do Estado Membro em questão, ou seja, o seu direito nacional. Da decisão da Comissão, cabe recurso para o Tribunal de Justiça.

Como menciona **CHITI apud PASTOR**, o Rmto. estabelece procedimentos detalhados e prazos, de forma a permitir que uma concentração notificada à Comissão pelas empresas interessadas, seja remetida às autoridades nacionais de concorrência, a pedido destas (Art.º 9), ou por solicitação das partes notificantes (Art.º 4), quando, apesar da dimensão comunitária da operação, esta possa afectar a concorrência num mercado definido num Estado membro sem que tal mercado definido seja parte substancial do mercado comum. Refere também o autor falado que, a importância da celeridade da determinação da competência, leva o Rmto. a prever que, se não for preferida declaração expressa negativa, a Comissão ou o Estado, segundo os casos, aceitam a remissão do assunto às autoridades nacionais.¹²⁸

¹²⁷ ENTRENA ROVERS, Jonathan. (2005) “Novedades más significativas del Real Decreto 2295/2004, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de la competencia”, *Diario La Ley*, nº 6244, disse: “O art.º 4 do Rmto.139/2004 oferece a possibilidade às partes notificantes de pedir à Comissão, previamente à notificação de uma concentração, a remissão da mesma às autoridades nacionais quando considerem que ainda que tenha dimensão comunitária, a concentração afecte de maneira significativa a concorrência num mercado de um Estado membro que apresenta todas as características de um mercado definido (art.º 4.4). Por sua vez, as mesmas partes podem pedir que uma concentração que não tenha dimensão comunitária seja examinada pela Comissão, por ser susceptível de análise em virtude da normativa nacional em matéria de concorrência de ao menos três Estados membros (art.º. 4.5)”, loc. Cit. p.1514.

¹²⁸FUENTETAJA PASTOR, J.A (2015), em p.16.

Transcrevendo o preceito, pode ler-se que " *Em conformidade com as disposições pertinentes do Tratado, qualquer Estado membro pode interpor um recurso ante o Tribunal de Justiça e pedir, em particular, a aplicação do art.º 243 do Tratado para efeitos da aplicação da sua normativa nacional em matéria de concorrência*".

Concluindo que à operação notificada, não é aplicável o Rmto. em análise, a Comissão está obrigada a proferir uma decisão nesse sentido. -al a) do nº 1 do art.º 60º.

Os prazos para a tramitação processual referentes a esta matéria, encontram-se estabelecidos no art.º 10º, sendo igualmente importante a matéria que se analisará à frente no capítulo do Rmto. de Execução ao presente Rmto.¹²⁹.

Acresce que a Comissão pode impor condições e obrigações destinadas a garantir que as empresas afectadas cumpram os compromissos assumidos com a Comissão para compatibilizar a concentração com o mercado comum¹³⁰- nº 2º do art.º 6º, sendo esta análise o campo de estudo do nosso trabalho, adiante explanada.

A Comissão tem o poder de revogar a decisão, quando a mesma tenha sido proferida com base em informações incorrectas ou obtidas de forma fraudulenta, bem como quando as empresas afectadas incumpram uma obrigação imposta. -Tal resulta do previsto no nº 3º e 6º do art.º 6º.

Nos termos do art.º 7º, nº 1º, a operação de concentração não pode ser executada antes de notificada, nem enquanto a Comissão não profira uma decisão de compatibilidade com o mercado comum. – Art.º 7º, nº 1º, encontrando-se a mesma obrigatoriamente suspensa, por força da lei, desde que tal venha a suceder.

Assim sendo, convém referir que a validade da operação executada depende da decisão que a Comissão venha a proferir em relação ao conteúdo da operação, sendo que a inobservância desta formalidade, não provoca, "*per si*", a invalidez da operação. - nº 4º do art.º 7º e nº 4º al a) do art.º 8º "*a contrario sensu*".

¹²⁹ Rmto. (CE) N° 802/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004.

¹³⁰ ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), é de opinião que a Comissão pode fazer *política industrial* através do controlo de concentrações, "*diseñar*" o mercado em que se produziu a concentração forçando uma estrutura determinada do mesmo ou *regular* todo o mercado com a escusa de impor condições ao competidor dominante que tenha realizado uma aquisição. Neste sentido, o art.º. 17.1.b) da LDC (La Ley 1856/1989) parece permitir ao Governo utilizar critérios extracompetitivos para a imposição de condições ao estabelecer que o Governo poderá "*subordinar su aprobación a la observación de condicionesque aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia*". Medidas que contribuam para o progresso poderiam ser, por exemplo, prometer investimentos numa região determinada, conceder bolsas ou formação profissional aos empregados das empresas que se concentram" loc.Cit, p. 83.

Quando a Comissão conclua que uma concentração já tenha sido executada e, decida que a concentração seja declarada incompatível com o mercado comum ou, que foi executada contrariando uma das condições vinculadas a uma decisão adoptada, pode exigir às empresas afectadas que dissolvam a concentração, para que a situação anterior à execução da operação fique restabelecida, ou, na eventualidade de que tal procedimento não ser possível, impor que outras medidas quaisquer, adequadas à situação e tendo como objectivo restabelecer uma concorrência saudável, sejam adoptadas.- nº 4º, b).

Para levar a cabo as suas funções, pode solicitar as informações que entenda relevantes, seja por meio de uma solicitação simples, seja por meio de uma decisão, devendo ainda fundamentar tal pedido, bem como informar qual a finalidade da informação solicitada.- Art.º 11º.

Por outro lado, a Comissão tem ainda poderes para realizar inspecções. Isso mesmo se alcança do art.º 13º¹³¹, sendo que no desempenho destas competências, os agentes podem aceder a qualquer local nas empresas, verificar livros e outros documentos referentes à actividade empresarial, fazer ou obter cópias ou extractos, selar locais e livros ou documentos bem como solicitar a qualquer representante ou membro do pessoal da empresa explicações sobre livros ou documentos relacionados com o objecto e finalidades da inspecção.

Verificando-se a existência de oposição por parte das empresas inspeccionadas, a Comissão, com respaldo no art.º 13º, poderá solicitar junto às autoridades judiciais as autorizações necessárias, bem como solicitar o apoio das forças policiais dos Estados membros.

Acresce que a Comissão pode ainda impor multas quando, quando as empresas em causa, de forma deliberada, negligente ou enganosa, forneçam respostas incorrectas ou enganosas ou não as rectifiquem no prazo fixado, omitam ou não facilitem a informação, apresentem incorrectamente os livros ou outros documentos solicitados ou se recusem a submeter-se a uma inspecção.- nº 1 do art.º 14º.

As multas resultantes da aplicação do Rmto. são fixadas em função da natureza da infracção, da sua gravidade, tendo correspondência com a percentagem de volume de

¹³¹O art.º 13º do Rmto. CE 139/2004 dispõe da seguinte forma: “A fim de cumprir as tarefas que encomenda o presente Rmto., a Comissão pode realizar todas as inspecções necessárias nas empresas e associações de empresas. ”

negócios do agente infractor, podendo ser fixadas até 10% do seu volume- n° 2° do art.º 14º.

A Comissão pode impor multas coercivas, com a finalidade de obrigar aos agentes económicos a aplicarem de forma completa e correcta a informação solicitada pela Comissão, a submeter-se a uma inspecção ordenada, bem como a cumprir uma obrigação imposta ou a cumprir as medidas ordenadas.

Aqui o critério para o seu estabelecimento é o mesmo, ainda que com uma percentagem que pode alcançar os 5% do volume de negócios total médio diário, podendo esta ser especialmente reduzida no caso de as empresas cumprirem a obrigação para a qual foram notificadas, conforme se determina no art.º 15º.

Os interessados têm direito a ser ouvidos, antes de a decisão ser tomada, consagrando-se o seu direito de audição, no que se refere a esta matéria, bem como a outras que vêm definidas no art.º 18º. Relativamente a esta matéria nos debruçaremos mais adiante.

No art.º 19º, encontramos definido o princípio da colaboração com as autoridades dos Estados membros. Da sua leitura, resulta que a Comissão se obriga a enviar às autoridades competentes dos Estados membros, a cópia das notificações e dos documentos mais importantes que lhe tenham sido enviados ou, que tenha emitido no decorrer da aplicação do Rmto. em análise, sendo que deverá tramitar os processos em colaboração com as autoridades competentes dos Estados membros.

Importa referir que o Comité consultivo de concentrações, composto por representantes das autoridades nacionais de cada Estado Membro¹³², será sempre consultado antes da Comissão proferir qualquer das decisões mencionadas no n° 3° do art.º 19º.

Para além da excepção ao sistema instituído de controlo único que explicámos, constitui ainda excepção a este regime, o previsto no n° 4° do art.º 21º, não obstante o previsto no n° 2 e 3 do preceito legal que determina que: *“A Comissão terá competência exclusiva para adoptar as decisões previstas no presente Rmto.”* e, *“os Estados membros abster-se-ão de aplicar a sua normativa nacional em matéria de concorrência*

¹³² O Comité consultivo é composto por representantes das autoridades competentes dos Estados-Membros, sendo que Cada Estado-Membro designa um ou dois representantes que podem ser substituídos, em caso de impedimento, por outro representante, devendo pelo menos um dos representantes ter experiência em matéria de práticas restritivas e posições dominantes n° 4 do art.º 19º do Rmto. 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004.

às concentrações de dimensão comunitária"; dispõe ainda o n.º 4.º do art.º 21.º que: "os Estados Membros podem adoptar as medidas pertinentes¹³³ para proteger interesses legítimos distintos dos considerados no presente Rmto. que sejam compatíveis com os princípios gerais e demais disposições de direito comunitário".

Esta norma, denominada cláusula dos interesses legítimos, tal como a outra excepção já referida, acabam por permitir um duplo controlo, comunitário e também nacional, nas operações de concentração.

Como terceira excepção ao sistema de controlo único, prevista também na anterior legislação revogada, no art.º 22.º, temos a cláusula denominada de holandesa¹³⁴ e que o actual Rmto. consagra também no art.º 22.º.

Trata-se da possibilidade de um ,ou vários Estados Membros, poderem solicitar à Comissão que examine uma concentração que ainda que se enquadre na definição do art.º 3, mas sem dimensão comunitária. Para que o normativo legal possa enquadrar-se, terá que afectar o comércio entre Estados Membros, assim como a afectação em causa terá que ser capaz de afectar de forma significativa a concorrência no território do Estado membro ou dos Estados membros que o requerem.

Assim sendo, por força deste preceito legal, a Comissão poderá intervir numa operação sem dimensão comunitária, bem como em operações sem carácter transfronteiriço, desde que as suas consequências decorrentes da operação possam afectar o comércio entre os Estados Membros.

Se a Comissão proíbe a operação, declarando-a incompatível com o mercado comum, não existe perigo de duplo controlo. Todavia, se não a proíbe e se limita a impor medidas no território do Estado que solicitou a intervenção, poderá suceder que um dos Estados afectados aplique a sua legislação nacional ao caso, podendo mesmo vir a proibir a operação.

¹³³ Relacionadas com a segurança pública, a pluralidade dos meios de comunicação social e as regras prudenciais ou outro comunicado e deve ser por ela reconhecido após análise da sua compatibilidade com os princípios gerais e as demais normas do direito comunitário antes de as referidas medidas poderem ser tomadas.

¹³⁴ É a cláusula através da qual uma ou várias entidades nacionais remetem à Comissão para que esta decida, quando se trata de concentrações que sem ter dimensão comunitária afectem o comércio entre os Estados Membros ou ameace afectar significativamente a concorrência dentro do seu território, nos termos do art.º 22.º do Rmto. Veja-se PEINADO GRACIA, J. I. (2004) que assinala algumas dificuldades no funcionamento prático deste sistema, sobretudo relacionadas com a variedade de critérios dentro de cada Estado com relação ao dever de notificação, incluindo a própria variedade sobre a existência desse dever de notificação, falta de mecanismos formais de troca de informação entre os Estados membros e eficácia limitada de actuação da Comissão frente aos Estados solicitantes, loc. Cit. pp.7-8.

O Rmto.139/2004 introduziu como novidade, uma disposição referente ao encerramento, sem a tomada de uma decisão final, dos processos relativos ao controlo das concentrações iniciados pela Comissão ao abrigo do n.º 1, alínea c), do art.º 6.º, na primeira frase.

Com efeito, do normativo legal pode ler-se que independentemente do previsto no art.º 9.º, os processos são encerrados por via de decisão, de acordo com o n.º 1 a 4.º do art.º 8.º, a não ser que as empresas em causa tenham demonstrado a contento da Comissão que abandonaram a concentração.

A Comissão exige na sua prática que os elementos de prova do abandono da operação devem ter correspondência em termos de forma jurídica e de intensidade, ao acto inicial considerado suficiente para que a concentração deva ser notificada. Se por exemplo celebraram um acordo vinculativo após a notificação da operação com base numa intenção de boa-fé, os elementos de prova do abandono da operação devem corresponder também à natureza do último acto,¹³⁵ sendo exigida uma prova de revogação juridicamente vinculativa do acordo sob a forma prevista no acordo inicial, não sendo suficiente uma declaração de intenção.

Importa ainda referir que as regras jurídicas relativas ao estabelecimento da competência da Comissão foram alteradas pelo novo Rmto. Reformulado. Com efeito, a conclusão de um acordo ou da publicação de uma OPA, ou a aquisição de uma participação de controlo, no antigo RC., obrigavam a proceder à notificação logo a partir da data correspondente primeiro acto gerador da notificação ou, uma semana após verificação do acto gerador da notificação.- n.º 1 do art.º 4.º, enquanto no Rmto. reformulado, as partes deixaram de ser obrigadas a proceder à notificação da operação, num determinado prazo. O importante é que não realize a concentração planeada antes da notificação, não se estabelecendo prazos para que tal venha a acontecer.¹³⁶

¹³⁵ Por exemplo, no caso de um anúncio público de uma OPA ou da intenção de apresentar uma OPA, será igualmente exigido que se proceda a um anúncio público do encerramento do processo do concurso público ou de renúncia à intenção de promover uma oferta pública.

¹³⁶ Além disso, em conformidade com o segundo parágrafo do n.º 1 do art.º 4.º, as empresas em causa já podem notificar a transacção se demonstrarem a sua intenção de boa-fé de concluir um acordo ou, no caso de uma OPA, quando anunciarem publicamente a intenção de apresentar tal oferta. O mais tardar aquando da notificação, a Comissão, bem como as autoridades nacionais da concorrência, devem estar em condições de determinar o órgão competente. O primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 4.º do RC. prevê que as concentrações devem ser notificadas após a conclusão do acordo, o anúncio da OPA ou a aquisição de uma participação de controlo, pelo que as datas destes acontecimentos são decisivas para estabelecer a competência.

1.3.2. O Regulamento (CE) nº 802/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004- Regulamento de Execução.

Como refere o preâmbulo do texto legal, o Rmto. (CE) nº 802/2004¹³⁷ da Comissão, de 7 de Abril de 2004¹³⁸ é o Rmto. de Execução do Rmto. (CE) nº 139/2004 do Conselho, concernente ao controlo das concentrações de empresas. Importa dizer que o presente Rmto. tem ainda como antecedente mais longínquo, o Rmto. (CEE) nº 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, referente ao controlo das operações de concentração de empresas, na redacção do Rmto. (CE) nº 1310/97, que o actualizou, bem como o seu Rmto. de Execução.

Com efeito, o Rmto. (CE) nº 447/98 da Comissão, de 1 de Março de 1998, veio definir as regras das notificações, prazos e audições em complemento, surgindo consequentemente o sentimento da necessidade de se criar um documento legislativo único que previsse também estas alterações posteriores.

Por outro lado, também a Comissão adoptou medidas relativas às funções dos Auditores em certos processos de concorrência.

O Rmto. (CE) nº 139/2004 baseia-se no princípio da notificação obrigatória das concentrações com antecedência, de forma prévia à sua realização, com consequências jurídicas favoráveis para as partes na concentração que se pretende levar a cabo, já que prevê a possibilidade de diálogo de forma a compatibilizar as operações com o mercado comum.

Na prossecução e estabelecimento da segurança jurídica, o Rmto. define com precisão o objecto e o conteúdo das informações a fornecer na notificação. Na verdade, cabe às partes comunicar à Comissão, de uma forma completa e exacta, os factos e circunstâncias que podem relevar para a tomada de uma decisão com referência à concentração notificada, através de um memorando.

Por isso foi entendido como conveniente, de forma a facilitar a actuação das empresas em causa, bem como a análise da própria comissão, prever a utilização de um

¹³⁷Rmto. (CE) nº 802/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004, de execução do Rmto. (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO L 133 de 30.4.2004, p. 1. Este Rmto. substitui o Rmto. (CE) n.º 447/98 da Comissão, de execução do Rmto. (CEE) nº 4064/89 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO L 61 de 2.3.1998, p. 1 .

¹³⁸ O Rmto. (CE) nº 447/98, anterior Rmto. de Execução do Rmto. 4064/89, é revogado a partir de 1 de Maio de 2004, a partir da entrada do Rmto. em análise, sem prejuízo do que vem disposto nos nºs 2 e 3, do artº 25º do Rmto. “*sub judicie*”.

formulário a fim de simplificar e acelerar o exame das notificações e dos memorandos fundamentados.

-Interessados na causa.

No seu art.º 11º determina-se a qualidade do interveniente ou seja, quem é interessado a ouvir, remetendo-se para o art.º 18º do Rmto. (CE) nº 139/2004, que estabelece a definição e simultaneamente a distinção entre os seguintes interessados:

a) Partes notificantes, ou seja, pessoas ou empresas que apresentem uma notificação nos termos do nº 2 do art.º 4º do Rmto. (CE) nº 139/2004;

b) Outros interessados directos, ou seja, partes no projecto de concentração que não as partes notificantes, tais como o vendedor ou a empresa objecto da concentração;

c) Terceiros, ou seja, pessoas singulares ou colectivas, incluindo clientes, fornecedores e concorrentes que comprovem ter um interesse suficiente, na acepção do segundo período do nº 4 do art.º 18º do Rmto. (CE) nº 139/2004, o que acontece nomeadamente no caso de:

Primeiro- Membros dos órgãos de administração ou de gestão das empresas em causa ou representantes reconhecidos dos seus trabalhadores;

Segundo- Associações de consumidores, no caso de a concentração projectada dizer respeito a produtos ou serviços utilizados por consumidores finais;

d) Interessados relativamente aos quais a Comissão tenciona tomar uma decisão ao abrigo dos artºs 14º ou 15º do Reg (CE) nº 139/2004.

É também preocupação do Rmto. em análise, a garantia plena do direito de audição e dos direitos de defesa, razão pela qual se procedeu à distinção entre as partes que notificam a concentração, os outros interessados directos no projecto de concentração, os terceiros e os interessados relativamente aos quais a Comissão tenciona tomar uma decisão de aplicação de coima ou de sanções pecuniárias compulsórias.

Foi igualmente preocupação da Comissão dar às partes notificantes e aos outros interessados directos no projecto de concentração, desde que apresentem para tal um pedido, a possibilidade de, antes da notificação, debaterem informalmente e de forma confidencial a operação de concentração projectada. É assim possível às partes

marcaram reuniões com a Comissão, para com ela discutir preliminarmente a forma que a concentração deve revestir.

Por outro lado, após a notificação, a Comissão deve manter um contacto estreito com essas partes e outros interessados directos, na medida do necessário para com eles examinar e, se possível, resolver por acordo mútuo, os problemas práticos ou jurídicos que possa ter detectado aquando do exame preliminar do processo.

Em conformidade com o princípio do respeito dos direitos de defesa, sentiu-se a necessidade de assegurar às partes notificantes a possibilidade de apresentarem as suas observações em relação a todas as objecções que a Comissão tenciona tomar em consideração nas suas decisões. Doutra feita, também se entendeu que os outros interessados directos na concentração projectada devem igualmente ser informados das objecções da Comissão e ser-lhes dada oportunidade de apresentarem observações.

Igualmente concede o Rmto. a terceiros que comprovem ter um interesse a possibilidade de apresentarem observações, quando o solicitem por escrito.

Institui-se preferencialmente o princípio da redução a escrito das observações, independentemente do direito de solicitação de uma audição oral formal destinada a completar as observações escritas.

Determina-se que em caso de urgência, a Comissão deve, ainda assim, ter a possibilidade de proceder a audições orais formais das partes notificantes, outros interessados directos ou terceiros.

Foi igualmente preocupação a protecção dos direitos dos interessados a ouvir, sobretudo a medida em que o acesso ao processo da Comissão lhes deve ser facultado bem como os termos em que podem fazer-se representar ou assistir, sem esquecer que ao facultar o acesso ao processo, a Comissão tem também o dever de garantir a protecção dos segredos comerciais e de outras informações confidenciais.

-Acesso ao Processo.

Prevê-se no art.º 17º a defesa desta matéria que passa naturalmente pela questão do acesso a documentos. Determinou-se que, mediante pedido, a Comissão facultará o acesso ao processo às partes a quem foi enviada uma comunicação de objecções a fim de lhes permitir exercer os direitos de defesa, sendo o acesso facultado após notificação da comunicação de objecções.

Tal possibilidade de acesso ao processo é extensível aos outros interessados directos que tiverem sido informados das objecções, mas apenas na medida em que tal seja necessário para efeitos da elaboração das suas observações.

No entanto, importante é referir que o direito de acesso, não abarca as informações confidenciais ou documentos internos da Comissão ou das autoridades competentes dos Estados-Membros, assim como não abrange a correspondência entre a Comissão e as autoridades competentes dos Estados-Membros ou entre estas últimas.

As informações que contenham segredos comerciais ou outras informações confidenciais, bem como documentos não serão comunicadas nem a Comissão permitirá o acesso a tais informações, atento o estatuído no art.º 16º do Rmto. de Execução.

Por forma a garantir a confidencialidade, a Comissão deve solicitar às empresas que apresentam declarações ou documentos que identifiquem com segurança e rigor aquelas que entendem ser confidenciais.

-Documentos.

Esclarece o art.º 3 do Rmto. analisado que os documentos de apoio podem ser enviados em original ou cópia, sendo que se as partes optarem por esta última hipótese, terão as partes notificantes que declarar que esta é verdadeira e está de acordo com o original.

Importa esclarecer ainda que é obrigatório que as notificações sejam efectuadas numa das línguas oficiais da Comunidade, a língua do processo em relação às partes notificantes, o mesmo acontecendo com processos subsequentes relacionados com a mesma concentração.

O art.º 4º do Rmto. menciona as informações a prestar e documentos a apresentar, determinando que as notificações conterão as informações, incluindo os documentos, exigidas nos formulários aplicáveis constantes dos anexos.

-Prazos e Suspensão.

Nos termos do Rmto. nº 139 /2004, os prazos legais do processo para a prática dos actos processuais nele estipulados, começam a correr a partir da data da notificação, fixando-se as condições e a data em que produzem efeitos, em obediência, como se referiu, ao princípio da segurança jurídica.

Desta feita, foram estabelecidas as regras aplicáveis ao cálculo dos prazos fixados no Rmto. (CE) nº 139/2004, determinando-se o seu início e o seu termo bem como as circunstâncias que motivam a sua suspensão, tomando devidamente em consideração as exigências resultantes dos prazos legais excepcionalmente curtos dos processos.

Como se refere no art.º 5º, sem prejuízo do disposto nos nºs 2, 3 e 4, as notificações produzem efeitos na data da sua recepção pela Comissão.

Na eventualidade da Comissão constatar que as informações, incluindo documentos, que constam da notificação estão materialmente incompletas, informará imediatamente as partes notificantes ou os seus representantes por escrito, sendo que nesta situação, a notificação apenas produzirá os seus efeitos na data de recepção das informações completas pela Comissão.

O Rmto. em questão, logo no seu art.º 7º, determina que se o prazo se inicia, começa a correr no dia útil, (art.º 24º do Rmto.) seguinte ao dia da ocorrência do acontecimento.

Já quanto ao seu termo (art.º 8º), determina-se que um prazo calculado em dias úteis termina no final do seu último dia útil. E, um prazo fixado pela Comissão em termos de uma data, termina no final do dia correspondente.

Ocorre a suspensão do prazo (nº 4 do art.º 9º) sempre que a Comissão tiver de tomar uma decisão nos termos do nº 3 do art.º 11º ou do nº 4 do art.º 13º, devido ao facto de:

a) Uma informação pedida pela Comissão, ao abrigo do nº 2 do art.º 11º do Rmto. (CE) nº 139/2004, a uma das partes notificantes ou a outro interessado directo, não ter sido prestada ou o ter sido de forma incompleta no prazo fixado pela Comissão;

b) Uma informação pedida pela Comissão, nos termos do nº 2 do art.º 11º, a um terceiro, não ter sido prestada ou o ter sido de forma incompleta no prazo fixado pela Comissão, devido a circunstâncias imputáveis a uma das partes notificantes ou a outro interessado directo;

c) Uma das partes notificantes ou outro interessado directo, ter recusado sujeitar-se a uma inspecção considerada necessária pela Comissão nos termos do nº 1 do art.º 13º do Rmto. (CE) nº 139/2004 ou ter recusado colaborar nessa inspecção em conformidade com o nº 2 do art.º 13º;

d) Verificar-se que as partes notificantes não comunicaram à Comissão alterações de carácter material dos factos constantes da notificação ou quaisquer novas informações do tipo referido no nº 3 do art.º 5º do Rmto.

Acresce ainda que os prazos referidos no nº 4 do art.º 9º e nos nºs 1 e 3 do art.º 10º do Rmto. (CE) nº 139/2004, ficam suspensos nos casos em que a Comissão tiver de adotar uma decisão nos termos do nº 3 do art.º 11º do Rmto., sem enviar previamente um simples pedido de informações, motivada por circunstâncias imputáveis a uma das empresas envolvidas na concentração.

Da mesma forma, dispõe a lei, os prazos de suspensão referidos no nº4 do art.º 9º e nos nºs 1 e 3 do art.º 10º do Rmto. (CE) nº 139/2004, ficam suspensos verificando-se uma das seguintes situações:

a) Nos casos referidos nas alíneas a) e b) do nº 1, durante o período compreendido entre o termo do prazo fixado no simples pedido de informações e a recepção de informações completas e exactas solicitadas por via de decisão;

b) Nos casos referidos na alínea c) do nº 1, durante o período compreendido entre a tentativa malograda de inspecção e o final da inspecção ordenada por via de decisão;

c) Nos casos referidos na alínea d) do nº 1, durante o período compreendido entre a ocorrência das alterações nos factos constantes da notificação e a recepção das informações completas e exactas.

d) Nos casos referidos no nº 2, durante o período compreendido entre o termo do prazo fixado na decisão e a recepção das informações completas e exactas solicitadas por via de decisão.

A enunciada suspensão do prazo ocorrerá no dia útil seguinte ao da ocorrência da causa da suspensão, sendo que cessará no final do dia do desaparecimento da causa da suspensão. Se esse dia não for um dia útil, a suspensão do prazo cessará no final do dia útil seguinte.

Pode acontecer que a Comissão tome a sua decisão antes do termo do prazo. Nessa situação, os prazos referidos no quarto parágrafo do nº 4 do art.º 4º, no nº 4 do art.º 9º, nos nºs 1 e 3 do art.º 10º e no nº 3 do art.º 22º do Rmto. (CE) nº 139/2004 consideram-se cumpridos.

Os prazos referidos no segundo parágrafo do nº 4 e no terceiro parágrafo do nº 5 do art.º 4º, no nº 2 do art.º 9º e no segundo parágrafo do nº 1 e no segundo parágrafo do

nº2 do art.º 22º do Rmto. (CE) nº 139/2004 consideram-se cumpridos pelo Estado-Membro em causa se esse Estado-Membro informar a Comissão, por escrito, ou apresentar ou associar-se a um pedido por escrito, consoante o caso, antes do termo do prazo.

Da mesma forma, o prazo referido no nº 6 do art.º 9º do Rmto. (CE) nº 139/2004 considera-se cumprido se a autoridade competente do Estado-Membro em causa informar as empresas em questão de acordo com o estabelecido nessa disposição, antes do termo do prazo.

1.3.3. Da Apresentação dos Compromissos.

O art.º 19º do Rmto. 802/2004¹³⁹ trata das questões referentes aos compromissos propostos pelas empresa em causa, mais concretamente dispõe relativamente aos prazos em que tal deve ser feito.

Assim, os compromissos propostos pelas empresas em causa nos termos do nº 2 do art.º 6º do Rmto. (CE) nº 139//2004, devem ser apresentados à Comissão no prazo de vinte dias úteis a contar da data de recepção da notificação. São as decisões proferidas em primeira fase pela Comissão- nº 1 art.º 19º.

Já os compromissos propostos pelas empresas em causa nos termos do nº 2 do art.º 8º do Rmto. (CE) nº 139/2004, devem ser apresentados à Comissão no prazo de sessenta e cinco dias úteis a contar da data de início do processo. São as decisões proferidas em segunda fase pela Comissão.- nº 2 art.º 19º.

Nos casos em que, nos termos do segundo parágrafo do nº 3 do art.º 10º do Rmto. (CE) nº 139/2004, for alargado o prazo para a adopção de uma decisão nos termos dos nºs 1, 2 e 3 do art.º 8º, o prazo de sessenta e cinco dias úteis para a apresentação de compromissos é prorrogado de forma automática, pelo mesmo número de dias úteis, correspondente ao alargamento do prazo.

No entanto, em circunstâncias excepcionais, a entidade reguladora europeia, poderá aceitar compromissos propostos após o termo do prazo previsto para a sua apresentação, desde que seja respeitado o procedimento previsto no nº 5 do art.º 19º do Rmto. (CE) nº 139/2004. Os artºs 7º, 8º e 9º são aplicáveis “*mutatis mutandis*”.

¹³⁹ COM.de 7 de Abril-Regulamento de Execução.

No que tange ao procedimento para apresentação de compromissos, estes devem ser apresentados em original a que se juntarão cópias, sendo pelas empresas notificantes enviados à Comissão para o endereço da Direcção-Geral da Concorrência, conforme nº 2 do art.º 6º ou do nº 2 do art.º 8º do Rmto. (CE) nº 139/2004. Para o mesmo endereço deve ser enviada uma cópia electrónica no formato especificado pela Comissão, sendo que após a sua recepção esta enviará cópias do texto com os compromissos às autoridades competentes dos Estados-Membros.

Também aqui, na proposta de compromissos nos termos do nº 2 do art.º 6º ou do nº 2 do art.º 8º do Rmto. (CE) nº 139/2004, as empresas em causa ao mesmo tempo que identificam de forma clara as informações que considerem confidenciais e justificadas, as partes deverão fornecer uma versão não confidencial em separado.

Com a finalidade de permitir à Comissão efectuar uma apreciação adequada dos compromissos propostos pelas partes notificantes destinados a tornar a operação de concentração compatível com o mercado comum e assegurar uma consulta apropriada dos outros interessados directos, dos terceiros e das autoridades dos Estados-Membros ao processo, tal como previsto no Rmto. (CE) nº 139/2004, (vd. nºs 1 e 4 do art.º 18º e nºs 1, 2, 3 e 5 do art.º 19º). Regulamentaram-se os procedimentos e os prazos para apresentar esses compromissos, nos termos do nº 2 do art.º 6º e nº 2 do art.º 8º do Rmto.

Em matéria de operações de concentração de empresas, o Comité Consultivo deve emitir um parecer com base num anteprojecto de decisão, devendo o órgão ser consultado sobre o processo, uma vez terminada a respectiva instrução. Pese embora o facto de a consulta não obstar a que, se necessário, a Comissão venha a reabrir de novo a instrução.

Quanto aos prazos, os compromissos propostos pelas empresas em causa nos termos do nº 2 do art.º 6º do Rmto. (CE) nº 139//2004, devem ser apresentados à Comissão no prazo de vinte dias úteis a contar da data de recepção da notificação, nas decisões proferidas em primeira Fase pela Comissão.

Já os compromissos propostos pelas empresas em causa nos termos do nº 2 do art.º 8º do Rmto. (CE) nº 139/2004, devem ser apresentados à Comissão no prazo de 65 dias úteis a contar da data de início do processo, nas decisões proferidas em segunda Fase pela Comissão.

Nos termos do segundo parágrafo do nº 3 do art.º 10º do Rmto. (CE) nº 139/2004, quando for alargado o prazo para a adopção de uma decisão nos termos dos

n.ºs 1, 2 e 3 do art.º 8º, o prazo de sessenta e cinco dias úteis para a apresentação de compromissos é prorrogado de forma automática, pelo mesmo número de dias úteis, correspondentes ao alargamento do prazo.

A Comissão pode no entanto em circunstâncias excepcionais, aceitar compromissos propostos após o termo do prazo previsto para a sua apresentação, desde que seja respeitado o procedimento previsto no n.º 5 do art.º 19º do Rmto. (CE) n.º 139/2004, sendo os art.ºs 7º, 8º e 9º aqui também aplicáveis, “*mutatis mutandis*”.

1.3.4. Processo e Fases.

-Fase 1.

Como se disse, o n.º2 do art.º 6º do RC, permite à Comissão declarar uma concentração compatível com o mercado comum antes do início do processo se considerar que, na sequência das alterações introduzidas, a operação notificada deixa de suscitar sérias dúvidas nos termos do n.º 1, alínea c), do mesmo art.º.

No entanto, como já se referiu também, as partes podem apresentar informalmente propostas de compromissos à apreciação da Comissão, mesmo antes da notificação, sendo que a Comissão esclarecerá as partes relativamente às suas dúvidas.

Esclarece-se que na eventualidade de as partes apresentarem compromissos,¹⁴⁰ o prazo para a Comissão tomar a sua decisão nos termos do n.º 1 do art.º 6º do RC., passa de vinte e cinco, para trinta e cinco dias úteis¹⁴¹ - art.º 10º n.º1.

As propostas de compromissos, para poderem dar lugar a uma decisão¹⁴² por parte da Comissão, devem preencher os requisitos que se enunciam adiante e que aqui também são válidas.

¹⁴⁰ COOK J & KERSE, C, (2009) “*EC Merger Control*” (5), *Thomson Reuters Lmd*, referem que embora nesta Fase a CE ainda não tenha consubstanciado as suas preocupações detalhadamente, as partes optam por oferecer compromissos com um âmbito e alcance significativos de maneira a dissipar todas as dúvidas e obter uma aprovação condicional célere. Tal comportamento é explicado pela importância do *timing* do processo, bem como pelo risco antecipado pelas partes de que a Fase II possa culminar em compromissos ainda mais onerosos em termos económicos, ou até numa decisão de proibição, pp.279-311, em pp 288-289.

¹⁴¹ Pts 18 e 78 da COM. e art.º 6º/1 al. c) e n.º 2 do Rmto. para a Fase I (estendida para 35 dias úteis caso as empresas ofereçam compromissos) e Pt. 88 e art.º. 8º/3 do Rmto. para a Fase II (estendida para 105 dias úteis no caso de proposta de compromissos nos termos do art.º. 10º/3 do Rmto.).

¹⁴² Pts 77, 81 e 83 da COM. O Ac. do TPI, actual Tribunal Geral, de acordo com o art. 19º do TFUE, no Ac. Easyjet/Comissão (Proc. T-177/04 [2006], Pt. 129) confirmou a exigência dos objectivos a atingir com os compromissos na Fase I, podendo ler-se no aresto que “ao contrário dos compromissos assumidos durante a Fase II, não visam impedir a criação ou o reforço de uma posição dominante, mas sim retirar quaisquer dúvidas sérias a este respeito”.

As propostas apresentadas pelas partes, obedecendo a estes requisitos, serão analisadas pela Comissão que consultará¹⁴³ as autoridades dos Estados-Membros sobre os compromissos propostos e/ou os terceiros interessados no âmbito de uma consulta de mercado, inclusive representantes dos trabalhadores que sejam de forma directa afectados pelas medidas de correcção propostas.

Nesta fase, os compromissos apenas serão aceites se o problema de concorrência for identificável e puder ser suprido, devendo as medidas de correcção ser de tal modo claras que afastem a necessidade de iniciar uma investigação aprofundada. Paralelamente, os compromissos devem ser suficientes e inequívocos de forma a afastar as «sérias dúvidas», atento o previsto no n.º 1, alínea c), do art.º 6.º do RC.

Se assim for, a Comissão autorizará a concentração no decurso desta fase, conhecida por Fase I.

Para que a Comissão possa avaliar os compromissos propostos pelas partes é importante que a informação lhe seja fornecida de forma cabal e plena para além de em tempo útil ou seja de uma forma atempada que, lhe permita proferir uma decisão no sentido de concluir que os compromissos propostos “eliminarão as sérias dúvidas suscitadas pela operação.

Ou seja, esta terá que apreciar a exequibilidade das medidas propostas, bem como a sua adequabilidade de forma a manter numa base duradoura, a concorrência efectiva no mercado. Tais princípios são igualmente aplicáveis na Fase II.

Assim como a Comissão informa da viabilidade da operação, também informa, caso a apreciação revele que os compromissos propostos não são suficientes para afastar as preocupações levantadas pela concentração, da sua incompatibilidade¹⁴⁴ com o RC.¹⁴⁵

¹⁴³Poderão ser consultadas as autoridades regulamentares nacionais competentes em relação ao mercado em causa, bem como autoridades de concorrência exteriores ao EEE, no âmbito dos acordos de cooperação bilaterais da Comunidade com os países em questão, constatando-se que o mercado geográfico em causa vá além do Espaço Económico Europeu (EEE) ou se o âmbito das actividades a alienar, tendo em vista a sua viabilidade, seja mais amplo que o território do EEE.- Pt.80 da Comunicação da Comissão 2008/C 267/01 de 22.10.2008.

¹⁴⁴ A Comissão para apreciar a conformidade da operação com o mercado comum deverá analisar os seguintes parâmetros: Quotas de mercado e grau de concentração de mercado; a probabilidade da operação gerar efeitos anticompetitivos no mercado, sejam unilaterais, sejam coordenados; a probabilidade de o poder da procura actuar como contra peso de um aumento do poder de mercado resultante da concentração; probabilidade de entrada de novos concorrentes no mercado; probabilidade de as eficiências actuarem como factor que contrarie os efeitos prejudiciais para a concorrência que de outro modo derivariam da concentração (art.º 2, 1 b) do Rmto. o que constitui uma aproximação ao sistema americano. Trata-se por exemplo numa economia de escala, verificar se as eficiências geradas pela

Face a tal notificação a notificante poderá propor alterações. Mas, apenas poderão ser aceites alterações (que podem consistir também em clarificações, precisões, com vista a assegurar a viabilidade e a efectividade dos compromissos), no âmbito dos compromissos apresentados desde que propostos pelas partes já que a elas cabe a iniciativa não podendo a Comissão propor medidas que não sejam suscitadas pela notificante.

Caso a Comissão venha a considerar que os compromissos propostos são irrelevantes por já não se levantarem preocupações de concorrência num ou em vários mercados, as partes serão informadas de tal facto podendo retirar os compromissos desnecessários relativamente a esses mercados, uma vez que não serão tidos em consideração na decisão a proferir, não constituindo condição para a autorização da concentração.

A partir do momento em que a Comissão informa as partes que tenciona vir a proferir uma decisão de não compatibilidade, caberá a estas propor compromissos. Como se referiu acima, a Comissão não pode impor unilateralmente quaisquer condições, apenas se podendo pronunciar relativamente aos compromissos assumidos pelas partes.¹⁴⁶

Na apreciação que faz dos mesmos, esta ponderará a proporcionalidade dos compromissos apresentados face à questão suscitada no âmbito da concorrência, antes de proferir a sua decisão.

Para finalizar, se a Comissão entender que os compromissos propostos não afastam as sérias dúvidas quanto à bondade da concentração em sede concorrência, virá a proferir uma decisão ao abrigo do art.º 6º, nº 1, al c), dando início a um processo aprofundado de investigação.

própria concentração (*merger specific efficiencies*) beneficiam os consumidores do mesmo mercado onde as consequências negativas da concentração se irão repercutir e, por último, as condições que devem concorrer para a apreciação da empresa em crise. Veja-se PEINADO GRACIA, J. I. (2004), op. Cit., pp.14-15.

¹⁴⁵ Considerando-se que as MC. não eliminam as preocupações concorrenciais, deve a Comissão providenciar provas factuais suficientes para a fundamentação da decisão, - Arts 6º/2 e 8º/2 do Rmto., sendo o nível de exigência probatório exigido à CE. igual nas decisões de proibição ou aprovação. Ver Pt. 8 da Comunicação ibid. -Ver também Ac. Bertelsmann e Sony (EUA) /Impala (Proc. C-413/06P [2008], Pt. 46-52, proferido pelo TJUE e Ac.doTPI no Proc.T-87/05, EDP/Comissão [2005], Col. II-3745, Ptos 62 Et.Seq.

¹⁴⁶ Perante a apresentação de MC consideradas satisfatórias, a CE está vinculada à aprovação da concentração, com condições.

-Fase II.

Na eventualidade de as partes notificantes procederem a alterações para que a concentração deixe de entrar a concorrência efectiva no mercado comum, nos termos do n.º 3 do art.º 2º do RC., a Comissão, ao abrigo do n.º 2 do art.º 8º do RC., declarará a sua compatibilidade com o mercado comum.

Os compromissos propostos à Comissão, devem ser-lhe apresentados no prazo de sessenta e cinco dias úteis a contar da data do início do processo- art.º 8º n.º 2 e n.º 2 do art.º 19º.

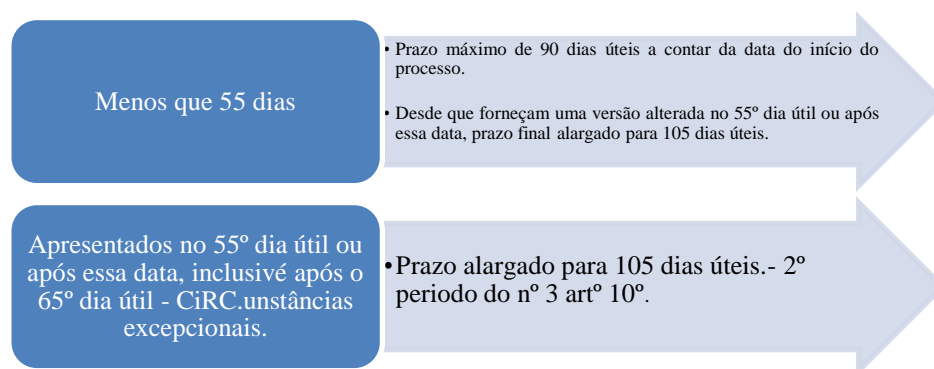
No entanto, quando os prazos para que a Comissão adopte uma decisão final forem alargados, face ao previsto no n.º 3 do art.º 10º do RC., os prazos para a apresentação de medidas de correcção serão igualmente prorrogados por igual número de dias, como falamos anteriormente.

Após o decurso deste prazo, a Comissão poderá aceitar ainda de forma excepcional compromissos. No entanto, o pedido de prorrogação do prazo deve conter as circunstâncias excepcionais que, segundo as partes, fundamentam e justificam o pedido, como se referiu.

Sem fundamento na excepcionalidade, a prorrogação apenas será passível de ser aceite pela Comissão se esta tiver tempo suficiente para apreciar a proposta bem como para efectuar a consulta dos Estados-Membros e/ou de terceiros.

A apresentação de medidas de correcção alargará o prazo de adopção de uma decisão final pela Comissão, dependendo no entanto da fase do procedimento em que sejam apresentados os compromissos.

Na verdade, se estes forem apresentados em:



Fonte Elaboração Própria 1

Esquema 1- Prazos apresentação Compromissos

A Comissão estará disposta a discutir compromissos antes do termo do prazo de 65 dias úteis, discussão que abarca tanto as questões materiais das medidas propostas, bem como a sua execução, não aceitando compromissos que entenda não serem viáveis e exequíveis.

As partes podem no entanto, entender como necessário, um período mais dilatado para proceder ao exame das preocupações de concorrência, bem como proceder à elaboração dos compromissos julgados mais adequados. Quando isso aconteça, poderá ser solicitado à Comissão a prorrogação do prazo de adopção de uma decisão final, nos termos do n.º 3, primeiro parágrafo, do art.º 10º, pedido esse que deve ser apresentado antes do termo do prazo de 65 dias úteis. Na eventualidade de o pedido de prorrogação ser apresentado após o prazo de 65 dias úteis, a Comissão, por regra, não o aceitará, atento o estatuído no n.º 3, primeiro parágrafo do art.º 10º.

Para que a Comissão esteja em condições de proferir uma decisão, ao abrigo do n.º 2 do art.º 8º, os compromissos deverão obedecer aos seguintes requisitos:¹⁴⁷

a) Resolver todos os problemas de concorrência suscitados pela concentração e especificar na íntegra o teor e as modalidades de execução dos compromissos assumidos pelas partes;

b) Ser assinados por uma pessoa devidamente autorizada para o efeito, sendo este um requisito de legitimidade, devendo ser a pessoa que estatutariamente vincula a parte;

c) Ser acompanhados de informações sobre os compromissos propostos, conforme previsto no Rmto. de execução, tal como explicado anteriormente, e;

d) Incluir em anexo uma versão não confidencial dos compromissos, tendo em vista a consulta do mercado junto dos terceiros interessados.

Desde que as partes actuem de acordo com as regras descritas, as propostas serão objecto de declaração de decisão de autorização condicional, caso a Comissão venha a entender que os compromissos propostos eliminam as sérias dúvidas ou as preocupações de concorrência enunciadas na comunicação de objecções, proferida anteriormente.

Ao invés, se a Comissão concluir que os compromissos propostos não resolverem problemas de concorrência levantados pela concentração, as partes serão informadas desse facto.

¹⁴⁷ Ver Pt. 79, 2. Fase II da COM. da Comissão 2008/C 267/01.

A não ser que a Comissão aceite examinar compromissos propostos fora do prazo legal, findo o prazo para a apresentação das medidas de correção, o RC. não impõe qualquer obrigação à Comissão no sentido de aceitar compromissos, como acontece de resto na Fase I.¹⁴⁸

No **Caso SFR / TELE 2 (COM./M.4504)**, no decurso da primeira fase da investigação, a SFR e a Vivendi apresentaram um conjunto de medidas com a finalidade de eliminar os problemas de concorrência à data apontados pela Comissão que esta não veio no entanto a aceitar atendendo ao facto de a mesma ter entendido que eram insatisfatórios e insuficientes para eliminar o risco de minar operadores ADSL, SFR e Vivendi. Pelo que em face da sua não-aceitação, foram então pelas partes propostos novos compromissos que por tardios não puderam ser submetidos a um estudo de mercado, pelo que não foram analisados pela Comissão.

Existem assim duas fases de apreciação. Apenas se passará à segunda fase quando a Comissão tiver sérias dúvidas sobre a compatibilidade da operação de concentração com o mercado comum.

Se tal acontecer, caberá às partes interessadas dissuadir a Comissão de que assim não é, negociando com a mesma, propondo compromissos para que esta possa concluir que a operação então modificada garante a sua compatibilidade com uma concorrência saudável.

Pelo que, concluindo, os compromissos poderão ser aceites pela Comissão tanto na Fase I do processo como na Fase II. Na senda do defendido no art.º 6º do RC., al c) os compromissos apresentados na fase I deverão ser suficientes para afastar as “sérias dúvidas” que a Comissão possa ter, pois que só na Fase II se averiguará profundamente o mercado.

Face ao estipulado no n.º 2 do art.º 10.º do RC., a Comissão deverá tomar uma decisão de autorização logo que se afigure que já não se colocam as sérias dúvidas referidas no n.º1, alínea c), do art.º 6º do referido Rmto., atentos os compromissos

¹⁴⁸ COM., JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008 -Quando as partes alterarem os compromissos propostos após o termo do prazo de 65 dias úteis, a Comissão apenas os aceitará se puder determinar claramente com base na apreciação das informações já recebidas durante a investigação, incluindo os resultados da consulta de mercado anterior e sem necessidade de proceder a qualquer outra consulta deste tipo desde que tais compromissos, uma vez executados, resolvam de forma plena e inequívoca as preocupações de concorrência identificadas, devendo também possibilitar o tempo suficiente para uma apreciação adequada pela Comissão assim como para uma consulta adequada dos Estados-Membros. De modo geral, a Comissão rejeitará os compromissos alterados que não preencham tais condições, Pt.81.

apresentados pelas partes. Tal regra é igualmente aplicável na fase II, com antecedência ao facto de a Comissão emitir uma comunicação de objecções.

Embora os compromissos sejam propostos pelas partes, caberá à Comissão assegurar a sua aplicabilidade, condicionando a autorização da concentração à sua observância. Assim quando as empresas em causa infringjam uma obrigação¹⁴⁹, a Comissão poderá proceder à revogação das decisões de autorização proferidas, por força do n.º 2 e 3 do art.º 6º ou do n.º 2 do art.º 8º n.º 6 do RC.

Pode acontecer que numa situação de incumprimento de uma obrigação, sejam aplicadas às partes coimas ou sanções pecuniárias compulsórias conforme previsto no n.º 2, alínea d), do art.º 14º e do n.º 1, alínea c), do art.º 15º, do RC.

No entanto a decisão de compatibilidade deixará de poder ser aplicada, caso se constate que uma condição foi infringida.

A Comissão poderá, vir a adoptar medidas provisórias adequadas para manter condições de uma concorrência efectiva nos termos do n.º 5, alínea b), do art.º 8º do RC.

A Comissão referiu que o caso analisado diferia claramente da situação em casos passados em que o art.º 8 (4), do RC. foi aplicado, como o Caso **TETRA LAVAL / SIDEL**¹⁵⁰ ou **SCHNEIDER/LEGRAND**, tratando-se de operações já implementadas onde a oferta pública tinha sido concluída com êxito e que o adquirente tinha adquirido o controlo do alvo.

Com efeito, como aconteceu nestes dois casos mencionados, verificando-se as condições previstas no n.º 4, alínea b), do art.º 8º, a Comissão poderá vir até a ordenar mais gravosamente a adopção de medidas adequadas a garantir que as empresas em causa procedam à dissolução da concentração- n.º 7 do art.º 8º, ou ainda tomar uma decisão ao abrigo dos n.ºs 1 a 3 deste preceito legal.

Sem esquecer que poderão ser impostas adicionalmente coimas às partes, conforme previsto no n.º 2, alínea c), do art.º 14.º

¹⁴⁹ Ibid., a exigência de concretização de uma mudança estrutural do mercado deve estar sujeita a condições como, por exemplo, a alienação de uma actividade. As medidas de execução necessárias para atingir este resultado constituem, em geral, obrigações impostas às partes, como por exemplo, a nomeação de um administrador com mandato irrevogável, com a finalidade de proceder à venda dessa actividade. Pt.19 e 117, Et.Seq.

¹⁵⁰ Decisão da Comissão de 30 de Janeiro de 2002, medidas para restabelecer as condições de concorrência efectiva nos termos do artigo 8 (4), do Rmto. (CEE) n.º 4064/89 (Processo COMP/M.2416 Tetra Laval / Sidel), JO L 38 de 10.2.2004 e Decisão da Comissão de 30 de Janeiro de 2002 exigindo que as empresas fossem separadas, nos termos do artigo 8º (4) do Rmto. (CEE) n.º 4064/ 89 (processo COMP/M.2283 - Schneider / Legrand), JO L 101 de 6.4.2004, p. 134.

1.3.5- Os Aspectos Procedimentais na Execução dos Compromissos.

1.3.5.1. Processo de Alienação.

O processo de alienação deve ser concluído num prazo fixo e curto. Tal prazo é subdividido em dois períodos, sendo num período para celebrar um acordo definitivo e outro para o encerramento da operação bem como transferência da propriedade jurídica.

O período para celebrar um acordo vinculativo reparte-se normalmente numa primeira etapa em que as partes podem procurar um adquirente adequado, a «primeira etapa da alienação» e, caso as partes não consigam alienar a actividade, numa segunda etapa em que o administrador responsável pela alienação obtém um mandato para alienar a actividade sem fixar um preço mínimo, a «etapa de intervenção do administrador responsável pela alienação».

Regra geral, o prazo concedido pela Comissão é de cerca de seis meses¹⁵¹ para a primeira etapa de alienação e por um prazo adicional de três meses para a etapa de intervenção do administrador responsável pela alienação.

Assim, é geralmente previsto um período suplementar de três meses para o encerramento da operação.

Importará referir que o prazo para a alienação começa a correr na data de adopção da decisão da Comissão, sendo que no caso de uma operação realizada através de uma OPA, em que as partes se comprometem a alienar uma actividade pertencente à empresa-alvo, tal poderá não acontecer.

Neste caso, quando as partes não puderem preparar a alienação da actividade da empresa-alvo antes da conclusão da concentração notificada, pode acontecer que os prazos fixados para a alienação apenas comecem a correr a partir da data de conclusão da operação notificada.

Ao invés também poderá acontecer a redução dos prazos com a finalidade de diminuir o período de incerteza para a actividade a alienar.

¹⁵¹ COMISSÃO (2005), *Merger Remedies Study*, Public Version, DG Competition, European Commission-Nos duzentos e noventa e dois compromissos analisados pela Comissão de transferência de uma posição no mercado, seis meses foi o prazo para desinvestimento mais comum, consagrado em 60% das situações, p. 111.

Tais soluções serão aplicáveis aos casos tipo «adquirente inicial», pois que as «soluções prévias» exigirão um procedimento diferente, atenta a sua natureza, uma vez que um acordo vinculativo já terá sido celebrado, cabendo apenas finalizar a operação, podendo-se prever um prazo suplementar.

Naturalmente que a aprovação do adquirente e, do acordo de aquisição, por parte da Comissão, são o passo para se assegurar a eficácia do compromisso, devendo ser submetidos de forma fundamentada e documentada, à Comissão.

1.3.5.2.O Período Provisório e as Obrigações das Partes.

As partes devem cumprir determinadas obrigações durante o período provisório, pelo que os compromissos devem normalmente incluir as disposições seguintes:

-As Medidas Provisórias de Conservação.

Estas medidas provisórias de conservação da actividade a alienar traduzem-se na redução ao mínimo da competitividade potencial da actividade a alienar. Com efeito, até à transferência da actividade para o adquirente as partes deverão propor compromissos para manter a independência, a viabilidade económica, o valor comercial e a competitividade da actividade.

Normalmente as partes nomeiam um gestor encarregado de garantir a separação das actividades que actua sob a supervisão do administrador responsável¹⁵² pelo controlo, o qual deve ser independente das partes, dispor das qualificações necessárias para o exercício do seu mandato e não deve, nem deve vir a estar, exposto a uma situação de conflito de interesses.¹⁵³

-As Medidas de Dissociação.

As partes devem comprometer-se a proceder, no período provisório, a uma dissociação dos activos que farão parte da actividade a alienar, devendo este processo pautar-se por resultados concretos consistindo numa actividade viável e concorrencial,

¹⁵² Sobre o seu papel, quem pode ser nomeado e por quem, assim como sobre o gestor, ver COM. da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CEE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão (2008/), pp.36, Et. Seq.

¹⁵³ Ibid., Pt 124.

autónoma e separada das outras actividades das partes, podendo ser transferida para um adquirente adequado no final do período provisório.

ÁGUILA-REAL¹⁵⁴ defende que o comprador deve ser apenas um o proposto porque a Comissão não tem muito tempo para analisar as propostas e deve estar presente em todos os mercados em que a operação possa levantar problemas de concorrência.

Tal processo deverá ser realizado pelas partes sob a supervisão do administrador e em colaboração com o gestor encarregado de garantir a separação das actividades.

As partes propõem a nomeação de um administrador responsável pelo controlo e pela alienação, desempenhando as suas funções¹⁵⁵ sob a supervisão da Comissão e devendo ser considerado como o seu guardião, na terminologia da Comissão, o seu «eyes and ears».¹⁵⁶

As partes devem também propor a nomeação de um administrador responsável pela alienação, com a finalidade de obter a garantia da eficácia dos compromissos por elas apresentados, bem como fornecer à Comissão garantias de que a alteração da concentração será levada a cabo.

As partes devem propor o administrador logo após a decisão da Comissão¹⁵⁷, devendo os compromissos prever que a concentração notificada só poderá ser executada uma vez nomeado o administrador responsável pelo controlo, após a sua aprovação pela Comissão.¹⁵⁸

Já quanto à nomeação do administrador responsável pela alienação, ela deve acontecer bastante antes do termo do primeiro período de alienação para que o seu mandato produza efeitos no início do período em que lhe incumbe intervir.

Importa referir que os compromissos deverão prever que a Comissão possa solicitar informações aos intervenientes na concentração, durante um período de dez

¹⁵⁴ ÁGUILA-REAL, J.A. (2007) defende que o comprador proposto deve ser apenas um porque a Comissão não tem muito tempo para analisar o caso e, deve estar presente em todos os negócios”, op. Cit. p. 92.

¹⁵⁴ COM. (2008/C 267/01)-Veja-se os poderes do administrador em Pt.119.

¹⁵⁵ Veja-se os poderes do administrador em COM. (2008/C 267/01), Pt.119.

¹⁵⁶ COM. (2008/C 267/01), Pt.118.

¹⁵⁷ Ibid., em geral, os compromissos devem prever que um administrador responsável pelo controlo seja proposto no prazo de duas semanas a contar da data da decisão. Pt. 112 e Pt. 123.

¹⁵⁸ Ibid., a Comissão exigirá normalmente a sua nomeação pelo menos um mês antes do termo do primeiro período de alienação. Pt. 123.

anos após a adopção da decisão de aceitação dos compromissos, de forma a poder controlar a efectividade da aplicação da MC.

Estes princípios são válidos igualmente para outros tipos de compromissos, caso estes devam vir a ser executados, na sequência da decisão da Comissão.

Tem sido evidenciado cada vez mais a função proactiva do administrador, assim como a sua *expertise* o que consagra uma posição privilegiada quanto às suas competências a ele incumbidas que vão além do aspecto regulatório, assim como nas MC.

O administrador, assume não só a garantia da preservação os bens no período transitório, mas supervisiona a gestão do negócio e determina com as partes as medidas necessárias de forma evitar fluxos de informação confidencial¹⁵⁹.

Para além destas funções mais tradicionais, hoje o administrador é também o mediador entre terceiros e as partes, seja na fase inicial do processo de arbitragem, seja na fase do controlo, assim como o mediador entre as partes e a CE,¹⁶⁰ apresentando propostas de resolução de litígios que eventualmente venham a surgir no decurso da operação de concentração.

Com efeito, a Comissão poderá exigir que o administrador seja incumbido de controlar a execução de tais compromissos, bem o estabelecimento de uma cláusula de arbitragem de resolução dos litígios de forma a assegurar que sejam os próprios operadores de mercado a garantir a observância dos compromissos, com a sua supervisão.

O impacto repercutido no tempo dos efeitos das Medidas Comportamentais, assim como a necessidade do maior contacto com as partes, devem ser factores preponderantes na escolha do administrador, por contraposição com as medidas estruturais, com efeitos mais imediatos.

¹⁵⁹ S.BRUECKNER, J. & HOEHN, T., (2010), afirmaram que em “*Merger Remedies Study*”, constatou-se que o *timing* de nomeação do administrador seria fundamental na prevenção de comportamentos oportunistas do vendedor, causa de falhas identificadas no sucesso das MC., op. cit., p. 78.

¹⁶⁰BLANKE, Gordon, (2007) “The Use of Arbitration in EC Merger Control: Latest Developments” *European Competition Law Review*, em pp. 683-684.

1.4. Metodologia.

1.4.1. A Pesquisa Bibliográfica.

Optou-se em primeiro lugar por identificar o tipo de informação necessária para a elaboração do trabalho, tendo-se procedido à elaboração de um esquema.

Depois da identificação dos problemas e das questões às quais se ia dar resposta, passou-se à fase de recolha da informação, documentação e legislação comunitaria necessárias, relacionadas com os temas em estudo e a investigar.

As fontes utilizadas na elaboração dos trabalhos foram várias, em idioma castelhano, português, em inglês, e em francês, idiomas que se domina, nomeadamente, livros, revistas, legislação oficialmente publicada pelas instituições competentes da UE, artigos publicados em periódicos e nas páginas webs oficiais.

Para o efeito, foram utilizadas varias bibliotecas públicas, sobretudo a Biblioteca da Universidade da Extremadura, en Badajoz e Cáceres e também a biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

1.4.2. A Amostra.

A unidade estatística da amostra são as decisiones de la CE. tendo-se recorrido à base de dados oficial de la “CE”, disponível na internet¹⁶¹, para se obter a lista de todas das decisões proferidas com interesse para a análise. Tendo em conta a sua origen, trata-se de uma base de dados com reconhecida credibilidade. A Base de Dados é constituída por todos os registros desde o ano de 2004 até ao ano de 2014, com um total de 1.789 registros, com dados referentes às decisões referentes a esta matéria.

No entanto, destes registros apenas se utilizaram os dados dos casos nos quais a Comissão teve sérias dúvidas ou seja, os trinta e cinco casos que foram objecto de uma investigação aprofundada denominada de Fase II e viabilizados assim como os 5 proibidos¹⁶², nos termos do artigo 8º nº 2 e 3 do Rmto. de 2004.

¹⁶¹ http://ec.europa.eu/competition/index_en.html

¹⁶² As estatísticas demonstram que em vinte e um anos de controlo europeu de concentrações aproximadamente 6,6% foram aprovações com compromissos (equivalente a 301 casos no total,

De esta base foram utilizados 100% dos registros, ou seja as decisões, que corresponderam à amostra utilizada.

Estes são os casos em que a Comissão levantou sérias dúvidas sobre a compatibilidade das operações com o mercado comum.

Em cada caso apurou-se as medidas aceites¹⁶³ de forma a obter a sua declaração de conformidade e nos casos de proibição os motivos que travaram a aprovação.

A informação copilada foi tratada mediante a aplicação de diversas técnicas estatísticas com o fim de garantir a validade e fiabilidade dos resultados, com o objectivo de garantir a solidez das conclusões. De seguida descreve-se de forma detalhada, cada uma das fases do processo de investigação seguido.

1.4.2.O Processo e os Métodos de Recolha de Informação.

Na primeira fase, as decisões da Comissão foram seleccionadas tendo em conta os anos em que foram proferidas.

Foi desta forma que se obtiveram os dados com os quais foi possível realizar este trabalho empírico. Podemos dizer que neste campo não foram sentidas grandes dificuldades na obtenção do necessário rigor da recolha dos dados que uma observação estatística desta dimensão acarreta, pois a informação está toda disponível na mesma fonte.

O trabalho de campo efectuou-se durante cerca de seis anos decorridos entre 1 de Novembro de 2009 e 31 de Outubro de 2015.

Utilizaram-se como já se disse, o acesso a páginas webs oficiais. Aos 35 casos analisados correspondeu uma taxa de campo de incidência de 100%.

comparados com apenas 21 decisões de proibição). Os resultados correspondem a 4230 decisões no total de aprovação incondicional. Dados disponibilizados pela Comissão à data de 30 de Setembro de 2011, com exclusão de 143 notificações retiradas (o que levou alguns autores a defender que do número de decisões de proibição não devem ser retiradas conclusões directas, tendo em conta que algumas empresas optaram pela retirada da notificação quando se suscitaram problemas de anti-concorrencialidade, CHALMERS, Damian & MONTI, Giorgio (2008), “*European Union Law*”, Cambridge University Press, pp. 927-936.

¹⁶³ Ver Parte I dos Apêndices.

1.4.3. Validação da Informação Obtida.

Tal processo baseou-se na análise directa dos dados divulgados pela entidade oficial, que não necessitam de validação, considerando a oficialidade da instituição que fez a sua publicação. Parte-se do princípio que os dados já foram validados pela entidade que procedeu à sua publicação.

Atendendo à origem oficial da fonte os casos foram analisados um a um, não tendo surgido qualquer tipo de dúvida na informação recolhida já que a informação disponível estava completa.

A organização que distribuiu a informação foi classificada em consonância com a sua actividade principal e em harmonia com os estatutos da UE que definem que a CE é a entidade Reguladora da Concorrência.

1.4.4. Análise da Informação.

A análise foi feita através da observação directa de estudo de caso múltiplo, mas sentiu-se a necessidade de obter informação estatística com recurso ao programa SPSS¹⁶⁴ (Statistical Package for the Social Sciences). Este programa caracteriza-se pela sua elevada interactividade entre operações e a interconecção dos dados, permitindo a sua pronta leitura e interpretação, elaboração de gráficos, cruzamentos de variáveis, etc.

Os Apêndices, I, II e III consagram a base de recolha de dados que foram tidos em conta neste trabalho.

Mais além da análise descritiva dos resultados das variáveis qualitativas que foram estudadas como nominais e ordinárias em função do objetivo do estudo estatístico, recorreu-se a tabelas de frequência em cruz e a gráficos de forma a obter associações com relevância.

Aplicaram-se os testes não paramétricos- Teste de Qui Quadrado e Teste Kruskal Wallis.

¹⁶⁴ O SPSS “é um software aplicativo (programa de computador) do tipo científico. Originalmente o nome era acrónimo de Statistical Package for the Social Sciences - pacote estatístico para as ciências sociais, mas na actualidade a parte SPSS do nome completo do *software* (IBM SPSS) não tem significado. Pacote este de apoio a tomada de decisão que inclui: aplicação analítica, Data, Text Mining e estatística que transformam os dados em informações importantes que proporcionam reduzir custos e aumentar a lucratividade. Um dos usos importantes deste *software* é para realizar pesquisa de mercado”, Wikipedia, <https://pt.wikipedia.org/wiki/SPSS>.

Depois da sua interpretação, as tabelas cruzadas e os testes realizados, permitiram evidenciar a informação relevante, assim como os dados que têm relação, demonstrando associação.

1.4.5. Como se Apresentam os Resultados no fim da tese.

Os resultados apresentam-se ordenados segundo a sequência das variáveis dentro de cada uma das partes referidas. Para além dos resultados imediatos, procedeu-se ao cruzamento de algumas variáveis que foram consideradas determinantes no âmbito do estudo, assim como realizados os testes estatísticos já referidos, como se verá adiante.

1.4.6. Descrição da Estatística Descritiva.

As variáveis integradas em cada decisão e que foram consideradas determinantes para o estudo, conforme Apêndice I, II e III, são:

-Tipo de propostas aceites (Compromissos), Quadro 1 em baixo, tendo sido feita a recolha dos dados segundo dois tipos de classificação: A levada a cabo pela Comissão (Critério 1) e também de acordo com o critério seguido no Merger Study (Critério 2).- Apêndice, Parte I.

Aqui recolheram-se também os dados referentes às condições e obrigações impostas à operação, pela Comissão.

-Características do mercado, preocupações encontradas e consequências a evitar pela Comissão na operação, Quadro 2 em baixo e Apêndice, Parte II;

-Características da operação de Concentração tendo-se procedido à Identificação legal da operação, bem como as suas características essenciais e acessórias- Quadro 3 adiante e Apêndice, Parte III.

Depois da recolha dos dados, em que foram identificadas as decisões aceites em cada caso, as variáveis foram cruzadas e sujeitas a testes estatísticos.

Os resultados são apresentados nos estudos subsequentes.

Nos Quadros 1, 2 e 3 (Apêndices I, II e III), resumem-se todas as variáveis independentes que serão objecto de tratamento estatístico.

TABELA DOS COMPROMISSOS

COMPROMISSOS	COMPROMISSOS-SUB HIPOTESIS	Situação
1-Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	
	b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	
	c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes,"misturar e combinar"	
	d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	
B.1 Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão		
B.2 Adquirente inicial		
B.3 Medidas de correcção tipo solução prévia		
2-Compromissos alternativos tipo jóias da coroa		
3-Eliminação dos vínculos com os concorrentes		
4.Outras medidas de correcção que não a alienação	a)Medidas de correcção respeitantes ao acesso	
	b)Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

		c) Agrupamento de produtos	
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	
ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:			
1-Compromisso para transferir uma posição de mercado			
2.Compromisso para sair de uma empresa comum ou joint-venture			
3-Compromissos de garantia de acesso			
a) Acesso a tecnologia			
b) Acesso a infraestrutura.			
c) Finalização de contratos exclusivos			
4-Outros compromissos			
Condições e obrigações		Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	

Fonte Elaboração Própria 2

Quadro 1

TABLA DAS CARACTERÍSTICAS DO MERCADO

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Ambas as empresas eram líderes de mercado em certos produtos na Europa e no mundo.	1-Mercado muito concentrado.	
	2- Elevadas barreiras à entrada.	

Fonte Elaboração Própria 3

Quadro 1

TABELA DAS CARACTERÍSTICAS DA OPERAÇÃO

Enquadramento_Legal	QTD
(R.C) -139/2004 do Conselho	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	
Artº.22 (R.C) -Remesa	
CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclusiv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	

2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis. Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3. Aquisição activos	
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1. Neg. Contr Compra venda	
2. Acordos sociais	
3. Oferta Pública Aquisição Acções	

Fonte Elaboração Própria 4

Quadro 2

Os quadros anteriores mostram as variáveis que identificam os casos e sub casos relevantes no presente estudo tendo as mesmas sido submetidas aos testes estatísticos não paramétricos já identificados.

Para melhor leitura e demonstração apresentam-se os resultados também em gráficos.

Concluindo, os resultados da investigação foram trabalhados estatisticamente e apresentados. O objetivo é, a partir de esses resultados, identificar tendências de comportamento de forma construir um modelo, que permita prever se a Comissão aprovará uma operação de concentração e, conseqüentemente, pesar os prós e os contras, de forma a permitir a uma empresa desenvolver acções de concentração.

1.4.7. Definição das Variáveis Incluídas nos Quadros.

É necessário, a partir das fontes estatísticas utilizadas, definir as variáveis que entrarão no modelo, para o qual é fundamental ter em conta como se recopia a informação e proceder, quando necessário, à codificação das variáveis da forma mais adequada em função dos objectivos da investigação.

O modelo base baseou-se na classificação levada a cabo nos estudos teóricos e empíricos semelhantes, seja no já falado Merger Study¹⁶⁵ (Vd. Cap III.) - Criterio 2, seja na Comunicação de 2008,¹⁶⁶ Criterio I, isto com referência aos dados do Quadro 3, Compromissos.

Foi desenvolvendo o modelo, que tentamos prever tendências com base na análise dos dados retirados das decisões de forma a permitir às partes interessadas fazer desenvolver acções de concentração/fusão, apoiadas no conhecimento antecipado da prática de decisão por parte da Comissão, podendo também decidir se para si a operação é viável.

Assim, as variáveis que se incorporam no modelo resultaram da observação empírica e estatística efectuada.

As variáveis foram seleccionadas e trabalhadas segundo o modelo adoptado pela CE no referido antecedente estudo, publicado em 2005, Outubro. E também com base na Comunicação, como se referiu em cima.

As outras variáveis, referentes ao Quadro 4 mencionadas foram seleccionadas prestando atenção a indícios empíricos e legais¹⁶⁷ que justificam a existencia de uma relação de associação. Se dependem uma da outra ou se são independentes- Características do mercado.

E, as variáveis referentes ao Quadro 5 foram seleccionadas prestando atenção a indícios empíricos e também legais identificados no Rmto. 139/2004 que traduzem o enquadramento legal da operação, assim como as suas características essenciais e acessórias, descritas também de seguida.

As variáveis estão de acordo com a caracterização jurídico-legal e são estatisticamente, nominais.

¹⁶⁵ COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, p.18.

¹⁶⁶ COM. da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Rmto. (CE) nº 139/2004 do Conselho e do Rmto. (CE) nº 802/2004 da Comissão, JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008.

¹⁶⁷ JO 2004/C 31/03 de 05.02.2004, “Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas”.

1.4.7.1. Variáveis Nominais do Quadro 3.

As variáveis existentes neste contexto são nominais ou seja, não existe ordenação entre as categorias. O estudo é apenas incidente dentro desta nomeação.

- Critério 1.

a)Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.

Trata-se de uma variável que constitui o primeiro compromisso analisado e traduz a transferência de uma actividade para um adquirente adequado, encontrando-se a definição teórica mais pormenorizada no Capítulo V.

Encontramos quatro sub hipóteses:

a.1-Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável;

a.2-Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa;

a.3-Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar";

a.4-Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.

Por sua vez, a a.2-Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa, contem três sub hipóteses:

a.2.1-Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão;

a.2.2-Adquirente inicial;

a.2.3-Medidas de correcção tipo solução prévia;

Todas estas variáveis foram objecto de recolha de dados, como se alcança dos Apêndices, Parte I.

b) Compromisso alternativo tipo jóia da coroa.

Segundo este critério, temos como segundo compromisso, o compromisso alternativo tipo jóia da coroa. As suas características e melhor definição teórica podem ser consultadas no Capítulo II para o qual se remete.

c) Eliminação dos vínculos com os concorrentes.

Como terceiro compromisso, a eliminação dos vínculos com os concorrentes, dispendo-se tal como anteriormente.

Segundo a análise dos dados este tipo de compromisso tem uma expressão de aplicação nos casos que estão mencionados na tabela.

d) Medidas de correção que não a alienação (Compromissos residuais, outras medidas de acesso).

Como quarto compromisso, as medidas de correção que não a alienação.

Por sua vez e para finalizar, este quarto compromisso é objecto de uma sub-análise de recolha de dados em que se analisam os seguintes parâmetros:

d.1-Medidas de correção respeitantes ao acesso;

d.2-Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo¹⁶⁸;

d.3-Agrupamento de produtos;

d.4-Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato¹⁶⁹.

As definições teóricas estão aprofundadas e devem ser consultadas no Cap. III.

-Critério 2.

Segundo este critério de análise, critério seguido no estudo da Comissão, as variáveis analisadas apesar de conterem os mesmos conceitos, são outras, a saber:

1. Compromisso para transferir uma posição de mercado.
2. Compromisso para sair de uma empresa comum ou joint-venture.

¹⁶⁸ Por exemplo, no Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458, a Universal comprometeu-se a não incluir cláusulas a seu favor em qualquer contrato novo ou renegociados com os clientes digitais no EEE por dez anos. As Cláusulas NMF obrigam os clientes digitais a estender qualquer termo favorável concedido aos concorrentes da Universal, para a Universal. Este compromisso permitia aos concorrentes da Universal negociar mais livremente com os clientes digitais bem como a obtenção de outros níveis de igualdade entre os concorrentes e a Universal.

¹⁶⁹ Por exemplo, no mesmo Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458, a Universal comprometeu-se a não voltar a adquirir os activos ou reassinar quaisquer artistas assinados com as entidades em questão por um período de dez anos. A alienação dos activos proposta foi desta feita definitiva e duradoura. Com o compromisso de alienação e este compromisso acessório de não aquisição/reaquisição dos activos, a Comissão garantiu que a alienação permitiria o surgimento de um forte concorrente que fizesse frente à Universal que pudesse desenvolver a actividade alienada atraindo novos artistas em função dos activos que são alienadas, desafiando futuramente a posição de mercado da Universal.

3. Compromissos de garantia de acesso. Que se subdivide por sua vez em más três:

3.a.Acesso a tecnologia.

3.b.Acesso a infra-estrutura.

3.c.Finalização de contratos exclusivos.

4. Outros compromissos.

Refere-se que segundo este criterio apenas se fez a recolha de dados com base empírica- Observação e recolha de dados. Não setendo efectuado o seu tratamento estatístico.

- Condições e obrigações¹⁷⁰.

Trata-se de condições e imposições que são condição de exequibilidade da operação. A sua análise resulta numa melhor compreensão da operação, das suas dificuldades e contribui para a aceitação de operação por parte da Comissão.

As variáveis em demonstração são as seguintes;

1. Renuncia a Direitos Sociais/Acções.
2. Renuncia ao Direito Cancelar/Revogar.
3. Due diligence.
4. Cláusula de reexame.
5. Obrigações Hold Separadas.
6. Cláusula de não influencia.

1.4.7.2. Variáveis Nominais do Quadro 4.

As variáveis nominais utilizadas para o desenvolvimento do modelo, como se refiriu, derivam das variáveis resultantes do estudo efectuado mencionado e foram

¹⁷⁰Em“Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea Normas de defensa de la competencia y control de las concentraciones”, Bruxelas, CE, Oficina de Publicaciones, 2002, refere-se que “São requisitos que a Comissão impõe às empresas para poder eximir um acordo notificado ou declarar uma concentração notificada compatível com o mercado comum (condições). Em caso de incumprimento, a Comissão pode revogar a sua decisão”.

seleccionadas prestando atenção aos indícios legais, empíricos e com suporte na doutrina jurídica. Estão descritas a seguir:

A-Tipo de mercado.

Fizemos duas distinções. A análise recaiu sobre os dados referentes aos trinta casos admitidos e sobre os cinco casos proibidos. Os resultados são diferentes e permitem leituras diferenciadas também.

Esta variável está representada dentro do Quadro 4 e classifica as características do mercado em que a operação ocorreu. O mercado pode ter segundo os dados de recolha da informação, duas características nos casos permitidos:

1-Elevadas barreiras¹⁷¹ à entrada;¹⁷²

2-Mercado altamente concentrado;

Foram analisadas as variáveis de acordo com o objectivo específico. As variáveis analisadas fazem parte da mesma estrutura. -Características do mercado.

Nas operações de concentração, casos proibidos pela Comissão, constata-se que a identificação de mais de uma variável-Falta de produto alternativo. Veja-se o Caso analisado, **OLYMPIC/AEGEAN AIRLINES-M583**.

De facto nesta decisão a Comissão analisou os efeitos combinados da fusão proposta sobre as rotas individuais em que ambas as empresas proponentes operavam, tendo identificado o perigo de existencia de monopólio em nove rotas. Concluiu que a fusão teria levado a um perigo de monopólio entre Atenas e Salónica, e entre Atenas e oito aeroportos.¹⁷³

Por outro lado, atenta a investigação levada a cabo, a Comissão concluiu que os serviços de *ferry* não eram um substituto suficientemente próximo dos serviços aéreos, de forma a poder disciplinar o comportamento pós fusão da nova entidade com

¹⁷¹ Segundo SAN PEDRO, L. A. V. (2010), a análise das barreiras é um indicativo de que a empresa em questão estaria a incorrer numa exploração abusiva da sua posição de domínio. O A. assinala a coincidência entre determinadas barreiras de comportamento e certos abusos de exclusão “*exclusionary abuses*”, dizendo que o característico de estes abusos é, que produzem efeitos de “*cierre del mercado*”-*market foreclosure*, que é exactamente o mesmo que dizer que criam “*barreiras de comportamento*”, loc. Cit. p. 25.

¹⁷² SAN PEDRO, L.A:V. (2010) diz que “Na análise que a Comissão Europeia realiza às operações de concentração de empresas que se submetem ao seu controlo, é uma constante o exame da existência ou ausência de barreiras de entrada”, loc Cit. p.13.

¹⁷³ Heraklion e Chania, Creta, Rhodes, Santorini, Mytilini, Chios, Kos e Samos.

referência aos preços, uma vez que os tempos de viagem serão muito maiores e as frequências mais baixas.¹⁷⁴

O autor **SAN PEDRO** identifica dois tipos de barreiras à entrada relevantes que classifica, as primeiras, de barreiras estruturais -*structural barriers*- as quais resultam de circunstâncias que são impostas às empresas potenciais entrantes, perante as quais podem não actuar. Estas barreiras resultam de características exógenas do mercado, tais como situações referentes à estrutura de custos¹⁷⁵ de mercado, características da demanda e, as resultantes do marco legal, bem como, do intervencionismo administrativo.¹⁷⁶

Problemas relacionados com a existência de direitos de propriedade intelectual ou industrial ou, que requeiram um elevado grau de *know-how* foram identificados nos Casos **JONHSON & JONHSON/PFIZER CONSUMER HEALTHCARE**, decisão da CE de 11/12/2006, **COMP/M. 4314**, **UNIVERSAL/BMG MUSIC PUBLISHING**, decisão da CE de 22/5/2007, **COMP/M. 4404**, **SFR/TÉLÉ 2 FRANCE**, decisão da CE de 18/7/2007, **COMP/M. 4504**.

Barreiras à entrada provenientes de um elevado grau de *know-how* estão presentes também, no **Caso METSO /AKER KVAERNER**.- COMP./M4187.¹⁷⁷ Com a medida proposta por Metso de alienação dos negócios sobrepostos, a Comissão concluiu que a fusão seria benéfica já que permitiria que os clientes de máquinas de celulose beneficiassem da junção de Metso aos conhecimentos de Kvaerner, em todas as

¹⁷⁴ Existiria apenas uma única rota doméstica, onde os serviços de ferry poderiam ser considerados um substituto próximo para serviços aéreos que era a rota de Atenas-Mykonos.

¹⁷⁵ SAN PEDRO, L.A.V. (2010), segundo o A., “Os custos perdidos ou irrecuperáveis (*sunk cost*) são os correspondentes àqueles investimentos que têm que realizar uma empresa que pretenda ingressar num determinado mercado, e que no poderia recuperar se a sua entrada não é exitosa é evidente que quanto mais altos sejam estes custos irrecupáveis, menos incentivos terão os potenciais competidores para ingressar nun mercado”, loc Cit. p.18.

¹⁷⁶ SAN PEDRO, L.A.V. (2010), o A identifica como barreiras legais as seguintes: “Direitos de exclusividade derivados de direitos de propriedade intelectual ou industrial, como, por exemplo, patentes e marcas., a reserva da actividade a determinadas empresas (monopolios legais), a exigência de concessão ou autorização administrativa (ou licença) para levar a cabo a actividade ou para a realização de alguns aspectos da mesma (por exemplo, autorização de productos), a limitação das condições competitivas da actividade: imposição de preços, limitação de tarifas, limites à produção, etc., a imposição de novas obrigações aos entrantes que não tiveram que suportar os incumbentes (por exemplo, em materia de meio ambiente), a existencia de aranceles aduaneiros, proibições à importação ou exportação ou medidas de efeitos equivalentes, a concessão de ajudas públicas a certas empresas”, loc.Cit. p.19.

¹⁷⁷ À data da operação, apenas o líder de mercado, a empresa austríaca Andritz, era capaz de fornecer equipamentos para uma fábrica de celulose completa. Existiam apenas três grandes fornecedores que dominavam o fornecimento de máquinas de polpação: Metso, Aker Kvaerner e Andritz. Um quarto jogador, com sede no Canadá GL & V, apenas fornecia certas partes de uma fábrica de celulose.

áreas e tecnologias de uma fábrica de celulose moderna, facto que a fusão proporcionava facultando aos clientes um amplo portfólio de produtos e um melhor conhecimento do processo global de produção de celulose, defendendo a inovação.

Devido ao elevado grau de *know-how* específico necessário para produzir moderna maquinaria da fábrica de celulose, bem como a necessidade de ter uma forte reputação com os clientes, foram identificadas barreiras significativas à entrada nos mercados em causa.

Problemas relacionados com a necessidade de autorizações administrativas referentes a *slots* de voo, foram encontrados no **Caso RYANAIR/AER LINGUS**, Decisão da CE de 27/6/2007, **COMP/M. 443**, aqui analisado e proibido, assim como no **Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING BRUSSELS AIRLINES - COMP./M.5335**¹⁷⁸ ou, no **Caso LUFTHANSA / AUSTRIAN AIRLINES-COMP./M.5440**.¹⁷⁹

Em mercados com economias de “escalas”, os entrantes devem fazer investimentos de forma a recuperar tendo em consideração que é provável que devido à sua quota de mercado necessária para poder competir, os preços se reduzam. Esta situação permitiria às empresas já implantadas adoptar estratégias de comportamento como a de manter os seus preços a um nível inferior aos custos previstos para lo entrante, o que desincentiva novas entradas.

Problemas relacionados com elevada quantia de investimentos necessários foram levantados no **Caso METSO /AKER KVAERNER-COMP./ M4187** a concentração ocorreu num mercado com elevado grau de *know-how* específico exigido para a produção de máquinas modernas de fábrica de celulose e reduziria de três para dois o número de concorrentes não se prevendo uma nova entrada, atentas estas especificidades.

¹⁷⁸ A Lufthansa apresentou um conjunto de soluções, oferecendo um mecanismo de atribuição de faixas horárias eficientes e oportunas que permitiria a novos operadores operar voos em cada uma das quatro rotas em que a Comissão tinha dúvidas. Tais compromissos permitiam a entrada no mercado nas rotas afectadas bem como a possibilidade de escolha de alternativas para os passageiros. Foram igualmente propostas medidas que se destinaram a tornar a oferta mais atractiva, compromissos auxiliares como oferta a possibilidade de adesão a passageiro frequente, acordos especiais pró-rata, entre outros. Assim sendo, afastadas as preocupações da Comissão, a proposta da Lufthansa para a aquisição BMI foi autorizada pela Comissão em 14 de Maio de 2009.

¹⁷⁹ Também aqui o pacote apresentado incluía compromissos para oferecer vagas, de acordo com um mecanismo de atribuição de faixas horárias eficiente e oportuna, o que permitiria aos novos operadores operar voos ou aos concorrentes existentes, melhorar e expandir os seus serviços nas rotas em que a investigação da Comissão confirmou as preocupações de concorrência.

O mesmo sucede em economias denominadas “gama” nas quais se reduzem custos por objectivos de eficiência associados à produção, à distribuição ou à venda de vários tipos de produto -uma *gama*- em lugar de um só, pelo que se os entrantes as quiserem igualar, deveriam estar presentes nos diferentes produtos da gama.

Outro ítem a ter em conta é a reputação das empresas estabelecidas no concorrente à qualidade e à fiabilidade dos seus produtos.¹⁸⁰ De facto, os entrantes teriam que incorrer em elevados custos perdidos, com a finalidade de informação aos consumidores das condições dos seus produtos os quais são novos e desconhecidos e que seriam concorrentes aos produtos já implantados em relação aos quais os consumidores estão fidelizados.

Problemas desta natureza referentes à reputação de competidor agressivo foram identificados no **Caso RYANAIR/AER LINGUS-COMP/M 4439**.

Um dos motivos apontados relacionava-se com o facto de que a Ryanair teria uma reputação de retaliação agressiva, contra qualquer tentativa de entrada de concorrentes.

A Comissão concluiu que neste caso, as duas maiores companhias aéreas não entrariam em concorrência directa na Irlanda, contra a fusão Ryanair/Aer Lingus.

Para além de problemas concernentes à diferenciação de produtos pela marca que também foram identificados no **Caso METSO/AKER KVAENER** já analisado.

E, as segundas, chamadas de *barreiras de comportamento-behavioral barriers*¹⁸¹ - ou, barreiras estratégicas, resultantes de condutas por parte das empresas já implantadas e constituem obstáculos ao ingresso de novos competidores.¹⁸²

¹⁸⁰ Seja, a diferenciação de produtos.

¹⁸¹ Veja-se SAN PEDRO, L. A. V. (2010), loc. Cit. p.19.

¹⁸² No Caso FRIESLAND / CAMPINA-M.5046, a entidade resultante da fusão, Friesland Campina, reduziria as barreiras de saída para os produtores de leite que queiram deixar a nova cooperativa. Esta terceira medida teria como objectivo a criação de uma fonte de leite cru holandês que era independente de Friesland Campina e que proporcionaria uma solução estrutural de longo prazo num terceiro momento de uma operação faseada que na primeira fase passou por ambas as actividades alienadas (actividades Friesland Foods ' fresco produtos lácteos, incluindo a transferência / licenciamento de marcas e uma fábrica em Nijkerk assim como uma das fábricas de queijo da Campina, localizada em Bleskensgraaf) serem capazes de ser fonte de leite cru da entidade resultante da fusão, sob um acordo de fornecimento de transição. Na segunda fase, procederam à criação de uma fundação (Fundo de leite Holandês), com a finalidade de garantir o acesso ao leite cru para um volume máximo anual de 1,2 bilhões de quilos de leite cru com as actividades alienadas, a outros concorrentes. Este Fundo de Leite permaneceria no local até que fossem alcançadas as mudanças mais estruturais no mercado de leite cru.

As empresas estabelecidas com anterioridade no mercado, têm a possibilidade de configurar estratégias a curto e longo prazo, dissuasoras da entrada de competidores potenciais.

São medidas desta natureza:

1-Estratégias baseadas em preços tais como a fixação de preços limite *-limit pricing-* medida com a qual as empresas reduzem os seus preços num esforço de deter a entrada de novas empresas objectivando benefícios mais elevados a longo prazo;

2-Estratégia baseada no excesso de capacidade ou, no incremento pelas empresas estabelecidas, da sua capacidade produtiva;

3-Estratégia baseada na proliferação de produtos e marcas no mercado por parte das empresas estabelecidas;

4- Contratos de exclusividade de produção já que quanto maior seja a demanda que uma empresa estabelecida tenha, menores serão as possibilidades de que novas empresas pensem entrar no mercado.

B-Preocupações encontradas.

Está relacionada com as preocupações encontradas em cada operação e que a Comissão identificou no seguimento do previsto no Artº 2º do RC. 139/2004.

De facto, o Artº 2º estabelece as regras para a apreciação das concentrações, dispondo da seguinte forma:

“1. As concentrações abrangidas pelo presente Rmto. devem ser apreciadas de acordo com os objectivos do presente Rmto. e, com as disposições que se seguem, com vista a estabelecer se são ou não compatíveis¹⁸³ com o mercado comum.

Nesta apreciação, a Comissão deve ter em conta:¹⁸⁴

¹⁸³ TAPIA HERMIDA, A J, (2012), defende que para além dos criterios estritamente concorrenciais, a Comissão também terá em conta: “criterios de política industrial, porquanto terá que valorar os interesses dos consumidores intermédios e finais, assim como o desenvolvimento do progresso técnico ou económico, sempre que este seja em benefício dos consumidores e não constitua um obstáculo para a concorrência. É dizer, a Comissão há-de avaliar as chamadas eficiencias invocadas pelas empresas afectadas”, loc. Cit., p.212.

¹⁸⁴ Veja-se PEINADO GRACIA, J. I. (2004), O Rmto. 134/2009, embora mantenha a regra da análise focada na posição de domínio, junto a ele analisam-se também os efeitos contrários à concorrência nos mercados oligopolísticos em que a empresa resultante da concentração não é estritamente dominante, loc. Cit. p.12.

a) *A necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efectiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade;*

b) *A posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder económico e financeiro, as possibilidades de escolha de fornecedores¹⁸⁵ e utilizadores,¹⁸⁶ o seu acesso às fontes de abastecimento¹⁸⁷ e, aos mercados de escoamento¹⁸⁸ a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado, a*

¹⁸⁵ Veja-se o Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000 no qual a fusão eliminaria o principal fornecedor alternativo nos mercados identificados, facto que reduziria significativamente o risco de os clientes perderem a possibilidade de selecção assim como o aumento de preços em face da perda de pressão concorrencial. Caso JCI / FIAMM-M.4381 no qual a Comissão considerou que neste mercado a transacção proposta conduziria à redução de fornecedores e fabricantes de três para dois. Para além do concorrente Exide, somente pequenos fabricantes de baterias desta natureza estavam disponíveis, mas com uma capacidade de produção limitada, uma estrutura limitada e altamente concentrada sendo preocupante o comportamento do mercado atenta esta limitação da indústria.

¹⁸⁶ Veja-se o Caso T-MOBILE AUSTRIA / TELE.RING-M.3916 no qual na primeira Fase de investigação a Comissão concluiu que a proposta de aquisição poderia criar problemas significativos de concorrência, eliminando aTele.Ring como uma concorrente no mercado.

No mercado austríaco, somente tres outros de operadores de rede móvel estavam presentes- Mobilcom, ONE y H3G. Mobilcom tinha una quota de mercado de 42%, ONE 18%, y la H3G, de 5%.

Em comparação, as quotas de mercado de T-Mobile eram de23%, e de Tele.Ring-12%. Tele.Ring era também uma das empresas mais activas no mercado para os consumidores finais em termos de concorrência de preços, pelo que o desaparecimento deste concorrente e a criação de uma estrutura de mercado com dois grandes fornecedores de rede, Mobilkom y T-Mobile, levantava preocupações do ponto de vista do consumidor, possibilitando o aumento de preços.

¹⁸⁷ No Caso THOMSON CORPORATION / REUTERS GROUP-M.4726. a investigação de mercado feita pela Comissão, concluiu que a concentração suscitaria problemas de concorrência no que respeita ao fornecimento de informações financeiras, tais como o fornecimento de alimentação de dados, o acesso a bases de dados de informação financeira específicos comercializados pelas partes notificantes, o acesso ao real tempo e pesquisa aftermarket-relatórios de corretagem e a prestação de serviços de notícias, sendo que a transacção proposta teria eliminado a rivalidade entre os dois principais fornecedores de bancos de dados no mercado, seja a nível mundial, seja dentro do Espaço Económico Europeu. Com vista à eliminação das preocupações de concorrência por parte da Comissão, as partes comprometeram -se a alienar as cópias das bases de dados, contendo os conjuntos de conteúdo de tais produtos de informação financeira, em conjunto com activos relevantes, tais como pessoal e base de clientes, permitindo assim que os compradores dos bancos de dados e activos pudessem estabelecer-se rapidamente, como força credível, competitiva no mercado, em concorrência com a entidade resultante da concentração, restabelecendo a rivalidade pré- fusão.

¹⁸⁸ No Caso STATOILHYDRO / CONOCOPHILLIPS-M.4919, a Comissão concluiu que a proposta de fusão levantava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado único, uma vez que poderia limitar a concorrência nos mercados retalhistas de combustíveis para motores na Suécia e na Noruega A posição da Statoil Hydro como maior fornecedor de combustíveis teria sido reforçada na Noruega e na Suécia com a operação. A Statoil Hydro teria obtido uma quota de mercado mais do dobro da participação do segundo maior concorrente. Por outro lado, existia o receio do desaparecimento da Jet como o operador de baixo custo mais eficiente, tanto na Noruega como na Suécia, com uma marca forte e um histórico comprovado de prática de preços inferiores aos dos concorrentes em mercados com elevadas barreiras à entrada. A Comissão receava que o aumento dos preços do petróleo pudesse conduzir a um aumento dos preços para os consumidores no mercado retalhista, sendo fundamental garantir que a Jet continuasse a exercer uma pressão descendente nos mesmos, junto da Statoil, tal como vinha acontecendo. A solução para viabilizar a operação passou pela proposta de uma medida estrutural,

evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão, os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência.”

O nível das medidas e o tipo de medidas aceites pela Comissão podem ser mais ou menos exigentes consoante as preocupações encontradas.

Aqui identificamos os seguintes tipos de preocupações por parte da Comissão, constituindo as mesmas nos casos viabilizados pela Comissão, nove variáveis, sobre as quais recaiu o tratamento estatístico exposto na tese de doutoramento e que se apresentam de forma ordenada em função da sua expressão numérica:

- 1-Criação de posição dominante-23/50;
- 2-Eliminação de rivalidade entre os concorrentes/Desaparecimento de concorrentes-10/50;
- 3-Receios de garantia de fornecimento competitivo, Redução do número de fornecedores-8/50;
- 4-Encerramento de mercado. Barreiras à entrada a novos concorrentes- 3/50;
- 5-Redução da inovação-1/50;
- 6-Impedimento da realização integral dos benefícios da liberalização-1/50;
- 7-Redução do risco de escolha clientes-1/50;
- 8-Concessão acesso preferencial à subsidiária-1/50;
- 9-Risco de coordenação-1/50;

E, nos casos proibidos, foram encontradas as seguintes preocupações:

- 1-Aumento dos preços- 6/15, representando 40%, (6 ocorrências);
- 2-Redução do número de operadores- 4/15, representando 26,7%, (4 ocorrências);
- 3-Redução do serviço-2 /15, representando 13,3%, (2 ocorrências);
- 4-Questões formais, 1/15, representando 6,7%, (1 ocorrência);
- 5-Problemas de interpretação, 1/15, representando 6,7%, (1 ocorrência);
- 6-Falta de clareza,1/15, representando 6,7%, (1 ocorrência).

concretamente por a Statoil Hydro, comprometer-se a alienar todos os 40 "Jet" postos de combustível na Noruega, bem como uma rede de 158 postos de combustíveis na Suécia que, operam sob a marca "Jet", "Hidro" e " Uno-X".

Com relação às consequências a evitar, identificaram-se onze, de seguida descritas e que foram objecto de tratamento estatístico. Estão descritas por número de ocorrências, de forma descendente

C-Consequências a evitar:

- 1-Aumento dos preços, 16/61;
- 2- Criação posição dominante, 10/61;
- 3-Efeitos anti concorrenciais nos mercados, 9/61;
- 4-Eliminação de um concorrente, 8/6;
- 5- Encerramento mercado/ Barreiras à entrada, 5/61;
- 6- Redução inovação, 4/61;
- 7-Consumidores com menos possibilidades de escolha, 3/61;
- 8-Imposição de condições menos favoráveis de oferta aos clientes/Qualidade Produto, 2/61;
- 9-Comportamento coordenado, 1/61;
- 10- Capacidade de Dong aumentar a sua flexibilidade, 1/61;
- 11-Congestionamento slot, 1/6;

1.4.7.3. Variáveis Nominais do Quadro 5- Identificação Legal da Operação.

Esta variável foi criada a partir da recolha de dados e resulta da pesquisa documental directa das decisões.

O enquadramento legal é por referência ao (R.C) 139/2004 do Conselho e, pode ocorrer com estas possibilidades:

- Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a);
- Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b);
- Artº.22 (R.C) Remessa.

1) Existe concentração quando se verifica uma mudança de controlo duradoura-segundo o nº 1 do artº 3º do RC.,¹⁸⁹ resultante de:

a)Fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes.-

¹⁸⁹Publicado em 29.1.2004, JO da UE.

Estes são os casos da letra a);¹⁹⁰

b) Aquisição por uma ou mais pessoas que já detêm o controlo de, pelo menos, uma empresa ou, por uma ou mais empresas, por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou, por qualquer outro meio, do controlo directo ou indirecto do conjunto ou de partes ou, de uma ou, de várias outras empresas. - Estes são os casos da letra b);¹⁹¹

2) O controlo decorre dos direitos, contratos ou outros meios que conferem, isoladamente ou em conjunto e, tendo em conta as circunstâncias de facto e de direito, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre uma empresa e, nomeadamente:

a) Direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa;

b) Direitos ou contratos que conferem uma influência determinante na composição, nas deliberações ou nas decisões dos órgãos de uma empresa.

Segundo o nº 1 do Artº 22 del RC., um ou mais Estados-Membros poderão solicitar à Comissão que examine qualquer concentração, tal como definida no artigo terceiro, que não tenha dimensão comunitária, na acepção do Artº 1º, mas que afecte o comércio entre os Estados-Membros e, ameace afectar significativamente a concorrência no território do Estado-Membro ou, Estados-Membros que apresentam o pedido.

¹⁹⁰As operações de concentração analisadas ao abrigo da al a) são: Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ-M.4180, Caso FRIESLAND FOODS/CAMPINA M.5046, Caso DEUTSCHE BÖRSE / NYSE EURONEXT-M.6166.

¹⁹¹As operações de concentração analisadas ao abrigo da al b), são: Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653, Caso E.ON / MOL- M.3696, Caso OMYA / J.MHUBER.PCCM-3796, Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868, Caso -T MOBILE AUSTRIA/TELE RING M. 3916, Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000, Caso METSO /AKER KVAERNER-M-4187, Caso JCI / FIAMM-M.4381, Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING-M.4404, Caso SFR / TELE 2-M.4504, Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX-M.4513, KRONOSPAN / CONSTANTIA-M.4525, Caso THOMSON CORPORATION / REUTERS GROUP-M.4726, Caso STATOILHYDRO / CONOCOPHILLIPS-M.4919, Caso ABF / GBI BUSINESS-M.4980, Caso ARSENAL / DSP-M.5153, Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES) - M.5335, Caso- LUFTHANSA/AUSTRIAN AIRLINES,- M. 5440, Caso UNILEVER / SARA LEE BODY CARE-M.5658, Caso SYNGENTA / MONSANTO'S SUNFLOWER SEED-M.5675, Caso WESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES-M.6203, Caso -JOHNSON & JOHNSON/SYNTHES M 6266, Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN-M.6286, Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458, Caso OUTOKUMPU / INOXUM-M.6471, Caso HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA-M.6497, Caso RYANAIR/AER LINGUS- M-4439, Caso-OLYMPIC/AEGEAN AIRLINES-M5830, Caso-UPS/TNT EXPRESS-M.6570, Caso RYANAIR / AER LINGUS III- M 6663.

Este é o critério legal que subjaz à análise da recolha de dados.

- As Características Essenciais da Operação.

Corresponde ao nível de enquadramento conceitual legal e doutrinário onde a concentração se integra, é categórica e apresenta quatro categorias que por sua vez se subdividem, como vamos ver.

Esta classificação é feita por contraposição com as características acessórias da operação. Enquanto a primeira evidencia níveis maiores ou menores de integração entre as empresas partes na operação, já a segunda evidencia as suas características acessórias traduzindo outra realidade, referente ao seu modo de execução prática, tal como saber se as partes fizeram acordos, se recorreram a uma OPA,¹⁹² etc.

1- Características da operação/Aquisição de controlo exclusivo.

a) Fusão;¹⁹³

b) Fusão reversa;

c) Incorporação;¹⁹⁴

2- Aquisição Participações Sociais/Aquisição Acções.

a) Aquisição Participação Social Mais 50%;¹⁹⁵

b) Aquisição Participação Social Menos ou Igual a 50%;

3- Aquisição activos.¹⁹⁶

¹⁹² Caso INCO/FALCONBRIDGE- (COMP./M.4000), Inco anuncia a sua intenção de adquirir através de uma OPA todas as acções em circulação da Falconbridge;

¹⁹³ Veja-se o Caso GAZ DE FRANCE /SUEZ- (COMP./M.4180) operação de concentração, através da qual o grupo Gaz de France «GDF», França, se fundia, na aceção do artigo 3 (1) (a) do referido regulamento, com o grupo «Suez», França, sendo a fusão realizada através de uma troca de acções, ou o Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868, embora a operação seja parcelada no tempo, ou ainda o Caso THOMSON CORPORATION/REUTERS GROUP- (COMP./M.4726).

¹⁹⁴ Veja-se o Caso SFR / TELE 2- (COMP./M.4504), através do qual a SFR SA ("SFR" ou "a parte notificante", França), uma empresa controlada conjuntamente pela Vivendi SA ("Vivendi", França) e Vodafone Group plc ("Vodafone", Reino Unido) adquiriria o controlo exclusivo do acesso à Internet e fixo das empresas de telefonia da empresa Télé 2 France ("Télé 2"), na França, uma filial do grupo Télé 2, por meio de aquisição de acções ou o Caso Universal MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING- (COMP./M.4404), em que a empresa Universal Music Group Inc. ("Universal") adquiria, o controlo exclusivo da totalidade da empresa BMG Music Publishing ("BMG") que fazia parte do grupo Bertelsmann, operação que seria realizada mediante a aquisição de acções e activos; Caso KRONOSPAN / CONSTANTIA- (COMP./M.4525).

¹⁹⁵ Veja-se a este respeito o Caso SIEMENS / VA TECH- (COMP./M.3653), em que foi proposta pela Siemens, uma OPA pela sua subsidiária, Siemens Österreich, para aumentar a sua exploração já existente em VA Tech de 16,45% dos direitos de voto para pelo menos 50% mais uma acção e assim, adquirir o controlo exclusivo. Vejam-se também os casos E.ON / MOL- (COMP./M.3696), Caso OMYA / J.M.HUBER.PCC (COMP./M-3796), Caso -T MOBILE AUSTRIA/TELE RING- (COMP./M. 3916).

4-Joint-Venture, (inclui aquisição, participações em Joint-Venture).¹⁹⁷

O artº 3.1, letra a) do RC. refere existir concentração quando duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem. Relativamente a este conceito, nada mais adianta.

Todavia, a noção de fusão de empresas já consta da terceira Directiva do Direito de sociedades,¹⁹⁸ abordando posteriormente a Comissão o tema, distinguindo entre fusões por absorção (als. b) e c)) e, fusões por constituição de uma nova sociedade -al a).

Independentemente da classificação legal do conceito explanado na lei, a verdade é que da interpretação do Rmto. e, da Com. sobre concentrações, se conclui que o conceito de fusão para o Direito da Concorrência é abrangente, indo além da forma jurídica legal que a lei contempla ao caso, rompendo também com o conceito de personalidade jurídica caracterizadora das entidades societárias, seja quando perante uma nova sociedade criada -pela qual duas ou mais sociedades perdem a sua personalidade jurídica e formam uma única unidade,¹⁹⁹ seja perante uma resultante de incorporação.

Com efeito, indo além do conceito estrito legal da definição, para o Direito da Concorrência, a fusão pode não ser de natureza apenas legal, resultando de uma situação de facto,²⁰⁰ abraçando também operações que, sem chegar a produzir uma fusão de

¹⁹⁶ Veja-se o Caso METSO /AKER KVAERNER- (COMP./M-4187) em que a Comissão recebeu, em 23 de Junho de 2006, uma notificação de um projecto de concentração pela qual a Metso Corporation Oy ("Metso", Finlândia) adquire o controlo exclusivo, de partes da empresa Aker Kvaerner ASA ("Aker Kvaerner", Noruega) ou seja, produção de pasta e de energia de negócios da Aker Kvaerner ("Kvaerner"), através da aquisição de acções e activos, o mesmo acontecendo com o Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING- (COMP./M.4404).

¹⁹⁷ Veja-se o Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX- (COMP./M.4513) aquisição de uma participação de 25% na *Joint Venture* Zhejiang Minfeng Zanders Paper Company Ltd, China ("ZMZ"), conjuntamente com a totalidade dos activos.

¹⁹⁸ Directiva de 9 de outubro 1978 sobre as fusões de sociedades anónimas, DOL 295 de 20/10/1978. Veja-se também a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspectos do Direito de Sociedades- COM (2015) 616 final 2015/0283 (COD).

¹⁹⁹ Veja-se Pt. 9, em 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.

²⁰⁰ Verifica-se "uma fusão na acepção do n.º 1, alínea a), do artigo 3.º sempre que, na ausência de uma concentração com um carácter legal, a conjugação das actividades de empresas anteriormente independentes conduza à criação de uma única unidade económica. Tal pode ocorrer, nomeadamente, quando duas ou mais empresas, embora mantendo a sua personalidade jurídica própria, estabelecem uma gestão económica comum por via contratual ou adoptam a estrutura de uma empresa de dupla cotação na bolsa. Se tal conduzir à junção de facto das empresas em causa numa única unidade económica, considera-se que a operação constitui uma fusão", Ibid, Pt. 10;

sociedades no sentido jurídico legal-societário da definição, dão lugar a uma única entidade económica entre as sociedades participantes colocando-se o enfoque na realidade económica da operação.

Pelo que, no direito europeu da concorrência, a fusão aceita-se na perspectiva da análise económica da operação, e não meramente jurídica pois que nele a fusão não tem o sentido próprio do direito de empresas, como acontece no direito das sociedades comerciais.

Na verdade, será possível uma integração económica ainda que não exista unificação da personalidade jurídica. Pelo que podemos defender que a fusão no direito da concorrência, será uma integração real, acompanhada ou não de uma integração formal, não sendo sua característica essencial a transferência material de todos os activos.

A fusão supõe a integração económica absoluta, enquanto a aquisição de controlo²⁰¹ realiza-se por uma integração mínima, todavia suficiente para que as empresas percam a sua independência. Assim, a diferença entre fusão económica e aquisição de controlo, traduz-se no grau de intensidade ou do patamar da unificação entre as empresas que participam na operação.

Nesta última, chega uma modificação da estrutura de gestão das empresas afectadas, ou seja, o estabelecimento de uma situação de controlo. Tal como refere **MARTIN CRESPO**, o que marca a diferença é que *“A partir desse momento a empresa controlada perde o domínio sobre as decisões essenciais a favor da empresa controlante”*.²⁰²

HERMIDA TAPIA, refere também que a *“concentração económica pode ter causas jurídicas distintas que produzam como resultado a unificação das empresas que se concentram, numa só pessoa jurídica, nesse caso estaremos perante uma fusão de sociedades; ou não provoquem uma unificação, antes a coexistência de sociedades com personalidades jurídicas independentes, ainda que concentradas por um princípio de unidade de controlo, como sucede no caso das aquisições de participações significativas u de controlo em sociedades cotizadas em mercados secundários de valores, por parte de outras sociedades.”*²⁰³

²⁰¹ Ibid., Ptºs 11 Et.Seq.

²⁰² MARTIN CRESPO, M.P.B., (1997), pp 127-132.

²⁰³ HERMIDA TAPIA, A.J. (2012), loc. Cit.p.211.

Deverá referir-se a este propósito que o conceito de fusão aqui falado, contempla as fusões nacionais bem como as fusões transfronteiriças que ocorram entre empresas que pertençam a mais do que um estado, sendo que a quando as empresas adotem a forma de sociedades de capital, a fusão encontra a sua regulamentação comunitária na Terceira Directiva do Conselho, relativa à fusão de sociedades anónimas 78/855/CEE.²⁰⁴

A regulação comunitaria da matéria tem como finalidade harmonizar os procesos de fusões que ocorram internamente nos distintos Estados membros, estabelecer os requisitos, procedimentos e efeitos das fusões transfronteiriças de sociedades de capital estabelecidas nos Estados comunitários, bem como garantir a proteção dos direitos dos socios, dos trabalhadores e dos credores das sociedades implicadas nos procesos de fusão.

As fusões transfronterizas podem dar lugar a sociedades de estatuto supranacional²⁰⁵ ou doméstico, podendo ainda verificar-se a fusão transfronteiriça de sociedade de capital.²⁰⁶

Já quando a concretração se realiza através da aquisição de participações de controlo em sociedades²⁰⁷ cotizadas,²⁰⁸ o Direito comunitario harmoniza o regime das ofertas públicas de aquisição nos Estados comunitários, com a finalidade essencial de garantir a igualdade de tratamento dos seus sócios.²⁰⁹

²⁰⁴ Veja-se a Directiva em <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/469c5994-041a-4a82-bb9c-58ddc7e80880/language-pt>

²⁰⁵ Veja-se HERMIDA TAPIA, A.J., (2012), Reglamento (CE) nº 2157/2001 do Conselho de 8 de Outubro de 2001 pelo qual se aprova o Estatuto da Sociedade Anónima Europeia (SE) que contempla a fusão transfronteiriça de sociedades anónimas como um método para constituir uma SE (art. 2.1 e secção 2 do título II). Tal como o Regulamento (CE) núm. 1435/2003 do Conselho de 22 de Julho de 2003 pelo qual se aprova o Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE) dispondo-se que uma SCE poderá constituir-se por fusão transfronteriza de sociedades cooperativas (art. 2.1 e secção 2ª do Cap. II)-loc. Cit. p.212.

²⁰⁶ Directiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Outubro de 2005.

²⁰⁷ Veja-se sobre sociedades quotizadas, também HERMIDA TAPIA, A.J. (2010/26 Enero), Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, “*Las Sociedades Cotizadas: Noción y Estatuto Jurídico*”, documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense <http://eprints.ucm.es>

²⁰⁸ HERMIDA TAPIA, A.J., (2012), refere que “A sociedade cotizada é a sociedade anónima cujas acções estejam admitidas a negociação num mercado oficial de valores que será regra geral, uma Bolsa de Valores”, loc. Cit. p.219.

²⁰⁹ A Directiva 2004/25/CE (La Ley 4837/2004), do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa às OPAs estende o seu âmbito de aplicação às OPAs sobre valores de uma “sociedade sujeita ao direito de um estado membro, quando todos ou parte dos ditos valores, sejam admitidos a negociação, num mercado regulado (art. 1.1)”.

Por outro lado, o Rmto. exige, para que se possa falar de fusão, que esta seja levada a cabo entre “*empresas anteriormente independentes*”, devendo entender-se a independência aqui falada, como independência decisória das empresas participantes numa operação de fusão e, não independência económica, já que esta não se exige para os casos de aquisição de controlo, não fazendo sentido exigí-la aqui também.

Pelo que, concluindo, atento o exposto, são reconhecidas três classes de fusões: a fusão por reorganização, a fusão por absorção e, a fusão de facto. Sendo que as duas primeiras são fusões jurídicas de sociedades, enquanto na última, as empresas mantêm a sua personalidade jurídica, não se operando uma fusão jurídica, mas sim de facto.

De acordo com o Ponto 9º da Comunicação, tal como acontece com o previsto no RC., “*Realiza-se uma concentração na acepção do n.º 1, alínea a), do artº 3.º do RC. sempre que duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem numa nova empresa, deixando de existir como entidades jurídicas diferentes*”. E, acrescenta ainda o preceito legal que, “*Pode igualmente ocorrer uma fusão, quando uma empresa é absorvida por outra, mantendo esta última a sua identidade jurídica*”. Neste caso, estaremos perante uma fusão por absorção ou, incorporação.

Na distinção de classificação que efectuamos, falamos ainda na figura da Fusão Reversa ou Fusão Reversa Triangular que, é apenas uma modalidade de Fusão e que qualificamos de indirecta, ou seja, levada a cabo por uma empresa criada por outra detentora do interesse primário na operação, sua subsidiária, especificamente criada com o objectivo de se fundir com uma terceira ou, já previamente existente, parte na operação ou, eventualmente, deixar-se absorver pela terceira, ou ainda ser ela a absorver a terceira, ao invés da fusão pura que é uma fusão no nosso entendimento directa, já que concretizada directamente pela empresa interveniente na operação e que, não recorre a uma terceira.

Já no Ponto 10º da Comunicação de que se vem falando, refere-se que: “*Pode igualmente verificar-se uma fusão na acepção do n.º 1, alínea a), do artº 3.º sempre que, na ausência de uma concentração com um carácter legal, a conjugação das actividades de empresas anteriormente independentes, conduza à criação de uma única unidade económica. Tal pode ocorrer, nomeadamente, quando duas ou mais empresas, embora mantendo a sua personalidade jurídica própria, estabelecem uma gestão económica comum por via contratual ou adoptam a estrutura de uma empresa de dupla cotação na bolsa. Se tal conduzir à junção de facto das empresas em causa numa única*

unidade económica, considera-se que a operação constitui uma fusão. Um requisito prévio para determinar se ocorre uma tal concentração de facto é a existência de uma gestão económica permanente e única²¹⁰. Outros factores relevantes podem incluir a compensação interna dos lucros e perdas ou, a distribuição de receitas entre as várias entidades do grupo e a sua responsabilidade conjunta ou, a partilha dos riscos externos. Esta fusão de facto pode basear-se em simples disposições contratuais, embora possa também ser reforçada pela existência de participações cruzadas entre as empresas que constituem a unidade económica”.

A fusão de facto é materializada por grupos em coordenação nos quais se verifica a existência de uma direção unitária entre duas ou mais empresas independentes, conseguindo-se mediante uma influência mútua decisiva que torne impossível a actuação independente de cada uma das partes do grupo.

Sendo que, o controlo mútuo deve ser o suficiente intenso para obrigar as partes a adoptar decisões comuns sobre todas as actividades objeto da operação, para que a direção seja permanente, devendo ainda originar uma repartição equitativa de encargos e benefícios, suficientes para criar uma forte comunidade de interesses os quais obrigarão as partes a tomar decisões de comum acordo. Caso tal não venha a acontecer, poderemos estar perante uma situação de comportamento coordenado.

Bem se vê que a fronteira entre as duas figuras é ténue.

Por exemplo, no **Caso COMP/M.1980 -VOLVO / RENAULT V.I.**, a Comissão qualificou uma parte da operação como um acordo de cooperação e outra parte, como operação de concentração. Em causa esteve a aquisição de 25% das acções da Volvo Car Corporation e 45% das acções de Volvo Trucks Corporation, por parte de Renault, assim como 20% da Renault e 45% de Renault Vehicules Industriels, por parte de Volvo.

Constatou-se que o intercâmbio de participações no negócio não dava lugar nem a uma aquisição individual, nem a uma participação recíproca entre a Volvo e a Renault pois que as participações eram reduzidas. O exercício de um controlo individual não

²¹⁰ A Comissão exige a prova destes requisitos pois poder-se-á qualificar a operação como um grupo em coordenação, composto por um conjunto de empresas formando aparentemente uma unidade económica e mantendo a sua independência jurídica. Esta “entidade” não integra a qualificação legal de aquisição de controlo (artº 3.1, b) do RC), pois a empresa adquirente consegue o controlo de outra e determina a sua actuação no mercado, sem se sujeitar a uma direcção unitária, a um controlo comum, em posição de posição de igualdade. Neste caso, nenhuma das empresas determina a acção da outra mediante controlo. Ainda que por um acordo se estabeleça a constituição de um Comité conjunto, com atribuições para adoptar decisões para as empresas.

podia ter lugar neste contexto já que os direitos referentes às participações não conferiam uma influência decisiva a nenhuma das partes na outra.

A concentração por aquisição de controlo é unilateral, podendo ainda assim apresentar uma forma colectiva²¹¹ quanto ao seu modo de exercício.²¹² Na eventualidade de se verificar reciprocidade, estaremos perante uma coordenação de comportamento competitivo entre duas ou mais empresas numa concentração e não aquisição de controlo.

Este tipo de concentração de facto é qualificado como aquisição de controlo, em função do seu resultado económico.

As als a) e b) são os casos que identificámos como Aquisição Participações Sociais/Aquisição Acções.

a)Aquisição Participação Social Mais 50%;

b)Aquisição Participação Social Menos ou Igual a 50%;

Sendo que a concentração poderá igualmente revestir a natureza de:

c) A Aquisição activos.

d) E ainda, Joint-Venture, onde se inclui a aquisição de participações em Joint-Venture.

Todas elas possibilitam a aquisição de controlo, conforme acima explicado. Após esta explicação teórico-conceptual, passamos a evidenciar os dados recolhidos na Tabela seguinte.

²¹¹MIRANDA SERRANO, L.M. & PAGADOR LOPÉZ, J. “Nuevas tendencias en el control de las concentraciones de empresas en la UE: la Comisión quiere asumir competencias para controlar las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control” (2014), referem que as dúvidas sobre se as concentrações que não davam lugar a posições de domínio individuais, mas sim colectivas deviam ou não ser proibidas pelo Rmto. 4064/89 desembocaram num intenso debate sobre a conveniência ou não de modificar o critério de domínio com que avaliava as concentrações na U.E., desde 1989. No *Livro Verde da Comissão sobre a modificação do Regulamento 4064/89*, discutiu-se se devia continuar-se com o chamado critério de domínio consagrado ou, se este, devia ser substituído pelo critério da obstaculização significativa da concorrência. Segundo o critério de domínio, a declaração de incompatibilidade com o mercado comunitário de uma operação de concentração, exige a concorrência de: 1º) A criação ou o reforço de uma posição dominante e 2º) A produção de um obstáculo significativo para uma competência efectiva. Ao invés, para o critério da obstaculização substancial ou significativa da concorrência, basta que uma operação de concentração obstaculize substancialmente a concorrência para que se declare incompatível com o mercado único, dê ou não lugar à criação de uma posição dominante no mercado relevante.

²¹²MIRANDA SERRANO, L.M (2000), refere que a primeira vez que o executivo comunitário assume que a posição dominante pode ser singular ou colectiva, conjunta, é na Decisão Nestlé /Perrier de 22 de Julho de 1992, justificando que ambas as situações podem conduzir a uma obstaculização significativa da concorrência efectiva perante determinadas condições estruturais, p. 22.

PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE

Carateristicas_Essenciais * Enquadra_Legal_R.C.139_2004_Conseelho Crosstabulation

Count		Enquadra_Legal_R.C.139_2004_Conseelho			Total
		Preceito_Legal(R.C) artg3nº1_1a)	Preceito_Legal(R.C) artg3nº1_1b)	Artgº22(R.C)_Remessa	
Carateristicas_Essenciais	Fusão	2	3	1	6
	Fusão_Reserva	1	0	0	1
	Incorporação	0	5	3	8
	Aquis_Parties_Social_mais(50%)	0	4	0	4
	Aquis_Parties_Social_Menos(50%)	0	3	0	3
	Aquisição_Activos	0	5	1	6
	Joint_Venture_Aquis_Part	0	1	0	1
Total		3	21	5	29

Fonte Elaboração Própria 5

TABELA 4- Caracteristicas Essenciais, Enquadramento Legal RC. 139/2004

Correspondendo a:

Das 6/29 variáveis analisadas nesta amostragem, verificou-se fusão ao abrigo do nº1 a)-artº 3º, em duas ocorrências e, ao abrigo da al b), em três ocorrências, constatando-se ainda nesta variável uma ocorrência de remessa ao abrigo do artº 22º do Rmto.

Em 1/26 variáveis analisadas, verificou-se uma ocorrência de fusão reversa ao abrigo da al a) do nº 1 do artº 3º do Rmto.

Em 8/26 variáveis analisadas, verificou-se incorporação. Tendo cinco destas ocorrências acontecido ao abrigo da al b) do artº 3º, nº1 e três ocorrências em situação de remessa, artº 22º do diploma legal mencionado.

Em 4/26 variáveis analisadas verificou-se Aquisição Participação Social mais que 50%, tendo todas estas ocorrências acontecido ao abrigo da al b) do artº 3º, nº1.

Em 3/26 variáveis analisadas verificou-se Aquisição Participação Social menos que 50%, tendo todas estas ocorrências acontecido ao abrigo da al b) do artº 3º, nº1.

Em 6/26 variáveis analisadas verificou-se Aquisição Activos, tendo cinco destas ocorrências acontecido ao abrigo da al b) do artº 3º, nº1 e uma, em situação de remessa, no âmbito do artº 22º do Rmto.

Em 1/26 variáveis analisadas, verificou-se uma ocorrência de *Joint-Venture* ao abrigo da al b) do nº 1 do artº 3º do Rmto.

Carateristicas_Essenciais

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Fusão	6	16,2	16,2	16,2
Fusão_Reserva	3	8,1	8,1	24,3
Incorporação	11	29,7	29,7	54,1
Aquis_Partес_Social_mais(50%)	4	10,8	10,8	64,9
Aquis_Partес_Social_Menos(50%)	4	10,8	10,8	75,7
Aquisição_Activos	8	21,6	21,6	97,3
Joint_Venture_Aquis_Part	1	2,7	2,7	100,0
Total	37	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 6

Gráfico 1- Características Essenciais

Verifica-se que a incorporação é a operação mais realizada, com expressão em 29,7% dos casos (11/37), seguida da figura da aquisição de activos, com expressão em 21,6% dos casos-(8/37).

Em terceiro lugar constata-se que se evidencia a fusão pura, representada em 16,2% dos casos (6/37).

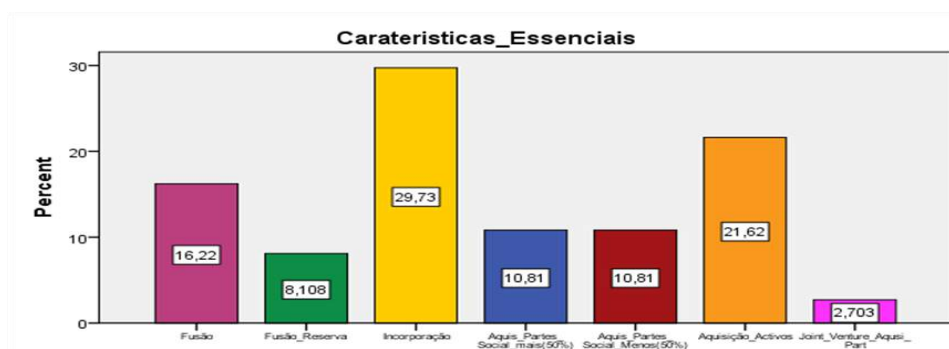
Em quarto lugar, a aquisição de partes sociais. A aquisição de menos de 50%, é representativa de igual percentagem que a aquisição de mais 50%, ambas expressando 10,8% cada uma-(4/37).

A fusão reversa ocupa o quinto lugar, sendo todavia uma forma de fusão- 8,1% dos casos-(3/37).

E, por último, com a menor expressão, a *joint-venture* onde se incluem as aquisições de participações nas mesmas, com um valor de 2,7%- (1/37).

Apresentando a informação em gráfico:

PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE



Fonte Elaboração Própria 7

Gráfico 2-Characterísticas Essenciais

Expondo a informação de forma mais sucinta, excluindo os casos de remessa:

Carateristicas_Essenciais * Enquadra_Legal_R.C.139_2004_Conseelho Crosstabulation

			Enquadra_Legal_R.C.139_2004_Conseelho		Total
			Preceito_Legal(R.C) artg3nº1_1a)	Preceito_Legal(R.C) artg3nº1_1b)	
Carateristicas_Essenciais	Fusão	Count	2	3	5
		% of Total	6,7%	10,0%	16,7%
	Fusão_Reserva	Count	1	1	2
		% of Total	3,3%	3,3%	6,7%
	Incorporação	Count	0	7	7
		% of Total	0,0%	23,3%	23,3%
	Aquis_Parties_Social_mais(50%)	Count	0	4	4
		% of Total	0,0%	13,3%	13,3%
	Aquis_Parties_Social_Menos(50%)	Count	0	4	4
		% of Total	0,0%	13,3%	13,3%
Aquisição_Activos	Count	0	7	7	
	% of Total	0,0%	23,3%	23,3%	
Joint_Venture_Aquis_Part	Count	0	1	1	
	% of Total	0,0%	3,3%	3,3%	
Total	Count	3	27	30	
	% of Total	10,0%	90,0%	100,0%	

Fonte Elaboração Própria 8

TABELA 5-Characterísticas Essenciais/Enquadramento Legal

Importa dizer que há operações mais complexas que outras, fazendo-se recurso em simultâneo a mais que uma das formas jurídicas acima consideradas.

Carateristicas_Acessorias

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Neg_Contr_Compra_Venda	22	59,5	59,5	59,5
Acordos_Sociais	10	27,0	27,0	86,5
Oferta_Pública_aquis-Ações	5	13,5	13,5	100,0
Total	37	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 9

TABELA 6- Características Acessórias

- As Características Acessórias da Operação:

- a) Negocio compra e venda;²¹³
- b) Acordos sociais;²¹⁴
- c) Oferta pública aquisição de acções.²¹⁵

Foi construída a partir dos resultados constantes do Apêndice III e tem três possibilidades relacionadas com o tipo de vontade/negocio levado a cabo pelas partes interessadas na operação.

Resulta do exposto que o Negócio compra e venda²¹⁶ foi identificado em 59,4% dos casos e, os Acordos sociais,²¹⁷ em 27,03%. Já a Oferta pública aquisição acções,²¹⁸ foi identificada em 13,51% dos casos.

²¹³ A compra e venda é definida legalmente como a modalidade de contrato na qual uma parte se obriga a transferir para a outra, a propriedade de uma coisa corpórea ou incorpórea, mediante o pagamento de um preço, nos termos do artº 874 do Código Civil Português.

²¹⁴ O acordo social é um contrato ou convénio celebrado entre as partes do contrato de compra e venda mas visando regular relações e compor interesses que decorrem da sua qualidade de accionistas.

²¹⁵ Veja-se VIDAL MARTÍNEZ, Patricia, (2010) “El control de las concentraciones económicas y las ofertas públicas de adquisición de valores comentario al artículo 26 del real decreto 1066/2007”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 7, pp.183-226;

²¹⁶ Identificamos este tipo de situação nos seguintes Casos: JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT-M.3687, Caso E.ON/MOL-M.3696, Caso DONG / ELSAM / ENERGIEZ- M.3868, Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000, Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180, Caso METSO / AKER KVAERNER-M.-M.4187, Caso JCI / FIAMM-M.4381, Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX-M.4513, Caso KRONOSPAN / CONSTANTIA-M.4525, Caso THOMSON CORPORATION / REUTERS GROUP-M.4726, Caso ABF / GBI BUSINESS-M.4980, Caso 18- FRIESLAND FOODS/CAMPINA M.5046, Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES) - M.5335, Caso UNILEVER / SARA LEE BODY CARE-M.5658, Caso WESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES-M.6203., Caso J&J / SYNTHES-M.6266., Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN-M.6286, Caso OUTOKUMPU / INOXUM-M.6471, Caso HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA-M.6497.

O recurso simultâneo a mais que uma destas hipóteses, pode-se ter verificado na mesma concentração.

Em função da sua classificação normativa, as OPAs²¹⁹ podem ser obrigatórias²²⁰ e, voluntárias. Tal distinção encontra o seu fundamento na necessidade de respeitar a igualdade de trato entre os accionistas de uma sociedade cotizada, em consequência da transmissão do controlo. Diante uma situação com esta natureza, exige-se a imposição de uma obrigação de formular uma OPA. ao sujeito que passe a deter o controlo²²¹ de uma Sociedade Anónima Comunitária, adiante, SAC, não se excluindo a possível submissão voluntária a este procedimento, legalmente previsto.

A doutrina²²² classifica socioeconomicamente as OPAs de hostis e amistosas, atendendo à existência ou não de um conflito entre os interesses do oferente e da sociedade afectada, dos seus administradores ou dos seus accionistas.

Esta distinção tem sentido ante as OPAs formuladas por um oferente que, pretenda adquirir o controlo de uma SAC, mas não ante OPAs com finalidades diferentes, onde se constata existir negociação.

Os dados analisados até agora representam tabelas de frequência, das quais se retiram as conclusões pretendidas e enunciadas, respondendo a parte dos objectivos do trabalho.

²¹⁷ Identificamos este tipo de situação nos seguintes Casos: Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868, Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180,Caso 18- FRIESLAND FOODS/Campina M.5046, Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES) - M.5335, Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN-M.6286, Caso OUTOKUMPU / INOXUM-M.6471

²¹⁸ Identificamos este tipo de situação nos seguintes Casos:Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000, Caso 21-M. 5440- LUFHANS/AUSTRIAN AIRLINES, CasoWESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES-M.6203.

²¹⁹MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco (2009),“El procedimiento de control de concentraciones y la supervisión por organismos reguladores de las Ofertas Públicas de Adquisición”, *Revista de Derecho de los Negocios*; chama a atenção para o facto de que “Tanto a regulação do mercado de valores, como a legislação de defesa da concorrência e a regulação sectorial introduzem distintas condições, trâmites e controlos administrativos, inspirados normalmente em considerações de ordem técnico (ainda que ocasionalmente carregadas de implicações políticas), que podem demorar o desenvolvimento da operação empresarial e em alguns casos inclusivamente conduzir a que se introduzam modificações relevantes nos seus termos”, loc. Cit. em p.5.

²²⁰ Veja-se GARCÍA DE LA MATA, Fernando Torrente & GARRIDO GARCIA, José María, (2010) “La Opa Obligatoria por Adquisición del Control en el Sistema Actual. Vicisitudes que Pueden Afectar al Control de la Sociedad Cotizada: pérdida, recuperación y transformación en la forma en que éste es ejercido” *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, op. Cit.pp.97, Et.Seq.

²²¹ Veja-se HERMIDA TAPIA, A. J. (2012), sobre o criterio quantitativo e qualitativo de aquisição de controlo. O criterio quantitativo é a percentagem de direitos de voto, igual ou superior a 30% do capital com direito a voto da sociedade afectada, loc. Cit pp. 222 Et.Seq.

²²² HERMIDA TAPIA, A. J. (2012), op. Cit. p.219.

1.5. Os Cruzamentos Entre os Quadros.

Fez-se um estudo das tabelas de contingencia, nas quais se analizaram os dados resultantes de cruzamentos de forma a obter uma leitura cruzada de dados.

Refere-se em todos os casos que se fez uma leitura horizontal e vertical dos resultados constantes do quadro em função das variáveis insertas.

Os cruzamentos foram os seguintes:

a) Tabela dos Compromissos (Anexo I) versus Tabela das Características do Mercado (Tipo de Mercado), Parâmetro 2 (Apêndice II).

Esta tabela e as outras dentro da al a), tem como universo sómente os casos permitidos. Quando se introduzem os quadros com as percentagens, o objectivo estatístico é construir uma distribuição conjunta de duas variáveis qualitativas-compromissos e características do mercado, de forma a tentar analisar a associação entre as mesmas.

b) Cruzamento da tabela dos Compromissos (Anexo I) versus Tabela das Características do Mercado, (Preocupações Encontradas) Parâmetro 1- (Apêndice II).

O quadro apresenta variáveis qualitativas de natureza nominal.

Sendo:

I) Medidas de alienação-Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.

Encerra quatro sub hipóteses:

1-Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável.

2-Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa.

Com as suas sub hipóteses:

2.1)Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão.

2.2)Adquirente inicial.

2.3)Medidas de correcção tipo solução prévia.

3-Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, “misturar e combinar”.

4-Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.

II) Compromissos continuação, inclui:

1- Compromisso alternativo tipo jóia da coroa.

2-Eliminação dos vínculos com os concorrentes.

III) Compromissos medidas residuais, inclui as Medidas de correcção que não a alienação.

1-Medidas de correcção respeitantes ao acesso.

2-Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.

3-Agrupamento de produtos.

4-Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato.

Foram contabilizados os valores das variáveis que foram sujeitas ao teste de Kruskal Wallis.

c) Cruzamento da tabela dos Compromissos (Anexo I) versus Tabela das Características do Mercado, (Consequências a Evitar) Parâmetro 3- (Apêndice II).

d) Cruzamento da Tabela das Características do Mercado, (Consequências a Evitar/Tipo de Mercado) Parâmetros 1 e 2- (Apêndice II).

e) Cruzamento da Tabela das Características do Mercado, (Consequências a Evitar/Tipo de Mercado) Parâmetros 1 e 2- (Apêndice II) nos Casos Proibidos.

f) Cruzamento da Tabela as Características do Mercado, (Preocupações Encontradas/Tipo de Mercado) Parâmetros 1 e 2. (Apêndice II).

Foi realizado o teste de Kruskal Wallis, com a finalidade de concluir se as distribuições em estudo são idênticas, seja, se as preocupações identificadas tendem a ser medianamente iguais diante as características de mercado, apresentando a mesma tendência. Foi realizado de seguida o teste correlação Gama, com a finalidade de se verificar a existência de correlação entre as variáveis e em caso afirmativo, se a correlação verificada é forte.

g) Cruzamento da Tabela das Características do Mercado, (Preocupações Encontradas/Tipo de Mercado) Parâmetros 1 e 2 (Apêndice II), Casos Proibidos.

h) Cruzamento da Tabela do Enquadramento Legal com a Tabela das Características da Operação (Anexo III).

i) Cruzamento da Tabela dos Compromissos (Apêndice I) /Enquadramento Legal-Características Essenciais (Apêndice III).

j) Cruzamento da Tabela dos Compromissos (Apêndice I) /Enquadramento Legal-Características Acessórias (Apêndice III).

Foi feita a análise geral da Tabela de Cruzamentos com a finalidade de se determinar a evidência de independência entre as variáveis insertas ou se defender a associação. Foi feita uma leitura do quadro de forma horizontal e vertical.

Pretendeu-se saber se existe associação entre as M.C de Acesso e, os Negócios de Contrato de Compra e Venda. Assim como também, se se constata existir associação entre os Acordos Sociais e, a Medida de Fixação de Preços Solução de Conduta. O mesmo acontecendo com a Oferta Pública de Aquisição de Acções e, a Fixação de Preços de Conduta.

Foi feita uma análise dos Resultados obtidos através do cruzamento dos quadros e, feita uma leitura dos parâmetros correspondentes às variáveis, com a finalidade de se determinar se são ou não estatisticamente significativos, de se analisar como as diferentes variáveis estudadas influem umas nas outras, considerando-se que os parâmetros obtidos demonstram associação.

Tal significa que se um parâmetro for significativo, tal supõe que existem indícios estatísticos de que as variáveis em causa estão associadas. Assim, sendo o parâmetro positivo, será possível afirmar que consoante maior for o valor que toma a variável considerada, maiores serão as probabilidades de associação.

Tendo em conta os valores dos parâmetros encontrados correspondentes às variáveis e aos níveis de significado (p-value), procedeu-se também à análise dos resultados por factor. A análise dos dados recaiu individualmente sobre:

a) Os compromissos.

b) Características Tipo de Mercado.-Preocupações encontradas/Tipo de Mercado/Consequências a evitar.

c) Características legais da operação-Essenciais e acessórias.

Seguiu-se a apresentação dos resultados, elaboraram-se cruzamentos de dados, fazendo-se associações, de forma a apresentar as variáveis com associação.

Pelo que, no estudo foram analisados os factores anteriormente discriminados para determinar a incidência da sua associação com a autorização das operações de concentração por parte da Comissão, a partir de dados resultantes do trabalho empírico anteriormente realizado de recolha de dados.

Para analisar como estes casos e sub casos têm associação uns com os outros, elaboraram-se tabelas de contingencia aplicando-se os testes não paramétricos que estão de acordo com as variáveis em estudo.

A base de dados utilizada, composta por trinta e cinco decisões da Comissão Europeia, referente a processos analisados em Fase II de investigação foi devidamente caracterizada no Capítulo I- Trinta de admissão e, cinco de proibição.

O nível de significado utilizado para os testes dos casos e sub casos em análise é de 5%.

No decurso do trabalho todas as variáveis em estudo são qualitativas e algumas delas foram trabalhadas de forma cruzada, para permitir a sua leitura estatística.

Este estudo empírico não termina no que respeita às medidas aceites pela Comissão como forma de viabilizar as operações de concentração. Na verdade, as oportunidades de investigação dentro deste campo, pelo seu interesse e pela sua actualidade, devido à especificidade dos factores em contínua mudança, é um tema vivo que convida a novas e interessantes investigações.

Evidenciamos que fica por aprofundar a investigação, nomeadamente em relação às decisões proferidas após o último caso estudados -Outubro de 2013-, até agora, Dezembro de 2016 e, os subsequentes. Seria também interessante confrontar as decisões da Comissão Europeia com as decisões proferidas pelo Tribunal Comunitario- Decisões postas em crise pelas partes interessadas, o que enriqueceria sobejamente o presente estudo.

Seria importante também submeter a tratamento estatístico os Compromissos identificados na recolha de dados correspondente ao Critério 2 que não se fez, permitindo conclusões de acordo com a sua aplicação e, definição conceitual.

1.6. Estudo de Caso.

O objetivo do presente estudo de caso é indagar a forma como a CE., quando tem dúvidas referentes a uma operação de concentração de empresas, sob a perspectiva do direito da concorrência, sobre se esta não causa entraves na economia que venham a prejudicar o bem-estar dos cidadãos, em que termos a admite. Para tal é necessário analisar as propostas efectuadas pelas empresas e aceites pela Comissão que permitirão viabilizar a operação e, aquelas que apesar de apresentadas, não foram suficientes para romper com os entraves encontrados pela entidade reguladora.

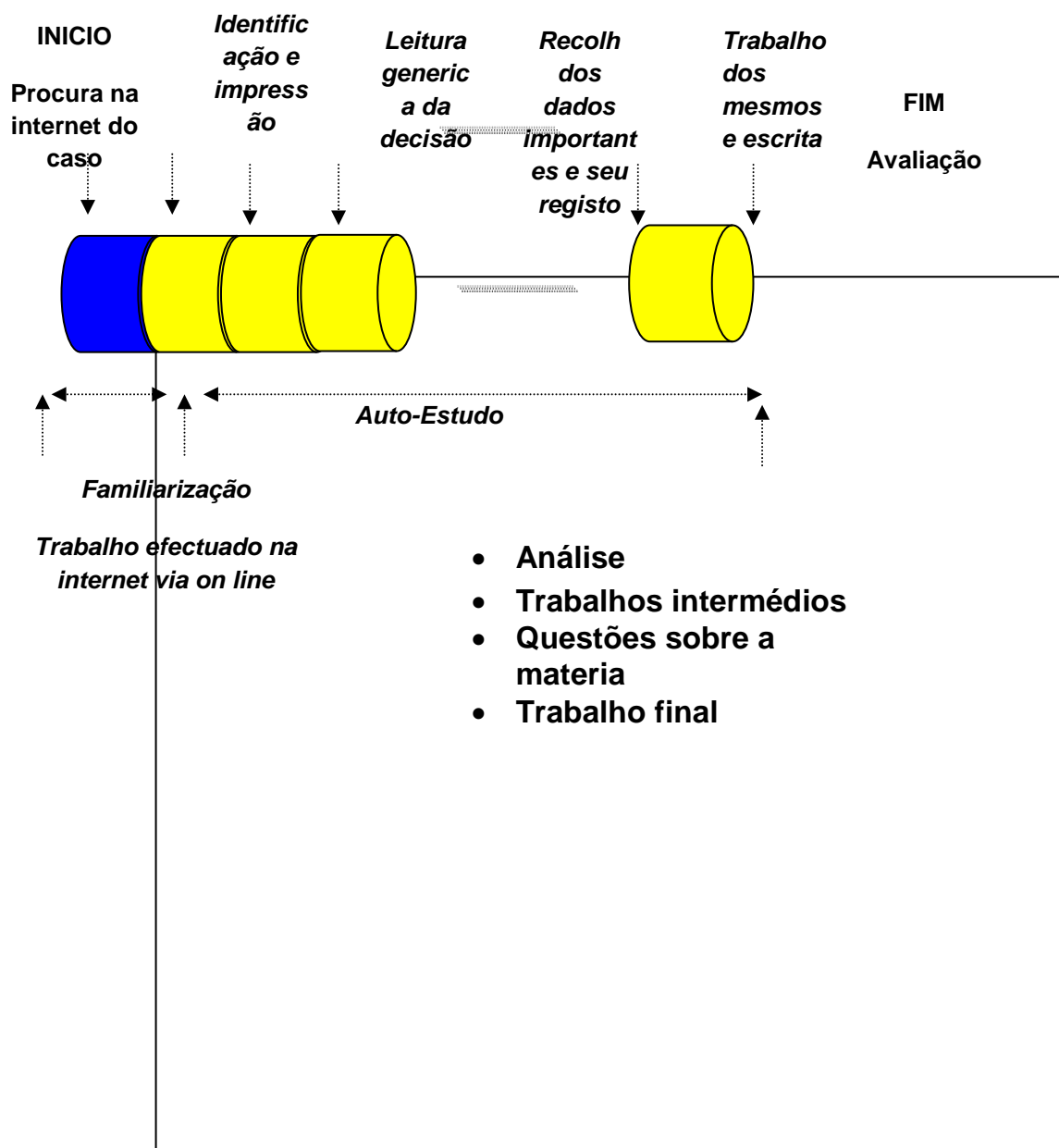
Neste contexto, levou-se a cabo o estudo aprofundado, de todas as suas decisões desde 2004 até ao ano de 2013, no âmbito da vigência do Rmto.139/2004.

Em primeiro lugar, desenvolveram-se as acções de procura de todas as decisões que foi feito, com recurso aos dados estatísticos publicados no site da Direcção Europeia de Concorrência e, que serviu de guia para parte deste trabalho.

A partir dele fez-se a busca, caso a caso de cada uma das decisões que nos interessava estudar. Estas acções de busca tiveram início em 23 de Janeiro de 2009.

O estudo da temática referente às operações de concentração comunitária, é igualmente responsabilidade da doutoranda na qualidade de tutora de trabalhos de final de curso da Universidade de Belas em Luanda, Angola, que se desenvolveu ao longo de seis anos, desde 2009 a 2015, e teve como suportes de apoio, a disponibilidade da sua tutora e, seu co-tutor, sempre que necessário ao telefone, em reuniões presenciais, bem como as ferramentas tecnológicas, tal como a internet.

Plano de estudo de uma decisão



Fonte Elaboração Própria 10

Esquema 2-Plano de estudo de uma decisão

Para além de se analisar cada uma das decisões, com um conteúdo técnico formado por um conjunto de particularidades que se descrevem, foram também analisados todos os dados disponíveis à cerca de cada decisão, na página web da CE.

Nesta acção de análise, estudaram-se 30 casos de admissão e 5 casos de proibição, como em cima foi referido. Remeteu-se a informação para os Apêndices –Parte IV.

Verificou-se uma taxa de proibição de cerca de 11,5% e, uma taxa de permissão, depois de uma investigação aprofundada, de 88,5%.

Diremos com respeito aos valores evidenciados por estas taxas que, sobressai a uma taxa de proibição demasiado baixa, em face do campo de análise e, por comparação com os casos viabilizados, que apresentaram uma taxa substancialmente mais elevada.

É na avaliação dos resultados globais das medidas aceites e não aceites, em função dos contextos, que se acredita ser importante este trabalho, como base de ajuda à tomada de decisão por parte das empresas interessadas em levar adiante uma operação de concentração.

1.7. Estrutura do Campo de Análise- Perspectivas de Enfoque.

A análise teve um enfoque de três perspectivas.²²³

1. Identificação da operação;
2. Problemas identificados pela Comissão;
3. Solução aceite pela Comissão.

O objetivo consiste no essencial, em fazer o enlace com a investigação teórica, sendo dirigidas as perguntas a questões fundamentais da investigação concretamente, que compromissos a Comissão aceita de forma a viabilizar as operações de concentração de empresas, quando tem sérias dúvidas sobre a compatibilidade da operação e, prossegue para uma fase de investigação aprofundada.

A perspectiva e sequência da análise, foi estudada cuidadosamente para facilitar a rapidez da compreensão do problema e, das respostas.

Como se referiu, o estudo de cada caso pode agrupar-se em três partes:

Na Parte I, trata-se de obter a informação geral sobre a operação e as informações adicionais sobre as actividades desenvolvidas pelas empresas, bem como identificar o tipo de concentração levada a cabo;

²²³ Parte I dos Apêndices.

A Parte II, refere-se aos problemas identificados pela Comissão em fase de investigação, susceptíveis de causar danos na concorrência e que as mesmas têm que superar através de propostas de compromissos de forma a pacificá-los;

A Parte III, é dedicada à forma como os problemas colocados foram superados entre as partes e a Comissão, através dos compromissos propostos pelas empresas e aceites por esta.

Paralelamente identificou-se para cada operação, por um lado, as características do mercado²²⁴ em que a concentração teve lugar de forma a determinar se este factor está relacionado com a avaliação da operação por parte da Comissão. E, por outro lado, identificou-se também a característica da operação²²⁵ em si, de forma a concluir se esta opção terá alguma evidência de associação com as medidas aceites por parte da Comissão.

1.8. Grau de Inovação e Importancia da Investigação.

A economia encontra-se em constante evolução. Apesar do Rmto. de 2004 não ser novo, a sua aplicação pelas entidades competentes e a sua aplicação pelo meio judicial, cria direito novo o que, só por si, confere ao tema eleito um carácter de inovação permanente e inesgotável.

O tratamento inovador do tema centrou-se no impacto relevante nas organizações, no aparecimento de formas correctas de apresentação dos compromissos, na sua apresentação como forma de conseguir levar adiante a a concentração desejada, destinada a incrementar a competitividade, prosseguindo igualmente a qualidade de vida dos cidadãos.

É importante evidenciar a valorização do conhecimento prévio dirigido às empresas que, desta forma, poderão fazer uma gestão do conhecimento optando pelas soluções mais acertadas, constituindo um parâmetro na cadeia de valor e, fonte de vantagens competitivas, permitindo-lhes ganhar tempo.

A importância dada às implicações do impacto sobre a economia, das concentrações, assume o seu carácter inovador ao relacioná-lo com maneiras correctas de implementar as propostas de compromissos à Comissão, aproveitando

²²⁴ Parte II dos Apêndices (Preocupações Encontradas, Tipo de Mercado e Consequências a Evitar).

²²⁵ Parte III dos Apêndices.

conhecimentos que permitam procedimentos mais rápidos, dinâmicos, mais flexíveis e mais ajustados às necessidades por um lado e, às exigências de manutenção pacífica do mercado comum, por outro.

A possibilidade da criação de novas ideias no contexto concreto empresarial, poderá potenciar a adequação das capacidades de utilização dos compromissos ao clima e, à cultura organizacionais, à missão, à estratégia da organização e, à gestão por objetivos.

Outra das facetas importantes para os compromissos traduz-se no aparecimento de novas formas de propostas íntimamente relacionadas com a cada vez mais complexa e dinâmica evolução da economia e sua globalização.

A economia é, de facto, um factor central e determinante na vida dos cidadãos e das sociedades. A regulação revela ter nas sociedades modernas onde é patente cada vez mais a grande complexidade dos fenómenos económicos, um papel fundamental no crescimento económico sustentado e na defesa dos interesses dos cidadãos.

Como refere **HERMIDA TAPIA**, “*A concorrência entre as empresas na UE é um objetivo essencial tanto dentro da própria União, aspecto este tradicional da concorrência entre empresas com sede nos distintos Estados membros dentro do mercado interior; como nos mercados exteriores, aspecto este de importancia crescente da concorrência das empresas comunitarias nos mercados globalizados. A consecução deste objetivo de tornar mais competitivas as empresas comunitarias exige abrir um espaço para que as mesmas possam reorganizar-se e abordar processos de reestruturação em condições de liberdade e segurança jurídica, tanto para as próprias empresas como para os seus sócios, os seus trabalhadores, os seus credores e os consumidores em geral*”.²²⁶

Consideram-se importantes os resultados que a análise dos dados estatísticos permitiu, que anunciam diferentes formas de propor uma concentração na sua articulação com as exigencias da UE, bem como a problemática da aceitação dos compromissos, diante as características da operação e, do mercado.

Sistematizar os compromissos e os seus contextos de acontecimento, relacionados com a Regulação, traduz-se também num valor que se junta ao estudo das concentrações de nível comunitário, podendo abrir o caminho para estudos ainda mais aprofundados

²²⁶ HERMIDA TAPIA, A. J. (2012), loc. Cit. p. 211.

Analisar o aparecimento de um novo paradigma técnico-económico motivado pela necessidade de garantir o bem-estar dos cidadãos, sobretudo em mercados altamente tecnológicos ou inovadores, poderá significar a aceleração do processo das próprias concentrações.

No que se refere à investigação empírica, a inovação reside:

-Na utilização de variáveis estatísticas, no cruzamento de variáveis que sugerem e retratam de forma diferente a realidade das variáveis identificadas consideradas nas decisões em domínios tão importantes como os compromissos, as características do mercado em que a operação ocorreu, assim como as características legais da operação, especificamente no campo da construção dos modelos;

-No estudo de caso de cada decisão, individualmente considerada;²²⁷

As conclusões poderão apontar novos caminhos, novos horizontes de reflexão no âmbito dos compromissos, sem esquecer a sua articulação com o Rmto. de 2004 e, as Orientações para a sua aplicação, como pilar de defesa fundamental para o incremento da qualidade de vida e, bem estar dos cidadãos.

De igual modo, a importância da temática abordada resulta inquestionável, pois as transformações económicas implicam fortes impactos no perfil e capacidade requeridos pelos compromissos.

O impacto dos compromissos sobre as organizações foi e deverá continuar a ser extraordinariamente decisivo, contribuindo para o desenvolvimento de processos, metodologias, modelos, organização e novos instrumentos de trabalho, no âmbito das decisões de fusão de empresas.

Importante é igualmente a identificação das debilidades e dificuldades identificadas ao longo do estudo, de natureza conceptual e legislativa e que urge modificar.

1.9. Objectivos e Hipóteses da Tese de Doutoramento.

Os objectivos da tese de doutoramento foram agrupados em três categorias, em função de estarem relacionados com as decisões proferidas pela CE. em matéria de concorrência, referente às concentrações de empresas de dimensão comunitária, no âmbito do Rmto. de 2004. Passamos a identifica-los:

²²⁷ Com referência à perspectiva de análise.

- a) A compatibilidade com o mercado comum- Casos de admissão;
- b) A incompatibilidade com o mercado común- Artº 8/3 Casos de proibição, e;
- c) A investigação empírica.

-Marco Geral.

A Comissão, como órgão importantíssimo na vida da UE apresenta e deverá apresentar no futuro, uma maior atenção por parte destas matérias referentes à concorrência.

A concorrência constitui um capital de incalculável valor, baluarte fundamental no devenir das actividades que suportam o processo económico, garantia do bem-estar dos cidadãos. Nesta linha de pensamento, o objectivo que foi definido, é o de analisar a articulação entre o desenvolvimento da sua actuação neste campo, assim como enumerar os pilares Comunitários que potenciam as funções da Regulação, como ferramenta de suporte e apoio, por um lado à defesa do bem-estar dos cidadãos e, por outro, ao desenvolvimento das empresas e da economia.

Efectuada a investigação de carácter teórico, procedeu-se à análise da identificação da forma como a CE viabilizou as operações de concentração de empresas a nível comunitario, nomeadamente quais foram os compromissos que aceitou, entendendo se o seu impacto sobre o mercado era pacífico, ou seja, não criava problemas de concorrência, alterando o equilíbrio das estruturas concorrenciais existentes.

Com tal objectivo desenvolveu-se uma investigação empírica, baseada no método de pesquisa de estudo de caso, estudo este aprofundado de todas as decisões proferidas pela CE, desde o ano de 2004, data de entrada em vigor do Rmto. de 2004, até ao ano de 2013/mês de Outubro, destinada a conhecer a realidade dos compromissos aceites por esta instituição europeia, viabilizando as operações de dimensão comunitaria que sejam por si sindicadas.

Este estudo profundo e exaustivo teve como objectivo conhecer, como se referiu, as orientações materializadas nos casos práticos, de direito vivo, de forma a permitir o seu amplo, detalhado e real conhecimento.

A informação copilada foi analisada mediante a aplicação de diversas técnicas estatísticas.

Por outra parte, e como complemento a esta análise empírica, procedeu-se a uma análise associativa dos casos uns com os outros, tentando identificar-se a existencia de padrões de decisão.

O recurso ao estudo de caso foi utilizado com o objectivo do levantamento das características e, parâmetros de funcionamento e, operacionalidade por parte da Comissão, identificando os compromissos que viabilizaram as operações.

Na parte teórica, comprovou-se a importância que na actualidade têm os compromissos para o desenvolvimento da dinâmica da aprovação das operações de concentração de empresas de nível comunitario, quando a Comissão decide entrar numa investigação aprofundada.

Como já se analisou na parte teórica, mereceu especial atenção o conteúdo da decisão, através dos casos de proibição decididos que foram apenas cinco, nos anos em análise.

Neste contexto, com respeito a todas as envolvidas, tentou-se conhecer quais são os motivos de suporte em que a Comissão se ancorou, para não viabilizar as operações.

Dentro do contexto da globalização, o conhecimento e a observação desses factos são determinantes. Também podem ajudar as empresas a pensar a forma adequada de colocar as suas pretensões, assim como oferecer alguns suportes informativos aos interessados e estudiosos destas matérias.

a) Objectivos Definidos para os Casos de Admissão-Compatibilidade com o Mercado Comum.

No universo do estudo dos casos de decisão de compatibilidade, foram definidos três objectivos primordiais, decisivos para a compreensão de um processo que suscitou o interesse do conjunto de actores relacionados com este tipo de operações- das empresas e dos cidadãos. Esses objectivos são os seguintes:

Primeiro objectivo: Estudar o campo teórico da operação, identificar o seu tipo e, os contextos em que a mesma teve lugar. Importa aqui, adoptar definições, clarificar terminologias, diagnosticar no âmbito da decisão, o nível de desenvolvimento do mercado e catalogar os sistemas, os modelos e tipos legais mais relevantes. A preocupação de identificação da operação de uma forma contextualizada estar presente;

Segundo objectivo: Identificar o tipo de mercado em que as concentrações ocorreram, as consequências a evitar com a operação, identificadas pela Comissão, analisar e articular os componentes e factores mais significativos do processo, remetendo para as propostas aceites, como forma de ultrapassar essas dificuldades. Isso mesmo nos levará a analisar nos casos individualmente considerados, também as preocupações encontradas pela Comissão;

Terceiro objectivo: Identificar o reportório da estratégia das propostas e impulsionar o conhecimento empresarial como suporte determinante no desenvolvimento da operação perante a Comissão e, desta forma, identificar tendência de associação de medidas em contextos e diferentes condições. Por isso se analisará o conteúdo do sentido das decisões aceites.

b) Objectivos Definidos para os casos de Proibição- Incompatibilidade com o Mercado Comum.

Primeiro objectivo: Cumprir com os objectivos definidos para os casos de compatibilidade;

Segundo objectivo: Identificar e sistematizar o que se passou de diferente e que não permitiu a validação da operação por parte da Comissão;

Terceiro objectivo: Enunciar algumas perspectivas de futuro para os actores que pretendam desenvolver este tipo de operação.

c) Objectivos e Hipóteses Definidos para a Investigação Empírica.²²⁸

A investigação empírica é decisiva para analisar a temática em estudo. Assim os objectivos são:

Primeiro objectivo: Conhecer as características em todas as operações realizadas referentes ao seu enquadramento legal;

Segundo objectivo: Conhecer a realidade (Preocupações Encontradas, Tipo de Mercado, Consequências a Evitar) e, as medidas compromissórias aceites, incluindo as condições e obrigações, pela CE. como forma de viabilizar as operações de concentração

²²⁸ Tendo em consideração a baliza temporal do estudo.

comunitaria, quando sejam suscitadas sérias dúvidas, concernentes ao problema da sua compatibilidade com o mercado comum;

Terceiro objectivo: Através dos dados obtidos, fazer a leitura estatística de tabelas e gráficos que permitam estabelecer indícios de associação entre as variáveis em estudo de forma a possibilitar a uma organização desenvolver acções desde logo orientadas no sentido da sua aceitação pela Comissão, sem necessidade de passar à Fase II de investigação aprofundada.

Na sequência dos objectivos traçados, formularam-se as seguintes hipóteses:

1-Os Compromissos aceites pela Comissão variam diante as Características Legais da operação? Existe associação entre as variáveis?

2-Os Compromissos aceites pela Comissão variam diante:

a) Mercado Concentrado.

b) Elevadas Barreiras a Entrada.

c) Falta Alternativa de Produto.

3-O Tipo de Mercado nos casos proibidos e permitidos é diferente de forma a justificar diferentes decisões?

4-As preocupações encontradas variam em função das características do mercado?

5-As preocupações identificadas variam nos casos proibidos e permitidos? De forma a determinar a decisão da Comissão?

6-As consequências a evitar identificadas variam nos casos proibidos e permitidos? De forma a determinar a decisão da Comissão?

7-Com a identificação de existencia de tendencia de associação entre as variáveis em estudo, é possível saber qual é a decisão da Comissão diante as mesmas circunstancias?

CAPÍTULO II

2- A Noção de Concentração de Empresa no Rmto. 139/2004.

Este Capítulo tem como objectivo delimitar o conceito de concentração, em face ao Rmto. 139/2004 seguindo-se, atento o tema a que nos propusemos estudar, a definição aceite pela Comissão Europeia.

A amplitude da definição estará também reflectida nas tabelas elaboradas, com base nas quais se procedeu à recolha dos dados estatísticos, conforme se pode comprovar adiante, no presente Capítulo e também nos Apêndices.

Como refere **HERMIDA TAPIA**, a obtenção de uma massa crítica mínima é em muitos casos pressuposto para competir de forma eficaz em mercados cada vez mais amplos e interconectados, sendo manifestação do “*capitalismo molecular*”.

Na opinião do autor, a concentração económica pode ter causas jurídicas que produzam como resultado a unificação da empresas que se concentram numa única pessoa jurídica-fusão de sociedades ou à coexistência de sociedades com personalidades jurídicas independentes, ainda que concentradas por um princípio de unidade de controlo, como sucede nas aquisições de participações ou de controlo em sociedades quotizadas em mercados secundários de valores, com origem noutras sociedades.²²⁹

2.1.A importância da Comunicação 2008/C 95 e o Critério Qualitativo.

Por até agora não termos falado nela, convirá dizer que a Comunicação do Conselho com o nº 2008/C 95/01 fornece Orientações sobre as matérias relacionadas com a concorrência, susceptíveis de se colocarem nos termos do Rmto. (CE) nº 139/2004 do Conselho.

Tais Orientações possibilitam às empresas determinar de uma forma mais célere se, e em que medida, as suas operações são abrangidas pelo controlo comunitário em

²²⁹HERMIDA TAPIA, A J (2012), loc. Cit. p.211.

matéria de concentrações, permitindo desta forma saber se as operações que pretendem realizar carecem ou não da intervenção da Comissão.

A Comunicação em questão vem substituir²³⁰ a Comunicação da Comissão relativa ao conceito de concentração de empresas, bem como a Comunicação relativa ao conceito de empresas comuns que desempenham as funções de uma entidade económica autónoma, assim como a Comunicação relativa ao conceito de empresas em causa e ainda a Comunicação relativa ao cálculo do volume de negócios.

A Comunicação contém os conceitos de concentração, de empresas comuns de pleno exercício e de empresa/s em causa bem, como a forma como se deve efectuar o cálculo do volume de negócios, em conformidade com os artºs 1.º, 3º e 5.º do denominado RC. analisado.

Na sua parte B, concretiza-se o conceito de concentração (nomeadamente os requisitos específicos aplicáveis às empresas comuns), que constitui a primeira condição a cumprir;

O mesmo contém também uma parte C, onde se procede à identificação das empresas em causa e do cálculo do seu volume de negócios, constituindo esta a segunda condição a cumprir.

A Comissão aborda a questão da sua competência em relação às concentrações nas decisões tomadas ao abrigo do artº 6.º do RC.

O nº 1 do artº 3.º do RC., refere-se às Operações de que resulte uma mudança de controlo duradoura das empresas em causa.

Nos termos do considerando 20º do RC. o conceito de concentração deverá abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura na estrutura do mercado.

Assim sendo, uma vez que o critério estipulado no artº 3º se articula em torno da noção de controlo, a existência de uma concentração é mais determinada por critérios qualitativos do que quantitativos.

2.2.Os Tipos de Concentração, na lei e nos Casos analisados.

O nº 1 do artº 3º do Rmto. encerra dois tipos de concentrações que se passam a enunciar.

²³⁰ COM. 66/01 de 02.03.1998, bem como a COM. 98/C 66/02, assim como a COM.98/C 66/03 e ainda a COM. 98/C 66/04, todas em JO-C.

2.2.1.As previstas na al a)- decorrentes de uma fusão entre empresas anteriormente independentes.

Na senda do nº 1, alínea a), do artº 3.º do RC., realiza-se uma concentração sempre que duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem numa nova empresa, tendo como consequência o facto de deixarem de existir como entidades jurídicas diferentes.

Pode igualmente ocorrer uma fusão quando uma empresa é absorvida²³¹ por outra, mantendo esta última a sua identidade jurídica, enquanto a primeira deixa de existir como entidade jurídica. É o fenómeno a que chamaremos de incorporação.²³²

Da mesma forma, verificar-se-á uma fusão na acepção do nº 1, alínea a), do artº 3º sempre que, na ausência de uma concentração com um carácter legal, a conjugação das actividades de empresas anteriormente independentes conduza à criação de uma única unidade económica.

Tal acontecerá quando duas ou mais empresas, embora mantendo a sua personalidade jurídica própria, estabelecem uma gestão económica comum por via contratual ou adoptam a estrutura de uma empresa de dupla cotação na bolsa.

Assim, se se verificar uma junção de facto das empresas em causa numa única unidade económica²³³, considera-se que a operação constitui uma fusão. Um requisito

²³¹ MIRANDA SERRANO, L.M. (2000), refere que o fenómeno da concentração empresarial e do crescimento desmesurado da dimensão das empresas começou nos Estados Unidos, no início do século XIX, sendo na altura a técnica preferida a incorporação ou fusão por absorção (merger). Mais adiante a técnica dá lugar a outras formas mais anglo saxónicas, tais como a *holding* e o *trusts*, op. Cit. p.57.

²³² MIRANDA SERRANO, L. & PAGADOR LOPÉZ, J. (2014), “Nuevas tendencias en el control de las concentraciones de empresas en la UE: la Comisión quiere asumir competencias para controlar las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control”, referem que a fusão é a forma última ou mais acabada de concentração empresarial, dizendo que o termo abarca tanto as fusões próprias, seja na sua variante de fusão por absorção ou fusão por constituição de nova sociedade, como as chamadas fusões impróprias que têm lugar quando faltam alguns dos efeitos próprios das fusões em sentido estrito (por exemplo numa situação de venda de todas as acções de uma sociedade ou, da transmissão em bloco, do património de uma sociedade a outra).

²³³ Ibid., os autores defendem que estamos diante uma empresa comum ou em participação concentrativa nos casos em que uma empresa é controlada em comum por duas empresas (que são as empresas matrizes) e desempenha com carácter permanente as funções de uma entidade económica independente. São dois os requisitos que concorrerem para que estejamos diante desta operação Por um lado, há-de existir controlo comum, que se apreciará quanto duas empresas controlam 50% de uma terceira empresa ou, quando essas duas empresas, mesmo não possuindo um controlo dos 50%, cheguem a um acordo pelo qual se reservam um poder de co-decisão em relação a todos os assuntos mais relevantes dessa terceira empresa. Por outro lado, a empresa há-de actuar no mercado como uma entidade económica independente, o que implica que terá acesso ao mercado e desempenhar nele, com carácter duradouro, uma actividade económica independente da que desenvolvem as empresas matrizes.

prévio para determinar se ocorre uma tal concentração de facto é a existência de uma gestão económica permanente e única. Tal acontecerá por exemplo no consórcio.

Existem outros factores a ponderar como a compensação interna dos lucros e perdas ou, a distribuição de receitas entre as várias entidades do grupo e a sua responsabilidade conjunta ou, a partilha dos riscos externos, como acontece por exemplo na *joint-venture*.

Esta fusão de facto pode basear-se em simples disposições contratuais, embora possa também verificar-se a existência de participações cruzadas entre as empresas que constituem a unidade económica.

2.2.2.As Decorrentes de uma Aquisição do Controlo-Alínea b).

Como se referiu em cima, nos termos do nº 1, alínea b), do artº 3º estamos perante uma operação de concentração, quando se verifica uma aquisição de controlo de uma empresa sobre outra, controlo esse pode ser adquirido por uma pessoa, por várias pessoas, por uma empresa actuando individualmente ou por duas ou mais empresas actuando de forma conjunta.²³⁴

Neste caso, verifica-se que uma empresa independente adquire directa ou indirectamente o controlo sobre a totalidade ou parte de outras empresas, seja através da aquisição de participações no capital, através da compra de elementos do activo, através de celebração de um contrato ou qualquer outro meio.

Tal acontece quando se constata a possibilidade de exercício de uma influência decisiva sobre uma empresa.

MIRANDA SERRANO, defende que o controlo sobre uma empresa é conseguido não só quando se adquire a maioria do capital e dos direitos de voto de uma sociedade, mas também quando é possível chegar a esse resultado mediante a aquisição de uma parte minoritaria do capital na eventualidade de se constatar elevada repartição do capital, podendo nesse caso essa participação minoritaria comportar também o controlo ou quando se adquire uma parte minoritaria do capital mas de capital

²³⁴MOURA E SILVA, M., “*O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*”, refere que: “Antes ainda da aprovação do novo instrumento comunitário de controlo de concentrações, a Comissão optou por experimentar a noção de posição dominante colectiva no já referido caso Vidro Plano Italiano” loc. Cit.p.107.

privilegiado que confere uma maioria dos direitos de voto e ainda na eventualidade de uma aquisição de uma parte minoritaria de capital, mas com voto plural.²³⁵

2.3.0 Conceito de Controlo.²³⁶

2.3.1.0 Objecto de Controlo.

O objecto de controlo pode referir-se a uma ou mais empresas, partes de empresas que constituam entidades juridicamente distintas, bem como elementos do activo dessas entidades, ou ainda apenas certos activos destas²³⁷, conforme se alcança da leitura do n° 1, alínea b), e do n° 2 do art° 3°, do RC.²³⁸

Na verdade, a aquisição do controlo sobre elementos do activo é pelo direito da concorrência, considerada uma concentração desde que os elementos do activo constituam a totalidade ou parte de uma empresa, ou seja, desde que representem uma actividade traduzida por uma presença no mercado, à qual pode ser atribuído um volume de negócios concreto.

A transferência da clientela de uma empresa pode cumprir este critério, se por via dessa transferência se transferirem actividades comerciais com um volume de negócios concreto no mercado.

Igualmente, no caso de uma operação acordada entre empresas limitada aos activos incorpóreos, marcas, patentes ou direitos de autor, podemos estar perante uma

²³⁵ MIRANDA SERRANO, L. & PAGADOR LOPÉZ, J. (2014), “Nuevas tendencias en el control de las concentraciones de empresas en la UE: la Comisión quiere asumir competencias para controlar las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control”.

²³⁶ MUÑOZ PÉREZ, A. F., “A noção de «controlo» no direito da concorrência trata de determinar a existencia de uma concentração «adquirir o controlo» é ter capacidade de «influencia» sob o ponto de vista económico, pelo que a noção de «controlo» baseia-se fundamentalmente na perda da independência económica que se produz através da aquisição do controlo de uma ou várias empresas por parte de outra ou outras”, loc. cit, p. 6.

²³⁷ Caso SYNGENTA / MONSANTO'S SUNFLOWER SEED-M.5675. A operação consiste na aquisição pela Syngenta do activo, sementes de girassol da Monsanto, sendo que com a operação a Syngenta adquiriu o controlo exclusivo por meio da aquisição de activos do negócio de sementes de girassol da Monsanto.

²³⁸ MUÑOZ PÉREZ, A. F: “Assim o controlo de outra empresa será alcançado quando, através dos direitos que se possuem mediante pactos, contratos ou outros instrumentos, possam exercer uma influencia decisiva sobre a dita empresa, particularmente porque se pode dispor da totalidad e ou parte dos seus activos ou de incidir de maneira significativa sobre as deliberações ou decisões de uma empresa, ou sobre a composição dos seus orgãos de administração”, loc. Cit, p. 6.

concentração desde que esses activos consubstanciem actividades às quais está determinado um volume de negócios.

No entanto, nesta última situação a Comissão exige que a transferência de licenças relativas a marcas, patentes ou direitos de autor, acompanhada de elementos do activo complementares, se reporte a licenças exclusivas, num território específico, assim como que a transferência dessas licenças seja determinante para a transferência da actividade geradora de volume de negócios, exigindo-se desta forma um nexo de causalidade entre ambas.

Com efeito a Comissão entende que as licenças não sejam exclusivas não são, por si só, uma actividade à qual se associa ou possa associar um volume de negócios.

Importante é também falar da questão do recurso a serviços externos por parte de uma empresa, tais como a prestação de serviços, ou o fabrico de produtos.

O recurso ao exterior de serviços informáticos a empresas especializadas constitui um exemplo bastante comum dessa prática.

Os contratos de externalização independentemente da forma que assumem, têm em comum o facto de o fornecedor de serviços externos fornecer serviços ao cliente que este último até então assegurava a nível interno.

Não se verifica, quando tal acontece, a transferência de elementos do activo ou de trabalhadores para os fornecedores de serviços externalizados, pois que os elementos do activo bem como os trabalhadores se mantêm intactos.

Poderá até acontecer que o fornecedor de serviços externos adquira o direito de gerir esses elementos do activo e de dirigir esses trabalhadores, mas mesmo quando tal acontece não estamos perante uma concentração, pois os elementos do activo e os trabalhadores continuam exclusivamente ao serviço do cliente, entenda-se, (dos serviços externalizados).

Ao invés, quando o fornecedor dos serviços externalizados, para além de assumir algumas actividades previamente asseguradas a nível interno, beneficia da cedência dos activos e/ou do pessoal que lhe estão associados, neste caso poderemos estar perante um caso de concentração pois os elementos do activo constituem o conjunto ou uma parte de uma empresa, uma actividade com presença no mercado.

Da mesma forma, quando nos deparamos com este tipo de situação, é fundamental constatar se os activos consagrados às actividades internas do cedente são adequados para que os fornecedores de serviços externos possam prestar serviços não só aos

clientes que externalizam essas actividades, mas também a terceiros, facto que deverá ser constatado no horizonte temporal da cedência dos referidos elementos do activo, como por exemplo numa situação de cedência a uma entidade ou filial da empresa que já fornecia serviços a terceiros.

Não se verificando nenhuma das situações acima descritas, para que possamos falar de concentração nos termos do RC., os activos cedidos no caso de uma actividade industrial devem comportar as infra-estruturas de produção, os conhecimentos técnicos do produto ou o desenvolvimento dessas capacidades num futuro próximo e, na ausência de acesso ao mercado, os meios necessários para o comprador desenvolver o acesso ao mercado a curto prazo, onde se inclui os contratos ou marcas existentes.²³⁹

Igualmente, na prestação de serviços, os activos cedidos devem comportar os conhecimentos técnicos necessários tais como o pessoal e a propriedade intelectual respectivo, e ainda as infra-estruturas que permitem o acesso ao mercado tais como os instrumentos de comercialização.

Pelo que se conclui que os activos cedidos, devem compreender os elementos necessários de forma a garantir ao adquirente uma maior presença no mercado com um horizonte temporal idêntico ao do período de arranque previsto para as empresas comuns.

Caso tal não aconteça, ou seja na eventualidade de os activos cedidos não capacitarem o comprador de forma a assegurar, pelo menos, a sua presença no mercado, forçoso será concluir que a operação não conduzirá a uma alteração duradoura da estrutura do mercado e o contrato de externalização identificar-se-á a um contrato de serviços, não materializando uma operação de concentração.

2.3.2. Alteração Duradoura do Controlo.

O conceito de concentração, conforme estipula o n.º1 do art.º 3.º do RC. deverá ser definido de modo a abarcar apenas as operações de que resulte uma alteração duradoura no controlo das empresas em causa e, na estrutura do mercado.²⁴⁰

²³⁹ JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008, COM., Pt. 27.

²⁴⁰ Vd. Considerando 20.º do citado RC., que desta forma se torna num requisito essencial para o preenchimento do conceito de concentração.

A reestruturação interna operada num grupo de empresas, nomeadamente os aumentos de participações não acompanhados de alterações de controlo ou as operações de reestruturação, tais como a fusão de uma sociedade com uma dupla cotação numa única entidade jurídica ou uma fusão de filiais, caem fora do seu âmbito de aplicação.

Nos termos da Comunicação da Comissão de 2008, as operações de que resulte uma alteração temporária do controlo, caem fora do âmbito de aplicação do RC.

Caiem fora do âmbito de aplicação do RC. a reestruturação interna operada num grupo de empresas, nomeadamente aos aumentos de participações não acompanhadas de alterações de controlo²⁴¹ ou, a operações de reestruturação, tais como a fusão de uma sociedade com uma dupla cotação numa única entidade jurídica ou uma fusão de filiais.

Neste caso, só se estará em presença de uma concentração se a operação conduzir a uma alteração da natureza do controlo de uma empresa e não uma operação puramente interna.

Quando estamos perante acordos subjacentes celebrados entre as partes por um prazo determinado, temos que analisar também se esses acordos são ou não renováveis pois caso o sejam não podemos excluir a possibilidade de uma alteração duradoura do controlo.

Da mesma feita, quando se verificarem várias operações em série, em que a primeira tenha natureza transitória, torna-se importante averiguar se uma operação desta natureza conduz a uma alteração duradoura na estrutura do mercado.

Com efeito, neste tipo de contexto, pode acontecer que, numa 1ª hipótese, várias empresas constituam um grupo, com o objectivo de adquirir uma outra empresa com base num acordo destinado a dividir, logo após a conclusão da operação e, de acordo com um plano previamente estabelecido, os elementos do activo adquiridos dessa forma. Neste caso, numa primeira fase, a aquisição da empresa-alvo, no seu conjunto, é realizada por uma ou várias empresas, para que os elementos do activo assim adquiridos sejam divididos por várias empresas.

²⁴¹ No Caso E.ON / MOL- M.3696, MOL FÖLDGÁZSZÁLLÍTÓ Rt. ("MOL Transmission"), não foi adquirida pela E.ON através da operação, tendo a empresa concedido uma opção de venda através da qual pode exigir de E.ON a compra de uma participação de 25% mais 1 ou uma participação de 75% menos 1 acção da MOL Transmission nos dois anos seguintes. A operação projectada embora não resultasse no imediato numa mudança de controlo da MOL Transmission, tal pode resultar do exercício da opção de venda, pelo que segundo a Comissão constitui uma concentração para efeitos de controlo das concentrações, a ser examinada pelas autoridades da concorrência competentes.

Deverá determinar-se quando tal aconteça, se a primeira operação deve ser considerada uma concentração distinta, implicando a aquisição do controlo exclusivo (no caso de um único comprador) ou, do controlo conjunto (no caso de uma compra em comum) do conjunto da empresa-alvo ou, se apenas as aquisições realizadas em seguida constituem concentrações, num contexto em que cada uma das empresas adquirentes adquire a parte que lhe interessa da empresa-alvo.

Neste tipo de situação, a Comissão considera que a primeira operação não consubstancia uma operação de concentração, devendo igualmente ser examinadas as tomadas de controlo pelos adquirentes finais, desde que se verifique que:

1-A dissolução subsequente, decorre de um acordo juridicamente vinculativo entre os vários compradores e;

2-A segunda fase ocorra de forma célere, não podendo exceder um ano e seja constituída pela divisão dos elementos do activo, adquiridos;

Na eventualidade de estas duas condições estarem reunidas, as aquisições das várias partes da empresa, constituirão concentrações, sendo cada uma das aquisições pelos vários compradores entendida como uma concentração distinta.

De qualquer modo, refere a Comissão na sua Comunicação de 2008, o âmbito de decisão das autoridades de controlo somente permitirá a aquisição da empresa-alvo, na sua totalidade, se a divisão ocorrer num período de tempo curto e as várias partes da empresa-alvo forem directamente vendidas ao respectivo comprador final.²⁴²

Ao contrário, quando estas condições não estejam preenchidas caso existam dúvidas quanto à celeridade da segunda fase após a primeira aquisição, a Comissão considerará a primeira operação como uma concentração distinta, em que está implicada a empresa-alvo na sua totalidade. Tal poderá acontecer no caso de a primeira operação poder avançar independentemente da segunda operação ou no caso de ser necessário um período transitório mais longo para dividir a empresa-alvo.

Numa 2ª hipótese, poderá acontecer que uma operação conduza ao controlo conjunto, durante o período de arranque mas, nos termos de acordos juridicamente vinculativos, esse controlo conjunto seja convertido num controlo exclusivo, exercido por um dos accionistas.

²⁴²COM. JO 2008/C 95/01 de 16.04.2008, Com. Consolidada da Comissão, em matéria de competência ao abrigo do Rmto. (CE) n.º139/2004 do Conselho, relativo ao controlo das concentrações de empresas, Pt. 30.

Como se refere na Comunicação, anteriormente a Comissão aceitava que esses períodos de arranque pudessem prolongar-se até três anos, embora entenda actualmente que o período em questão não deverá, em geral, exceder um ano. Importante é também ter em consideração que o período de controlo conjunto deverá ter uma natureza transitória.

Com efeito, só na eventualidade de um período de tempo relativamente curto será previsível que o período de controlo conjunto não tenha uma incidência particular na estrutura do mercado, podendo portanto presumir-se que não conduz a uma alteração duradoura do controlo.

Já numa 3ª hipótese, com base num acordo em que prevê a revenda futura da actividade ao comprador final, uma empresa é «confiada» a um adquirente provisório, muitas vezes uma entidade financeira.

Nesta situação, o adquirente provisório adquire as acções «por conta» do comprador final, sobre quem recai a maioria dos riscos económicos e a quem podem ser igualmente atribuídos direitos específicos.

Aqui, a primeira operação destina-se apenas a facilitar a segunda e o primeiro adquirente está directamente ligado ao adquirente final.

Quando tal aconteça, a “Comissão considerará que a operação através da qual o adquirente provisório adquire o controlo, constitui a primeira etapa de uma operação de concentração única, que abrange a tomada de controlo duradoura pelo adquirente final”.²⁴³

2.3.3. Pessoa que Controla Outra Empresa.

O controlo pode ser adquirido por uma ou várias pessoas que controlem já pelo menos uma outra empresa ou, por uma combinação de uma ou várias pessoas nessas condições e uma ou várias empresas. Neste contexto, o termo «pessoa» abarca entidades públicas e entidades privadas, bem como pessoas singulares.

É de referir no entanto que as aquisições de controlo por pessoas singulares só determinam uma mudança duradoura na estrutura das empresas em causa se essas

²⁴³ Ibid., Pt. 35.

peessoas singulares exercerem outras actividades económicas por conta própria ou se controlarem pelo menos uma outra empresa.

2.3.4. Adquirente do Controlo.

Do lado oposto, o controlo é adquirido por pessoas ou empresas que são titulares de direitos ou beneficiárias de contratos que conferem o controlo (nº 3, alínea a), art.º 3º).

Pode no entanto acontecer que o titular formal de uma participação de controlo não seja a pessoa ou a empresa que, de facto, detém o poder efectivo de exercer os direitos decorrentes dessa participação.

Se uma empresa recorrer a uma outra pessoa ou empresa para adquirir uma participação de controlo e detiver o poder de exercer os direitos que conferem esse controlo por intermédio dessa pessoa ou empresa, esta pessoa ou empresa é formalmente o titular dos direitos, intervindo a outra apenas na qualidade de intermediário.

Estamos perante uma situação de controlo indirecto, pois o controlo é adquirido pela empresa que, na realidade, está por detrás da operação e que usufrui de facto, do poder de controlar a empresa objecto da operação, nº3, alínea b) do artº 3º, quando esta situação se verifica.²⁴⁴

Com feito, uma participação de controlo detida por várias entidades de um grupo é, em princípio, atribuída à empresa que exerce o controlo sobre os vários titulares formais dos direitos.

No entanto tal matéria terá que ser sujeita a probatório, através de uma análise casuística, sendo relevante os elementos indiciários de prova necessários para demonstrar a existência deste tipo de controlo indirecto, bem como alguns factos tais como participações, vínculos contratuais, fontes de financiamento e/ou até eventualmente laços familiares, como se refere na mencionada Comunicação 2008/C 95/01.

²⁴⁴ O TPI tem concluído que o controlo detido por empresas comerciais pode ser atribuído aos seus accionistas exclusivos, aos seus accionistas maioritários ou aos accionistas que controlam conjuntamente as empresas, tendo em conta que estas empresas se conformam em qualquer caso com as decisões dos accionistas em questão, *Ibid.*, Pt 13.

2.3.5. Operações Interligadas.

Há operações que ao abrigo do Rmto. 139/2004, podem ser consideradas uma única concentração, seja via da regra do art.º 3º, seja *ex vi* art.º 5º, nº 2, segundo paras., sendo consideradas operações interligadas.

No entanto, o nº 2, segundo paras., do artº 5º, trata uma questão diferente da prevista no artº 3º do RC.

Enquanto o artº 3º define a existência de uma “concentração” em termos gerais e concretos, sem estabelecer directamente a questão da competência da Comissão em matéria de concentrações, já no artº 5º pretende-se determinar o âmbito de aplicação do RC., ao definir o volume de negócios a ter em consideração para avaliar a sua dimensão comunitária.

O segundo paras. do nº 2 do artº 5º permite também à Comissão juntar duas ou mais operações, concentráveis numa única operação de concentração,²⁴⁵ para efeitos do cálculo do volume de negócios das empresas em causa.

A questão é naturalmente precedida pela lógica de se determinar se, mediante a aplicação do artº 3º, as várias operações notificadas à Comissão, dão lugar a uma única concentração ou, se se deve considerar que essas operações dão lugar a concentrações distintas. Daí a importância deste assunto.

-Operações interligadas nos termos do art.º 3º.

O nº 1 do artº 3º, prevê como resultado da concentração, a aquisição do controlo de uma ou de várias empresas, sendo o facto de o controlo ter sido adquirido mediante uma ou várias operações jurídicas irrelevante, desde que o resultado final se traduza numa única concentração

Como já vimos, face ao previsto no artº 3º, duas ou mais operações constituem uma única concentração se forem unitárias por natureza. Assim, o resultado terá que ser

²⁴⁵ Tal aconteceu no Caso RYANAIR/AIR LINGUS, M-4439 em que na sua decisão a Comissão avaliou que além da oferta pública de acções em circulação, anunciada em 5 de Outubro de 2006, a Ryanair também havia adquirido 19,16% do capital social da Aer Lingus no prazo de menos de 10 dias antes do lançamento da oferta pública, e um adicional de 6 %, pouco depois – Estas operações em conjunto constituíam uma única operação de concentração na acepção do artº 3º do RC.

o de atribuir a uma ou a várias empresas o controlo económico directo ou indirecto sobre as actividades de uma ou de várias outras empresas.

Para tal, importante é que seja identificada a realidade económica subjacente às operações e, por conseguinte, o objectivo económico prosseguido pelas partes intervenientes. Ou seja, para se determinar o carácter unitário das operações em questão, importa constatar se as operações são interligadas, no sentido de concluir uma operação não teria sido realizada sem a outra.²⁴⁶

Na verdade, da leitura do considerando 20º do RC. resulta que deve ser considerada como uma única concentração, operações que apresentam ligações estreitas, onde está patente uma lógica condicional.

Assim, como se diz na Comunicação, “existe o princípio segundo o qual, na lógica do RC., as operações são aprovadas ou rejeitadas conjuntamente em função dos objectivos económicos das partes intervenientes, pelo que devem ser igualmente analisadas no quadro do mesmo processo.”²⁴⁷

²⁴⁶Veja-se o Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868. Em Janeiro de 2005, Vattenfall AB ("Vattenfall", Suécia), adquiriu 35,3% das acções da Elsam. Entre 4 e 9 de Fevereiro de 2005, DONG, que tinha anteriormente a propriedade de 24,1% das acções da Elsam, celebrou contratos de opção com vários serviços públicos locais para a aquisição de um adicional de 40,6% das acções da Elsam. Em 31 de Maio de 2005 DONG e Vattenfall celebraram um acordo através do qual Vattenfall iria transferir a sua participação de 35,3% em Elsam a DONG e receber, em contrapartida, os activos de Elsam e E2 correspondentes ao valor da participação transferida. Como resultado deste acordo, e das operações anteriores, DONG adquire o controlo exclusivo da Elsam e E2, com excepção dos activos dessas empresas que serão atribuídas a Vattenfall, segundo o referido acordo. A aquisição do total de 64% das acções da E2 por Dong, os restantes 36% detidos pela subsidiária da Elsam NESA, é, portanto, uma condição necessária para a conclusão do acordo DONG / Vattenfall. Em 7 de Fevereiro de 2005, DONG adquiriu KE da cidade de Copenhaga, incluindo 34% das acções da KE em E2. Em 10 de Fevereiro de 2005, DONG adquiriu FE da cidade de Frederiksberg, incluindo 2,3% das acções da FE em E2. Além disso, DONG entrou em acordos paralelos com outros shareholders para aumentar a sua participação na E2 em mais de 28% para aproximadamente 64%. Tanto a aquisição da FE e os acordos com os outros accionistas E2 são legalmente condicionados à aquisição bem-sucedida de KE (e os 34% das acções da E2 realizada por KE) por DONG. O acordo de transferência de acções entre a cidade de Frederiksberg e DONG contém a condição expressa de que o acordo principal na compra de acções em Copenhagen Energy Holding A / S de 7 de Fevereiro de 2005, entre o município de Copenhaga e do comprador (DONG) se terá que finalizar. Além disso, os acordos de Dong com as cidades de Helsingør, Roskilde, Hillerød e Slagelse (SK-EL) e com a Cooperativa NVE-SEAS relacionados com a transferência de ao todo 28% das acções em E2 contém também a condição expressa de que o acordo entre a Prefeitura de Copenhaga e DONG relativo a contratos take-over da DONG de Copenhagen Energy Holding A / S é celebrado tendo em vista a aquisição indirecta (através NESA) 36% da participação da Elsam em E2, sendo a aquisição integral da Elsam por DONG também uma condição jurídica para a aquisição do controlo total sobre E2. Sem acções da NESA em E2, DONG não estaria em condições de alienar activos importantes da E2 a Vattenfall. Por sua vez, sem a alienação de alguns activos da E2 a Vattenfall, DONG não seria capaz de adquirir 35,3% da participação da Vattenfall em Elsam. Todas essas operações por Dong estão, portanto, intimamente ligadas entre si, com origem no acordo DONG / Vattenfall.

²⁴⁷ Ibid., Pt. 40.

Quando tal acontece, a alteração da estrutura do mercado é resultado das operações no seu conjunto, pelo que se as várias operações não forem interligadas e as partes intervenientes quiserem levar avante uma das operações, abandonando as outras, as operações devem ser individualmente analisadas.

Importante é referir que apenas podem ser tratadas nas operações ligadas entre si por uma condição, se o controlo for adquirido pela mesma ou mesmas empresas. Só neste caso se poderá concluir que as operações são unitárias por natureza constituindo uma única concentração nos termos e para os efeitos do artº 3º.

As cisões de empresas comuns pelas quais se dividem várias partes de uma empresa pelas antigas empresas-mãe caem fora do âmbito de aplicação da norma legal, pelo que a Comissão terá de considerar essas operações como concentrações distintas.

O mesmo entendimento deverá aplicar-se às operações em que duas ou mais empresas transferem activos decorrente de cisões de empresas comuns ou permutas de activos. Nesta situação, não estamos perante operações interligadas, mas sim consequências da cisão.

Daqui resulta óbvio que o RC. importa uma avaliação separada²⁴⁸ de cada uma das transacções: Várias empresas adquirem controlo de diferentes elementos do activo;

Igualmente, a aquisição de vários tipos de controlo (por exemplo, o controlo conjunto de uma actividade empresarial e o controlo exclusivo de outra) levanta problemas de análise próprios. Com efeito, pelos mesmos motivos, uma operação que envolve a aquisição do controlo conjunto de uma parte de uma empresa e o controlo exclusivo de outra parte deverá considerada como constituindo duas concentrações diferentes ao abrigo do RC.

As operações constituirão uma única concentração se forem interligadas e se a empresa que adquire o controlo exclusivo adquirir igualmente o controlo conjunto. Considera-se uma única concentração quando é adquirida uma sociedade à qual pertence a empresa controlada, quer exclusiva quer conjuntamente.

No entanto, o Considerando 20º do Rmto. permite a interpretação de que numa situação em que a mesma empresa adquire o controlo exclusivo e o controlo conjunto de

²⁴⁸ No caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868, deparamos-nos com a situação de que através da concentração, Vattenfall adquire activos de geração de energia eléctrica à data detidas pela Elsam e E2, pois que sem a alienação de alguns activos da E2 a Vattenfall, DONG não seria capaz de adquirir 35,3% da participação da Vattenfall em Elsam. No entanto esta aquisição de activos foi considerada uma operação distinta.

outras empresas com base em acordos interdependentes deva ser tratada de mesmo modo. Pois que estas operações, se forem interligadas, constituirão uma única concentração.

É este o entendimento da Comissão manifestado na sua comunicação que se vem analisando.

2.3.6. Requisito de Condicionalidade das Operações.

O requisito da condicionalidade traduz-se no facto de que nenhuma das operações pode ter lugar sem as outras²⁴⁹, facto que leva a que o conjunto das operações constitui uma operação única.

Como se refere na Comunicação de que se vem falando, *“este requisito da condicionalidade é normalmente estabelecido quando as operações estão ligadas de direito, ou seja, quando os próprios acordos estão ligados por uma condicionalidade recíproca”*.²⁵⁰

No entanto, pode verificar-se uma condicionalidade de facto que poderá levar igualmente a considerar as operações como uma única concentração.

Quando tal acontece, importará proceder a uma exaustiva avaliação económica para se saber qual das operações depende necessariamente da conclusão das outras.

Também poderá ainda acontecer que a interdependência das operações possa resultar das declarações das partes intervenientes ou ainda da conclusão simultânea dos acordos em causa. No entanto nesta situação, quando não se verifique a simultaneidade, será difícil concluir pela intercondicionalidade de facto das várias operações, pois que a ausência de simultaneidade em relação a operações de condicionalidade recíproca sob o ponto de vista jurídico, pode igualmente levantar dúvidas quanto à sua interdependência efectiva.

Há que olhar para o resultado, pois só colhe sentido a análise quando da operação resultar que o controlo de uma ou de várias empresas é adquirido pela mesma ou mesmas pessoas ou empresas.

²⁴⁹ O Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868 é também exemplo de operação interligada, atentos os motivos em cima explicados.

²⁵⁰Ibid., Pt. 43.

No entanto, as operações jurídicas que se referem apenas parcialmente a uma aquisição do controlo de empresas ou à aquisição de outros elementos do activo, como por exemplo participações minoritárias que não conferem direitos de controlo em outras sociedades caem fora do âmbito de aplicação do RC., pois que nestas situações não faz sentido falar de controlo.

2.3.7. Aquisição de Uma Única Atividade Empresarial.

Falamos de uma única concentração se o mesmo ou mesmos compradores adquirirem o controlo de uma única empresa (única entidade económica), através de várias operações jurídicas, objecto de condições cruzadas.

E isso acontece independentemente do facto de essa entidade ser adquirida no âmbito da estrutura de uma sociedade, constituída por uma ou várias empresas, ou de serem adquiridos vários elementos do activo que formam uma única entidade económica gerida com um objectivo comercial comum, para o qual contribuem os activos em causa.

A entidade pode conter participações maioritárias e minoritárias em sociedades, bem como activos corpóreos e incorpóreos. Pode dar-se o caso de ser necessário efectuar várias transacções jurídicas interligadas para transferir a entidade em questão, não sendo por tal motivo que essas transacções deixam de constituir uma única concentração.

2.3.8. Aquisições do Controlo em Paralelo e Em Série.

A questão do tratamento levado a cabo pela Comissão, de várias aquisições de controlo como uma única concentração, remete-nos para a análise do conteúdo da Comunicação da Comissão²⁵¹ que nos equaciona três situações possíveis.

Numa situação de controlo paralelo, no âmbito da qual a empresa A adquire em paralelo o controlo das empresas B e C, pertencentes a vendedores distintos, sob a condição de A não ser obrigada a comprar qualquer uma das duas empresas nem o vendedor ser obrigado a vender, a não ser que as duas operações cheguem a bom termo.

²⁵¹ Ibid., Pt. 46.

Numa aquisição de controlo em série, na qual a empresa A adquire o controlo da empresa B, na condição de B ter adquirido, previamente ou em simultâneo, a empresa C.

Neste cenário de controlo em série, pode atambém verificar-se como sub hipótese uma aquisição em série, mas do controlo exclusivo/conjunto.

Pode ainda acontecer, num terceiro cenário, de aquisição em série do controlo exclusivo/conjunto que uma empresa aceite primeiro adquirir o controlo exclusivo de uma empresa-alvo, tendo em vista ceder directamente algumas partes da participação adquirida nessa empresa a uma outra empresa, acabando os dois adquirentes por controlar em conjunto a empresa-alvo.

Como se defende na Comunicação, caso as aquisições sejam objecto de condições cruzadas, as operações constituem uma única concentração sendo apenas a aquisição de controlo conjunto, resultado final das operações, apreciada pela Comissão.

2.3.9. Série de Operações Sobre Títulos.

Igualmente estamos perante uma única operação de concentração quando o controlo sobre uma empresa é adquirido por via da aquisição de vários títulos a um ou vários vendedores, num prazo considerado razoavelmente curto, conforme determina o considerando 20 do RC.²⁵²

2.3.10. N.º 2, Segundo Parágrafo do Art.º 5.º

Face ao estatuído no n.º 2, segundo parágrafo, do art.º 5.º a Comissão poderá considerar operações sucessivas efectuadas durante um período de tempo determinado como uma única concentração, para efeitos do cálculo do volume de negócios das empresas em causa.

Desta feita, evita-se a possibilidade de divisão de uma operação numa série de cedências de activos, repartidas no tempo, com a finalidade de se cair fora do alcance de aplicação do RC.

²⁵² Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES) -M.5335 Nos termos do Acordo de Investimentos firmado entre LH e SNAH, em 15 Setembro de 2008, a empresa LH inicialmente iria adquirir 45% das acções da SNAH, com opção de compra sobre as acções remanescentes que poderia ser exercida a partir do primeiro trimestre de 2011. A operação seria concluída em duas etapas.

Na verdade, sempre que duas ou mais operações, originem cada uma delas uma aquisição de controlo, são efectuadas num período de dois anos entre as mesmas pessoas ou empresas serão necessariamente entendidas como uma única concentração, aparte o facto de essas operações se referirem, ou não, a partes da mesma empresa ou ao mesmo sector.

Assim, para estarmos perante uma concentração, bastará que as operações, mesmo que não concretizadas entre as mesmas empresas, tenham sido realizadas entre empresas que pertencem aos mesmos grupos respectivos.

Da mesma forma será entendido se duas ou mais operações forem efectuadas entre as mesmas pessoas ou empresas quando essas operações forem celebradas simultaneamente.

Assim como, sempre que conduzam a uma tomada de controlo pela mesma empresa, essas operações simultâneas entre as mesmas partes constituem uma única concentração mesmo que não estejam subordinadas reciprocamente.

De referir que segundo a interpretação oficial da Comissão, divulgada na Comunicação de 2008, o nº 2, segundo parágrafo, do artº 5º não terá campo de aplicação a operações diferentes, desde que pelo menos numa delas esteja implicada uma empresa em causa distinta do ou dos vendedores ou compradores comuns.

Com efeito, nos casos em que se verificam duas operações, em que uma operação dá origem a um controlo exclusivo e a outra a um controlo conjunto, não se aplicará o nº2, 2º paras. do artº 5º, a menos que a outra ou outras empresas-mãe que exercem um controlo conjunto e que tenham participado na última operação, sejam o cedente ou cedente da participação que confere o controlo exclusivo na primeira operação.

Já nas concentrações que envolvem empresas públicas constatamos estar perante uma situação excepcional nos casos em que tanto as empresas adquiridas como as empresas adquirentes são empresas públicas pertencentes ao mesmo Estado.

Consideramos que a operação pode ser considerada ou não uma reestruturação interna consoante as empresas em questão se integrassem ou não anteriormente na mesma unidade económica.

Assim, quando as empresas apresentem poder de decisão autónomo, e pertenciam a distintas unidades económicas, considerar-se-á que a operação constituiu uma concentração e não uma reestruturação interna. No entanto, se as referidas unidades económicas mantiverem da mesma forma o poder de decisão autónomo, após a

realização da operação, considerar-se-á que esta constitui apenas uma operação interna de reestruturação, mesmo que as acções das empresas que constituem grupos económicos distintos, passem a ser detidas por uma entidade única como, por exemplo, uma sociedade gestora de participações sociais pura.

Quando o Estado actua como autoridade pública e não como accionista, protegendo a sua actuação o interesse público, torna-se claro não estarmos perante um controlo nos termos do RC., pois que a sua actuação não tem como objectivo nem como efeito permitir que o Estado exerça influência na actividade da empresa.

2.3.11. Aquisição de Controlo Através de Fundos de Investimento.

Importante é referir que na eventualidade de uma aquisição de controlo através de fundos de investimento, a Comissão terá que debruçar-se sobre uma análise casuística das estruturas envolventes da operação.

Com efeito, como se refere na Comunicação de que se vem falando, os fundos de investimento são na maior parte dos casos criados juridicamente como sociedades em comandita simples, nas quais os investidores participam como comanditários, não exercendo o controlo.

Partindo-se do princípio de que os fundos de investimento adquirem habitualmente as acções e os direitos de voto que conferem controlo sobre as sociedades incluídas nas suas carteiras;

Sendo que, dependendo das circunstâncias, o controlo é normalmente exercido pela empresa de investimento que criou o fundo, uma vez que este é, por natureza, um mero instrumento de investimento, sendo só em casos excepcionais, o controlo exercido pelo próprio fundo.

Constatando-se que a empresa de investimento exerce geralmente o controlo através da estrutura organizacional, controlando o comanditado dos fundos organizados sob a forma de sociedade em comandita, ou então através de mecanismos contratuais, nomeadamente acordos consultivos, ou da combinação de ambos., como por exemplo no caso em que a própria empresa de investimento não é proprietária da sociedade que intervém como comanditada e as acções desta são detidas por pessoas singulares (eventualmente ligadas à empresa investimento) ou por um fundo fiduciário.

É da maior importância analisar os acordos contratuais celebrados com a empresa de investimento, em especial os acordos consultivos, sobretudo se o comanditado não dispuser de recursos e pessoal próprio competente para gerir as sociedades incluídas na carteira, constituindo apenas uma estrutura empresarial cujas actividades são realizadas por pessoas ligadas à empresa de investimento.

Quando tal acontece, a empresa de investimento adquire quase sempre o controlo indirecto nos termos do disposto no n.º 1, alínea b), do art.º 3.º e no n.º 3, alínea b), do art.º 3.º do RC., possuindo o poder de exercer os direitos directamente detidos pelo fundo de investimento

2.4.As Modalidades de Controlo²⁵³ na Concentração de Empresas e nos Casos Estudados.

2.4.1.Controlo Exclusivo.

O controlo exclusivo adquire-se sempre que uma única empresa exercer uma influência decisiva numa empresa.

De acordo com o estudo²⁵⁴ levado a cabo pela Comissão, 84% dos remédios analisados destinavam-se a prevenir o controlo exclusivo²⁵⁵ após a concentração e, 12%, destinavam-se a prevenir o controlo conjunto, efeitos coordenados²⁵⁶ e, os restantes 4%, a outros efeitos, relacionados com o fortalecimento e dominância de uma terceira parte.

É importante referir que o controlo exclusivo pode ser adquirido com base em circunstâncias de direito e/ou de facto.

²⁵³Sobre o tema das modificações de controlo nas OPAS, veja-se GARCÍA DE LA MATA, F. T. & GARRIDO GARCIA, J. (2010), em pp.97-111;

²⁵⁴COMISSÃO (2005), *Merger Remedies Study*, p.141.

²⁵⁵ PEINADO GRACIA, J. I. (2004), identifica como efeitos não coordenados ou unilaterais previsíveis que levam à proibição da operação de concentração, os seguintes: Elevadas quotas de mercado; os produtos das empresas que se concentram tenham elevado grau de substituíbilidade, possibilidade reduzida de procura se orientar para outros concorrentes ou, implique altos custos; possibilidade escassa de os concorrentes aumentarem o fornecimento de bens sem que haja subida de preços, provocando uma tendência para diminuir a produção com o objectivo de aumento dos preços perante a baixa capacidade de reacção dos consumidores; as empresas existentes estão em condições de impedir novas entradas ou o desenvolvimento das existentes, devido ao controlo de canais de distribuição, patentes ou marcas, capacidade financeira, etc.; na concentração participem empresas que diminuam consideravelmente o nível competitivo de mercado não referentes ao volume de negócio, mas à estratégia agressiva e inovadora, Op. Cit p.14.

²⁵⁶ Ibid., o A. refere que os efeitos coordenados resultantes da concentração se traduzem no reforço de práticas concertadas já existentes ou, no aparecimento de novas práticas, com origem na estrutura do mercado, seu objecto ou antecedentes.

Existem duas situações em que uma empresa possui o controlo exclusivo:

1-A empresa que exerce o controlo exclusivo tem o poder de influenciar as decisões comerciais estratégicas da outra empresa. Aqui o poder é conseguido pela aquisição da maioria dos direitos de voto nessa empresa.

2-Um único accionista pode vetar decisões estratégicas numa empresa, embora este accionista não tenha poderes para, por si só, impor tais decisões, caso em que estamos perante o chamado controlo exclusivo negativo.²⁵⁷

Quando tal acontece, um único accionista possui a mesma influência de que normalmente beneficia um accionista que dispõe de controlo conjunto numa empresa, ou seja, o poder de bloquear decisões estratégicas.

Numa empresa controlada em conjunto, não há outros accionistas que detenham o mesmo nível de influência de que o accionista que beneficia de controlo exclusivo negativo. Este poder implica que terá necessariamente de cooperar com outros accionistas específicos para determinar o comportamento estratégico da empresa controlada, pois que pode provocar uma situação de impasse. Desta feita, este accionista adquire uma influência fundamental e decisiva na aceção do nº2 do artº 3º, sendo detentor de uma posição de controlo, na interpretação que deve fazer-se do RC.

2.4.2.O Controlo Exclusivo de Direito.

Numa perspectiva jurídica, o controlo exclusivo ocorre, quando uma empresa adquire a maioria dos direitos de voto numa sociedade. Sabido é que uma aquisição que não inclua a maioria dos direitos de voto não confere o controlo, ainda que envolva a aquisição de uma participação maioritária.

No entanto, pode acontecer que se os estatutos de uma sociedade obrigarem a uma maioria qualificada para a tomada de decisões estratégicas, a aquisição de uma maioria simples dos direitos de voto pode não conferir poderes para influenciar as decisões

²⁵⁷Caso LUFTHANSA/SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES)-M.5335. A LH iria exercer o controlo exclusivo directo sobre a empresa SNAH após a aquisição de 45% do capital social da SNAH. LH. Não tendo a maioria do capital, seria o único accionista com direito de veto não havendo a possibilidade de decisões de negócios estratégicos, como a aprovação do orçamento, os investimentos avultados ou a nomeação dos quadros superiores sem o seu voto.

estratégicas, embora possa ser suficiente para que o adquirente tenha o direito de bloquear tais decisões, conferindo desta forma um poder de controlo negativo.

Assim, o controlo exclusivo de direito pode ser decorrente de uma participação minoritária, desde que lhe estejam associados direitos específicos, podendo revestir a forma de acções preferenciais com direitos especiais, direitos estes que permitem ao accionista minoritário orientar o comportamento empresarial estratégico da empresa – alvo, o mesmo acontecendo com o poder de nomeação de mais de metade dos membros do órgão de fiscalização ou, do conselho de administração.

O controlo exclusivo pode também ser exercido por um accionista minoritário que tenha o direito de gerir as actividades da empresa e de determinar a sua política empresarial, decorrente da estrutura organizacional da empresa, como acontece com um sócio comanditado de uma sociedade em comandita, o qual pode até não deter uma participação.

Com efeito, verifica-se uma situação típica de controlo exclusivo negativo quando um accionista tem 50 % do capital de uma empresa, enquanto os 50 % restantes estão nas mãos de vários outros accionistas (assumindo que não existe controlo exclusivo positivo de facto), assim como quando é necessária uma maioria qualificada para adoptar decisões estratégicas, facto que na prática confere um direito de veto a um único accionista, sendo irrelevante que este seja maioritário ou, minoritário.

2.4.3. Controlo Exclusivo de Facto.

Pode acontecer que um accionista minoritário detenha o controlo exclusivo, resultante agora de circunstâncias de facto.

Por exemplo, quando o accionista tenha fortes probabilidades de obter uma maioria na assembleia-geral de accionistas, atendendo ao nível da sua participação bem como à presença dos accionistas nas assembleias-gerais de anos anteriores.

Partindo desta estrutura dos votos, será legítimo que a Comissão anteveja as mudanças previsíveis a nível da presença dos accionistas que a operação pode vir a desencadear no futuro.

Será importante determinar os seguintes parâmetros de acordo com a comunicação da Comissão:

Se existe ou não forte dispersão das acções restantes, vínculos estruturais, económicos ou familiares dos outros accionistas com o accionista minoritário em questão ou ainda o interesse estratégico ou meramente financeiro dos outros accionistas na empresa-alvo.

Tais factos são estudados verificando-se a sua participação, na estrutura dos votos na assembleia-geral de accionistas registada no passado e, na posição dos outros accionistas for provável que um accionista minoritário venha a obter uma maioria estável de votos na assembleia-geral de accionistas. Quando tal aconteça, presume-se que este accionista minoritário exerce um controlo exclusivo na empresa.²⁵⁸

2.4.4. Controlo Conjunto.

Estamos perante uma situação de controlo conjunto quando duas ou mais empresas ou pessoas tiverem a possibilidade de exercer uma influência decisiva sobre uma outra empresa, ou seja, o poder de bloquear medidas que determinam a estratégia comercial de uma empresa.

O **Caso OUTOKUMPU / INOXUM-M.6471** é um exemplo concreto de uma operação que levou a um controlo conjunto. Nos termos do Acordo de Negócios celebrado em 31 de Janeiro de 2012, a Outokumpu adquiriria 100% da Inoxum de TK. Outokumpu, efectuando um pagamento em dinheiro e emitindo acções adicionais para TK, de modo que TK ficava com uma participação de 29,9% na entidade, seguida por Solidium com 21,7% , anteriormente com 30,84%, do capital social da Outokumpu.

Após a concentração, nem TK nem Solidium ou qualquer outra empresa seria capaz de exercer o controlo de direito ou de facto (exclusivo ou conjunto) sobre Outokumpu uma vez que existe um acordo juridicamente vinculativo entre TK e Solidium no sentido agir em conjunto em relação à gestão da Outokumpu-Acordo de gestão.

É característica deste tipo de controlo, a existência de uma situação de impasse decorrente do poder de duas ou mais empresas-mãe rejeitarem as decisões estratégicas

²⁵⁸ Ibid., Pt. 35.

propostas, facto que motiva a necessidade desses accionistas chegarem a acordo sobre a política empresarial da empresa comum tendo forçosamente que colaborar entre si.

Na sua origem, podemos identificar circunstâncias de direito ou de facto.

2.4.4.1. Igualdade dos Direitos de Voto ou de Representação nos Órgãos de Decisão.

Quando existem apenas duas empresas-mãe que partilham, de forma paritária, os direitos de voto na empresa comum, estamos perante o caso mais típico de controlo conjunto.

Nesta situação a celebração de um acordo formal entre as empresas-mãe não é necessário, pese embora o facto de por vezes existir um acordo formal, que deve pautar-se pelo princípio de igualdade entre as empresas-mãe, devendo prever que cada uma destas tem direito ao mesmo número de representantes nos órgãos de gestão, assim como que nenhum dos membros dispõe de um direito de voto de qualidade. Caso tal não aconteça não estaremos perante uma situação de controlo conjunto.

É importante ter em consideração que a igualdade pode ser alcançada quando ambas as empresas-mãe têm o direito de designar um número igual de representantes para os órgãos de decisão da empresa comum.

2.4.4.2. Direito de Veto.²⁵⁹

Podemos identificar situações de controlo conjunto ainda que não se verifique uma situação de igualdade entre as duas empresas-mãe no que respeita aos direitos de voto ou à representação nos órgãos responsáveis pela tomada de decisões, ou ainda quando existem mais de duas empresas-mãe.²⁶⁰

Referimo-nos à situação de os accionistas minoritários dispõem de direitos suplementares que lhes possibilitam vetar decisões fundamentais para a estratégia comercial da empresa comum.

²⁵⁹ Os direitos de veto conferem o controlo desde que relacionados com decisões estratégicas sobre a política de negócios da empresa em causa. *Ibid.*, Pt. 66.

²⁶⁰ Nos termos dos paras. 54-57 da COM. 2008/C 95/01, o controlo exclusivo pode ser adquirido “*de jure*” por um accionista minoritário se obtiver a capacidade de exercer uma influência decisiva sobre a decisão comercial estratégica da outra empresa.

Trata-se de direitos de veto consagrados nos estatutos da empresa comum ou provenientes de um acordo celebrado entre as empresas-mãe e que podem ser exercidos por meio de um quórum específico, necessário para a tomada de decisões nas assembleias-gerais ou no conselho de administração, desde que as empresas-mãe se encontrem representadas neste último.²⁶¹

Poderá ainda acontecer que as decisões estratégicas estejam sujeitas à aprovação de um órgão determinado, como por exemplo o órgão de fiscalização, no qual os accionistas minoritários se encontram representados e, integram o quórum exigido para a tomada dessas decisões.

Importante é que tais direitos de veto incidam sobre as decisões estratégicas relativas à política comercial da empresa comum e, vão além dos direitos de veto normalmente conferidos aos accionistas minoritários no intuito de proteger os seus direitos financeiros enquanto investidores na empresa comum.

Esta protecção dos direitos dos accionistas minoritários prende-se com as decisões relativas a aspectos fundamentais da empresa comum, tais como alterações de estatuto, aumento ou redução de capital e, eventualmente, a liquidação da empresa. Um direito de veto que impeça a venda ou a liquidação de uma empresa comum não confere o controlo conjunto ao accionista minoritário em causa.

O mesmo não acontece com os direitos de veto que conferem o controlo conjunto e que incidem normalmente sobre decisões e questões como o orçamento, o plano de actividades, os investimentos importantes ou a nomeação dos quadros superiores.²⁶²

É de salientar que quem exerce o direito de veto, não tenha obrigatoriamente que exercer uma influência decisiva sobre a gestão quotidiana de uma empresa. O

²⁶¹Veja-se o Caso-OLYMPIC/AEGEAN AIRLINES-M5830, embora a operação não tenha sido viabilizada pela Comissão. Aqui, as partes argumentam que os direitos de veto importantes relativas aos direitos específicos de mercado e decisões de investimento são concedidos a cada um dos Marfin, Vassilakis e Laskaridis, nomeadamente para determinadas alterações Segundo as partes, os direitos de veto apreciados pelas partes seriam no seu entender suficientes para lhes conferir o controlo conjunto.No caso concreto, cada um dos Vassilakis, Laskaridis e Marfin tinha direito de veto sobre certas medidas que são de importância considerável para a direcção estratégica de uma companhia aérea, indo muito além dos direitos de veto normalmente detidas por accionistas minoritários para proteger os seus interesses financeiros. Além disso, a utilização de tais direitos de veto por parte do Conselho de Administração da entidade resultante da fusão, tornava previsível num futuro próximo, a adopção de decisões estratégicas.- Vassilakis, Laskaridis e Marfin seriam no entender das partes, individualmente capazes de bloquear decisões estratégicas da entidade resultante da fusão. Ou, o Caso LUFTHANSA/SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES) -M.5335, já mencionado.

²⁶² Veja-se o Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN-M.6286, no acordo de subscrição e nos artigos referentes ao estabelecimento da associação Südzucker, estabeleceram-se direitos de veto, em particular sobre o orçamento, o plano anual de negócios e a nomeação de directores que foram garantia do controlo exclusivo. Mais nenhum outro accionista detinha direitos de veto.

importante é o facto de os direitos de veto serem suficientes para permitir às empresas-mãe exercer essa influência no tocante à estratégia comercial da empresa comum.

Basta a um accionista minoritário dispor um único direito de veto, não sendo necessário que detenha dois ou mais. Importante é o teor exacto do próprio direito de veto e a importância desse direito no contexto das actividades específicas da empresa comum, tal como a nomeação dos quadros superiores e/ou a elaboração do orçamento.

Os direitos de veto mais importantes relacionam-se com as decisões em matéria de nomeação e demissão dos quadros superiores e de aprovação do orçamento no qual se estabelece o plano das actividades, as medidas a adoptar, tendo como finalidade a prossecução dos objectivos da empresa, bem como os investimentos que esta deverá efectuar.

Com efeito, como se refere na Comunicação, *“Um direito de veto sobre este tipo de plano de actividades pode ser suficiente para conferir o controlo conjunto, mesmo na ausência de qualquer outro direito de veto. Ao invés, se o plano de actividades contiver apenas declarações gerais relativas aos objectivos da empresa comum, a existência de um direito de veto constituirá apenas um elemento a ter em conta na análise geral do controlo conjunto, mas não basta em si mesmo para conferir o controlo conjunto”*.²⁶³

Naturalmente que no respeitante aos direitos de veto sobre os investimentos, a sua importância depende de dois factores a ter em conta- nível de investimentos a levar a cabo²⁶⁴ e, importância para a empresa do nível de investimentos a ter lugar.²⁶⁵

Igualmente importante é o poder de determinação conjunta da estrutura dos órgãos de gestão, poder esse que tal como acontece com o poder de nomeação dos membros do conselho de administração, conferem ao seu detentor o poder de exercer uma influência decisiva sobre a política comercial da empresa.

Direitos de veto referentes a decisões específicas são igualmente importantes no contexto de um determinado mercado da empresa comum, tal como decisões sobre a

²⁶³ JO 2008/C 95/01 de 16.04.2008, Pt.70.

²⁶⁴ Quando o nível de investimentos que carece de aprovação das empresas-mãe é elevado, esse direito de veto pode traduzir uma protecção normal dos interesses dos accionistas minoritários, não constituindo um direito que confere um poder de co-decisão relativa à política comercial da empresa comum. Ibid., Pt.71.

²⁶⁵ A política de investimento de uma empresa é um elemento importante para a determinação da eventual existência de controlo conjunto, embora possam existir mercados onde o investimento não desempenha um papel significativo no comportamento concorrencial de uma empresa- Ibid, Pt 71.

tecnologia a utilizar pela empresa comum, sempre que tal matéria constitua um elemento fundamental das actividades dessa empresa.

Nos mercados que se caracterizam por uma diferenciação de produtos e um grau de inovação significativo, o direito de veto sobre as decisões respeitantes a novas linhas de produto a desenvolver pela empresa comum poderão também consubstanciar um elemento importante para determinar a existência de um controlo conjunto.

Como se pode alcançar do que ficou dito, cada caso terá que ser analisado de forma contextualizada, atenta a sua especificidade e complexidade, concluindo-se que não é tão importante a quantidade de direitos de veto, mas a sua qualidade no sentido de determinação do seu objecto ou das matérias sobre que o mesmo versa, dentro do contexto da empresa.

2.4.4.3. Exercício Comum dos Direitos de Voto.

Pode acontecer que duas ou mais empresas que adquirem participações minoritárias numa outra empresa obtenham o controlo conjunto, mesmo que não sejam detentoras de direitos de veto específicos, o que acontece quando as participações minoritárias facultam, no seu conjunto, meios para controlar a empresa objecto da operação. Para tal é necessário, naturalmente, que os accionistas minoritários detenham no seu conjunto, a maioria dos direitos de voto e que ao exercerem tais direitos de voto, intervenham em conjunto no sentido de tomarem a mesma posição na votação.- Existência de um acordo juridicamente vinculativo, ou comprovado com base nas circunstâncias concretas.

O meio jurídico colocado à disposição das partes para assegurar o exercício comum de direitos de voto poderá revestir a forma de uma sociedade gestora de participações sociais, na qual os accionistas minoritários transferem os seus direitos, assim como de um acordo, nos termos do qual estes se comprometem a actuar em comum, vulgarmente denominado de acordo de votação em bloco.²⁶⁶

Poderá acontecer ainda, embora de forma mais residual, uma acção colectiva alicerçada numa situação de facto quando for patente a existência de interesses comuns

²⁶⁶ MUÑOZ PÉREZ, A.F (2007), “Tal pode ocorrer seja mediante acordo juridicamente vinculativo, ou baseando-se em circunstâncias de facto, através de uma *holding* ou, de um acordo em que estes se comprometem a actuar do mesmo modo “*consórcio-pooling agreement*” ou, muito excepcionalmente, como acção concertada de facto”, loc. Cit. p. 5 - 6.

entre os accionistas minoritários que os impeçam de se oporem uns aos outros no exercício dos seus direitos. No entanto, é preciso que se verifique uma grande interdependência das empresas-mãe relativamente à realização dos objectivos estratégicos da empresa comum, sendo a contribuição de cada empresa-mãe para a empresa comum essencial para o seu funcionamento, como por exemplo, detenção de saber-fazer, acordos de fornecimento ou ainda tecnologias específicas.

Nestes casos, as empresas-mãe poderão bloquear as decisões estratégicas da empresa comum, a qual só poderá ser gerida neste contexto se existir um acordo mútuo relativamente às decisões estratégicas, o que provoca a colaboração das empresas.

Acrescem ainda os processos de tomada de decisão de forma que permitem às empresas-mãe exercer um controlo conjunto, ainda que não existam acordos explícitos que confirmem direitos de veto, nem outros vínculos entre os accionistas minoritários da empresa comum. Concretamente, quando dois ou mais accionistas minoritários detêm, de facto, o controlo conjunto de uma empresa, ou quando um accionista maioritário depende de um accionista minoritário.²⁶⁷

Inexistindo interesses em comum, os accionistas minoritários podem estabelecer alianças flutuantes facto que excluirá normalmente a presunção da existência de controlo conjunto. Na verdade, desde que não se verifique qualquer maioria estável no processo de tomada de decisões, podendo a maioria em cada caso resultar de diversas combinações possíveis entre os accionistas minoritários, não se pode presumir que os accionistas minoritários controlam em conjunto a empresa.

Com efeito, não bastará a existência de acordos entre duas ou mais partes com uma participação equivalente no capital social de uma empresa que prevejam a concessão de direitos e poderes idênticos às partes, na eventualidade destes acordos não conferirem direitos de veto estratégicos. É exemplo, a situação de três accionistas em que cada um deles detém um terço dos membros no conselho de administração. Neste caso, os accionistas não detêm o controlo conjunto pois as decisões terão que ser tomadas com base numa maioria simples.

²⁶⁷COM. JO 2008/C 95/01 de 16.04.2008, “Isto pode acontecer quando a empresa comum depende economicamente do accionista minoritário ou quando este último é o único que dispõe do saber-fazer necessário e é chamado a desempenhar um papel crucial na exploração da empresa comum, enquanto o accionista maioritário é um simples investidor. Nessas circunstâncias, embora o accionista maioritário possa não impor os seus pontos de vista, a empresa comum parceira poderá bloquear as decisões estratégicas, pelo que ambas as empresas-mãe devem cooperar a título permanente. Esta situação conduz a um controlo conjunto de facto, que prevalece sobre uma simples avaliação de direito, segundo a qual se poderia presumir que o accionista maioritário detinha o controlo exclusivo”, Pt. 78, p.20.

Existem ainda outros aspectos importantes a ter em consideração nesta matéria, tais como o papel desigual das empresas-mãe. Tal facto não obsta a que exista controlo conjunto, desde que a empresa com papel minoritário, disponha da possibilidade efectiva de se opor às decisões tomadas pela outra empresa-mãe com base na igualdade dos direitos de voto, dos direitos de nomeação dos órgãos de decisão ou eventualmente dos direitos de veto em relação a questões estratégicas, pois caso assim não aconteça caímos no controlo exclusivo.

Da mesma forma, quando existe controlo conjunto não pode verificar-se a atribuição de um voto de qualidade a uma das empresas-mãe, pois que tal conduziria a uma situação de controlo exclusivo da empresa que usufrui desse voto.²⁶⁸

2.5.As Alterações de Controlo.

Para além, das operações que originam a aquisição do controlo exclusivo ou conjunto, como por exemplo quando se passa de controlo exclusivo para controlo conjunto e vice-versa ou, quando no controlo conjunto se ocorrer um aumento ou diminuição de accionistas, ou uma mudança na sua identidade, o RC. abarca também as operações que provocam alterações a nível do tipo de controlo.

Convém deixar patente que a interpretação que a Comissão dá às situações de uma alteração do tipo de controlo no sentido da sua passagem de controlo exclusivo negativo para controlo exclusivo positivo, é a de considerar que em tal caso a operação não carece de notificação pois que na sua óptica não existe qualquer alteração de controlo relevante.²⁶⁹

Assim, as alterações do tipo de controlo podem ocorrer em duas situações:

a)Entrada de um ou mais accionistas com uma participação de controlo, independentemente do facto de estes substituírem ou não os accionistas existentes com participação de controlo e;

²⁶⁸ A Comissão entende que “Poderá verificar-se uma situação de controlo conjunto se, na prática, a pertinência e a eficácia deste voto de qualidade forem limitadas. Tal pode acontecer se esse voto de qualidade apenas puder ser exercido após uma série de Fases de arbitragem e tentativas de conciliação, se se circunscrever apenas a um domínio muito restrito, se o seu exercício gerar uma opção de venda que implica um encargo financeiro grave, ou se a interdependência recíproca das empresas-mãe inviabilizar a sua utilização”, Ibid., Pt. 82, p.21.

²⁶⁹ A Comissão refere que “Este tipo de alteração não interfere com os incentivos do accionista que exercia o controlo negativo nem a natureza da estrutura de controlo, uma vez que o accionista detentor do controlo não tinha necessariamente de cooperar com accionistas específicos no momento em que beneficiava de controlo negativo”, Ibid., Pt.83, p. 21.

b) Redução do número de accionistas com uma participação de controlo.

2.5.1. Entrada de Accionistas com Uma Posição de Controlo.

A entrada de novos accionistas com uma participação de controlo conducente a um controlo conjunto pode ter como causa a passagem do controlo exclusivo para o controlo conjunto, da entrada de um accionista suplementar, bem como a substituição de um accionista existente numa empresa já controlada em conjunto.

Na verdade, qualquer uma destas situações exige notificação.

A passagem do controlo exclusivo para o controlo conjunto é uma operação que altera o tipo de controlo da empresa comum.

Por outro lado, também há uma nova aquisição de controlo para o accionista que entra na empresa controlada, pois que o facto de existir uma nova aquisição de controlo transforma a empresa controlada numa empresa comum.

Também a empresa que exerce o controlo se altera com esta aquisição de controlo sobre a empresa controlada uma vez que passa a ter em consideração os interesses de um ou mais novos accionistas que têm o controlo bem cooperar de forma permanente com o novo ou novos accionistas.

Com efeito, anteriormente a tal acontecer, esta podia determinar de forma individual a estratégia comercial da empresa controlada, não sendo obrigada a ter em consideração os interesses de outros accionistas específicos nem a cooperar com eles a título permanente, o que após a entrada de novos accionistas que exercem o controlo conjunto deixa de ser possível.²⁷⁰

Na verdade, um accionista adquire, neste cenário, um novo controlo da empresa comum., sendo também verdade que o tipo de controlo da empresa comum é determinado pela identidade de todos os accionistas titulares do controlo não se resumindo a uma mera adição matemática dos direitos de veto exercidos por vários accionistas, sendo importante a composição dos accionistas que exercem o controlo.

É característica do controlo conjunto a cooperação para a definição da estratégia da empresa comum, bem como para a defesa dos seus interesses mútuos, uma vez que

²⁷⁰ Segundo a Comissão, “A entrada numa empresa controlada conjuntamente de um novo accionista, que vem juntar-se aos accionistas que já detinham o controlo ou, ocupar o lugar de um deles, também constitui uma concentração que deve ser notificada, apesar de a empresa ser controlada conjuntamente antes e depois da operação”, *Ibid.*, Pt.87, p. 23.

cada accionista individualmente pode bloquear as decisões estratégicas. Assim o controlo conjunto obriga naturalmente os accionistas a entenderem-se.

Pode acontecer que numa empresa comum controlada de forma conjunta por uma empresa comum concorrente e por um investidor financeiro, este último seja substituído por outro concorrente.

Trata-se naturalmente de um dos cenários que conduzem a uma mudança decisiva na natureza da estrutura ou tipo do controlo de uma empresa controlada conjuntamente pois que a estrutura de controlo e os incentivos dos parceiros da empresa comum podem mudar, como consequência da entrada de um novo accionista com uma participação de controlo, e também do facto da mudança de motivação do accionista.

Na situação da entrada de novos accionistas estaremos perante uma concentração sujeita a notificação mas apenas se um ou vários accionistas adquirirem o controlo exclusivo ou conjunto na sequência da realização da operação, o que poderá não acontecer atendendo quer a circunstâncias de direito quer a circunstâncias de facto, com origem em possíveis alianças flutuantes entre accionistas minoritários.

2.5.2.Redução do Número de Accionistas.

Como refere a Comissão, a redução do número de accionistas que exercem o controlo, constitui uma alteração no tipo de controlo, devendo ser considerada uma concentração desde que a saída de um ou de mais accionistas que detinham o controlo, provoque a passagem para o controlo exclusivo, uma vez que os interesses em causa sofrem alteração.

Quando a operação envolver uma redução do número de accionistas que detiverem o controlo conjunto, sem implicar a passagem do controlo conjunto para o controlo exclusivo, tal facto não conduzirá a uma concentração sujeita a notificação.

2.6.Meios de Controlo.

O nº 2 do artº 3º do RC. define o conceito de controlo como a possibilidade de exercer uma influência decisiva sobre uma empresa.

Como resulta do próprio texto legal, não é assim necessário demonstrar que essa influência decisiva é, ou será, efectivamente exercida, bastando apenas a mera possibilidade de se poder exercer essa influência.

A concentração pode ser realizada com base em elementos de facto²⁷¹ ou de direito, pode assumir a forma de controlo exclusivo ou de controlo conjunto, e pode abranger o conjunto ou partes de uma ou de várias empresas.- Vd. nº1, alínea b), do artº 3º.

Tal como resulta mais uma vez do texto legal, nº2 do artº 3º, prevê-se ainda que a possibilidade de exercer uma influência decisiva sobre uma empresa pode resultar de:

1-Direitos.

Aquisição através de acções ou elementos do activo- É o meio mais comum de aquisição do controlo e traduz-se na aquisição de acções, podendo encontrar-se aliada a um acordo entre accionistas nos casos de controlo conjunto, ou a aquisição de elementos do activo.

2-Contratos.

O controlo pode ser igualmente adquirido pela via contratual. Assim acontecer, o contrato levará a um controlo da gestão bem como dos recursos da outra empresa, de forma a assegurar a sua eficácia e perdurabilidade.²⁷²

Para além de preverem a transferência do controlo sobre a gestão e dos recursos, estes contratos devem caracterizar-se por uma duração longa, excluindo geralmente a possibilidade de denúncia antecipada pela parte que concede os direitos contratuais.

Só esta tipologia de contratos são para a Comissão passíveis de contribuir para uma mudança estrutural no mercado.

Relativamente a este tema é de extrema importância a questão das restrições acessórias, autonomamente abordada adiante e que complementa o que aqui se diz, para o qual se remete.

²⁷¹ MUÑOZ PÉREZ, A.F., “A noção de «controlo» ponderada em torno da concorrência, faz referência inclusivamente a situações de controlo fáctico ou económico-contratos de distribuição ou formas de financiamento que excedem o marco das relações estritamente societárias, sobre a participação no capital e o exercício do direito de voto”, loc. Cit. p 5.

²⁷² PÉREZ MOLINA, M.A (2014), “Las barreras de entrada en el control *antitrust* de las concentraciones de empresas en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, La Ley, p.123.

Temos como exemplos de tais contratos os contratos organizacionais ou outros tipos de contratos que revestem, por exemplo, a forma de acordos de cessão da gestão de actividades, pelos quais o adquirente assume o controlo da gestão e dos recursos da empresa, pese embora o facto de os direitos de propriedade ou as acções não serem objecto de transferência.

Veja-se o nº 2, alínea a) do artº 3º do RC., que menciona poder o controlo ser constituído pelo direito de uso ou de fruição sobre os activos de uma empresa.

Este tipo de contratos pode conduzir a uma situação de controlo conjunto, na eventualidade de tanto o titular dos activos como a empresa que controla a gestão beneficiarem dos direitos de veto sobre decisões comerciais estratégicas.

-Controlo por Outros Meios.

Trata-se de um controlo por outros meios, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito.

-Os acordos de franquia;

Em regra, os acordos de franquia não permitem que os franqueadores controlem as actividades do franqueado. Na verdade, o franqueado explora os recursos da empresa por sua conta própria, mesmo quando elementos do activo essencial são pertença do franqueador.

Por outro lado, os acordos meramente financeiros, tais como as operações de venda e locação que prevêm a possibilidade de resgate dos activos no final do contrato, regra geral, não nos colocam diante de uma concentração, pois que não se verifica uma mudança do controlo dos recursos e da gestão da empresa.

Acontece que a aquisição de controlo pode ainda realizar-se por outros meios. Com efeito, também as relações económicas podem contribuir para a aquisição do controlo de uma empresa. Veja-se que “ *em circunstâncias excepcionais, uma situação de dependência económica pode desembocar num controlo de facto desde que, por exemplo, contratos de fornecimento a longo prazo muito importantes ou créditos concedidos por fornecedores ou clientes eventualmente ligadas a relações estruturais*”²⁷³.

²⁷³ COM.em JO 2008/C 95/01 de 16.04.2008, Pt 20, p. 8.

Nesta situação, caberá à Comissão determinar em que medida essas relações económicas, conjugadas ou não com outras ligações, poderão importar uma mudança duradoura do controlo.

A aquisição de controlo pode verificar-se, mesmo que as partes não manifestem de forma expressa tal intenção²⁷⁴ ou, no caso de o adquirente assumir uma posição passiva e, a tomada de controlo decorrer de uma acção desencadeada por terceiros.²⁷⁵

A legislação nacional de um Estado-Membro contém regras específicas referentes à estrutura dos órgãos que representam²⁷⁶ a organização do processo de tomada de decisão no seio de uma empresa.²⁷⁷

2.7. Identificação Legal da Operação²⁷⁸ nos Casos Estudados.

Baseia-se na recolha de dados e resulta da pesquisa documental directa das decisões. O enquadramento legal é por referência o (R.C) -139/2004 do Conselho e pode ocorrer com estas possibilidades:

Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)
Artº.22 (R.C) Remessa

Fonte Elaboração Própria 11

TABELA 7-Quadro1

²⁷⁴ De tal situação é exemplo a tomada de posse de uma herança, por parte do accionista facto que gera uma mudança de controlo, assim como a saída de um accionista, provocando neste caso a passagem de controlo conjunto para controlo exclusivo.

²⁷⁵ No entendimento professo da Comissão na Comunicação de que se vem falando o nº 1, alínea b), do artº 3.º deve ser interpretado de forma a albergar cenários desse género, quando afirma que o controlo pode ser adquirido por qualquer outro meio.

²⁷⁶ O conceito de controlo nos termos do RC. não abarca as situações referidas, debruçando-se apenas no controlo acima mencionado, com base em direitos, activos ou contratos ou ainda em outros meios equivalentes de facto.

²⁷⁷ Assim não será dada relevância a eventuais “restrições incluídas nos estatutos da empresa ou previstas na lei geral de cada país no que diz respeito às pessoas elegíveis para ocupar um lugar no conselho de administração, tais como as disposições que requerem a nomeação de membros independentes ou que excluem as pessoas que exercem um cargo ou têm um vínculo laboral com as empresas-mãe”, COM. da

Comissão 2008/C 267/01, Pt.22, p.8.

²⁷⁸ Variáveis Nominiais do Quadro 5, Apêndice.

Enquadra_Legal_R.C.139_2004_Conselho

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Preceito_Legal(R.C) artg3nº1_1a)	3	8,6	8,6	8,6
Preceito_Legal(R.C) artg3nº1_1b)	27	77,1	77,1	85,7
Artgº22(R.C)_Remessa	5	14,3	14,3	100,0
Total	35	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 12

TABELA 8-Enquadramento legal RC. 139/2004

Segundo o nº 1 do artº 3º do RC.²⁷⁹, existe concentração quando se verifica uma mudança de controlo duradoura resultante de:

a) Fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes- Estes são os casos da a);²⁸⁰

b)Aquisição por uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa, ou por uma ou mais empresas por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou por qualquer outro meio, do controlo directo ou indirecto do conjunto ou de partes ou de uma ou de várias outras empresas - Estes são os casos da b);²⁸¹

O controlo decorre dos direitos, contratos ou outros meios que conferem, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto e de direito, a

²⁷⁹ Publicado em 29.1.2004, JO da UE.

²⁸⁰ São as seguintes as operações analisadas ao abrigo da al a) Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180, Caso FRIESLAND FOODS/CAMPINA M.5046, Caso DEUTSCHE BÖRSE / NYSE EURONEXT- M.6166.

²⁸¹São as seguintes as operações analisadas ao abrigo da al b): Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653, Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653, Caso E.ON / MOL- M.3696, Caso OMYA / J.MHUBER.PCCM-3796, Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868, Caso -T MOBILE AUSTRIA/TELE RING M. 3916, Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000, Caso METSO /AKER KVAERNER-M-4187, Caso JCI / FIAMM-M.4381,Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING-M.4404, Caso SFR / TELE 2-M.4504, Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX-M.4513, KRONOSPAN / CONSTANTIA-M.4525, Caso THOMSON CORPORATION / REUTERS GROUP-M.4726, Caso STATOILHYDRO / CONOCOPHILLIPS-M.4919, Caso ABF / GBI BUSINESS-M.4980, Caso ARSENAL / DSP-M.5153, Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES) - M.5335, Caso- LUFTHANSA/AUSTRIAN AIRLINES,- M. 5440,Caso UNILEVER / SARA LEE BODY CARE-M.5658, Caso SYNGENTA / MONSANTO'S SUNFLOWER SEED-M.5675, Caso WESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES-M.6203, Caso -JOHNSON & JOHNSON/SYNTHES, M 6266, Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN-M.6286, Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458, Caso OUTOKUMPU / INOXUM-M.6471, Caso HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA-M.6497,Caso RYANAIR/AER LINGUS- M-4439, Caso-OLYMPIC/AEGEAN AIRLINES-M5830, Caso-UPS/TNT EXPRESS-M.6570, Caso RYANAIR / AER LINGUS III- M 6663

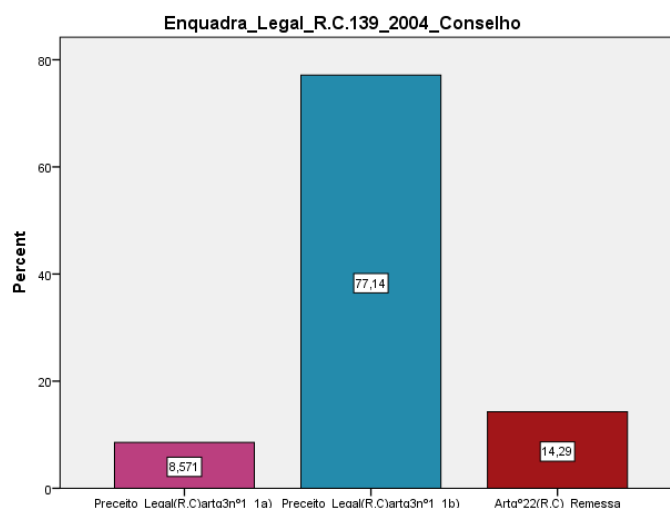
possibilidade de exercer uma influência determinante sobre uma empresa e, nomeadamente:

a-Direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa;

b-Direitos ou contratos que conferem uma influência determinante na composição, nas deliberações ou nas decisões dos órgãos de uma empresa.

Segundo o nº 1 do Artº 22 do RC., um ou mais Estados-Membros poderão solicitar à Comissão que examine qualquer concentração, tal como definida no artº 3º, que não tenha dimensão comunitaria na acepção do artº 1º, mas que afecte o comércio entre os Estados-Membros e, ameace afectar significativamente a concorrência no território do Estado-Membro ou, Estados-Membros que apresentam o pedido.

Este é o critério legal e o que subjaz à análise da recolha de dados.



Fonte Elaboração Própria 13

Gráfico 3-Enquadramento legal RC 139/2004

Da análise dos dados resulta que:

a) 77,14% das operações ocorreram no âmbito do artº 3º nº 1 al b) do Rmto.134/2009.

b) 14,29%, sob o artº 22º, sendo casos de remessa para a Comissão.

c) 8,571% ocorreram sob o artº 3º nº 1 al a).

A ocorrência dos casos sob o artº 22 (Remessa), é cumulativa com os casos da al a) ou b) do artº 3º do Rmto.

2.7.1. As Características Essenciais da Operação nos casos estudados.

Corresponde ao nível de enquadramento conceitual legal e doutrinário onde a concentração se integra, é categórica e apresenta (4) categorias que por sua vez se subdividem, como vamos ver.

1- Características da operação/Adquisição do controlo exclusivo.

a) Fusão;²⁸²

b) Fusão reversa;

c) Incorporação;²⁸³

2- Aquisição Partes Sociais/Aquisição Acções.

a) Aquisição Partes Socialis Mais 50%;²⁸⁴

b) Aquisição Parte Social Menos ou Igual a 50%;

3- Aquisição activos.²⁸⁵

4- Joint-Venture, (inclui Aquisição de Participações em Joint Venture).²⁸⁶

No direito europeu da concorrência, a fusão aceita-se na sua perspectiva

²⁸² Veja-se o Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000, Inco anuncia a sua intenção de adquirir através de uma OPA todas as acções em circulação da Falconbrid; Caso GAZ DE FRANCE /SUEZ- M.4180 operação de concentração, através da qual o grupo Gaz de France («GDF», França) se fundia, na acepção do artigo 3 (1) (a) do referido regulamento, com o grupo Suez («Suez», França), sendo a fusão realizada através de uma troca de acções, ou o Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868, embora a operação seja parcelada no tempo, ou o Caso THOMSON CORPORATION/REUTERS GROUP-M.4726.

²⁸³ Veja-se o Caso SFR / TELE 2 (COMP./M.4504), através do qual a SFR SA ("SFR" ou "a parte notificante", França), uma empresa controlada conjuntamente pela Vivendi SA ("Vivendi", França) e Vodafone Group plc ("Vodafone", Reino Unido) adquiriria o controlo exclusivo do acesso à Internet e fixo das empresas de telefonia da empresa Télé 2 France ("Télé 2"), na França, uma filial do grupo Télé 2, por meio de aquisição de acções ou o Caso Universal Music Group / Bmg Music Publishing-M.4404, em que a empresa Universal Music Group Inc. ("Universal") adquiria, o controlo exclusivo da totalidade da empresa BMG Music Publishing ("BMG") que fazia parte do grupo Bertelsmann, operação que seria realizada mediante a aquisição de acções e activos; Caso KRONOSPAN / CONSTANTIA-(COMP/M.4525).

²⁸⁴ Veja-se o Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653, em que foi proposta pela Siemens, uma oferta pública de aquisição pela sua subsidiária, Siemens Österreich, para aumentar a sua exploração já existente em VA Tech de 16,45% dos direitos de voto para pelo menos 50% mais uma acção e assim, de forma a adquirir o controlo exclusivo e veja-se também os Casos E.ON / MOL- M.3696, Caso OMYA / J.M.HUBER.PCC M-3796 e, Caso 6-T Mobile Austria/Tele Ring- M. 3916.

²⁸⁵ Veja-se o Caso METSO /AKER KVAERNER-M-4187 em que a Comissão recebeu, em 23 de Junho de 2006, uma notificação de um projecto de concentração pela qual a Metso Corporation Oy ("Metso", Finlândia) adquire o controlo exclusivo, de partes da empresa Aker Kvaerner ASA ("Aker Kvaerner", Noruega) ou seja, produção de pasta e de energia de negócios da Aker Kvaerner ("Kvaerner"), através da aquisição de acções e activos, o mesmo acontecendo com o Caso Universal Music Group / Bmg Music Publishing-M.4404.

²⁸⁶ Veja-se o Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX-M.4513 aquisição de uma participação de 25% na *Join- Venture* Zhejiang Minfeng Zanders Paper Company Ltd, China ("ZMZ"), conjuntamente com a totalidade dos activos.

económica e, não meramente jurídica. Com efeito, o seu sentido não é coincidente com o sentido próprio do Direito de empresas, tal como acontece com a constituição de grupos paritários de sociedades.²⁸⁷

HERMIDA TAPIA, refere que a diferença estrutural em termos jurídicos entre ambos os métodos reside na pessoa jurídica única, sendo que a aquisição de participações ou a compra de activos mantêm a independência das pessoas jurídicas preexistentes. No entanto, a interpretação económica do RC. alberga, debaixo da noção de fusão, fusões de direito e fusões de facto que não conduzem no entanto à unificação jurídica indicada.²⁸⁸

A diferença entre fusão económica e aquisição de controlo traduz-se no grau de intensidade da unificação entre as empresas que participam na operação. A fusão supõe a integração económica absoluta, enquanto a aquisição de controlo, realiza-se por uma integração mínima, embora suficiente para que as empresas percam a sua independência.

Na integração mínima, chega uma modificação da estrutura de gestão das empresas afectadas, ou seja, o estabelecimento de uma situação de controlo, sendo que “*A partir desse momento a empresa controlada perde o domínio sobre as decisões essenciais a favor da empresa controlante*”.²⁸⁹

Nos casos estudados, constatamos existirem as seguintes situações:

Carateristicas_Essenciais * Enquadra_Legal_RC.139_2004_Conselho Crosstabulation

Count		Enquadra_Legal_RC.139_2004_Conselho			Total
		Preceito_Legal(R.C) artg3nº1_1a)	Preceito_Legal(R.C) artg3nº1_1b)	Artgº22(R.C)_Remessa	
Carateristicas_Essenciais	Fusão	2	3	1	6
	Fusão_Reserva	1	0	0	1
	Incorporação	0	5	3	8
	Aquis_Partес_Social_mais(50%)	0	4	0	4
	Aquis_Partес_Social_Menos(50%)	0	3	0	3
	Aquisição_Activos	0	5	1	6
	Joint_Venture_Aquisi_Part	0	1	0	1
Total	3	21	5	29	

Fonte Elaboração Própria 14

TABELA 9- Características essenciais-Enquadramento Legal RC. 139/204

²⁸⁷MARTIN CRESPO, M.P.B., (1997), loc.Cit.p 127.

²⁸⁸HERMIDA TAPIA, A.J. (2012), loc. Cit.p.213.

²⁸⁹Ibid., p 132.

Sendo que:

Das 6/29 variáveis analisadas nesta amostragem, se verificou fusão ao abrigo do nº1 a)-artº 3º, em duas ocorrências e, ao abrigo da al b), em três ocorrências, constatando-se ainda nesta variável uma ocorrência de remessa ao abrigo do artº 22º do Rmto. Em 1/26 variáveis analisadas, verificou-se uma ocorrência de fusão reversa ao abrigo da al a) do nº 1 do artº 3º do Rmto.

Em 8/26 variáveis analisadas, verificou-se incorporação. Tendo (5) destas ocorrências acontecido ao abrigo da al b) do artº 3º, nº1 e (3) ocorrências em situação de remessa, artº 22 do diploma legal mencionado.

Em 4/26 variáveis analisadas verificou-se Aquisição Participação Social mais que 50%, tendo todas estas ocorrências acontecido ao abrigo da al b) do artº 3º, nº1.

Em 3/26 variáveis analisadas verificou-se Aquisição Participação Social menos que 50%, tendo todas estas ocorrências acontecido ao abrigo da al b) do artº 3º, nº1.

Em 6/26 variáveis analisadas verificou-se Aquisição Activos, tendo (5) destas ocorrências acontecido ao abrigo da al b) do artº 3º, nº1 e (1), em situação de remessa, no âmbito do artº 22º do Rmto.

Em 1/26 variáveis analisadas, verificou-se uma ocorrência de Joint-Venture ao abrigo da al b) do nº 1 do artº 3º do Rmto.

Em termos de percentagem:

Carateristicas_Essenciais

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Fusão	6	16,2	16,2	16,2
Fusão_Reserva	3	8,1	8,1	24,3
Incorporação	11	29,7	29,7	54,1
Aquis_Partес_Social_mais(50%)	4	10,8	10,8	64,9
Aquis_Partес_Social_Menos(50%)	4	10,8	10,8	75,7
Aquisição_Activos	8	21,6	21,6	97,3
Joint_Venture_Aquis_Part	1	2,7	2,7	100,0
Total	37	100,0	100,0	

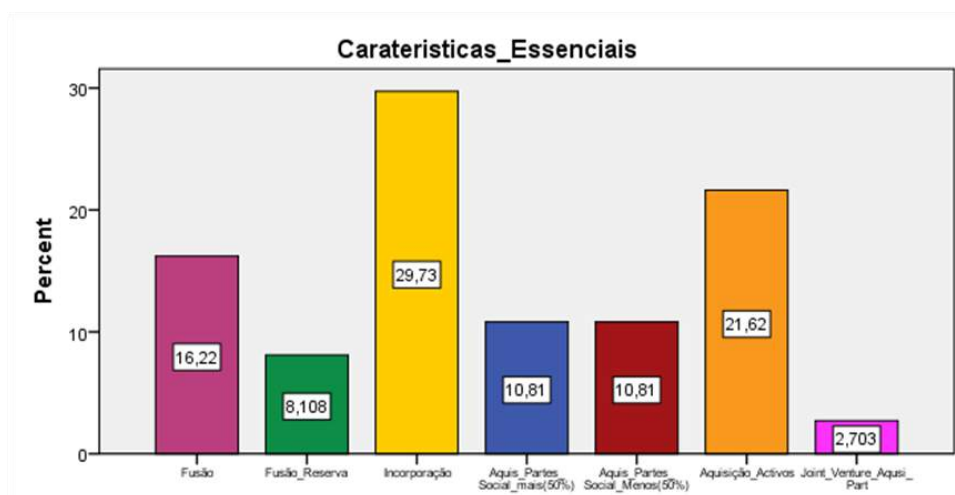
Fonte Elaboração Própria 15

TABELA 10- Caracteristicas Essenciais

Verifica-se que a incorporação é a operação mais realizada, com expressão em 29,7% dos casos (11/37). Seguida da figura da aquisição de activos, com expressão em 21,6% dos casos (8/37). Em terceiro lugar aparece a fusão pura, representada em 16,2% dos casos (6/37). Em quarto lugar a aquisição de participações sociais. A aquisição de menos de 50% está em igual percentagem com a aquisição de mais 50%, com uma expressão de 10,8%. (4/37).

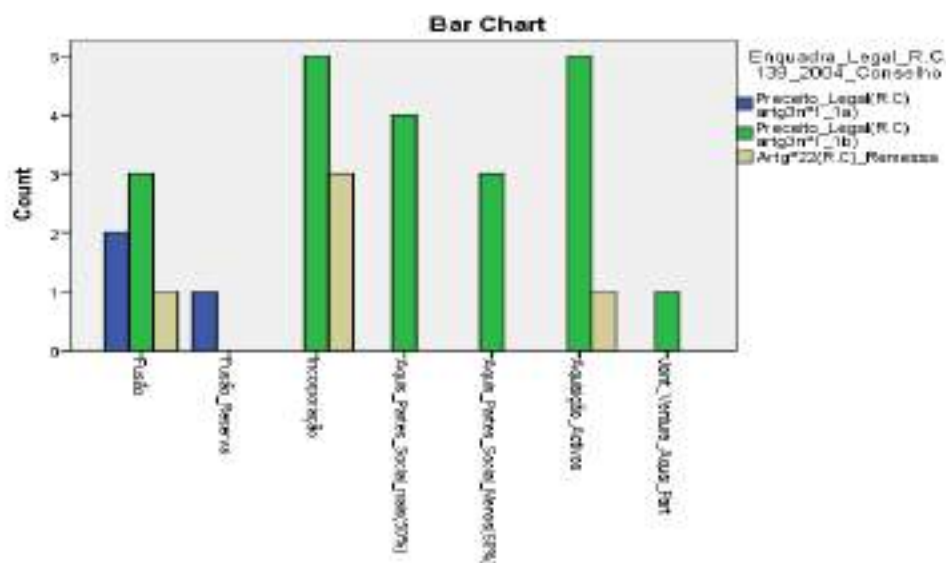
Em quinto lugar, a fusão reversa que é todavia uma forma de fusão- 8,1% dos casos, (3/37). E por último, com menor expressão, a *joint-venture* onde se inclui as aquisições de participações nas mesmas, com um valor de 2,7%, (1/37).

Demonstrando a informação em gráfico:



Fonte Elaboração Própria 16

Gráfico 4- Características Essenciais



Fonte Elabo

TABELA 11-Enquadramento Legal

Expondo a informação de forma mais sucinta, sem os casos de remessa:

Carateristicas_Essenciais * Enquadra_Legal_R.C.139_2004_Conselho Crosstabulation

			Enquadra_Legal_R.C. 139_2004_Conselho		Total
			Preceito_Legal(R.C) artg3nº1_1a)	Preceito_Legal(R.C) artg3nº1_1b)	
Carateristicas_Essenciais	Fusão	Count	2	3	5
		% of Total	6,7%	10,0%	16,7%
	Fusão_Reserva	Count	1	1	2
		% of Total	3,3%	3,3%	6,7%
	Incorporação	Count	0	7	7
		% of Total	0,0%	23,3%	23,3%
	Aquis_Partес_Social_mais(50%)	Count	0	4	4
		% of Total	0,0%	13,3%	13,3%
	Aquis_Partес_Social_Menos(50%)	Count	0	4	4
		% of Total	0,0%	13,3%	13,3%
	Aquisição_Activos	Count	0	7	7
		% of Total	0,0%	23,3%	23,3%
	Joint_Venture_Aquis_Part	Count	0	1	1
		% of Total	0,0%	3,3%	3,3%
Total	Count	3	27	30	
	% of Total	10,0%	90,0%	100,0%	

Fonte Elaboração Própria 18

TABELA 12- Características Essenciais

Importa dizer que há operações mais complexas que outras, com recurso em simultâneo a mais que uma das formas jurídicas em cima consideradas.

2.7.2. As Características Accesórias da operação nos casos estudados.

- 1- Negocio compra e venda;
- 2- Acordos sociais;
- 3- Oferta pública aquisição açções.

Foi delineada partir dos resultados constantes do Apêndice III e, tem três possibilidades relacionadas com o tipo de vontade/negócio levado a cabo pelas partes interessadas na operação.

Carateristicas_Acessorias

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Neg_Contr_Compra_Venda	22	59,5	59,5	59,5
Acordos_Sociais	10	27,0	27,0	86,5
Oferta_Pública_aquis-Ações	5	13,5	13,5	100,0
Total	37	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 19

TABELA 13- Caracteristicas Acessórias

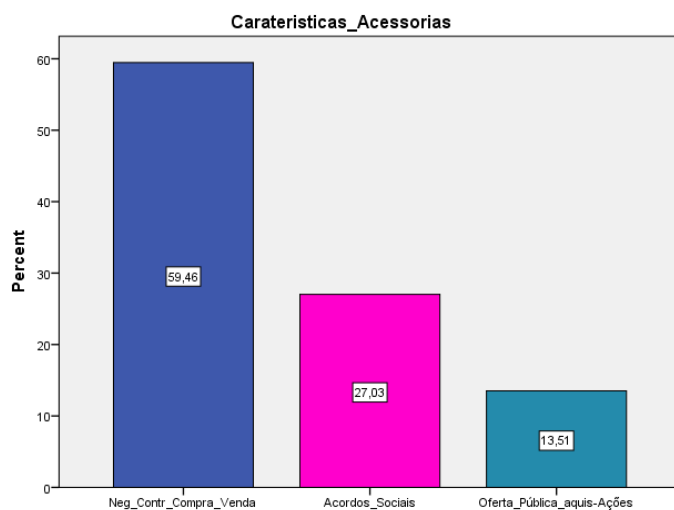
Resulta do exposto que:

-Negocio compra e venda- Foi identificado em 22/37 ocorrências.

-Acordos sociais-Foram identificados em 10/37 ocorrências.

-Oferta pública aquisição acções, em 5/37 ocorrências.

Representando graficamente a informação:



Fonte Elaboração Própria 20

TABELA 14- Caracteristicas Acessórias

A análise dos dados revela que os negócios de compra e venda representam 59%, sendo que em 14 % das operações de concentração se constatou ter acontecido

uma Oferta Publica de Aquisição de Accões. Em 27% dos casos foram realizados acordos sociais.

O recurso simultâneo a mais que uma destas hipóteses, pode ter-se verificado na mesma concentração, já que as variáveis não se excluem.

Os quadros analisados até agora representam tabelas de frequência, das quais se retiram as conclusões pretendidas e enunciadas, respondendo a parte dos objectivos do trabalho.

2.8.Perspectivas de Evolução.

Do que se explanou resulta evidente que quando em causa esteja a aquisição de uma participação minoritária não relacionada com uma aquisição de controlo, a Comissão não pode investigar ou intervir em desfavor dessa operação, por a concentração sair fora do seu campo de análise.

A entidade de regulação da CE só²⁹⁰ pode intervir quando esteja em causa uma participação minoritária preexistente, detida por uma ou mais partes na concentração, desde que o controlo seja especificamente adquirido.

As teorias do dano²⁹¹ têm chamado a atenção para diversos tipos de preocupações ligadas à concorrência, quando é adquirida uma participação minoritária, que levantam as mesmas preocupações verificadas nas aquisições de aquisições de controlo e, de que são exemplo, os efeitos anti concorrenciais não coordenados.²⁹²

²⁹⁰ LIVRO BRANCO, (2014), “A Comissão pode intervir, se a empresa em que uma parte detém uma participação minoritária for um concorrente da outra parte na concentração. No entanto, se a participação minoritária for adquirida após a investigação da Comissão, esta não é competente para tratar eventuais preocupações de concorrência daí resultantes, apesar de as preocupações de concorrência resultantes da participação minoritária poderem ser semelhantes às que surgem aquando da aquisição do controlo”, loc. Cit. p. 10.

²⁹¹ Orientações sobre as Concentrações Horizontais, ver Pt. 8 e Orientações sobre as Concentrações não Horizontais, ver Pt. 10, JO C 31 de 5.2.2004, pp. 5. 11 e JO C 265 de 18.10.2008, pp. 6 - 12.

²⁹²LIVRO BRANCO, (2014), “uma tal participação pode aumentar o incentivo e a capacidade do adquirente para aumentar unilateralmente os seus preços ou restringir a produção. Se uma empresa tiver interesses financeiros nos lucros do seu concorrente, pode decidir «internalizar» o aumento desses lucros, o que levaria a uma redução da sua própria produção ou a um aumento dos seus próprios preços. Este feito anticoncorrencial pode materializar-se, se uma participação minoritária for passiva (não lhe dando qualquer influência nas decisões da empresa-alvo) ou ativa (dando-lhe alguma influência nas decisões da empresa-alvo)”, loc.Cit. p. 10.

Da mesma forma, poderão surgir preocupações de concorrência, quando o adquirente utilizar a sua posição para limitar as estratégias concorrenciais à disposição da empresa-alvo, retirando-lhe capacidade concorrencial.²⁹³

Com efeito, através desta prática de análise, chegou-se à conclusão de que existem preocupações de concorrência graves, quando uma participação minoritária numa empresa possui grau de influência sobre as decisões da empresa-alvo.

Outro exemplo de participação minoritária que concede ao adquirente influência sobre a empresa-alvo é o caso de “*um adquirente capaz de influenciar o resultado de resoluções especiais que podem ser necessárias para aprovar investimentos significativos, aumentar o capital, modificar o produto ou o âmbito geográfico do negócio e proceder até concentrações e aquisições*”.²⁹⁴

No entanto, para que a operação seja considerada significativa do ponto de vista concorrencial,²⁹⁵ teria que obedecer cumulativamente²⁹⁶ aos seguintes critérios:

- a) Dizer respeito a aquisições de uma participação minoritária num concorrente ou numa empresa verticalmente relacionada, ou seja, a obrigatoriedade de existência de uma relação concorrencial entre o adquirente e a empresa-alvo, por um lado e, por outro lado;
- b) Se a participação adquirida for de cerca de 20 % ou entre 5 % e cerca de 20 %, mas acompanhada de fatores adicionais, tal como direitos que dão ao adquirente uma minoria bloqueadora *de facto*, assento no conselho de administração ou acesso a informações comercialmente sensíveis sobre a empresa-alvo.

²⁹³Veja-se o Processo SIEMENS/VA TECH que demonstrou tanto a teoria do dano do «incentivo financeiro» como o risco criado quando uma empresa detém direitos de influência e de voto num concorrente. A Siemens detinha uma participação minoritária pré-existente na SMS Demag, um concorrente de uma das filiais da VA Tech. A Comissão determinou que a concentração conduziria a uma redução da concorrência no mercado da construção de instalações metalúrgicas, devido a uma combinação de incentivos financeiros e direitos de informação provenientes da participação minoritária na SMS Demag. Ver Processo RYANAIR/AER LINGUS. No processo Ryanair/Aer Lingus I, a Ryanair já tinha adquirido uma participação minoritária significativa no seu concorrente, quando notificou a Comissão da sua proposta de adquirir o controlo em 2006. A Comissão proibiu a aquisição devido a graves preocupações de que iria prejudicar a concorrência, ao criar ou reforçar a posição dominante da Ryanair num certo número de rotas.-Processo COMP/M.4439 – Ryanair/Aer Lingus I, decisão da Comissão de 27 de Junho de 2007, confirmada pelo Tribunal Geral no Processo T-342/07 Ryanair/Comissão. Ver também o Processo COMP/M.6663 – RYANAIR/AER LINGUS III, decisão da Comissão de 27 de Fevereiro de 2013, na qual a Comissão declarou o projeto de aquisição do controlo pela Ryanair sobre a Aer Lingus incompatível com o mercado interno, pelos mesmos motivos.

²⁹⁴LIVRO BRANCO (2014), Pt 32, p.11.

²⁹⁵Seguindo a teoria do dano, surge uma «relação significativa do ponto de vista concorrencial» onde se verifique uma relação concorrencial entre as atividades do adquirente e da empresa-alvo, quer porque são ativos nos mesmos mercados ou setores, quer porque são ativos em mercados verticalmente relacionados.

²⁹⁶LIVRO BRANCO (2014), p. 15.

Verificando-se esta situação, poderá ocorrer a verificação de efeitos anti concorrenciais coordenados, seja porque a empresa adquirente fica colocada numa posição com possibilidade de influenciar a capacidade e o incentivo do participante no mercado de se coordenar tácita ou explicitamente para conseguir lucros supra concorrenciais, seja porque aumentando a transparência ao proporcionar ao adquirente uma perspectiva privilegiada das atividades comerciais da empresa-alvo, poderá aumentar também a credibilidade e a eficácia de qualquer ameaça de retaliação, caso a empresa-alvo se desvie do comportamento de colusão.

Para finalizar são também preocupações as aquisições não horizontais de participações minoritárias, com influência material e que podem suscitar preocupações de concorrência a nível da exclusão do mercado de inputs. A exclusão, poderá até ser mais provável do que quando o controlo é adquirido, porque o adquirente da participação minoritária só internaliza uma parte (e não a totalidade) dos lucros.

Com base nos artºs 101.º e 102.º do TFUE a Comissão ponderou a hipótese de aplicar as regras da concorrência em matéria de acordos restritivos e ou abuso de posições dominantes, estabelecidos, respetivamente, nos artºs 101.º e 102.º do TFUE.²⁹⁷

No entanto não é claro que a aquisição de uma participação minoritária constitua um «acordo» tendo por objetivo ou efeito a restrição da concorrência, assim como para que a Comissão intervenha com base no artº 102.º da TFUE, o adquirente da participação minoritária necessita de deter uma posição dominante e, a aquisição, teria de constituir um abuso.

Face a esta fragilidade a evolução passará por a regulação Europeia abranger também este tipo de operações o que levará a uma revisão do conceito de controlo estabelecido, caminho que o Livro Branco²⁹⁸ deixa já delineado,²⁹⁹ pois que se concluiu

²⁹⁷ Ibid, p. 13, Pt. 3.1.2.

²⁹⁸ COM. LIVRO BRANCO (2014), defende-se, entre as várias opções que passam pela notificação prévia da operação à Comissão, pela instauração de um sistema de *transparencia selectivo* em que as partes implicadas deverão efectuar uma auto avaliação de se a operação de aquisição de uma participação minoritária através da qual não se adquire o controlo, cria um vínculo significativo do ponto de vista da concorrência e em caso afirmativo, que apresentem uma nota informativa à Comissão decidindo depois esta se investiga ou não a operação assim como se os Estados membros apresentam ou não uma solicitação de remissão.

²⁹⁹ MIRANDA SERRANO, L. & PAGADOR LOPÉZ, J. (2014) segundo os autores, passados dez anos sobre a revisão do sistema comunitario de controlo de concentrações operada pelo Rmto. 139/2004, a Comissão quiz passar revista ao modo em que se veio a aplicar o critério da obstaculização significativa da concorrência e ao mesmo tempo, formular propostas concretas destinadas a dotar de maior eficacia o sistema de controlo de concentrações vigente na U.E. A Comissão parece estar decidida a ampliar o campo de revisão destas operações, dando cabimento dentro dele a aquisições de participações

que os danos decorrentes para a concorrência de aquisições de participações minoritárias são semelhantes às decorrentes de aquisições de controlo, produzindo efeitos anti-concorrenciais, tanto horizontais não coordenados, como verticais.

minoritárias que não confirmam o controlo, dado que estas operações podem ser prejudiciais para a concorrência. Caso tal se venha a verificar, a legislação europeia situar-se-á na mesma direcção que algumas legislações nacionais (como a alemã, a britânica, a austríaca ou a americana, entre outras) que conferem às autoridades *antitrust* competência para vigiar estas operações.

CAPÍTULO III

3. Abordagem Material dos Compromissos.

3.1. Noção e Finalidade das Medidas de Correção.

Podemos afirmar que as Medidas de Correção, adiante designadas por MC, são modificações³⁰⁰ a uma concentração notificada, com a finalidade de se obter uma decisão de autorização por parte da CE. Os compromissos são oferecidos pelas partes notificantes e têm em vista responder com sucesso às preocupações suscitadas quanto à compatibilidade da concentração, com uma “concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste”³⁰¹

ÁGUILA-REAL³⁰² refere que quando uma concentração pode reduzir significativamente a concorrência no mercado em que tem lugar, a solução mais acertada não passa pela sua proibição mas sim por condicioná-la à autorização ou à modificação pelas partes da operação notificada. Tais medidas são conhecidas por remédios, compromissos ou condições, constituindo uma opção alternativa à proibição porque, diz o autor, como em outros sectores do Direito antimonopolio, existe uma maior confiança na robustez dos mercados e, uma maior desconfiança em medidas administrativas que possam assegurar mercados competitivos.

Seja numa vertente produtiva/técnica, seja na vertente alocativa ou de afectação de recursos, seja numa vertente dinâmica, as funções do Direito da Concorrência são palco de debate em que se contrapõem as doutrinas económicas tradicionais das Escolas Norte-Americanas dos anos 60 e 70.

De um lado, a Escola de Harvard, defensora de um Estado intervencionista baseada no paradigma “Estrutura-Condução-Mercado”, segundo o qual a estrutura do mercado é a responsável tanto pelo comportamento das empresas, assim como pela natureza concorrencial ou anti-concorrencial dos mercados.

³⁰⁰ O conceito de MC distingue-se do de “sanção”, entendida esta última enquanto punição de uma conduta posta em prática e cuja consequência normal é a reparação do dano sofrido pelo lesado.

³⁰¹ “Em particular em resultado da criação ou, do reforço de uma posição dominante”, Art. 2º/2 e 3º do Rmto.

³⁰² ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), p. 79.

Para esta escola, a restauração da concorrência encontra-se fortemente associada ao seu enquadramento conceptual exigindo que o compromisso proposto seja susceptível de operar o restabelecimento de um nível concorrencial pelo menos equivalente ao *status quo* anterior à concretização da concentração. À luz deste objectivo, os compromissos são normalmente executados após a respectiva decisão de aprovação.

Extrapolando esta perspectiva, as MC partilham dos mesmos fins integrantes do Direito Europeu da Concorrência³⁰³ quanto à realização dos seus objectivos económicos de protecção do consumidor e da eficiência económica, finalidade da integração económica.

No quadro europeu o reportório histórico da preferência pelos remédios estruturais³⁰⁴ advém do entendimento de que têm o seu papel-chave na estrutura dos mercados mais prejudiciais para a Concorrência, tais como monopólios e oligopólios.

Tal teoria acabou por sofrer agudas críticas dos precursores da Escola de Chicago a qual defende a eficiência económica e o poder de auto-correcção do mercado-afecção óptima de recursos-como fundamento exclusivo do Direito da Concorrência

Tais posições acabaram por se ramificarem em teorias mais complexas, como as de Pós-Chicago e o Ordoliberalismo³⁰⁵.

Independentemente das posições antecedentes a verdade é que a questão da finalidade da restauração da concorrência se encontra sempre ligada ao enquadramento conceptual da medida, determinando que o compromisso seja o apropriado para produzir o restabelecimento de um nível concorrencial pelo menos igual ao existente antes da operação de concentração.

Nesta medida, também os tipos de MC aceitáveis devem reflectir adequadamente esse balanço de interesses.

³⁰³ Em que estão presentes os princípios político-sociais, tais como a protecção do emprego, do ambiente e também da indústria europeia. Este entendimento encontra alicerces na letra do TFUE e na prática Jurisprudencial, que sempre reflectiu interesses sociais e políticos.

³⁰⁴ A Comissão publicou um guia de boas práticas relativamente aos compromissos de alienação («Best Practice Guidelines for Divestiture Commitments»), que são um modelo para os compromissos de alienação («Model Text for Divestiture Commitments») bem como um modelo para o mandato do administrador («Model Text for Trustee Mandates»), de forma complementar a COM. Comissão.2008/C 267/01), embora sem carácter vinculativo para as partes.

³⁰⁵ Escola de pensamento económico liberal, que enfatiza a necessidade de o Estado assegurar a correção das imperfeições dos mercados para permitir que estes se aproximem dos níveis de eficiência segundo o seu potencial teórico.

A Comissão através da Comunicação 2008/C 267/01,³⁰⁶ estabelece as medidas de correcção que face ao Rmto. (CE) n° 139/2004 do Conselho e do Rmto. (CE) n° 802/2004 da Comissão, poderão por ela ser aceites, fornecendo desta feita orientações às empresas em causa.

Igualmente as Orientações publicadas³⁰⁷ sobre a apreciação das concentrações horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas³⁰⁸ e, Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais, nos termos do Rmto. do Conselho, também relativo ao controlo das concentrações de empresas,³⁰⁹ foram marcos importantes.

Como já referimos, nos termos do n° 2 do seu art° 6° e n° 2 do seu art° 8° do Rmto. CE n° 139/2004, a Comissão pode decidir declarar uma concentração compatível com o mercado comum na sequência das alterações introduzidas pelas partes, o que poderá ocorrer seja antes, seja após o início do processo.

O estabelecimento de condições e obrigações destinadas a garantir que as empresas em causa cumprem os compromissos perante ela assumidos,³¹⁰ poderá determinar a decisão da Comissão.

Iremos analisar, por um lado os princípios gerais que se aplicam às MC. aceites pela Comissão e, por outro, os principais tipos de compromissos que podem ser por ela aceites, os seus requisitos específicos a que as propostas de compromissos devem obedecer em ambas as fases do processo, bem como os princípios a respeitar na sua execução.

³⁰⁶ JO L 24 de 29.1.2004, pp. 1 - 22.

³⁰⁷Tais orientações reflectem a evolução da experiência adquirida pela Comissão a nível da apreciação, aceitação bem como de aplicação de medidas de correcção nos termos do RC., desde 1990, data da sua entrada em vigor, sendo que o reexame da Comunicação da Comissão de 2001 surge na sequência da entrada em vigor do Rmto. (CE) n.º 139/2004 e do Rmto. (CE) n.º 802/2004 da Comissão, chamado de «Rmto. de Execução» em 1 de Maio de 2004. A esta revisão não é alheia a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância, a avaliação pela Comissão, das medidas de correcção propostas anteriormente, nomeadamente do DG COMP, *Merger Remedies Study*, bem como a prática decisória da Comissão nos processos que deram origem a MC, analisadas no estudo.

³⁰⁸ JO C 31 de 5.2.2004, pp. 5. 11.

³⁰⁹ JO C 265 de 18.10.2008, pp. 6-12.

³¹⁰COM. JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008, em nota de rodapé, 2° paras, do art° 6° e n° 2, 2° paras., do art° 8°, respectivamente. Ver igualmente o 30° Considerando do RC. que prevê o seguinte: “Quando as empresas em causa alteram uma concentração notificada, em especial propondo compromissos para tornar a concentração compatível com o mercado comum, a Comissão poderá declarar a concentração, tal como alterada, compatível com o mercado comum”. Tais compromissos, deverão ser proporcionais ao problema da concorrência e permitir a sua total eliminação. Este considerando explica ainda o seguinte: “É também oportuno aceitar compromissos antes do início do processo, quando o problema de concorrência é rapidamente identificável e, pode ser facilmente sanado”.

3.2.Princípios Gerais.

É importante referir que a Comissão aprecia a compatibilidade de uma concentração notificada com o mercado comum em função do seu efeito sobre a estrutura da concorrência³¹¹ na Comunidade, pelo que se espera que a MC.deva produzir a modificação dos efeitos da concentração sobre as estruturas do mercado, de forma também duradoura.³¹²

O critério para determinar a compatibilidade nos termos dos nºs 2 e 3 do artº 2º do RC consiste em apurar se uma concentração entrava significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, ou seja, se cria ou reforça uma posição dominante.

Na eventualidade de isso acontecer, a concentração é incompatível com o mercado comum, devendo a Comissão proibi-la.

Tal critério é enformado por uma certa dose de relatividade pois que a defesa da concorrência não é em si um valor absoluto, sendo recomendável sacrificar parte dela se os prejuizos que a concentração causa na lógica concorrencial do mercado forem compensados por eficiências, mais ainda quando estas se traduzam em vantagens para os usuários e os consumidores.³¹³

Da mesma forma, aquando da criação de uma empresa comum, a Comissão examinará a concentração nos termos do nº 4 do artº 2º do RC.

Os princípios enunciados na Comunicação em análise são igualmente aplicáveis às MC. apresentadas para eliminar as preocupações de concorrência identificadas, nos termos do nº 4 do artº 2º.

As partes podem pretender alterar a operação a fim de suprimir as preocupações de concorrência e obter, assim, a respectiva aprovação, podendo a concentração sofrer alterações aplicadas antes da adopção de uma decisão de autorização, de forma a

³¹¹ COM., p.4.

³¹² COOK J & KERSE, C, (2009), p. 282.

³¹³ MIRANDA SERRANO, L. & PAGADOR LOPÉZ, J (2014), “Nuevas tendencias en el control de las concentraciones de empresas en la UE: la Comisión quiere asumir competencias para controlar las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control”, defendem que as normas europeias de controlo de concentrações não permitem declarar incompatíveis com o mercado único e, consequentemente proibidas as operações de concentração que obstaculizem de forma significativa a concorrência efectiva, mas sim as operações de concentração de empresas que não compensam este resultado obstaculizador da concorrência com eficiências económicas favoráveis para os consumidores e usuários.

compatibilizar a operação com o mercado comum. Todavia, o que frequentemente acontece na prática, consiste em as partes apresentarem compromissos.

É obrigação da Comissão demonstrar que uma concentração entrava de forma significativa a concorrência, durante a Fase I, precedendo uma Comunicação de objecções, tal corresponde ao que a Comissão considera serem sérias dúvidas quanto a um entrave significativo à concorrência efectiva.

Pelo que quando assim acontece, a Comissão informa as partes das suas preocupações de concorrência, permitindo-lhes apresentar propostas de MC que afastem as suas dúvidas, ou seja, ficará a cargo das partes na concentração apresentar compromissos, já que a entidade reguladora não poderá impor unilateralmente as condições para a adopção de uma decisão de autorização.³¹⁴

A Comissão verificará se tais medidas de correcção propostas, uma vez aplicadas, resolvem as preocupações de concorrência identificadas.

Com efeito, só as partes dispõem de todas as informações necessárias para uma apreciação desta natureza, sobretudo no que respeita à exequibilidade dos compromissos propostos, assim como a viabilidade e competitividade dos activos que propõem para efeitos de alienação. Às partes caberá prestar todas as informações a esse respeito, de forma a colmatar o problema das assimetrias informacionais.

Pelo que, o Rmto. de Execução obriga as partes notificantes a entregar, juntamente com os compromissos, informações³¹⁵ pormenorizadas sobre o seu conteúdo bem como as condições da sua execução e, que³¹⁶ comprovem o carácter adequado para suprimir qualquer entrave significativo à concorrência efectiva, conforme vem previsto no anexo ao Rmto. de Execução sob a denominação de «formulário CO».³¹⁷

³¹⁴ O RC. prevê etapas formais em que as partes são informadas das preocupações de concorrência identificadas pela Comissão -nº 1, alínea c), do artº 6º, comunicação de Objecções.

³¹⁵ Anexo IV contendo o Formulário RM concernente às informações pormenorizadas exigidas quanto aos compromissos propostos (em especial, a alienação de activos) nos termos do nº 2 do art. 6º e do nº 2 do art. 8º do Rmto. Descreve as informações e documentos que as partes têm que apresentar, o que demonstra a posição mais rigorosa adoptada a este propósito.-Cfr. Pts 26-31 da Com e Pt. 5.4 do Anexo quanto ao fornecimento de uma lista de bens essenciais para a competitividade da actividade.

³¹⁶ A CE pode até aplicar coimas numa situação de infracção deliberada ou negligente ao dever de prestação de informações, nos termos do artº 14º/1 do Rmto.

³¹⁷ Com respeito aos compromissos que consistam na alienação de uma actividade, as partes estarão obrigadas a descrever em pormenor a forma como a actividade a alienar é explorada, conforme mencionado formulário.

Verifica-se assim que foram impostas medidas positivas em 2008, de forma a minimizar os problemas identificados pelo estudo de 2005, referentes a este assunto das assimetrias informacionais. A questão é saber se tais medidas são suficientes pois que na verdade parece manter-se a razão para as partes colaborarem no cumprimento da obrigação de informação perante as assimetrias informacionais, já que na realidade o interesse oposto mantém-se,³¹⁸ mantendo-se também a preferência expressa e declarada pelo recurso às medidas estruturais.

3.3. Condições Base Para Compromissos Aceitáveis e a Importância do *Merger Remedies Study*.

O compromisso aceitável deve “suprimir plenamente as preocupações de concorrência”³¹⁹ com o “grau de certeza necessário”, passível de uma “execução efectiva a curto prazo” e proporcional ao efeito adverso identificado.³²⁰

Como se vem referindo, a Comissão tem como prática aceitar apenas os compromissos passíveis de tornar a concentração compatível com o mercado comum, por forma a impedir um entrave significativo à concorrência efectiva³²¹. Pelo que os compromissos propostos deverão colmatar as preocupações de concorrência, devendo ser tanto abrangentes como eficazes.

³¹⁸ ÁGUILA-REAL, J.A. (2007) refere que nos estudos realizados pelas autoridades de concorrência referentes à eficácia dos compromissos, obtiveram-se os seguintes resultados: “O primeiro era que tinham sido eficazes no sentido de que tinham permitido que surgisse um novo competidor. O segundo, que a empresa resultante da fusão, tratava de buscar o comprador-competidor mais débil entre os que podiam ser aceites pela autoridade de concorrência (comportamento estratégico do vendedor. E, o terceiro, que os potenciais compradores sofriam de um problema sério de *informação* acerca da empresa que estavam a comprar.” loc. Cit, p. 91.

³¹⁹ KRATSAS G. (2009) “Legislative Development: Structural or Not? A Critical Analysis of the Commission's New Notice on Remedies”, *Columbia Journal of European Law*, defende que no Pt. 61 da COM. se deveria incluir que as MC comportamentais são, não só adequadas, quando os seus efeitos sejam equivalentes a uma alienação, mas também quando, “permitem à solução estrutural alcançar o seu objectivo”, p.549.

³²⁰ Pts.9 a14 da COM. e Considerando 30 do Reg.

³²¹ WANG, W (2011), in “*Strong ex Ante Intervention and Weak ex Post Correction.*”- “Os remédios, em especial os remédios estruturais, são uma ferramenta na mão das autoridades de concorrência para corrigir e disciplinar a conduta das empresas mas, o mais importante, um mecanismo para realizar os propósitos da legislação da concorrência. Os remédios desenhados necessitam de um sistemático e consistente trabalho de casa baseado na eficácia das autoridades de controlo. Um sistema efectivo apenas funciona através do consistente balanço entre o “ex ante” e o “ex post” na aplicação das medidas.” loc. Cit.p 595.

Além disso, devem ser passíveis de uma execução efectiva a curto prazo³²² pois que a manutenção das condições de concorrência no mercado apenas será possível após o cumprimento dos compromissos propostos.

Com efeito, a duração do período interino, ou seja, do tempo que medeia entre as partes terem entregue as suas propostas, à aceitação das mesmas pela Comissão e, o tempo de arranque do negócio desenvolvido pelo comprador deve, ser o mais curto possível, pois existem várias situações negativas identificadas pela Comissão quando este período é demasiado longo e que, passamos a identificar:

- a) Incerteza quanto ao negócio desinvestido;
- b) Incerteza do Mercado quanto ao futuro do negócio podendo ocorrer a sua perda significativa ou de concorrência no mercado;
- c) Nos mercados dinâmicos, a presença reduzida pode rapidamente levar a perdas significativas na força do mercado que pode ser difícil recuperar mais tarde.

Nos compromissos estruturais propostos pelos interessados, nomeadamente as alienações, a Comissão entende que estas preencherão tais condições na medida em que puder concluir-se, com o grau de certeza, que a sua aplicação é possível e, que as novas estruturas comerciais daí resultantes serão suficientemente duradouras e viáveis.

Importa chamar a atenção para o facto de o grau de certeza necessário relativamente à execução dos compromissos propostos, poder ser afectado por várias causas, que de seguida se enunciam e que foram igualmente identificados no estudo de que se vem falando:

- 1) Riscos associados à transferência da actividade a alienar;
- 2) As condições fixadas pelas partes para a alienação, (medida proposta, quanto ao tipo, dimensão e seu alcance- avaliação em função da estrutura e das características específicas do mercado, incluindo a posição das partes e de outros operadores);
- 3) Os direitos de terceiros em relação à actividade;
- 4) Dúvidas quanto à possibilidade de encontrar um adquirente adequado;
- 5) Riscos ligados à deterioração dos activos até à realização da alienação.

Cabendo às partes convencer a Comissão que tais riscos foram neutralizados.

Sabido é que enquanto as alienações, uma vez executadas, não implicam quaisquer medidas de acompanhamento suplementares, os outros tipos de

³²²COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, p.54.

compromissos obrigam a mecanismos de controlo eficazes, por forma a garantir que o seu efeito não seja atenuado ou mesmo eliminado pelas partes.

Poderá acontecer que sejam aplicados simultaneamente tanto compromissos estruturais como comportamentais, estes últimos desenhados especialmente para o caso em questão, sendo até diversas vezes utilizados como suporte dos primeiros, assegurando a eficácia das medidas estruturais.³²³

Os compromissos não são simples declarações de intenções das partes, antes sim obrigações vinculativas uma vez que as infracções podem importar a aplicação de sanções, podendo levar inclusive à revogação da decisão, exigindo mecanismos de controlo eficazes.

As partes devem apresentar propostas de MC. simples, pois que a sua complexidade pode levar a que a Comissão não as aceite por incerteza relativamente à possibilidade de poderem ser aplicadas e/ou, susceptíveis de manter, a concorrência efectiva no mercado.

Para além do mais, a Comissão poderá também recusar as MC propostas, desde que a sua aplicação não possa ser controlada de forma eficaz.

Podemos afirmar que as MC obedecem a três princípios basilares:

- Eficácia-Deve ser susceptível de eliminar os problemas de concorrência identificados. Implica a viabilidade dos compromissos são viáveis, o que impõe uma avaliação tanto da sua implementação assim como dos custos de monitoramento. Além disso, o espaço de tempo de aplicação das MC deverá também ser um factor a ter em consideração. A fim de garantir a eficácia dos remédios de fusão, só deverão ser aceites aquelas medidas que têm um alto grau de certeza de proceder à eliminação dos problemas de concorrência identificados.

- Eficiência - Entre aquelas que são susceptíveis de eliminar os problemas de concorrência identificados, as MC. correspondem à solução com custos mais baixos.

Custos de distorção do mercado resultantes, nomeadamente, da implementação de MC comportamentais, sejam relacionadas com a eficiência estática (por exemplo, a eficiência na alocação de recursos e eficiência de custos), sejam com a eficiência dinâmica (por exemplo, incentivos à inovação).

³²³ EZRACHI, A. (2006), "Behavioural Remedies in Ec Merger Control-Scope and Limitations", *World Competition Revue*, pp.459-479.

Da mesma forma, os custos que resultam da eliminação de potenciais sinergias e eficiências que resultariam da fusão, e que poderiam ser passados para o consumidor, também se incluem.

A título de crítica diremos que a Comissão considera o compromisso com êxito, não quando ele restaura a concorrência afectada ou reduzida pela concentração, mas sim quando o comprador dos activos seja capaz de permanecer no mercado, o que segundo **ÁGUILA-REAL**,³²⁴ é um modesto padrão para medir o êxito do compromisso. Tal conclusão resulta aliás do Estudo levado a cabo pela Comissão, *Merger Remedies Study*.

- Proporcionalidade - As MC devem eliminar as preocupações de concorrência identificadas, equilibrando os meios e o objetivo.

Diremos que o sentido da proporcionalidade é o equilíbrio entre a necessidade de regulação, cuja medida mais gravosa passa pela proibição da operação e, os princípios do Estado democrático que valoram e defendem igualmente o direito à liberdade contratual das pessoas jurídicas, bem como o princípio da liberdade de actuação dos cidadãos com referência ao princípio de liberdade da empresa.³²⁵ É nesta tensão de antípodas que o princípio é encontrado e, ganha forma.

Tal princípio obriga a Comissão a provar que os compromissos oferecidos voluntariamente pelas partes são necessários para resolver os problemas de concorrência que a operação coloca. Em caso de erro de valoração a parte poderá solicitar junto do meio judicial que se anule a decisão, por ter a Comissão cometido um manifesto erro de valoração.

ÁGUILA-REAL, refere que as condições ou compromissos têm por finalidade impedir que a operação crie o risco de criação ou reforço de uma posição de domínio no mercado ou produza uma redução significativa da concorrência ou, garanta o mantimento da situação competitiva e pré existente à concentração, para que se restaure a estrutura competitiva do mercado, se compense o aumento do poder de mercado que se produz em consequência da concentração.³²⁶

³²⁴ **ÁGUILA-REAL**, J.A. (2007) p.80e ver p. 169 do Estudo.

³²⁵ *Ibid.*, fala nestes princípios constitucionais.

³²⁶ *Ibid.*, p.81.

3.4. Carácter Adequado dos Diferentes Tipos de Medidas de Correção.

Garantir estruturas concorrenciais no mercado é o principal objectivo da existência dos compromissos. Pelo que os compromissos que assumam uma natureza estrutural, tal como a alienação de uma actividade comercial, são quase sempre preferíveis do ponto de vista do objectivo definido pelo RC e também pela autoridade comunitária de controlo da concorrência, a Comissão.³²⁷

Com efeito, estes compromissos eliminam de forma duradoura as preocupações³²⁸ de concorrência suscitadas pela concentração conforme notificada e não exigem medidas de acompanhamento a médio ou a longo prazo.

Caberá examinar casuisticamente se uma MC. é ou não susceptível de eliminar as preocupações de concorrência identificadas, bem como determinar qual o tipo de medida, mais adequada para o efeito.

As autoridades da concorrência muitas vezes recorrem não ao melhor remédio, mas sim no dizer de **WANG, WEI**, à “segunda melhor política remédio” uma vez que um qualquer remédio deve resolver totalmente o problema de concorrência, por um lado, mas sem causar, por outro lado, uma perda de eficiência desproporcional às empresas.³²⁹

Trata-se da vertente prática da aplicação do princípio da intrusão mínima, abordado por **SIMS & MCFALLS**,³³⁰ e que implica uma intervenção mínima necessária por parte das autoridades, por forma a evitar situações anti-concorrências.

ÁGUILA-REAL,³³¹ diz que não se deve obrigar as partes a ceder mais activos dos que sejam imprescindíveis para se resolver o problema de concorrência e não menos dos que sejam necessários para o resolver.

³²⁷Como refere **WANG, W.** (2011), “um remédio desejável deve enfrentar adequadamente o problema de concorrência, sem restringir desnecessariamente a liberdade das empresas de procurar uma maior eficiência e as oportunidades mais rentáveis”, p. 574.

³²⁸**ÁGUILA-REAL, J. A.** (2007), “Os compromissos mais eficazes dependerão do risco que a operação de concentração coloque à concorrência. Se o risco for que uma empresa potente reforce a sua posição no mercado, o normal é que os compromissos eliminem as sobreposições e, a solução mais óbvia passa por obrigar a reduzir a quota de mercado, vendendo activos de maneira que não aumentem previamente à fusão. Se o risco é o da redução do número de competidores no mercado ao ponto de que seja muito fácil que se ponham de acordo (colusão tácita, posição de domínio colectiva), a solução consistirá em obrigar a empresa resultante da fusão a desprender-se de activos que estejam a funcionar de forma independente de maneira que possam competir e aumentar o número de «jogadores» no mercado ou as assimetrias entre eles. Nalguns casos onde se coloca este problema, não é possível uma solução, só restando a proibição”, loc. Cit. p. 82.

³²⁹Ibid.

³³⁰**SIMS, Joe & MCFALLS, M.** (2001), loc. Cit., p.938.

É igualmente importante que a Comissão analise os compromissos propostos, de acordo com o contexto do mercado onde irão ser implementados. Assim um compromisso pode ser o mais apropriado num caso e não ser noutro, dependendo do contexto em que vai ser aplicada a MC.

Os compromissos deverão ter em consideração para o tipo de remédio escolhido, a sua escala e escopo, bem como a probabilidade de uma implementação bem-sucedida e, oportuna e ainda, a sua proporção e capacidade de adequação.³³²

Igualmente poderão ser propostos compromissos de natureza diversa, na mesma concentração, tendo em consideração os vários mercados, diferentes, onde esta irá ter impacto.

Sabido é que os compromissos de alienação eliminam mais facilmente as preocupações de concorrência advenientes de sobreposições horizontais constituindo também a melhor solução para a resolução de problemas referentes a sobreposições verticais³³³ ou, à criação eventual de um conglomerado.

Existirão outros compromissos estruturais adequados para ultrapassar as preocupações concorrenciais, desde que equiparáveis a alienações, em termos dos seus efeitos.

Como se refere na Comunicação JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008, referente aos compromissos passíveis de serem aceites, os compromissos referentes ao futuro comportamento da entidade resultante da fusão só poderão ser aceites de forma excepcional e, em circunstâncias muito específicas.

O mesmo se diga dos compromissos propostos pelas empresas, no sentido de não aumento dos preços, da não redução da gama de produtos ou, de não retirada de certas marcas do mercado, não eliminarão de modo geral as preocupações de concorrência provocadas pelas sobreposições horizontais.

De qualquer forma, estas MC. só podem ser aceites, como se referiu, excepcionalmente, desde que a sua viabilidade seja assegurada através de um controlo eficaz, não apresentando o risco de produzir efeitos de distorção na concorrência.

³³¹ ÁGUILA-REAL, J. A. (2007), p. 126.

³³² EZRACHI, A., (2006), loc. Cit. p.466.

³³³ Ambos os problemas podem ser identificados na mesma concentração. Disso é exemplo o Caso UTC / GOODRICH-M.6410 em que a Comissão indicou preocupações potenciais da concorrência nos mercados de controlo de motores e geradores de energia AC, em que as partes têm quotas de mercado muito elevadas. Assim como preocupações verticais relativas à remoção da Goodrich como fornecedora independente de bicos de combustível e controles de motor e ainda na área de serviços pós-venda.

Segundo **EZRACHI**, os remédios comportamentais tendem a gerar incerteza e custos, gerando dúvidas sobre a sua utilidade, reflectindo a sua natural inferioridade.³³⁴

3.5. As Medidas de Correção nos Casos Analisados e a Tipologia do Estudo da Comissão.

A Comissão, no seu estudo publicado em Outubro de 2005, procedeu à análise de 96 remédios, numa amostragem que levou a cabo referente aos anos de 1996 a 2000 e em que se debruçou sobre a questão da tipologia dos compromissos, identificando quatro tipos de remédios em função dos seus efeitos:³³⁵

Tratamos agora do segundo critério de análise, seguido no estudo da Comissão (Critério 2), em que as variáveis analisadas são outras:

3.5.1. Compromissos para Transferir uma Posição de Mercado.³³⁶

Trata-se de uma alienação realizada pelas partes, a favor de um adquirente capaz de manter e desenvolver o negócio.

³³⁴EZRACHI, A., (2006), loc. Cit., p. 459.

³³⁵COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, o estudo refere-se aos “remédios de desinvestimento” ou “compromissos de desinvestimento”, os quais consistem: Em 68 compromissos todos eles referentes a transferência de uma posição no mercado, incluindo 8 compromissos para garantir uma licença exclusiva de longa duração, 15 compromissos para sair de uma JV, bem como ainda um outro compromisso. O estudo analisou no total, 84 compromissos de desinvestimento, p.21, Pt. 40.

³³⁶ Encontramos este compromisso nos seguintes casos: Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653, -Caso JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT- M.3687, - Caso E.ON / MOL- M.3696, Caso OMYA / J.M.HUBER.PCC M-3796, Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868, Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868, Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000, Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180, Caso METSO /AKER KVAERNER-M.-M4187, Caso JCI / FIAMM-M.4381 , Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING-M.4404, Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX-M.4513, KRONOSPAN / CONSTANTIA-M.4525, Caso THOMSON CORPORATION / REUTERS GROUP-M.4726, -Caso ABF / GBI BUSINESS-M.4980, Caso 18-Friesland Foods/Campina M.5046, Caso ARSENAL / DSP-M.5153, Caso UNILEVER / SARA LEE BODY CARE-M.5658, Caso WESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES- M.6203, Caso M 6266-Johnson & Johnson/Synthes, Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN-M.6286, -Caso UTC / GOODRICH-M.6410, Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458, Caso OUTOKUMPU / INOXUM-M.6471, Caso HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA-M.6497.

3.5.2. Compromissos para Sair de uma Empresa Comum ou Joint-Venture.³³⁷

Trata-se de compromissos que se traduzem no facto de as partes acordarem cortar de forma permanente o controlo conjunto de uma empresa, transferindo-o para um comprador adequado. Normalmente o comprador nestes casos é um associado já existente da JV.

3.5.3. Compromissos de Garantia de Acesso.³³⁸

Compromissos para garantir o acesso, são medidas para possibilitar aos outros participantes no mercado, com acesso aos principais activos e, para reduzir barreiras à entrada. O estudo identificou três tipos de remédios de acesso:

- a) Acesso a infra-estrutura.
- b) Acesso a tecnologia.
- c) Finalização de contratos exclusivos.

³³⁷ Encontramos este compromisso nos seguintes casos: Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653, -Caso JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT- M.3687, -Caso UTC / GOODRICH-M.6410.

³³⁸ Encontramos este compromisso nos seguintes casos: Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653, -Caso JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT- M.3687, - Caso E.ON / MOL- M.3696, Caso OMYA / J.M.HUBER.PCC M-3796, Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868, Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868, Caso T MOBILE AUSTRIA/TELE RING- M. 3916, Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180, -CASO UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING-M.4404, Caso SFR / TELE 2-M.4504, Caso THOMSON CORPORATION / REUTERS GROUP-M.4726, Caso - FRIESLAND FOODS/CAMPINA M.5046, -Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES) - M.5335, Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458, Caso HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA-M.6497.

3.5.4. Outros Compromissos.³³⁹

Outros compromissos traduzem-se em: Romper a influência das partes na concentração relativamente a um concorrente, separar dois concorrentes colectivamente dominantes, retirada de uma marca de um mercado.

Constituem também outros compromissos de comportamento, exigir à empresa que solicite ao Governo uma redução de impostos alfandegários, obrigações de aquisição de determinadas quotas de produção de rivais, limitação do intercâmbio de informação com os consórcios em empresas conjuntas, compromissos para aceitar códigos de conduta com respeito às relações com fornecedores e clientes, permitir a terceiros o acesso a plataformas de informação, limitar o uso de descontos ou cláusulas contratuais, nas relações com os fornecedores e os clientes ou, a proibição de cooperação entre os sócios de controlo da empresa resultante da fusão à margem da dita empresa, obrigação de realizar compras significativas através de concurso e não por adjudicação directa, outorgar a distribuição exclusiva de um produto a um distribuidor.³⁴⁰

São os seguintes os dados recolhidos no estudo, em função deste critério:

		Crt_Class_Compr_Europa			
		Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid	Compr_Sair_Empresa_Joint_Vent	5	7,9	7,9	7,9
	Outros_Compromissos	8	12,7	12,7	20,6
	Compr_Transf_posição_Mercado	21	33,3	33,3	54,0
	Comp_Garantias_Acesso	29	46,0	46,0	100,0
	Total	63	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 21

TABELA 15-Classificação Compromissos Critério Comissão Europeia (Comunicação).

³³⁹ Encontramos este compromisso nos seguintes casos: Caso JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT-M.3687, - Caso E.ON / MOL- M.3696, Caso OMYA / J.M.HUBER.PCC M-3796, Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868, Caso T MOBILE AUSTRIA/TELE RING- M. 3916, Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000, Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180, Caso JCI / FIAMM-M.4381, Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING-M.4404, Caso SFR / TELE 2-M.4504, KRONOSPAN / CONSTANTIA-M.4525, Caso THOMSON CORPORATION / REUTERS GROUP-M.4726, Caso STATOILHYDRO / CONOCOPHILLIPS-M.4919, -Caso ABF / GBI BUSINESS-M.4980, Caso- FRIESLAND FOODS/CAMPINA M.5046, Caso ARSENAL / DSP-M.5153, -Caso LUFTHANSA/SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES) - M.5335, Caso WESTERN DIGITAL IRELAND /VIVITI TECHNOLOGIES- M.6203, Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN-M.6286, Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP/EMI MUSIC-M.6458.

³⁴⁰Veja-se OECD, (2003) *Merger Remedies*, p. 20

A experiencia empírica demonstra que dos três compromissos, o mais proposto e aceite é o compromisso de garantia de acesso, com uma expressão de 46,03%, seguido da medida de transferência de posição de mercado, a qual tem uma expressão de 33,33%. Em terceiro lugar, outros compromissos, com uma expressão de 12,70%. E, por fim o compromisso para sair de uma empresa/ Joint Venture, apresentando-se como o compromisso menos utilizado, com uma expressão de apenas 7,937%.

Relativamente ao quarto compromisso -Garantia de acesso, contem as três sub variáveis que, se exemplificam no quadro seguinte.

Compr_Garant_Ace_Estru_Com

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Acesso_Tecnologia	8	27,6	27,6	27,6
Acesso_Infra_Estruturas	8	27,6	27,6	55,2
Finaliza_Contr_Exclusivos	13	44,8	44,8	100,0
Total	29	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 22

TABELA 16-Compromissos Garantia de Acesso Comissão

Da experiencia empírica, constata-se que neste compromisso de garantia de acesso, a finalização de contratos exclusivos,³⁴¹ é a medida mais utilizada e aceite pela Comissão, com uma expressão de 44,8%, referente a 13/29 ocorrências, seguida do compromisso referente ao acesso à tecnologia e, ao compromisso de acesso às infraestruturas,³⁴² os quais evidenciam a mesma proporção de 27,6% para cada um, com ocorrências em ambas as situações de 8/29.

Analizamos seguidamente os compromissos, mas em função do Critério 1 (Comunicação).

³⁴¹ No Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN-M.6286, as partes coprometeram-se a transferir para o comprador os contratos de longo prazo, através dos quais a Brindisi obtém entrada de açúcar bruto de cana suficiente de fornecedores, a preços competitivos (as partes propuseram-se alienar a participação de ED& F.MAN, na refinaria de Brindisi).

³⁴² O acesso privilegiado a infra-estruturas ou tecnologias chave para o desenvolvimento de produtos ou serviços, no mercado em referência, é feito pela via da cessão do contrato ou, pela concessão de uma licença.

3.6. Alienação de uma Actividade a um Adquirente Adequado.

A forma mais eficaz no entendimento da Comissão para manter a concorrência, consiste na criação de condições para o aparecimento de um novo concorrente e/ou para o reforço dos concorrentes existentes, conseguida através de uma alienação a realizar pelas partes na concentração, a um adquirente adequado, capaz de manter e levar adiante a empresa.

Este tipo de remédio recria a força competitiva de um negócio nas mãos de um comprador desejável, capaz de exercer uma pressão concorrencial sobre as partes na concentração.

Veja-se a título de exemplo o **Caso JOHNSON & JOHNSON/GUIDANT-M.3687** em que na investigação feita pela Comissão, se concluiu que eliminando a Guidant como concorrente potencial, a concentração eliminaria a maior pressão concorrencial no mercado, tendo a solução encontrada passado por medidas de alienação. Na verdade, a Comissão determinou que as partes alienassem ou J&J ou Guidant endoscópios, entre outros mercados em que eram concorrentes directas e, entre um número limitado de empresas líderes no mercado para esses produtos na Europa e, no mundo.

Ou, o **Caso DONG/ELSAM /ENERGI E2- M.3868** em que na primeira Fase da investigação, a Comissão concluiu que a concentração eliminaria a empresa Elsam e E2 como concorrentes da DONG, nos mercados de armazenamento e fornecimento de gás.

A operação seria ainda susceptível de remover DONG como um concorrente potencial de mercados da electricidade na Dinamarca e, criaria o risco de impedir o desenvolvimento de um mercado de atacado líquido de gás natural.

A alienação de uma actividade a um adquirente adequado, pode ser realizada de várias formas, entre as quais:

1-Alienação³⁴³ de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável;³⁴⁴

³⁴³ ÁGUILA-REAL, J. A. (2007) No Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180 as partes ofereceram compromissos de enorme dimensão que passaram pela alienação do negócio de maior tamanho, vendendo a empresa Distrigaz, que era a empresa dominante de gas na Bélgica). Pois tinham consciencia de que só com ma oferta muito generosa de desinvestimento, a operação seria autorizada, atenta a diminuta quantidade de concorrentes e elevadas barreiras à entrada, loc.Cit. p. 85.

2-Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa;³⁴⁵

3-Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar";³⁴⁶

4-Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.³⁴⁷

Para a Comissão, o negócio viável será o que compete de forma eficaz e duradoura com a entidade que resultar da concentração.

No entanto, a Comissão constatou através do estudo desenvolvido, as questões que no seu entendimento foram insuficientemente consideradas na definição do escopo dos remédios de desinvestimento, tendo provocado sérios problemas durante a implementação do remédio aplicado.

Passamos então a enunciar os problemas detectados:

1-Insuficiente consideração da dependência a jusante e/ou montante (relações verticais);

2-Insuficiente consideração das limitações geográficas;

3-Insuficiente consideração do que constitui a "massa crítica" necessária para criar um negócio viável;

4-Insuficiente consideração dos "efeitos do ciclo do produto";

5-Questões de Direito de Propriedade Intelectual não resolvidas, tais como insuficiente consideração de direitos de propriedade intelectual necessários para apoiar a actividade

³⁴⁴ Caso E.ON / MOL- M.3696, Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000, Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180, KRONOSPAN / CONSTANTIA-M.4525, Caso STATOILHYDRO /CONOCOPHILLIPS-M.4919, -Caso UTC / GOODRICH-M.6410.

³⁴⁵ Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653, Caso JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT- M.3687, Caso OMYA / J.M.HUBER.PCC M-3796, Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868, Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180, Caso METSO /AKER KVAERNER-M.-M4187, Caso JCI / FIAMM-M.4381 Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING-M.4404, Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX-M.4513, Caso FRIESLAND FOODS/CAMPINA M.5046, Caso ARSENAL / DSP-M.5153, Caso UNILEVER / SARA LEE BODY CARE-M.5658, Caso WESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES- M.6203, Caso M 6266-JOHNSON & JOHNSON/SYNTHES, Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN-M.6286, Caso UTC / GOODRICH-M.6410, Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458, Caso OUTOKUMPU / INOXUM-M.6471.

³⁴⁶ Caso JOHNSON & JOHNSON/GUIDANT- M.3687, Caso THOMSON CORPORATION /REUTERS GROUP-M.4726, Caso ABF/GBI BUSINESS-M.4980, Caso SYNGENTA/MONSANTO'S SUNFLOWER SEED-M.5675.

³⁴⁷ Caso JCI /FIAMM-M.4381, Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP/BMG MUSIC PUBLISHING-M.4404, Caso FRIESLAND FOODS/CAMPINA M.5046, Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458.

alienada que não estão incluídos no pacote de alienação ou, a transferência posterior, podendo neste caso ser onerados por direitos de terceiros.³⁴⁸

São características do processo de alienação a um adquirente adequado:

3.7. Alienação de uma Actividade Viável e Concorrencial.

Pelos motivos acima expostos, a entidade a alienar deverá traduzir-se numa actividade viável que possa concorrer de forma eficaz e duradoura no mercado, com a entidade resultante da concentração. Assim, a actividade deve ser alienada enquanto empresa em actividade, englobando as actividades que devem ser dissociadas da actividade da empresa originária, de uma parte da actividade ou, quando necessário, de activos individuais. Poderá acontecer que, de forma a garantir a viabilidade da actividade, venha a ser necessário incluir partes não relacionadas com mercados nos quais não existam preocupações de concorrência, caso tal venha a ser necessário.

Como salienta o estudo, é preciso no entanto ponderar bem a alienação de uma actividade viável, pois existem altos riscos e muitas incertezas relacionados com a transferência de uma actividade para um novo proprietário, como atrás se enunciou, podendo estes acabar por influenciar o impacto concorrencial da actividade alienada e, deste modo, conduzir a uma situação de mercado em que as preocupações de concorrência da Comissão não sejam afastadas.

O que deve ser alienado? Dir-se-á que a actividade a alienar deverá ser composta por todos os activos que contribuem para o seu funcionamento actual, bem como os que sejam necessários de forma a garantir a viabilidade e competitividade da empresa, bem como o pessoal no activo à data da operação, que contribua para o seu desempenho, independentemente de estar afecto a outras actividades.³⁴⁹

Na verdade, como se refere na Com. de que se vem falando, “*os efectivos que desempenham funções essenciais para a actividade, deverão ser alienados, pelo menos numa medida suficiente para dar resposta às necessidades correntes da actividade alienada.*”³⁵⁰

³⁴⁸COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, p. 124.

³⁴⁹ Ver caso 1-Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653, Pt 490.

³⁵⁰COM.Pt 27.

De igual forma, devem ser incluídos os activos partilhados, mesmo que estes sejam propriedade ou, afectados a uma outra unidade empresarial.

Tal indicação deve ser apresentada na proposta de compromissos entregue pelas partes à Comissão- «descrição da actividade»,³⁵¹ onde as partes deverão proceder à indicação dos efectivos a transferir, onde se incluem também os destacados bem como os agentes temporários, mencionando quem são os efectivos essenciais para a concretização da viabilidade e da competitividade da actividade.

Será importante que a proposta das partes mencione o compromisso de abstenção de atracção dos efectivos considerados mais importantes pelas partes para o sucesso da operação.É também importante que as empresas notificantes informem relativamente às modalidades do fornecimento de produtos e serviços à entidade alienada e/ou vice-versa.

Com efeito, o tipo de relações entre ambas poderá ser vital para a manutenção da plena viabilidade e competitividade económicas durante um período transitório.

Sendo importantes para que a Comissão aceite os compromissos, o facto de estes não afectarem a independência da entidade alienada.

Na apreciação dos compromissos, os recursos do adquirente eventual, futuro ou presumido não são tidos em consideração pela Comissão ,quando procede à apreciação daMC., pois que a actividade a alienar deve ser viável, por si.

O mesmo não acontece se estivermos perante um adquirente concreto, com um acordo de compra e venda assinado. Aqui os recursos poderão vir a ser relevantes na apreciação que a Comissão venha a fazer dos compromissos. Tal facto pode até levar a que seja aceite a exclusão de um ou vários efectivos, quando tal não ponha em causa a viabilidade da actividade alienada.

No período de desinvestimento, as partes têm tendência para privar o comprador de volumes de vendas substanciais, no período de transição pós-fecho, através da

³⁵¹ A descrição,“deve ser adaptada ao caso específico em consideração e deve conter todos os elementos que fazem parte integrante da actividade a alienar: activos corpóreos (por exemplo, actividades de I&D, produção, distribuição, venda e comercialização) e incorpóreos (tais como direitos de propriedade intelectual, saber fazer e *trespasse*); licenças, aprovações e autorizações emitidas por organismos públicos a favor da entidade; contratos, aprovações e autorizações emitidas por organismos públicos a favor da entidade; contratos, locações financeiras e compromissos (por exemplo, acordos com fornecedores e clientes) em benefício da actividade a alienar e ainda ficheiros de clientes, créditos e outros tipos de registos, *Ibid.* Pt.27 e COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, pp.59 e 60.

implementação de preços especiais e promoções na venda dos produtos desinvestidos.³⁵²

Que característica deve apresentar o comprador e de que forma pode este ser aceite pela Comissão? Que característica deve apresentar uma entidade autónoma? Quais são as condições para que a Comissão aceite medidas alternativas, perguntar-se-á? É que vamos ver de seguida.

3.7.1.O Adquirente Adequado.

Os três requisitos que o adquirente deve preencher para ser considerado um adquirente adequado, são os seguintes, conforme se alcança da Comunicação da Comissão 2008/C 267/01:

- a) Deve ser independente das partes e, não dispor de vínculos com as mesmas;
- b) Deve possuir recursos financeiros, competências adequadas comprovadas e, dispor do incentivo e da capacidade para manter e desenvolver a entidade alienada, enquanto operador viável e activo no mercado em concorrência com as partes e, outros concorrentes;
- c) A actividade a adquirir por um adquirente proposto não deve ser susceptível de dar origem a novos problemas de concorrência, nem suscitar o risco de provocar atrasos na execução dos compromissos propostos.

3.7.2.Entidade Autónoma e Condições para Aceitar Medidas Alternativas.

O que é uma entidade viável para a Comissão? A resposta passa por ter em consideração que se trata de uma actividade com capacidade para ser explorada numa base autónoma, ou seja, de forma independente das partes na concentração, seja no que se refere ao fornecimento de matérias-primas, seja no que concerne a outras formas de cooperação e, que perdure para além do período transitório.

Pode acontecer que as partes venham a ter que optar entre duas actividades, sobretudo quando os problemas identificados de concorrência se referem a uma sobreposição horizontal.

³⁵² É a conduta chamada de “*Front-loading*”, a evitar, podendo as partes igualmente comprometer-se a não levar a cabo tais práticas.^{Esta} conduta foi identificada em Merger remedies Study, Ibid.

Prosseguindo o princípio da proporcionalidade e com a finalidade de minimizar os riscos em termos de viabilidade e competitividade, poderão as partes apresentar também compromissos que proponham a dissociação das vertentes de uma actividade existente que não deva ser forçosamente alienada.

Todavia, tal proposta apenas poderá vir a ser aceite pela Comissão, desde que esta fique convicta que a actividade alienada constituirá, para além de uma actividade viável e autónoma, em face dos riscos da viabilidade e competitividade que a dissociação pode acarretar, serão reduzidos ao mínimo indispensável.

A alienação de activos, nomeadamente marcas e licenças, que não constituíam uma actividade homogénea e autónoma, contempla sempre riscos de viabilidade e competitividade relativamente à nova empresa criada, pelo que quando tal acontece, a Comissão torna-se mais exigente na análise, a não ser na eventualidade de os activos poderem ser considerados já uma entidade viável e independente.

Assim, sempre que possível, a Comissão privilegia a alienação de uma actividade em detrimento da concessão de uma licença ou, qualquer outro compromisso.

Como refere a Comissão na sua Comunicação: *“Se os problemas de concorrência decorrerem da posição de mercado relativamente a uma dada tecnologia ou direitos de propriedade intelectual, a alienação dessa tecnologia ou desses direitos constituirá a medida de correcção preferível, uma vez que suprime uma relação duradoura entre a nova entidade resultante da concentração e os seus concorrentes”*.³⁵³

Dos dados recolhidos através da pesquisa, com referência ao -Critério 1, passamos a enunciar os resultados:

a)Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.

Trata-se de uma variável que constitui o primeiro compromisso analisado e traduz a transferência de uma actividade, para um adquirente adequado.

Encerra, quatro sub hipóteses:

1-Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável;

2-Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa;

³⁵³COM., JO 2008/C 267/01, Pt.38, p.22.

3-Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, “misturar e combinar”;

4-Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou, até à expiração da protecção da patente.

Compromissos_Alienação

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Alin_Pac_Act_Comb_Mais_part	8	16,3	16,3	16,3
Alin_Part_Contr_Neg_Independ	9	18,4	18,4	34,7
Gar_Lic_Excl_long_Dur	9	18,4	18,4	53,1
Despojamento_Negocio	23	46,9	46,9	100,0
Total	49	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 23

TABELA 17-Compromissos Alienação

Na análise comparativa das quatro sub hipóteses da variável -alienação de uma actividade a um adquirente adequado, chegamos aos seguintes resultados:

O despojamento do negócio é a medida com mais expressão, correspondendo a 46,9% da amostra. Esta medida é seguida pela Alienação Participação Contratual num Negócio Independente, em exequo com a medida Garantia Licença Exclusiva de Longa Duração, com uma expressão de 18,4%.

Por último, a Alienação Pacote Activos que são Combinados com Mais que uma Parte (Misturar e Combinar), em 16,3% dos casos.

3.8. Alienação Versus, Acordo de Licença-Mudança de Marca.

Excepcionalmente, poderá ser aceite um acordo de licença, em detrimento da alienação, sobretudo quando se coloquem questões de eficiência de investigação ou, quando devido à natureza da actividade, a alienação não seja possível, como já mencionamos.

É de salientar que se exige que o titular das licenças possa concorrer de forma eficaz com as partes, sendo regra que as licenças devem ser exclusivas assim como não estarem sujeitas a restrições, em termos de domínio de utilização, ou a nível geográfico para o licenciado.

A Comissão já aceitou, embora de forma excepcional,³⁵⁴ compromissos que previam a concessão de uma licença exclusiva, limitada no tempo, relativa a uma dada marca, de forma a possibilitar ao licenciado alterar a marca do produto, em determinado prazo previsto pelas partes.

Finda a primeira fase destes compromissos, as partes comprometiam-se numa segunda fase, a abster-se de qualquer utilização da marca.³⁵⁵

Desta forma, o licenciado transferia os clientes da marca objecto de licença, para a sua própria marca, criando um concorrente viável, sem a alienação definitiva da marca objecto de licença.

No **Caso FRIESLAND/CAMPINA-M.5046**, as partes assumiram o compromisso de vender duas marcas Campina para bebidas lácteas de longa duração.

É grande a incerteza de saber se o licenciado poderá subsistir no mercado com êxito, de forma a constituir um concorrente, com base num produto cuja marca tenha sido alterada. A medida de alteração de marca comporta mais riscos do que a alienação de marca.

O Caso estudado **M-5658, UNILEVER/SARA LEE** é exemplificativo de um caso de retirada da marca do mercado europeu, neste caso a marca Sanex.

Tal medida, poderá ser aceite pela Comissão, nos casos em que *“a marca em causa seja largamente utilizada e quando uma proporção elevada do volume de negócios por ela gerada, for realizada fora dos mercados em que foram identificados problemas de concorrência”*.³⁵⁶

Como refere a Comissão, atendendo ao facto de o êxito dos compromissos estarem ligados à viabilidade da própria marca objecto da licença, é importante que estejam reunidas condições prévias para a definição desses compromissos tais como:³⁵⁷

a) A marca a transferir deverá ser conhecida e dispor de uma solidez substancial, a fim de garantir simultaneamente a viabilidade imediata da marca objecto de licença e a sua sobrevivência económica durante o período em que se procede à alteração da marca;

³⁵⁴ COM. 2008/C 267/01) Pt 39, p.21.

³⁵⁵ É a chamada fase de «blackout».

³⁵⁶ COM.JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008, Pt 40.

³⁵⁷ Ibid. Pt. 41.

b) Poderá ser necessária a transferência de uma parte dos activos de produção ou distribuição dos produtos comercializados sob a marca objecto de licença ou, até mesmo a transferência de saber fazer;

c) A licença deverá ter natureza exclusiva e, abrangente, não se devendo limitar a uma gama de produtos num mercado específico e deverá incluir igualmente os direitos de propriedade intelectual, garantindo desta forma que os clientes reconheçam o produto cuja marca tenha sido alterada, não devendo as partes utilizar termos e/ou símbolos semelhantes, por forma a não comprometer o processo de transferência de marca;

d) Igualmente, tanto a fase de concessão da licença como a fase de «*blackout*» deverão ser longos, para que a medida de correcção que preveja a alteração da marca tenha efeitos semelhantes a uma alienação.

Tais recomendações por parte da Comissão advêm do estudo de mercado levado a cabo, que aqui referimos mais uma vez e, resultam da análise dos casos estudados.

O mesmo estudo também analisou os compromissos re-branding ou seja, remédios, onde a licença exclusiva para uma marca são concedidos por um número de anos, durante o qual se espera que o licenciado desenvolva a sua própria marca nova. Pretende-se que o titular da licença temporária possa capturar quota de mercado do licenciante e mantê-la por meio de re-branding ou, substituição por outra marca.

Este tipo de solução apresenta igualmente problemas de implementação, ligados sobretudo ³⁵⁸à eficácia da marca nova, porque as licenças temporárias são susceptíveis de criar situações desconfortáveis na divisão da marca em termos geográficos, bem como entre diferentes produtos na mesma área geográfica.

De forma a garantir a sua eficácia bem como o pretendido efeito estrutural da medida de correcção, é importante assegurar que a empresa mãe originária não tenha qualquer influência na actividade que alienou. Daí que quando apresentem os seus compromissos estes deverão prevenir a impossibilidade de reacquirição da influência por parte da empresa originária, durante um período alargado, sendo aconselhável prever como aceitável um prazo de dez anos, através da estipulação de uma cláusula de não reacquirição.

No **Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458**, a Universal comprometeu-se a não incluir cláusulas a seu favor, em qualquer contrato novo ou

³⁵⁸ Ver p. 32 do Estudo.

renegociado, com os clientes digitais no Espaço Económico Europeu, adiante, EEE, por dez anos.

3.9. Os Compromissos Alternativos em Matéria de Alienação-«Jóias da Coroa».³⁵⁹

Poderá existir incerteza quanto à opção pela solução de alienação de uma actividade viável que elimine os problemas de concorrência, o que pode até acontecer devido à existência de direitos de preferência de terceiros ou, até a impossibilidade de transferência de contratos, direitos de propriedade horizontal ou, mesmo por não ser possível encontrar um adquirente adequado.³⁶⁰

Ainda que as partes entendam encontrar-se em condições de alienar a actividade, a verdade é que a Comissão não pode aceitar a concentração nesses termos, verificando-se alguma das situações mencionadas. Com efeito, o risco da não manutenção da concorrência efectiva, não é um risco aceitável para a Comissão que apenas aceitará os compromissos de alienação desde que se verifiquem as seguintes condições, como se refere na COM. 2008/C 267/01 de 2008:

- a) Ausência de incerteza, devendo a primeira alienação proposta nos compromissos consistir necessariamente numa actividade viável;
- b) Apresentação pelas partes de uma outra possibilidade de alienação que estas serão obrigadas a executar, caso não possam executar o primeiro compromisso, no prazo previsto para o efeito.

Neste caso, o compromisso proposto de forma alternativa deve ser, do género «jóia da coroa», ou seja, depois de executado, deverá ser pelo menos equivalente ao primeiro, em termos de criação de um concorrente viável.

A sua aplicação não poderá levantar qualquer incerteza e, deverá ainda ser susceptível de execução rápida.

O compromisso alternativo jóia da coroa está relacionado também, a necessidade de garantir a não desvalorização de activos na fase da alienação, bem como reduzir os incentivos do vendedor para prolongar no tempo a sua alienação, conseguindo a sua desvalorização.³⁶¹

³⁵⁹Encontramos compromissos alternativos joia da coroa no Caso JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT- (COMP./M.3687) e Caso ABF / GBI BUSINESS- (COMP./M.4980).

³⁶⁰COM. JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008, Pt.44.

³⁶¹ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), p.95.

Será conveniente a aplicação do princípio das medidas provisórias de conservação e separação a todos os activos incluídos nestas soluções alternativas.

A medida alternativa proposta deverá preferencialmente, incidir numa actividade distinta, ou quando seja difícil a possibilidade de encontrar um adquirente adequado, versar sobre actividades e activos, acrescentados às medidas iniciais propostas.

Podemos encontrar este tipo de medida, por exemplo, no **Caso ABF / GBI BUSINESS- COMP./M.4980**, em que para eliminar as preocupações da Comissão, a ABF se comprometeu a alienar as actividades da GBI em Portugal e Espanha a um comprador adequado, com capacidade de produção suficiente para abastecer as empresas. De forma a garantir que o adquirente terá a capacidade de produção necessária, a ABF comprometeu-se a uma de duas soluções alternativas. Ou o comprador terá adquirido anteriormente a fábrica de produção da GBI no Reino Unido ou, as partes alienam a ABF unidade de produção em Portugal, assegurando que estas empresas ficarão ligadas a uma capacidade de produção suficiente, garantindo aos clientes de fermento de padeiro que não serão prejudicados pela concentração.

A transferência da actividade para um adquirente adequado permite concluir o efeito pretendido, já que consubstancia o facto de a actividade se autonomizar de forma a poder subsistir activamente no mercado, pondo de parte as preocupações de concorrência identificadas previamente pela Comissão.

A existência de um adquirente adequado é meio caminho andado para o avale da operação pela Comissão e, traduz um elemento importante a ter em consideração nos compromissos propostos.

Existem requisitos específicos referentes à própria actividade que poderão ser valorados pela Comissão, tais como a obtenção das autorizações necessárias para a aquisição da actividade a alienar, assim como podem ser valorados requisitos específicos referentes à pessoa do próprio adquirente, como por exemplo que pertença ao sector industrial e não financeiro, que seja um gestor experiente no sector em causa, etc.

Com efeito, a identificação de um adquirente adequado, garante por si só, a transferência de uma actividade para um adquirente adequado.

Tal acontecerá desde que se reúnam um conjunto de três condições, a saber:

a) A actividade é transferida num determinado prazo após a adopção da decisão, para um adquirente aprovado pela Comissão com base nos requisitos exigidos para o efeito;

b)As partes não podem concluir a operação notificada antes de terem celebrado um acordo vinculativo relativo à actividade com um adquirente, aprovado pela Comissão, denominado de «adquirente inicial»;

c)As partes identificam um adquirente para a actividade em causa e celebram um acordo vinculativo ainda durante o processo da Comissão, é a denominada medida de correcção do tipo «solução prévia».

No entanto, como salienta a Comissão na sua Comunicação, “*A escolha da metodologia depende dos riscos inerentes ao caso e, deste modo, das medidas que permitam à Comissão concluir com o grau de certeza necessário que o compromisso será aplicado. Tal dependerá da natureza e do âmbito da actividade a alienar, dos riscos da degradação da actividade durante o período provisório até ao momento de alienação, bem como de todas as incertezas inerentes à transferência e à sua concretização, nomeadamente as dúvidas quanto à probabilidade de encontrar um adquirente adequado*”.³⁶²

A experiência empírica evidência que este tipo de compromisso, tem uma expressão de aplicação relativa em 7,8% dos casos estudados.

3.10. Venda da Actividade Alienada.

3.10.1.Num Prazo Fixo Após a Decisão.³⁶³

Tendo em conta os requisitos aplicáveis ao adquirente, num prazo determinado e fixo, a opção por esta metodologia é a mais fácil, desde que seja possível aceitar vários adquirentes, com vista a assegurar uma actividade viável e, caso não exista nenhuma complicação ou entrave à alienação.

Quando tal aconteça, a Comissão poderá concluir não haver razões para suspender a execução da concentração notificada após a sua decisão, podendo a mesma ser concluída.

³⁶²COM.JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008, Pt.51.

³⁶³ Verificou-se o recurso a venda num prazo fixo após a decisão, nos Caso SIEMENS / VA TECH- (COMP./M.3653), Caso JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT (COMP./M.3687), Caso OMYA / J.M.HUBER.PCC (COMP./M-3796), Caso- FRIESLAND FOODS/CAMPINA (COMP./M.5046), Caso ARSENAL / DSP- (COMP./M.5153),Caso UNILEVER / SARA LEE BODY CARE- (COMP./M.5658), Caso (COMP./M 6266) -JOHNSON & JOHNSON/SYNTHES, Caso OUTOKUMPU/INOXUM- (COMP./M.6471).

3.10.2. Adquirente Inicial.³⁶⁴

Uma solução deste tipo será importante quando a Comissão tenha que garantir com grau de certeza necessário que a actividade será efectivamente alienada a um adquirente adequado.

Tal foi evidenciado pela Comissão no **Caso DEUTSCHE BÖRSE / NYSE EURONEXT**³⁶⁵ - **COMP./M.6166**, tendo referido que a UPS deveria ter-se proposto a assinar um contrato com um comprador adequado, antes da implementação da concentração, o que não aconteceu³⁶⁶.

Neste tipo de solução, as partes deverão comprometer-se a não concluir a operação notificada, antes da celebração de um acordo vinculativo relativo à actividade a alienar com um adquirente, acordo esse aprovado pela Comissão.³⁶⁷

A opção por esta medida poderá acelerar a transferência da actividade a alienar pois que os compromissos permitirão à Comissão concluir, com o grau de certeza necessário e relativamente seguro, que a alienação será efectivamente levada a cabo, sem grandes riscos.

³⁶⁴ Constatou-se esta opção nos seguintes casos, Caso E.ON / MOL- (COMP./M.3696), -Caso DONG / ELSAM / ENERGIEZ- (COMP./M.3868), Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- (COMP./M.4180), Caso JCI / FIAMM- (COMP./M.4381), Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING- (COMP./M.4404), Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX- (COMP./M.4513), Caso STATOILHYDRO / CONOCOPHILLIPS- (COMP./M.4919), Caso ABF / GBI BUSINESS- (COMP./M.4980), Caso WESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES- (COMP./M.6203), Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN- (COMP./M.6286), Caso UTC / GOODRICH- (COMP./M.6410), Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC- (COMP./M.6458).

³⁶⁵ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_6166

³⁶⁶ Apesar de entender na Decisão que seria duvidoso que um comprador que não fosse já um integrador tivesse a capacidade e o incentivo para investir na sua própria solução de transporte aéreo, bem como para actualizar a sua rede de terra, para que pudesse tornar-se uma ameaça concorrencial suficiente sobre a entidade resultante da concentração. Pois que, sem volume suficiente de entregas expressas, tal incentivo não parecia existir.

³⁶⁷ COM., JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008: “Em primeiro lugar, tal sucede nos casos em que a alienação se depara com obstáculos significativos, tais como os direitos de terceiros ou incertezas quanto à probabilidade de encontrar um adquirente adequado. Nesses casos, um adquirente inicial permitirá à Comissão concluir, com o grau de certeza necessário, que os compromissos serão aplicados, uma vez que este tipo de compromisso cria maiores incentivos para que as partes procedam à conclusão da alienação, a fim de poderem completar a sua própria concentração. Em segundo lugar, um adquirente inicial pode ser necessário nos casos em que se verificam riscos significativos a nível da manutenção da competitividade e quanto à possibilidade de venda da actividade a alienar no período provisório previsto para o efeito. Trata-se de situações em que os riscos de degradação da actividade a alienar se afiguram importantes, nomeadamente devido à perda eventual do pessoal essencial para a actividade ou em que os riscos intercalares aumentam, dada a impossibilidade de as partes empreenderem o processo de dissociação durante o período provisório, uma vez que essa dissociação apenas pode ter lugar uma vez celebrado um acordo de compra e venda com um adquirente”, Pt.54.

No entanto, é preciso ter em consideração que mesmo que a posse dos recursos logísticos e financeiros aliada à expertise do negócio esteja assegurada, tal não garante por si só a existência de pressão concorrencial entre as partes, já que o comprador poderá demonstrar incapacidade na utilização eficaz dos bens que adquire, seja por falta de experiência operacional, seja por desconhecimento de levar o negócio avante,³⁶⁸ seja por outro motivo que a Comissão venha a entender como plausível.

Exemplo concreto do que se afirma é o **Caso RYANAIR/AER LINGUS-COMP./M4439**, em que a Comissão concluiu, apesar até de poderem existir compradores interessados para o negócio, pela proibição da operação.

Neste caso, a Ryanair ofereceu MC, inclusive o compromisso adquirente inicial tendo-se comprometido a não finalizar a operação enquanto não existisse comprador, mas estes não foram suficientes para eliminar as preocupações da concorrência. Com efeito, no entendimento da Comissão, o número limitado de "slots"³⁶⁹ oferecidos nos aeroportos, não provocaria uma concorrência suficiente de forma a igualar a pressão existente à data da operação, exercida pela concorrente.

Ou, o **Caso OLYMPIC/AEGEAN AIRLINES- COMP./M5830**, em que concluiu que as MC apresentadas não conseguiam remover as barreiras à entrada identificadas relacionadas neste caso com o acesso a infra estruturas essenciais.

Ou também, no **Caso DEUTSCHE BÖRSE / NYSE EURONEXT-COMP./M.6166**, em que a Comissão concluiu que na melhor hipótese, os compromissos tomados em conjunto criariam um concorrente de pequena escala que não seria capaz de limitar suficientemente as duas bolsas, inviabilizando a operação.

Igualmente no **Caso RYANAIR/AER LINGUS III - COMP./M 6663**, concluiu a Comissão, com base nos resultados do estudo de mercado final, que a operação tal como havia sido proposta não iria provavelmente levar à entrada de novos concorrentes aptos a exercer pressão concorrencial suficiente sobre a entidade resultante da concentração

De qualquer forma, independentemente do motivo a verdade é que objectivamente ninguém conhece melhor o negócio que o dono, sendo que o adquirente

³⁶⁸ COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, -A principal causa de insucesso das MC de alienação foi a manutenção de ligações entre cedente e cessionário e a dependência vertical do último de assistência para a viabilidade da sua actividade, op. Cit. p. 25.

³⁶⁹ *Slot* é uma faixa horária eficiente e oportuna.

parte para o mercado com uma desvantagem natural competitiva. Tal situação poderá ser ainda mais gravosa, na alienação de activos tecnológicos.

Trata-se da questão das assimetrias informacionais, a qual tem levantado muita discussão na doutrina, uma vez que os interesses das partes divergem dos da Comissão, uma vez que o vendedor fará todos os esforços para garantir que o comprador será, em teoria, o pior possível dos potencialmente aceites pela Comissão.³⁷⁰ Na verdade, tal interesse é contrário ao seu, por não existir qualquer incentivo em cooperar na escolha de um comprador que irá ser rival, após a concentração.³⁷¹

Por outro lado, também a Comissão evidencia a lacuna de conhecimentos especializados quanto ao tipo de negócio e/ou indústria, assim como a forma como as partes os conduzem, o que faz com que naturalmente a tendência seja a do recurso à medida estrutural.

Embora esse desconhecimento esteja igualmente presente nas Medidas Comportamentais, a verdade é que com a regulação mais acentuada, esses efeitos fazem-se sentir de uma forma menos premente.

3.10.3. Medidas de Correção do Tipo «Solução Prévia».³⁷²

A terceira metodologia prende-se com os casos em que durante o processo já iniciado pela Comissão, as partes identificam um adquirente, celebrando com ele um acordo juridicamente vinculativo que descreve os aspectos essenciais da aquisição, determinando a Comissão na decisão final se, a transferência da actividade a alienar ao adquirente identificado, dissipará ou não e, por que motivos, as preocupações de concorrência suscitadas.

Como se refere na Comunicação em causa e já se disse anteriormente, a Comissão acolhe favoravelmente as medidas de correção do tipo «solução prévia»,

³⁷⁰ MOTTA, M (2004), “Competition Policy: Theory and Practice”, *Cambridge University Press*, refere que “Um dos problemas foi a omissão de bens essenciais para a viabilidade comercial da actividade transferida. Isto pode explicar a percentagem de 44% das alienações nas quais as quotas de mercado do negócio cessionado sofreram descidas, em alguns casos significativas.” loc. Cit. p. 268.

³⁷¹ PAPANDROPOULOS, P. &TAJANA, A. (2006), “The Merger Remedies Study-In Divestiture We Trust?”, *European Competition Law Review*, evidenciam a contribuição activa das partes na desvalorização dos bens, no período entre a aprovação e a execução das MC, pp. 443-454, loc. Cit pp. 446-447 e Estudo, p. 24.

³⁷² Encontramos o recurso a esta medida nos Caso OMYA / J.M.HUBER.PCC (COMP./M-3796), Caso INCO/FALCONBRIDGE- (COMP./M.4000), Caso METSO /AKER KVAERNER- (COMP./M.-M4187).

sobretudo nos casos em que a identidade do adquirente seja fundamental para a eficácia da medida de correção proposta.³⁷³

Uma solução deste tipo «adquirente inicial», prevendo requisitos específicos quanto ao carácter adequado de um adquirente, será geralmente considerada equivalente e aceitável.

Por sua vez, o despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa, contem três sub hipóteses:

- 1-Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão;
- 2-Adquirente inicial;
- 3-Medidas de correção tipo solução prévia;

Todas estas variáveis foram objecto de recolha de dados, como se alcança dos Apêndices, Parte I. e, que passamos a demonstrar.

Despojamento

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Medidas_Solução_Prévia	3	13,0	13,0	13,0
Venda_Após_Decisão	8	34,8	34,8	47,8
Adquirente_Inicial	12	52,2	52,2	100,0
Total	23	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 24

TABELA 18-Despojamento

Constata-se que destas três sub variáveis, da variável -Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa, a que tem maior expressão é a “Adquirente inicial”, com uma ocorrência em 52% das situações (12).

³⁷³ Trata-se de situações em que, dadas as circunstâncias, somente um número muito restrito de adquirentes potenciais podem ser considerados adequados, atendendo nomeadamente ao facto de a actividade a alienar não ser viável enquanto tal, sendo a sua viabilidade apenas passível de ser assegurada por activos específicos do adquirente ou sempre que este último deva apresentar características específicas para que a medida de correção suprima as preocupações de concorrência.

Seguida da medida “Venda após a decisão” que aconteceu em 34,8% das situações (8).

E, por último, a medida de “Solução Prévia”, com 13% (3).

A experiencia empírica demonstra assim que no despojamento do negocio, a medida mais utilizada e aceite é o despojamento em que se propõe um adquirente inicial, o que aconteceu em (12) casos num universo de (23) casos, correspondente à percentagem de 52%, seguida da venda após a decisão, o que ocorreu em 8/23 casos, correspondente a 34,8%, sendo que a medida tipo «Solução Previa», ocorreu em 13% dos casos, 3/23.

3.11. Eliminação dos Vínculos com os Concorrentes.

Outra medida referente aos compromissos de alienação será a eliminação dos vínculos entre as partes e os concorrentes³⁷⁴, sempre que estes contribuam para as preocupações de concorrência.

Desta feita, poderá ser necessária a *“alienação de uma participação minoritária numa empresa comum a fim de suprimir um vínculo estrutural com um concorrente importante ou, de igual forma, a alienação de uma participação minoritária de um concorrente.”*³⁷⁵

Apesar de a alienação destas participações ser a solução preferível, poderá ser aceite pela Comissão, excepcionalmente, a renúncia aos direitos associados às participações minoritárias num concorrente quando seja possível concluir que os benefícios advenientes da participação minoritária num concorrente levantam preocupações de concorrência. Quando tal aconteça, as partes deverão “renunciar a todos os direitos resultantes dessa participação que influenciem o seu comportamento

³⁷⁴ Encontramos este tipo de compromisso no Caso SIEMENS / VA TECH- (COMP./M.3653), Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES) (COMP./M.5335) e Caso (COMP./M.5440) - LUFHANS/AUSTRIAN AIRLINES.

³⁷⁵ Veja-se o Caso E.ON / MOL- (COMP/M.3696), em que a E.ON propôs remédios, através dos quais se prontificou a proceder a uma separação plena da propriedade das actividades de produção e transporte de gás, detidos pela MOL, das actividades de atacado e de armazenamento de gás, que são adquiridas pela E.ON, através da alienação por parte da MOL da sua participação minoritária remanescente na MOL WMT e MOL Storage.

concorrencial, tal como a representação no conselho de administração, os direitos de veto e os direitos à informação” e, deverão fazê-lo, de forma abrangente e permanente.

*Também, “Quando as preocupações de concorrência resultarem de acordos com empresas que fornecem produtos ou serviços idênticos, uma medida de correcção adequada pode consistir em pôr termo aos respectivos acordos, tais como os acordos de distribuição com os concorrentes ou, os acordos que se traduzem na coordenação decertos comportamentos comerciais”.*³⁷⁶

Todavia, nesta última situação é importante garantir a distribuição³⁷⁷ do produto do concorrente no futuro, sob pena de se manterem os problemas de concorrência.

A experiencia empírica demonstra que este tipo de compromisso tem uma expressão de aplicação relativa em 5,2% dos casos estudados.

3.12.Outras Medidas de Correção.

Pese embora o facto de as alienações e a supressão dos vínculos com os concorrentes, serem as medidas de correcção consideradas preferíveis, estas não constituem as únicas MC possíveis para suprimir preocupações de concorrência. Aceitará a Comissão outros compromissos diferentes, mas apenas quando as MC propostas, sejam pelo menos equivalentes a uma alienação.

Segundo **ARIEL**, a Comissão terá usado remédios de acesso numa ampla gama de processos. Por exemplo, refere o autor, compromissos que envolvem direitos de licenciamento foram aceites como remédios adequados a facilitar ou manter acesso à

³⁷⁶ COM 2008/C 267/01 JO L 24, de 29.1.2004 pp 1-22.

³⁷⁷ Caso SFR / TELE 2- (COMP./M.4504) em que a Comissão considerou numa primeira fase que a aquisição proposta seria susceptível de dar origem a problemas de concorrência, tanto a nível horizontal, em mercados a jusante, da distribuição a retalho de TV por assinatura, como verticalmente, nos mercados a montante, da aquisição de direitos de distribuição de TV por assinatura, bem como de conteúdo audiovisual. A fim de eliminar estes problemas de concorrência, a Vivendi e a SFR propuseram compromissos destinados a assegurar que a Vivendi não discriminaria operadores DSL em favor da SFR / Télé 2. Os compromissos apresentados garantiram o acesso aos canais produzidos pela Vivendi ou para os quais a Vivendi detém os direitos de distribuição exclusivos DSL. Pelo que a empresa Vivendi teve que permitir que os operadores tivessem acesso em condições normais de mercado, não podendo ser menos favoráveis do que as concedidas a empresa SFR. Foram também encontrados compromissos com respeito aos pacotes de canais distribuídos pela Vivendi por meio de redes DSL (como CanalSat e Canal Le Bouquet) sendo que os serviços prestados pela Vivendi PPV. Vivendi não à SFR / Télé 2, não poderiam, estabelecer condições mais favoráveis do que as concedidas aos assinantes de outras operadoras de DSL. Outras medidas de garantia de acesso passaram pela proibição da SFR / Télé 2, adquirir os direitos de distribuição DSL exclusivos para os canais produzidos por terceiro, para os quais a Vivendi não detém esses direitos. Por último, também que proibem a Vivendi e a SFR de adquirir determinados direitos exclusivos para recentes filmes americanos e franceses.

tecnologia chave; Acordos de licenciamento terão sido usados para manter a viabilidade de um produto pós fusão, como alternativa às alienações bem como a facilitar a introdução de um novo produto concorrente no mercado (remédios re-branding); E, compromissos de acesso não discriminatório às redes, acesso não discriminatório aos conteúdos e obrigações para fornecer aos concorrentes acesso a plataformas dominantes e tecnologia-chave terão sido aceites pelo Comissão para facilitar acesso ao mercado, reduzir as barreiras à entrada assim como impedir o surgimento de um “porteiro”.³⁷⁸

Noutros casos, os remédios propostos consubstanciaram a necessidade de soluções estruturais de acesso que passam pela separação da propriedade, bem como procedem ao corte de ligação entre a oferta e a infra-estrutura, criando assim condições favoráveis à concorrência para o desenvolvimento sustentável nos mercados de energia em questão e que ofereciam dúvidas.³⁷⁹

Vamos abordá-los.

3.12.1. Medidas de Correção Respeitantes ao Acesso e Outras Medidas de Correção.

Tratam-se de compromissos que proporcionam aos outros participantes do mercado, o acesso a bens essenciais, reduzindo as barreiras à entrada.³⁸⁰

Podem tratar-se de medidas respeitantes a garantir o acesso de saída no mercado, barreiras de saída, como aconteceu no **Caso FRIESLAND / CAMPINA (COMP./M.5046)** em que a entidade resultante da fusão, Friesland Campina, numa última fase da operação, reduziria as barreiras de saída para os produtores de leite que quizessem deixar a nova cooperativa. Esta medida teria como objectivo a criação de uma fonte de leite cru holandês que era independente do Friesland Campina e que, assim, proporcionaria uma solução estrutural de longo prazo.

As MC respeitantes ao acesso são medidas de correção que prevêm a concessão de acesso a infra-estruturas fundamentais,³⁸¹ tais como redes³⁸² e tecnologias cruciais,

³⁷⁸ ARIEL, E., (2006), loc.cit. p. 471.

³⁷⁹ Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180

³⁸⁰ COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, O estudo publicado em 2005, analisou três tipos de remédios de acesso: (1) Concessão de acesso a infra-estrutura ou plataformas técnicas, (2) Concessão de acesso à tecnologia por meio de licenças ou outros direitos de propriedade intelectual, e (3) Finalização de acordos verticais exclusivos, pp. 115, Et. Seq.

inclusivamente patentes,³⁸³ saber fazer ou outros direitos de propriedade intelectual ou de outra natureza³⁸⁴ bem como matérias-primas essenciais.³⁸⁵

Quando uma medida destas é proposta, as partes notificantes obrigam-se a facultar esse acesso a terceiros, de uma forma não discriminatória e transparente a entrada de novos concorrentes no mercado, eliminando-se desta forma entraves à concorrência.³⁸⁶

Estas obrigações de conduta adoptadas, são semelhantes a compromissos de alienação obrigacional, como acontece com a cessão a terceiros de uso de determinados activos (capacidade de produção ou marcas e patentes), podendo ser eficazes quando o problema competitivo é temporal já que os concorrentes da empresa que resultam da fusão, carecem de um período de tempo mais ou menos alargado de forma a poder

³⁸¹ Ibid, onde se refere que a “A Comissão discutiu o fundamento para a concessão de acesso a remédios de infra-estrutura e tecnologia-chave -A mudança na estrutura de mercado resultante de um projecto de concentração pode levar a grandes barreiras ou obstáculos à entrada no mercado relevante. Tais barreiras podem resultar do controlo de infra-estrutura, em especial redes ou tecnologias essenciais, incluindo patentes, *know-how* ou outra propriedade intelectual. Em tais circunstâncias, as soluções podem destinar-se a facilitar a entrada no mercado, garantindo que os concorrentes terão acesso à infra-estrutura necessária ou tecnologia-chave.” p. 119.

³⁸²Veja-se Caso HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA- (COMP./M.6497), contém remédio de acesso grossista de forma a provocar a redução das barreiras à entrada de MVNOs garantindo que a concorrência iria ser salvaguardada e que consistiu em a H3G comprometer-se a fornecer, nos termos acordados, acesso grossista à sua rede até 30 % de sua capacidade, para até 16 operadoras de redes móveis virtuais (MVNOs) nos dez anos seguintes, além de conceder condições privilegiadas ao novo potencial operador de rede móvel de aquisição de espectro da rede na Áustria, permitindo construir uma rede física de serviços de telecomunicações móveis, facultando também condições de aquisição de locais para a sua construção e, o Caso T-MOBILE AUSTRIA / TELE.RING- (COMP./M.3916) em que a T-Mobile se comprometeu de forma a viabilizar a operação por parte da Comissão, a vender dois blocos de frequências 5 MHz 3G/UMTS, licenciadas para a Tele.Ring a concorrentes com quotas menores do mercado, sujeitos à aprovação da entidade reguladora de telecomunicações da Áustria e da Comissão.

³⁸³ Veja-se o Caso SYNGENTA / MONSANTO'S SUNFLOWER SEED- (COMP./M.5675) em que os compromissos incluíram, nomeadamente, o direito de usar, cruzar, raçar e licenciar as linhagens parentais oferecidas, bem como para comercializar e licenciar os híbridos daí resultantes.

³⁸⁴ Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES) (COMP./M.5335) em que o novo operador irá obter os direitos de direitos adquiridos ao longo dos slots relevantes, uma vez que tenha operado uma rota por um determinado período de tempo pré-determinado.

³⁸⁵ No Caso INCO/FALCONBRIDGE- (COMP./M.4000), com a finalidade de assegurar a competitividade a longo prazo da empresa alienada, as partes comprometeram-se a alienar a uma empresa que opera em mineração e / ou processamento de metais, os suficientes recursos de níquel de forma a assegurar a viabilidade da refinaria. Além disso, as partes comprometeram-se a conceder ao comprador a opção de entrar num acordo para o fornecimento de até 60 mil toneladas de níquel em matte anualmente, correspondente ao volume de alimentos actualmente fornecido pela Falconbridge para a refinaria, durante um prazo de até dez anos e, no Caso DONG / ELSAM / ENERGI E2- (COMP./M.3868) em que DONG se propôs a implementar um programa de liberação de volumes significativos de gás, equivalente a 10 % da demanda da Dinamarca em 2005. Tal programa de liberação de gás incluiu seis leilões anuais de 400 milhões de metros cúbicos para uma duração total de 7 anos e. o Caso E.ON / MOL- (COMP./M.3696) em que a E.ON se propôs implementar um programa de liberação de gás bem como alienar metade do seu contrato de fornecimento de gás de 10 anos, com a MOL E & PT.

³⁸⁶ Veja-se COM., 2008/C 267/01, Pt. 63 e 64.

replicar a vantagem competitiva, considerando a Comissão os seus efeitos iguais aos estruturais.

Nos casos identificados, como por exemplo o Caso **HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA- (COMP./M.6497)** ou o Caso **T-MOBILE AUSTRIA / TELE.RING- (COMP./M.3916)**, ambas as operadoras se comprometeram a conceder acesso aos concorrentes à sua rede, durante um determinado período de tempo, para que pudessem elas próprias criar as suas próprias redes.

Trata-se de decisões que se aproximam do princípio da *efficiency offence* ou seja, conceder a uma operação de concentração eficiências que os rivais não podem reproduzir rapidamente, conhecidas por “vantagem de pioneiro”.³⁸⁷

Existem outros compromissos desta natureza que facultam o acesso a plataformas de televisão por assinatura e à energia através de programas de disponibilização de gás.

A Comissão defende que as medidas individuais não permitem reduzir num grau suficiente as barreiras à entrada, sendo acessoriamente necessário um conjunto de medidas, reunindo MC. em matéria de alienação e, compromissos de acesso ou, um conjunto de compromissos destinados a facilitar a entrada de concorrentes.³⁸⁸

De facto importante é que os compromissos permitam a entrada de um número suficiente de novos concorrentes em tempo oportuno. Se assim for, serão considerados pela Comissão como bons e suficientes já que o efeito útil é equiparável a uma alienação.

Muitas vezes obrigar as partes a vender activos pode igualmente reduzir as eficiências da fusão, de uma forma severa. Seja porque é difícil separar objectivamente os activos do resto das empresas que se fundem seja, porque se as priva de uma boa parte das eficiências derivadas da fusão, preferindo-se impor uma obrigação de licença.³⁸⁹

Poderão ser passíveis de aceitação também a apresentação de compromissos que autorizam o acesso não discriminatório a infra-estruturas ou redes das partes na concentração, com a finalidade de garantir que a concorrência não seja entravada em consequência do encerramento do mercado.

³⁸⁷ ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), diz que este procedimento não é isento de crítica, não tendo provavelmente sido aceite pelo Tribunal de Justiça, pois parte do princípio tautológico de que é a própria concentração que cria a posição de domínio. O que sucede sempre que se lança um produto novo, pois o que o lança obtém um monopólio temporal até que é imitado e superado. op. Cit. p.101.

³⁸⁸ Veja-se Caso **HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA-COMP./M.6497**, em que foram aplicadas medidas de desinvestimento e de acesso.

³⁸⁹ ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), op. Cit.100.

Poderá no entanto acontecer que em determinadas situações, seja necessário subordinar um compromisso deste tipo a uma disposição do tipo «adquirente inicial» ou «solução prévia» para que a Comissão possa concluir, com o grau de certeza necessário, que o compromisso será aplicado.

O controlo de uma tecnologia fundamental ou de direitos de propriedade intelectual ³⁹⁰também poderão vir a levantar problemas quanto a questões de encerramento do mercado aos concorrentes que dependam dessa tecnologia ou desses direitos de propriedade intelectual, como recurso essencial para desenvolver actividades num mercado a jusante. ³⁹¹

Desta feita, como diz a Comissão,³⁹² os remédios para garantir a concessão de acesso à tecnologia envolvem normalmente activos de propriedade intangíveis tais como direitos de propriedade intelectual. Tais remédios são úteis quando sem tal garantia, a concentração permitiria às partes impedir o acesso de concorrentes, potenciais compradores que, a fim de competir no mercado em questão, precisam ter acesso a certos activos de propriedade para facilitar o R & D, produção, marketing, vendas, serviços, ou quaisquer outras funções importantes na cadeia de valor.

Já foram identificadas questões de concorrência que resultam do “*facto de as partes não divulgarem as informações necessárias à interoperabilidade de equipamentos diferentes*”. Quando tal acontece, é importante prever compromissos que facultam aos concorrentes o acesso às informações necessárias.

Pode ainda acontecer, em sectores em que os operadores deverão cooperar entre si mediante a concessão recíproca de licenças, preocupações quanto ao facto de a entidade resultante da concentração deixar de dispor de incentivos para conceder licenças, na mesma medida e, nas mesmas condições que anteriormente.³⁹³

Tais situações poderão ser controladas ao nível da concorrência através de compromissos, devendo estes prever naturalmente a emissão de licenças não exclusivas

³⁹⁰ COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, “Enquanto patentes, *know-how* e direitos de design são importantes remédios que lidam com o sector industrial, marcas e direitos de autor são muitas vezes mais soluções que envolvem os sectores de varejo e serviços”, p. 117, Pt.9.

³⁹¹ *Ibid.*, Pt. 119.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ COM.,JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008, de acordo com a COM. da Comissão, “Os compromissos em matéria de acesso assumem frequentemente uma natureza complexa e comportam forçosamente uma descrição geral das modalidades e condições em que o acesso é facultado”, Pt. 66.

³⁹⁴ ou de divulgação de informação, numa base também não exclusiva, aos terceiros dependentes dos direitos de propriedade intelectual ou, de informações para desenvolverem as suas actividades.

Outro aspecto relevante ao nível dos compromissos nesta matéria das licenças, para além da garantia da sua modalidade é, a questão das condições da sua concessão, podendo a licença conceder diferentes graus de direitos e impor obrigações compensatórias ao licenciado, bem como prever a questão do seu preço ou, prever eventualmente, o recurso a licenças isentas de royalties.

Os compromissos deverão excluir ainda eventuais problemas de confidencialidade.

Importará mencionar que os compromissos serão aceites pela Comissão, na condição de a sua complexidade não constituir um risco para a sua eficácia, como já se referiu várias vezes, assim como quando os dispositivos de controlo propostos forem adequados para a sua aplicação efectiva, possibilitando a sua execução, resultados em tempo útil.³⁹⁵

Sobre esta matéria a Comissão emitiu uma orientação referente à aceitação de um acordo de licenciamento, em vez de uma alienação a título definitivo. Refere esta que *“Onde o problema de concorrência é criado pelo controlo de tecnologias essenciais, a alienação de tais tecnologias é o remédio preferível, pois elimina uma relação duradoura entre a fusão e a entidade e seus concorrentes.”*³⁹⁶

Concluindo, diremos que apesar desta orientação, a Comissão poderá aceitar acordos de licença preferencialmente exclusiva e, sem quaisquer restrições de campo de uso para o licenciado, em alternativa à alienação.

³⁹⁴ A licença não exclusiva concede o uso dos direitos de propriedade intelectual para mais de um licenciado e uma licença não-exclusiva não discriminatória concede o direito de uso a todos os licenciados no mesmo território.

³⁹⁵ Na falada COM., refere-se que: “No intuito de garantir a sua eficácia, esses compromissos devem prever os requisitos processuais necessários para o respectivo acompanhamento como, por exemplo, a obrigação de uma contabilidade separada para a infra-estrutura a fim de permitir uma análise dos custos daí decorrentes, bem como dispositivos de controlo adequados. Normalmente, esse acompanhamento deve ser realizado pelos próprios operadores no mercado, por exemplo, pelas empresas que pretendam beneficiar dos compromissos. Entre as medidas que permitem a terceiros executar eles próprios os compromissos figuram nomeadamente o acesso a um mecanismo rápido de resolução de litígios através de um procedimento de arbitragem ou de procedimentos de arbitragem que envolvam as autoridades regulamentares nacionais competentes, caso existentes nos mercados em causa. Se a Comissão puder concluir que os mecanismos previstos nos compromissos permitirão aos próprios operadores no mercado executá-los de forma eficaz e atempada, não será necessário que esta assegure qualquer controlo permanente neste contexto”, Pt.66.

³⁹⁶Ibid.Pt. 144.

Na verdade, neste caso, a licença confere direitos semelhantes aos da propriedade, desde que o licenciado tenha protecção suficiente numa eventual pretensão de rescisão de licença.

-Outras Medidas de Correção que não a Alienação.

Em regra, as medidas de correção de natureza não estrutural que não passam pela alienação, tais como os compromissos assumidos pelas partes no sentido de não adoptarem certos comportamentos comerciais,³⁹⁷ como por exemplo, agrupamento de produtos, não serão suficientes, para por si só, afastar as questões da concorrência provocadas por sobreposições horizontais.

Acresce ainda ser muito difícil o controlo da eficácia das medidas, pois a possibilidade de controlo ao nível da sua execução é difícil para todos os intervenientes, desde a Comissão, até aos outros concorrentes que, de resto, também não dispõem do incentivo de alertar a própria Comissão, já que nenhum benefício lhes advém, de forma directa dos compromissos.

Importa dizer que a aceitação de tais medidas de correção ocorre muito excepcionalmente e em casos específicos, sobretudo quando se levantam problemas de concorrência em estruturas de tipo conglomerado, sendo limitadas no tempo.

Como refere **EZRACHI**, soluções de conduta baseadas em contrato³⁹⁸ também foram utilizadas, pela Comissão ou para rescindir acordos de fornecimento a longo prazo ou a concessão a um terceiro de direitos de distribuição exclusiva.³⁹⁹

Por exemplo, no **Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP/EMI MUSIC-(COMP./M.6458)**, a Universal comprometeu-se a não incluir cláusulas a seu favor,⁴⁰⁰

³⁹⁷ Veja-se Caso SIEMENS / VA TECH-M.3653 em que foi aceite um compromisso de solução de conduta baseada em contrato em que a Siemens, propôs que os seus representantes nos corpos dos accionistas da SMS Demag fossem substituídos por curadores, desta forma garantindo a independência da empresa.

³⁹⁸ Encontramos duas medidas desta natureza no Caso E.ON / MOL- M.3696 -A E.ON comprometeu-se a liberar volumes de gás significativos no mercado, em condições competitivas, bem como a implementar um programa de liberação de gás e alienar metade do seu contrato de fornecimento de gás de 10 anos, com a MOL E & P, assim como no Caso DONG / ELSAM /ENERGI E2- M.3868 em que a DONG se propôs a implementar um programa de liberação de volumes significativos de gás, através de aleilão.

³⁹⁹ EZRACHI, A. (2006), “Behavioural Remedies in Ec Merger Control-Scope and Limitations”, *World Competition Revue*, ob. Cit., p. 472.

⁴⁰⁰ Nesses contratos, colocava cláusulas NMF que obrigavam os clientes digitais a estender qualquer termo favorável concedido aos concorrentes da Universal, para a Universal. A adopção deste compromisso permitirá aos concorrentes da Universal negociar mais livremente com os clientes digitais bem como a obtenção de maior níveis de igualdade entre os concorrentes e a Universal.

em qualquer contrato novo ou renegociado, com os clientes digitais no EEE, por dez anos.

Por outro lado, refere ainda o autor citado que um grupo mais orientado de remédios aceites pela Comissão, incluirão remédios de fixação de preços ou, que visam garantir tratamento justo.⁴⁰¹

Vejam-se os casos de proibição **Caso RYANAIR/AER LINGUS-(COMP./M4439)** em que a Ryanair entre outros, apresentou o compromisso de reduzir imediatamente as tarifas da Aer Lingus em 10% ou, o **Caso-OLYMPIC/AEGEAN AIRLINES-(COMP./M5830)**, no qual foi apresentado um compromisso de controlo de tarifa, pelo qual a entidade resultante da concentração não aumentaria as suas tarifas publicadas nas rotas sujeitas aos compromissos, durante um período de quatro estações IATA consecutivas.

Tais medidas de solução de fixação de preços ou, que limitam a sua subida são medidas destinadas, na opinião de **ÁGUILA-REAL**⁴⁰², a garantir resultados. O autor chama a atenção para o facto de se tratarem de compromissos que na sua opinião não são bons, porque muitas vezes constituem em si mesmo abuso de posição dominante,⁴⁰³ tais como, prática de preços inequitativos, restrições muito severas da liberdade de empresa, provocando efeitos de distorção sobre o mercado, constituindo barreiras à entrada, podendo limitar a entrada no mercado correspondente, assim como são facilmente iludíveis por via indirecta, podendo as empresas alterar a sua oferta de produtos ou serviços, de forma a fixar preços mais elevados.

Por exemplo, no **Caso SFR / TELE 2- (COMP./M.4504)**, a Comissão aprovou a aquisição da Tele 2 France pela SFR., sujeita a condições através da aceitação de compromissos que garantem aos operadores DSL, igualdade de tratamento com a nova entidade no acesso ao conteúdo de televisão, propriedade do grupo Vivendi, da qual faz parte a empresa SFR. Este é um exemplo de medida que passa pelo tratamento justo.

⁴⁰¹ Ibid., p. 473.

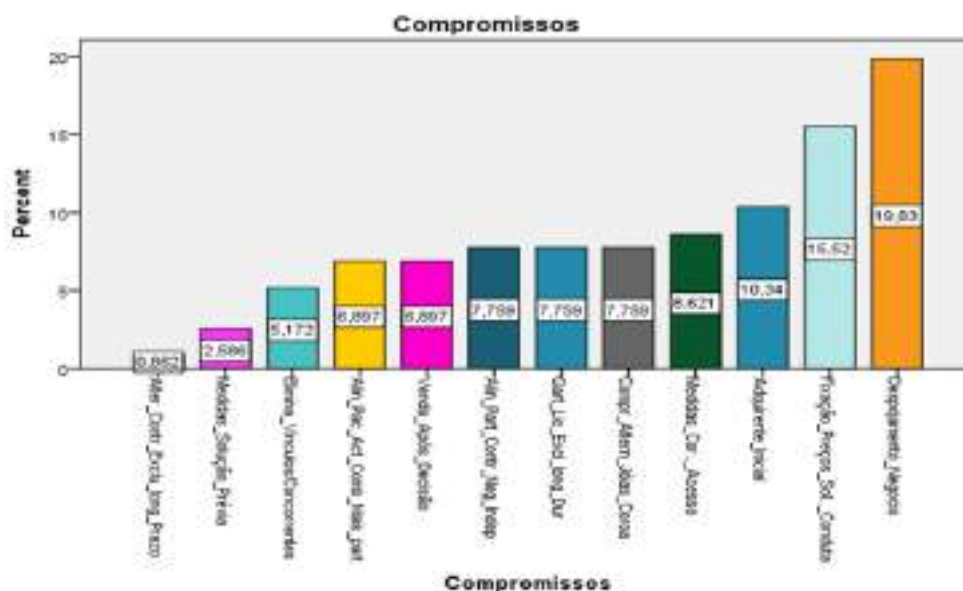
⁴⁰² ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), o A. afirma que as condições impostas às partes: “constituem uma limitação à liberdade de empresa que, para ser legítima constitucionalmente, requiere superar o teste de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), de maneira que se o objetivo de preservar a concorrência pode lograr-se impondo condições menos severas, estas devem ser as adoptadas. Em particular, as condições consistentes em limitar a liberdade de fixação de preços, enquanto afecta a essência da liberdade empresarial, devem justificar-se especialmente”, op. Cit. p.127.

⁴⁰³ Ibid., segundo o A., os compromissos de comportamento aceitáveis pelas autoridades de concorrência são aqueles que implicam limitações à própria conduta que, se não fossem impostos por compromissos, a empresa resultante da fusão não poderia levar a cabo, sem ser acusada de abuso de posição dominante.

Este quarto compromisso de outras medidas de correcção que não a alienação, é objeto de uma sub análise de recolha de dados, em que se analisam os seguintes parametros:

- 1-Medidas de correcção respeitantes ao acesso;
- 2-Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo;
- 3-Agrupamento de produtos;
- 4-Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato.

Os resultados são expressos em gráfico, representando-se da seguinte forma:



Fonte Elaboração Própria 25

Gráfico 5-Compromissos

A experiência empírica demonstra que este tipo de compromisso tem uma expressão de aplicação relativa concreta em:

- a)Medidas de correcção respeitantes ao acesso de 8,621%;
- b)Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo de 0,862%;
- c)Agrupamento de produtos, de 0%0, por isso não se encontra representado;

d)Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato de 15,52%;

Em termos relativos, a informação é apresentada na tabela que se segue.

O Agrupamento de Produtos e a Alteração dos Contratos Exclusivos a Longo Prazo são duas medidas que atenta a sua pouca expressão, não se encontram representadas, representando menos que 1%.

Compr_Resid.Outas_Med_Acesso

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Medidas_Cor._Acesso	6	40,0	40,0	40,0
Fixação_Preços_Sol._Conduta	9	60,0	60,0	100,0
Total	15	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 26

TABELA 19-Compromissos Residuais Outras Medidas de Acesso

Com referencia a este último compromisso - Outras medidas, nas quais se incluem as medidas de correcção de acesso e as medidas de fixação de preços, conduta, resulta da experiencia empírica que adquirem uma expressão relativa de aplicação em 60% dos casos (9/15), por contraposição com o valor percentual de aplicação de 40% para a medida de fixação de preços e conduta (6/15).

Explicando a tabela antecedente onde as variáveis estão representadas, verifica-se o maior recurso à medida de fixação de preços, solução de conduta, em detrimento da medida de correcção de acesso.

3.12.2.Alteração dos Contratos Exclusivos a Longo Prazo.⁴⁰⁴

Poderá acontecer que a alteração da estrutura de mercado resultante da concentração projectada leve a que determinadas cláusulas já existentes, de natureza contratual, se tornem prejudiciais a uma concorrência efectiva.

⁴⁰⁴ Trata-se de uma medida de correcção que não passa pela alienação.

Tal sucede por exemplo na situação em que existem acordos exclusivos de fornecimento a longo prazo. Quando o teor destes acordos limitem a participação dos concorrentes a montante ou, o seu acesso aos clientes a jusante, os efeitos decorrentes dos acordos exclusivos existentes podem contribuir para entravar de forma significativa a concorrência efectiva, já que constituirão um encerramento de mercado para as empresas.

Quando assim é, poderá ter que ser proposta a rescisão ou a alteração⁴⁰⁵ dos acordos exclusivos existentes, sendo esta a forma adequada para eliminar os problemas de concorrência.

3.13. A questão das Restrições Acessórias.⁴⁰⁶

O Rmto. (CE) n° 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, que trata do controlo das concentrações de empresas, menciona no segundo parágrafo da alínea b) do n° 1 do art° 6°, bem como no segundo parágrafo do n° 1 e no terceiro parágrafo do n° 2 do art° 8° que a decisão que declara a concentração compatível com o mercado comum, abrange igualmente as restrições directamente relacionadas com a realização da concentração e, a ela necessárias.

A alteração das regras que regem a apreciação das restrições directamente relacionadas e necessárias à realização da concentração, chamadas de acessórias, introduz um princípio de auto-apreciação, sendo intenção do legislador não obrigar a Comissão a apreciar e, a trata-las, individualmente.

No vigésimo primeiro considerando do preâmbulo determina-se que as decisões da Comissão que declarem as concentrações compatíveis com o mercado deverão abranger automaticamente essas restrições, sem a Comissão ter que as avaliar de forma individual.

A Comissão continua a desempenhar a sua função no que diz respeito a questões novas ou não resolvidas e que dão origem a uma incerteza genuína, sendo que nas restantes, incumbirá às empresas em causa avaliarem elas próprias se e, em que medida, os seus acordos podem ser considerados acessórios a uma operação de concentração.

⁴⁰⁵ Caso E.ON / MOL- M.3696 em que a E.ON se propôs alienar metade do seu contrato de fornecimento de gás de 10 anos, com a MOL E & PT.

⁴⁰⁶COM. da Comissão relativa às restrições directamente relacionadas e necessárias às Concentrações (2005/C 56/03), publicada no J.O da U.E., C 56/24, de 5.3.2005;

No intuito de garantir a segurança jurídica às empresas em causa, a Comunicação fornece orientações sobre a interpretação do conceito de restrições acessórias, definindo os princípios para a apreciação da medida aos acordos, sendo dado tratamento de excepção a questões excepcionais,⁴⁰⁷ às quais o regime não se aplica.

A comunicação substitui a comunicação anterior da Comissão relativa às restrições directamente relacionadas e necessárias às operações de concentração.

3.13.1. Princípios Gerais.

Uma concentração é constituída por disposições contratuais e acordos que estabelecem o controlo, na acepção do nº2 do artº 3º do RC.⁴⁰⁸ Todos os acordos que prosseguem o objectivo principal da concentração, como os relacionados com a alienação de acções ou de activos de uma empresa, fazem parte integrante da concentração.

Para além destes acordos, as partes na concentração podem concluir outros acordos que não fazem parte da concentração, mas que limitam a sua liberdade de acção no mercado.

Se tais acordos incluírem restrições acessórias, estas são automaticamente abrangidas pela decisão que declara a concentração compatível com o mercado comum.

No entanto, para que tal aconteça, tem que existir objectivamente um critério de relação directa e de necessidade, que não advenha só da vontade expressa das partes.

As restrições directamente relacionadas com a concentração estão economicamente relacionadas com a transacção principal e, destinam-se a permitir uma transição harmoniosa para a estrutura alterada da empresa, após a concentração.

⁴⁰⁷ NAVARRO VARONA, E. & BACHES OPI, S., (2004) “El nuevo sistema comunitario de control de concentraciones “, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, referem que o novo Rmtº 134/2009 contém uma modificação relativamente ao tratamento das restrições vinculadas a uma operação de concentração e que possam ser consideradas acessórias. Embora se mantenha o princípio geral de apreciação de que são declaradas compatíveis com o artº 81º do Tratado CE., aquelas restrições aceites pelas empresas afectadas que estejam directamente vinculadas à concentração e sejam necessárias a tal fim, estabelece-se no entanto que tais restrições ficam automaticamente cobertas pela decisão em virtude da qual se autorize uma concentração na medida em que reúnam os requisitos enunciados e ainda que não se faça menção expressa a ela na decisão. A excepção consiste nas questões novas ou sem resolver que dêem lugar a situações de incerteza, caso em que a Comissão a deverá avaliar expressamente se uma determinada restrição está directamente vinculada à realização da concentração e é necessária a tal fim, sendo portanto acessória à concentração, op. Cit. p. 45.

⁴⁰⁸ PÉREZ MOLINA, M. A. (2014), p.124.

Segundo **PÉREZ MOLINA**,⁴⁰⁹ a CE define o conceito de restrição acessória, como uma cláusula contratual vinculada, necessária e proporcional que facilita as partes na obtenção dos fins prosseguidos pela operação de concentração. O autor refere que o denominador comum deste tipo de cláusula consiste na limitação da liberdade de comportamento das empresas participantes sendo que, ao mesmo tempo, coadjuvam a transmissão do controlo, permitindo consolidar uma unidade económica duradoura e permanente.

Assim, os acordos serão necessários à realização da concentração, o que implica, numa análise a contrario sensu, que na ausência de tais acordos, a concentração não poderia realizar-se ou, se realizaria apenas em condições mais aleatórias, a custos substancialmente mais elevados, num prazo consideravelmente maior ou, com dificuldades acrescidas.

Os acordos de que se fala, destinam-se a proteger o valor transferido, a assegurar a continuidade do abastecimento após o desmembramento de uma antiga entidade económica ou, a permitir o arranque de uma nova entidade.

Relativamente às restrições, é necessário não só ter em conta a sua natureza, mas também assegurar que a sua duração e alcance material e geográfico não ultrapassem o exigido razoavelmente para a realização da operação de concentração.

Se existirem alternativas igualmente eficazes para atingir o objectivo legítimo prosseguido, a opção por parte das empresas deve ser privilegiar a que objectivamente causar menores restrições de concorrência.

Como assinala **MIRANDA**,⁴¹⁰ a Comunicação sobre restrições acessórias fixa três limitações concretas para que uma cláusula inibitória de concorrência possa considerar-se proporcionada ou razoável: Assim, em primeiro lugar, a sua duração não pode ser superior a três anos, na eventualidade de a cessão da empresa incluir a transmissão da clientela fidelizada como fundo de comércio e conhecimentos técnicos, ou, dois anos, quando a cessão apenas inclua o fundo do comércio; Por outro lado, em segundo lugar, o seu âmbito geográfico de aplicação terá que limitar-se à zona em que o vendedor oferecia os produtos ou serviços de referência antes do trespasse, sendo que não é necessário proteger o comprador da concorrência do vendedor, em territórios em que

⁴⁰⁹PÉREZ MOLINA, M.A. (2014), “Enjuiciamiento *antitrust* de las restricciones accesorias insertas en operaciones de concentración de empresas en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, (15), Ed.La Ley, 8939/2014, p.170.

⁴¹⁰MIRANDA SERRANO, L. M. (2013), p. 25.

este não se encontrava presente; embora o âmbito geográfico possa ser ampliado aos territórios em que o vendedor tivesse já planeado entrar à data da transmissão, desde que tivesse já efectuado algum investimento com tal fim. E, por último, de um ponto de vista material, terá que limitar-se aos produtos e serviços que constituam a actividade económica da empresa trespassada, pois não se considera necessário proteger o comprador em mercados de produtos ou serviços, nos quais a empresa transmitida não operasse antes da cessão.

Ressalvam-se as concentrações que são realizadas de forma faseada, pois que as disposições contratuais relativas às etapas anteriores ao estabelecimento do controlo, na acepção dos n.ºs 1 e 2 do art.º 3.º do RC., não podem ser consideradas directamente relacionadas e necessárias à realização da concentração. Todavia, um acordo no sentido da abstenção da introdução de alterações significativas nas actividades visadas pela concentração, é considerado directamente relacionado e necessário à implementação da oferta comum.

O mesmo é válido, no quadro de uma oferta comum, no que se refere a um acordo dos participantes na aquisição conjunta, no sentido de não apresentarem separadamente ofertas concorrentes relativamente à mesma empresa ou, de não adquirirem o seu controlo por outra forma⁴¹¹.

Os acordos destinados a facilitar a aquisição conjunta do controlo devem ser considerados directamente relacionados e necessários à realização da concentração. É o

⁴¹¹ Veja-se o Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180 em que as partes intervenientes comprometeram-se a não controlar a Fluxys SA, seja de facto ou de direito, através de um acordo de accionistas a ser celebrado. Com a finalidade de garantirem este compromisso, as partes decidiram: No que diz respeito Fluxys SA, a não ter mais de 45 % do capital da Fluxys.SA; A Publigaz deteria 45 % desse capital; A não ter mais que sete representantes dos vinte e um existentes, no Conselho, em paridade com Publigaz e, a não apresentar propostas para a nomeação dos sete conselheiros independentes que também seriam membros do Conselho; Que a Fluxys S.A não exerce qualquer responsabilidade nas actividades de fornecimento de gás; Proceder à criação de um comité executivo dentro da Fluxys SA, com competência exclusiva em matéria de gestão, onde se inclui a estratégia comercial das infra-estruturas reguladas bem como do plano global de investimentos para infra-estruturas reguladas na Bélgica. O Conselho não poderia rejeitar o plano de investimento global, excepto com fundamento no impacto que tal investimento poderia ter sobre a empresa (cláusula de protecção dos interesses financeiros dos accionistas que atuam como investidores). Nesta circunstância, as partes votarão para permitir que os investimentos sejam financiados por terceiro e, se necessário, para permitir que o capital da Fluxys SA possa a eles ser aberto, com o objectivo específico de os financiar; A não controlar o comité executivo, seja de facto ou “de jure”, o que viria a ser reflectido num acordo de accionistas. No que diz respeito Fluxys International SA, as partes comprometeram-se ao seguinte: A entidade resultante da concentração não deteria mais de 60% do capital da empresa; Fluxys S.A. comissão executiva, acima referidas, deveria elaborar um plano de investimento global para o terminal de GNL e o hub Zeebrugge, que o Conselho de Fluxys Internacional não pudesse rejeitar, a não ser por razões de impacto financeiro sobre a sociedade- cláusula de excepção de protecção dos interesses financeiros de accionistas actuando como investidores, etc...

caso dos acordos celebrados entre as partes para a aquisição conjunta do controlo-Acordo destinado a assegurar a repartição dos activos, visando dividir as unidades de produção ou, as redes de distribuição entre elas, bem como os direitos de marca existentes da empresa adquirida em conjunto, por exemplo.

3.13.2. Princípios Aplicáveis às Restrições no caso de Aquisição de uma Empresa.

Regra geral, as restrições a favor do cedente não são directamente relacionadas e necessárias à realização da concentração ou se são, o seu âmbito e/ou duração, serão normalmente mais limitados do que as cláusulas a favor do adquirente.

Isto porque a necessidade de protecção é mais premente para o adquirente do que para o cedente, pois é ao primeiro que é preciso assegurar que conseguirá obter o valor integral da actividade adquirida e não ao cedente, como é natural.

Assim, com vista a materializar esta maior protecção, a Comunicação 2005/C 56/03, estabelece os direitos colocados à disposição das partes e que são:

3.13.3. Cláusulas de não Concorrência.⁴¹²

As obrigações de não concorrência impostas ao cedente, no contexto da cessão de uma empresa ou de parte de uma empresa, podem ser directamente relacionadas e necessárias à realização da concentração.

Garantem a transferência para o adquirente do valor integral dos activos cedidos, corpóreos e incorpóreos, tais como o *goodwill* acumulado ou, o saber-fazer desenvolvido pelo cedente, constituindo uma medida de protecção e de manutenção.

Contudo, só são justificadas pelo objectivo legítimo de realização da concentração quando a sua duração,⁴¹³ o seu alcance territorial e, o seu âmbito material e pessoal de aplicação, não excederem o que é razoavelmente necessário para esse fim.

⁴¹² Estas cláusulas estão directamente relacionadas com a operação de concentração, sendo necessárias à sua realização, uma vez que sem elas provavelmente a venda da empresa ou de parte da empresa não se poderia concretizar.

⁴¹³ As cláusulas de não concorrência justificam-se por um período máximo de três anos, quando a cessão da empresa inclui a transferência da fidelidade dos clientes sob a forma de *goodwill* e saber-fazer. Quando só está incluído o *goodwill*, justificam-se por um período de menor duração, até dois anos.

Quando a cessão é limitada a activos corpóreos tais como terrenos, edifícios e máquinas ou, a direitos exclusivos de propriedade industrial e comercial, as cláusulas de não concorrência não são necessárias.

O âmbito geográfico de uma cláusula de não concorrência deverá ser limitada à área em que o cedente oferecia os produtos ou serviços relevantes antes da cessão, uma vez que o adquirente não precisa de protecção contra a concorrência do cedente, nos territórios onde este não havia penetrado anteriormente.

Ainda assim, o âmbito geográfico pode ser alargado aos territórios onde o cedente pensava entrar na altura da operação, desde que já tivesse investido na preparação dessa entrada.

Do mesmo modo, as cláusulas de não concorrência devem limitar-se aos produtos e serviços que constituem a actividade económica da empresa cedida, sendo indiferente que se encontrem numa fase avançada de desenvolvimento na altura da cessão, ou já desenvolvidos, ainda que não comercializados.

O cedente pode obrigar-se ele próprio, as suas filiais e, os seus agentes comerciais, não sendo considerada uma obrigação de imposição de restrições similares a terceiros pois que lhe falta o requisito de estar directamente relacionada e, de forma necessária à realização da concentração, como é o caso das cláusulas que restringem a liberdade de os revendedores ou utilizadores procederem a importações ou exportações.

Já as cláusulas que limitam o direito de o cedente adquirir ou manter acções de uma empresa concorrente da actividade transferida serão consideradas directamente relacionadas e necessárias à realização da concentração, em condições idênticas às acima referidas para as cláusulas de não concorrência, a não ser que as restrições digam respeito à aquisição ou à manutenção de acções para fins de investimento financeiro e, não concedam, directa ou indirectamente, funções de gestão ou, uma influência efectiva na empresa concorrente.

As cláusulas de não angariação e de confidencialidade produzem um efeito semelhante, devendo ser avaliadas da mesma forma que as cláusulas de não concorrência.

3.13.4. Acordos de Licença.

A cessão de uma empresa ou, de parte de uma empresa, pode incluir a transferência para o adquirente, tendo em vista a plena exploração dos activos cedidos, de direitos de propriedade intelectual ou de saber-fazer. No entanto, o cedente pode manter a titularidade de tais direitos, a fim de os explorar noutras actividades que não foram objecto de cessão.

Quando tal aconteça, o meio habitual para garantir ao adquirente a plena utilização dos activos cedidos, é a celebração de acordos de licença a seu favor. Do mesmo modo, se o cedente transferiu direitos de propriedade intelectual com a actividade, pode pretender continuar a utilizá-los, total ou parcialmente, para outras actividades que não foram cedidas, acontecendo que nesta situação, será o adquirente a conceder uma licença ao cedente.

As licenças de patentes, de direitos similares ou de saber-fazer podem ser consideradas necessárias para a realização da concentração. Podem igualmente ser consideradas parte integrante da concentração, não precisando de ter uma duração limitada, podendo ser simples ou exclusivas, limitar-se a certos domínios de utilização, na medida em que correspondam às actividades da empresa cedida.

No entanto, as limitações territoriais de fabrico que correspondam ao território da actividade transferida, não são necessárias para a realização da operação. No caso de uma licença concedida pelo cedente de uma empresa ao adquirente, o cedente pode ser sujeito a restrições territoriais incluídas no acordo de licença nas mesmas condições que as fixadas para as cláusulas de não concorrência no âmbito da venda de uma empresa.

Convirá dizer que as restrições concernentes aos acordos de licença que ultrapassem este âmbito, como as que protegem o licenciante e, não o licenciado, não são necessárias à realização da concentração.

Da mesma forma, no caso de licenças de marcas, de denominações comerciais, de direitos de desenhos e modelos, de direitos de autor ou de direitos similares, podem ocorrer situações em que o cedente pretenda manter a titularidade destes direitos com vista à exploração das actividades que conserva, necessitando o adquirente, por outro lado, desses direitos para comercializar os bens ou serviços produzidos pela empresa ou parte da empresa cedida, não sendo também necessária à concentração.

A cessão de uma ou parte de uma empresa, pode conduzir à ruptura dos canais tradicionais de aprovisionamento e de fornecimento que haviam existido, em virtude da antecedente integração das actividades na unidade económica do cedente.

Para viabilizar o desmembramento da unidade económica do cedente e a transferência parcial dos activos para o adquirente, é muitas vezes necessário manter, por um período transitório, as relações entre o cedente e o adquirente.

Este objectivo é normalmente conseguido através da imposição de obrigações de aquisição e, de fornecimento ao cedente e/ou ao adquirente da empresa.

Estas obrigações podem ser consideradas directamente relacionadas e necessárias à realização da concentração, podendo ser determinadas tanto a favor do cedente como do adquirente.

Contudo, a duração das obrigações de aquisição e de fornecimento devem limitar-se apenas ao período necessário para substituir as relações de dependência por uma posição autónoma no mercado, podendo justificar-se por um período transitório máximo de cinco anos.

Tanto as obrigações de fornecimento como as de aquisição relativas a quantidades fixas, eventualmente acompanhadas de uma cláusula evolutiva⁴¹⁴ são reconhecidas como directamente relacionadas e necessárias à realização da concentração. Já as obrigações que prevêm quantidades ilimitadas, a exclusividade⁴¹⁵ ou, que confirmam o estatuto de fornecedor ou de cliente privilegiado, não são necessárias para a realização da concentração.

Os contratos de prestação de serviços e de distribuição⁴¹⁶ produzem um efeito equivalente aos acordos de fornecimento, sendo-lhes aplicáveis as considerações acima enunciadas.

⁴¹⁴Exemplo é o estabelecimento de contingentes- variedade especial de compromissos de conduta que se determinam para situações competitivas de mercado que evolua pior do que o esperado, pelas autoridades e pelas partes no momento da concentração, como por exemplo superar uma determinada quota de mercado.

⁴¹⁵ ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), refere que acabar com a cláusula de exclusividade dos contratos, conferir um direito a resolver “ad nutum” os contratos de distribuição ou, obrigar o dominante a prestar serviços de distribuição aos seus competidores, a preços regulados, são MC comportamentais, op. Cit. p.125.

⁴¹⁶ Os contratos de distribuição fazem com que a empresa resultante da concentração tenha vinculado os principais distribuidores no mercado de referência por um período de tempo grande e em exclusivo. A MC comportamental constitui num acesso a um *input* e, no acesso à distribuição, por parte das empresas que se concentram.

3.14.Princípios Aplicáveis às Restrições no caso de Criação de uma Empresa Comum- n.º4 do artº 3.ºdo RC.

A-Obrigações de não Concorrência.

Pode ser considerada directamente relacionada e necessária à realização da concentração, uma obrigação de não concorrência entre a empresa-mãe e uma empresa comum.Tal acontece quando, as obrigações corresponderem a produtos, serviços e territórios abrangidos pelo acordo relativo à empresa comum ou pelos seus estatutos.

A razão de ser destas cláusulas de não concorrência nasce da necessidade de assegurar que as negociações serão conduzidas de boa-fé, assim como de garantir a utilização plena dos activos da empresa comum ou, de permitir que esta integre o saber-fazer e o *goodwill* transferidos pelas empresas-mãe.

Pode também encontrar a sua razão de ser na necessidade de proteger o interesse destana empresa comum contra actos de concorrência facilitados, nomeadamente, pelo acesso privilegiado da empresa-mãe ao saber-fazer e ao *goodwill* transferidos para a empresa comum.

A cláusula de não concorrência deve ser limitada, por norma, à área geográfica em que a empresa-mãe oferecia os produtos ou serviços relevantes antes da criação da empresa comum e, durante o período de duração desta última.⁴¹⁷

O mesmo acontece relativamente à limitação das cláusulas de não concorrência, no que diz respeito a produtos e serviços que constituem a actividade económica da empresa comum. Deverão ser limitadas aos produtos e serviços que constituem a actividade económica da empresa comum.⁴¹⁸

Presume-se que a participação de uma empresa-mãe na empresa comum não carece de protecção contra a concorrência noutros mercados que não aqueles em que a empresa comum desenvolverá actividades desde o início.

Deverá dizer-se que as obrigações de não concorrência entre a empresa-mãe que não exerce o controlo da empresa comum, não são directamente relacionadas e necessárias à realização da concentração.

⁴¹⁷ Desde que as empresas já tivessem investido na preparação dessa entrada, o âmbito geográfico pode ser alargado ao território em que a empresa-mãe estava a pensar entrar na altura da operação.

⁴¹⁸ Podem incluir produtos e serviços numa Fase de desenvolvimento avançado na altura da operação, mas que ainda não estejam a ser comercializados.

Os princípios aplicados às cláusulas de não concorrência são igualmente aplicáveis às cláusulas de não angariação e de confidencialidade.

Pelas autoridades norte americanas são ainda usadas como medidas desta natureza as proibições de intercâmbio de informação “*firewalls*”⁴¹⁹, entre as empresas que se concentraram, sobretudo em concentrações de natureza vertical quando a empresa que está no mercado ascendente é fornecedora da empresa adquirida e, dos seus concorrentes.

B-Acordos de Licença.

Pode acontecer que uma licença concedida pela empresa-mãe à empresa comum possa vir a ser considerada directamente relacionada e necessária à realização da concentração, independentemente da exclusividade da licença ou, do seu limite temporal.

No entanto, a licença poderá ser limitada a um determinado domínio de utilização correspondente às actividades da empresa comum.

As licenças concedidas pela empresa comum a uma das suas empresas-mãe ou os acordos de concessão recíproca de licenças, podem ser considerados directamente relacionados e necessários, à realização da concentração, nas mesmas condições da aquisição de uma empresa.

C-Obrigações de Aquisição e de Fornecimento.

Verificando-se uma situação de cessão de uma empresa, se a empresa-mãe mantiver a sua presença num mercado a montante ou, a jusante do da empresa comum, quaisquer acordos de aquisição ou de fornecimento, incluindo os acordos de prestação de serviços e de distribuição, estão sujeitos aos princípios aplicáveis.

No **Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000**, as partes para manter a garantia de fornecimento, comprometeram-se a conceder ao comprador a opção de entrar num acordo para o fornecimento de até 60 mil toneladas de níquel em matte, anualmente, correspondente ao volume fornecido pela Falconbridge para a refinaria, durante um prazo de até dez anos, uma vez que a Comissão havia identificado que a fusão eliminaria o fornecedor principal alternativo nesses mercados, medida com a qual pacificou os seus receios.

⁴¹⁹ ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), op. Cit. p. 124.

3.15. Condições e obrigações.

Diferente das cláusulas acessórias, são as condições e obrigações a que a operação fica sujeita a que, embora propostas pelas partes, a Comissão obriga. Na verdade, trata-se da imposição de condições e obrigações, destinadas a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pelos autores da notificação, tendo como finalidade a exequibilidade da operação de concentração.

O estudo permitiu identificar as seguintes:

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Renun_Dto_Sociais/ações	8	17,4	17,4	17,4
Renun_Dto_Cancelar/Revogar	6	13,0	13,0	30,4
Due_Diligence	8	17,4	17,4	47,8
Cláusula_Reexame	11	23,9	23,9	71,7
Cláusula_Não_Influência	7	15,2	15,2	87,0
Obriga_Hold_Separadas	6	13,0	13,0	100,0
Total	46	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 27

TABELA 20-Condições e Obrigações

As variáveis em demonstração são as seguintes;

- 1-Renuncia a Direitos Sociais/Ações;
- 2-Renuncia ao Direito Cancelar/Revogar;
- 3-Due diligence;
- 4-Cláusula de reexame;
- 5-Obrigações Hold Separadas;
- 6-Cláusula de não influência;

A demonstração empírica evidencia que a cláusula de reexame é a condição mais utilizada pelas partes, com uma percentagem de 23,9 % (11 ocorrências), seguida da cláusula de “due diligene”, em exequo com a cláusula de renuncia a direitos sociais/acções 17,4% (8 ocorrências).

A cláusula de não influência tem uma expressão de 15,2% (7 ocorrências). E, a cláusula de renúncia ao direito Cancelar/Revogar, assim como a cláusula de Obrigações Hold Separadas, 13% (6 ocorrências), exequo.

Por se mostrar que a cláusula de reexame é a cláusula com maior relevância, vamos abordá-la.

É frequente as partes colocarem uma cláusula de reexame⁴²⁰ nos compromissos a apresentar. Será esta cláusula que irá permitir à Comissão, naturalmente a pedido das partes, prorrogar prazos facto que é da extrema importância nos compromissos de alienação em que muitas vezes não é possível concluir a alienação no prazo acordado ou até, eventualmente, derrogar, alterar ou mesmo proceder à substituição dos compromissos.⁴²¹

Tal pedido de prorrogação de prazo deve ser apresentado devidamente fundamentado, alegando-se a ocorrência de factos alheios à vontade das partes e, desde que se fundamente que à data do pedido, se estará em condições de alienar com êxito a actividade, a curto prazo. Caso tal não venha a contecer, o administrador responsável pela alienação será a pessoa que estará melhor posicionada, seja para realizar a operação, seja para assegurar a observância dos compromissos.

Importará dizer que no que concerne à aceitação de derrogações ou aceitação de alterações e ainda, substituição de compromissos, em circunstâncias excepcionais, que estes devem ser aplicados num curto período de tempo após a decisão, sendo improvável que o mercado se tenha alterado nesse prazo tão curto, uma vez que a Comissão não aceita cláusulas de reexame geral.

No que se refere concretamente à cláusula de não reacquirição, dir-se-á que a Comissão só proíbe a reacquirição do controlo dos activos alienados, caso tenha verificado, atento o âmbito da alteração da estrutura do mercado, que a alienação deixou de ser necessária.

A derrogação, alteração ou substituição dos compromissos pode ter mais importância em compromissos que não passam pela alienação, tais como os respeitantes ao acesso, assumidos por vários anos e, em relação aos quais, nem sempre é possível prever todas as eventualidades aquando da sua adopção.

Se as partes demonstrarem que a situação existente no mercado se modificou, por confronto com a situação anterior, a existência de circunstâncias excepcionais que

⁴²⁰ Encontramos esta cláusula, entre outros, nos Caso JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT- (COMP./M.3687), Caso OMYA / J.M.HUBER.PCC (COMP./M-3796), Caso INCO/FALCONBRIDGE- (COMP./M.4000), Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING- (COMP./M.4404), Caso SFR / TELE 2- (COMP./M.4504), Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX- (COMP./M.4513), etc.

⁴²¹ COM., JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008, Pt. 71.

justifiquem uma derrogação, alteração ou substituição dos compromissos, poderá ter acolhimento o pedido, caso as partes demonstrem que a modificação do mercado ocorreu de forma significativa e duradoura.⁴²²

Pode ainda acontecer a previsão de uma cláusula que permita à Comissão proceder a uma alteração limitada dos compromissos, na eventualidade de à data da decisão, a Comissão não puder antecipar todas as eventualidades, no que se refere à execução dos compromissos em causa, o que pode vir a ser necessário acontecer, caso os compromissos iniciais não provoquem os resultados esperados.⁴²³

Para além de a Comissão poder alterar, derrogar ou substituir, os compromissos, através de decisão formal, pode acontecer que simplesmente tome nota do facto se forem as partes a fazê-lo, desde que o façam de forma satisfatória e, desde que estas alterações melhorem a eficácia da medida, constituindo obrigações vinculativas para as partes.

Com efeito, tais alterações terão efeito “*ex nunc*” pelo que uma alteração dos compromissos não apagará de forma retroactiva eventuais infracções praticadas antes da data de alteração. Assim tal facto não coloca de parte a possibilidade do levantamento de um processo de infracção por parte da Comissão, ao abrigo dos artºs 14.º e 15.º do RC.

3.16. As Concentrações.

3.16.1. Verticais.

Enquanto as concentrações horizontais se verifica uma eliminação directa da concorrência entre as partes, uma vez que as empresas concorrem directamente entre si,

⁴²² Como refere a Comissão, COM. JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008, a “ existência de circunstâncias excepcionais pode ser igualmente reconhecida se as partes puderem demonstrar que a experiência adquirida na aplicação da medida de correcção revela que o objectivo prosseguido por esta medida seria alcançado de melhor forma se as modalidades do compromisso fossem alteradas. Em relação a qualquer derrogação, alteração ou substituição de compromissos, a Comissão terá igualmente em conta a opinião de terceiros e o impacto que uma alteração pode ter sobre a sua situação e, deste modo, sobre a eficácia global da medida de correcção. Neste contexto, a Comissão examinará igualmente se as alterações afectam o direito já adquirido por terceiros após a aplicação da medida de correcção”. Pt.74.

⁴²³ Ibid., “ Do ponto de vista processual, as partes podem ser obrigadas, neste caso, a propor uma alteração dos compromissos a fim de obterem o resultado neles definido ou a própria Comissão pode, após ter ouvido as partes, alterar para o efeito as condições e as obrigações estabelecidas. Este tipo de cláusula circunscrever-se-á normalmente aos casos em que as modalidades específicas ameaçam comprometer a execução efectiva desses compromissos. Cláusulas deste tipo foram utilizadas, por exemplo, no que respeita às modalidades dos programas de disponibilização de gás” Pt.75.

nas concentrações verticais, estamos perante empresas situadas em distintos estádios do processo económico, uma vez que as empresas não concorrem entre si.

Como refere **MOURA E SILVA**:

“No essencial, as objecções que podem ser suscitadas a uma concentração vertical têm bastantes afinidades com a análise das restrições verticais. A principal preocupação colocada por estas operações, prende-se com o eventual efeito de reforço da posição de uma ou ambas as partes nos respectivos mercados. Ou seja, é o efeito a nível horizontal que pode levar à proibição de uma concentração vertical”.⁴²⁴

Neste tipo de concentrações, a análise implica duas vertentes de estudo - A dos efeitos não coordenados, com relevo para o efeito de encerramento de mercado, que leva a um controlo unilateral pelas partes ou, pelas empresas que permanecem no mercado após a concentração e, a dos efeitos não coordenados.

Nesta última hipótese, importará analisar de igual forma o risco de exclusão da concorrência, nos mercados relevantes.⁴²⁵

De referir também a questão dos conglomerados, na análise dos riscos de exclusão abordando três factores, largamente explorados pela jurisprudência comunitária. Como refere **MOURA E SILVA**, são eles, a “ *Capacidade de encerramento de mercado, em especial o grau de poder de mercado pós concentração a montante e a jusante; A ponderação dos incentivos que possam levar à adopção de condutas tendentes ao encerramento, em particular a rentabilidade da conduta de exclusão e o enquadramento jurisprudencial dos comportamentos necessários à exclusão da estratégia de exclusão; E, por último, a susceptibilidade de a estratégia de encerramento produzir um efeito significativo no mercado afectado.*”⁴²⁶

É característica deste tipo de concentrações verticais a maior apetência para os ganhos de eficiência, mais concretamente, a eliminação de custos de transacção e a resolução do problema da duplicação de margens de lucro.

⁴²⁴MOURA E SILVA, M. (2008),p. 939.

⁴²⁵ Como refere MOURA E SILVA, M., (2008), “A Comissão fundamenta a sua análise do risco concorrencial na chamada teoria da elevação dos custos dos concorrentes- *raising rivals costs*. Assim, ao controlar o acesso a um input essencial ou a um canal importante para o escoamento da produção, a concentração poderá reduzir o grau de concorrência a jusante ou a montante, respectivamente. Tal entrave à concorrência efectiva poderá levar a um exercício de poder de mercado, seja pela nova entidade, seja pelo conjunto de empresas a operar no mercado”, loc. Cit. p. 845.

⁴²⁶ Ibid. pp. 945 e 946.

Como chama a atenção o autor citado, “A análise económica dos custos de transacção mostra que a opção entre a integração vertical e a contratação a terceiros, pode resultar da eficiência comparada das duas soluções.”⁴²⁷

3.16.2-A Questão da Aplicação dos Remédios numa Perspectiva Vertical.

Sabido é que as alienações também visam remover as preocupações verticais.

As preocupações na concepção do remédio para afastar problemas de concorrência nas concentrações verticais comungam das mesmas insuficiências e dificuldades na sua concepção com as preocupações nas concentrações horizontais⁴²⁸.

Neste tipo de situações as questões estão muito ligadas a sobreposição de alienações de negócios.

Quando tal acontece, poderão ser propostos remédios que exigem a alienação de “apenas a sobreposição”, no sentido de que o menor dos dois negócios que se sobrepõem, ser alienado.

A medida foi objecto de estudo amplo pela Comissão,⁴²⁹ tendo esta chegado à conclusão que o recurso a este remédio foi suficiente, num número significativo de casos. Com efeito, o estudo concluiu ainda que o remédio é tanto mais eficaz, quanto o negócio alienado seja auto-suficiente, autónomo, facto que garante a sua viabilidade a longo prazo. Dos doze remédios estudados nesta área, em seis tal aconteceu, sendo que em quatro deles foi levada a cabo, a alienação de participações em *Joint-Venture*, adiante, JV.⁴³⁰

Ao invés, nos casos estudados em que foi alienado menos que o negócio de sobreposição, constatou-se que nestas situações, os recursos transferidos foram ineficazes ou apresentaram grave risco de viabilidade da nova empresa.

Pelo que concluiu a Comissão que existe um grande número de situações em que a alienação de mais do que o negócio de sobreposição teria sido necessário, a fim de garantir um remédio eficaz, sendo este o compromisso desejável por garantir maior índice de sucesso.⁴³¹

⁴²⁷ Ibid., p. 940.

⁴²⁸ COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, p. 21, Et. Seq.

⁴²⁹ Ibid.

⁴³⁰ Ibid., p. 39.

⁴³¹ P. 42 do Estudo.

3.16.3-Os Remédios e as Preocupações de Mercado Verticais e Horizontais.

A Comissão analisou, como se referiu anteriormente, 96 remédios. Destes 96 remédios analisados, 80% envolveram problemas de concorrência horizontais uma vez que as empresas em causa eram concorrentes no mesmo mercado geográfico, 6%, envolveram preocupações exclusivamente verticais e 14% preocupações horizontais e verticais.

Constatou-se que existe uma tendência marcante para em situações de confronto com concentrações horizontais, serem mais comumente aplicados compromissos de transferência de uma posição no mercado.

O quadro é semelhante para casos que envolvem preocupações horizontais e verticais, cabendo o segundo lugar aos remédios relacionados com os recursos de acesso, em cerca de (15%) e, em terceiro lugar, os de saída de uma JV, questão que se colocou em apenas (8%) dos casos.

Em situações de concentração com implicações verticais foram encontrados preferencialmente compromissos com preocupações de concessão de acesso, em quase (83%) dos casos estudados.⁴³²

Tal tipo de remédios são igualmente aplicados na resolução de problemas de concorrência em casos que envolvem uma combinação de preocupações horizontais e verticais.

Interessante é também verificar as estatísticas das quais resulta que 84% dos remédios analisados tinham o seu enfoque na prevenção de controlo exclusivo após a fusão, sendo que 12% destinavam-se a prevenir situações de posição dominante colectiva,⁴³³ ou “efeitos coordenados”.

Assim, embora problemas de posição dominante exclusiva fossem mais comumente abordados por compromissos de transferir uma posição de mercado, as

⁴³² WANG, W. (2011), “A lógica básica para o desenho de um remédio é que a combinação do poder de mercado criado por uma concentração pode impedir a concorrência em vários sentidos. Portanto, os remédios estruturais são mais apropriados, mas os remédios comportamentais normalmente podem prevenir o comportamento abusivo de uma firma dominante”, loc. Cit., p. 589.

⁴³³ MIRANDA SERRANO, L. M. (2000) fala em teoria do monopólio repartido ou *shared monopoly*, dizendo o A. ser o mercado de uns poucos em que nenhum dos oligopolistas tem por si só o poder de incrementar os preços ou de se subtrair à concorrência, antes sim dispondo desse poder de uma forma colectiva, conjunta ou repartida. O A. refere que quanto mais reduzido é o número de empresas presentes no mercado, mais elevado é o risco de que exista interdependência entre elas, op. Cit. p.21.

preocupações de posição dominante colectiva são reincidentes nos compromissos de transferência de uma posição no mercado, bem como para sair de uma JV.

Nesta última situação em que se identificaram problemas relacionados com uma posição dominante colectiva, a solução apontada, para além da adopção de compromissos de alienação, foi também de compromissos tendo como finalidade bloquear a influência do concorrente que danificava a livre concorrência no mercado.

No caso específico dos compromissos de comportamento, discute-se a sua necessidade, bem como se as condutas que se proibem às partes da concentração são, individualmente consideradas, condutas proibidas a uma empresa que tenha poder de mercado, como já se referiu anteriormente, existindo até AA. que são a desfavor da sua aplicação, tal como a proibição de realizar ofertas conjuntas “*tying*” ou, a proibição de venda a baixo custo, práticas predatórias ou ainda, a proibição de discriminar, condutas todas elas que constituem casos típicos de abuso de posição dominante.⁴³⁴

Resulta assim que se nas fusões horizontais a cessão de activos é o remédio preponderante, nas fusões verticais pode ser recomendável utilizar remedios de comportamento que permitam o acesso dos competidores no mercado descendente ou ascendente aos insumos necessários.⁴³⁵

Convém referir que neste tipo de situações em que a estrutura do mercado levanta preocupações de comportamento coordenado, poderão ser aceites pela Comissão, à semelhança do que se passa na regulação americana, compromissos específicos para parar o fluxo de informações⁴³⁶ entre concorrentes.

EZRACHI⁴³⁷ afirma que “*o remédio menos comum, é o que é utilizado de forma esporádica pela Comissão, como uma parede de fogo, para evitar a difusão de informações dentro da entidade resultante da concentração, quando essa transferência de informações era susceptível de gerar efeitos anti concorrenciais*”.

⁴³⁴ ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), op. Cit. p.125.

⁴³⁵ Ibid., p.100.

⁴³⁶ Ver nota rodapé 372.

⁴³⁷ EZRACHI, A., (2006), loc. Cit.p.474.

3.16.4-A Importância das Conclusões do Estudo Feito pela Comissão.

As conclusões retiradas do Estudo estão na base da Comunicação sobre MC,⁴³⁸ a qual se baseou igualmente nos resultados do Estudo da Federal Trade Commission, (também mencionada por FTC), onde se concluiu que cerca de 75% das soluções de transferência de poder de mercado através de alienações se revelaram eficazes na eliminação do dano concorrencial.⁴³⁹

No estudo levado a cabo pela Comissão, esta analisou a eficácia da concorrência dos três tipos mais frequentemente impostos, a nível dos compromissos: para além da transferência de posições no mercado, também a saída de uma JV e, os remédios de acesso.

O estudo concluiu quanto às MC de alienação que, 94% dos negócios cessionados continuavam no mercado, três a cinco anos após a implementação da MC., apesar de para alguns autores estas estatísticas serem enganadoras.⁴⁴⁰

Entre as alienações totalmente eficazes encontram-se apenas 56-57% dos casos, sendo que 25% o foram apenas parcialmente

Do estudo em questão pode concluir-se que em geral,⁴⁴¹ os remédios JV - alienação das participações sociais em empresas-comuns-constituem o tipo de remédio aplicado com mais eficácia tendo sido consideradas as soluções mais bem-sucedidas, seguidas da alienação de um negócio viável e independente.

Tal resultado poderá se explicado por um lado, por serem menos complexos e não transportarem consigo tantos problemas e, por outro, devido ao facto de poderem ser directamente afectados por terceiros, uma vez implementados.

Tais resultados remetem-nos para as questões ligadas aos riscos associados à composição e capacidade competitiva do pacote de bens, bem como à identificação do comprador adequado.⁴⁴²

Aliás no estudo da FTC,⁴⁴³ concluiu-se que “*as alienações ocorridas no período analisado*⁴⁴⁴, *tinham conseguido criar operações viáveis no mercado relevante*”, apesar

⁴³⁸COM. da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão 2008/C 267/01, JO de 22/10/2008, Pt.2.

⁴³⁹BAER (1999), op. Cit. p. 9.

⁴⁴⁰LÉVÊQUE (2006) p. 27.

⁴⁴¹COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, verificou-se uma relação directa entre o sucesso da MC e a sua apresentação na Fase I., pp 133 -134.

⁴⁴²PAPANDROPOULOS & TAJANA (2006), loc. Cit. p. 446 -447.

de os compradores e as partes que procederam ao desinvestimento, muitas vezes agirem de acordo com os seus interesses os quais são frequentemente diferentes das preocupações da autoridade da concorrência, necessitando os compromissos de alienação de conter salvaguardas de forma a garantir a sua correcta execução.⁴⁴⁵

No Estudo da FTC. foram identificados dois motivos para tal: Por um lado, as assimetrias informacionais de mercado e, por outro, os efeitos colusivos.

Nas JV, acontece muitas vezes que o próprio comprador é já um parceiro da JV, com domínio grande do negócio em si, podendo preservá-lo no período interino bem como estar capacitado para exercer uma pressão concorrencial, assim que a transacção for concluída.

O mesmo estudo concluiu que a eficácia dos remédios de acesso era fraco, pese embora tenha incidido sobre uma amostragem reduzida, o que constitui uma vulnerabilidade nas conclusões.⁴⁴⁶

No entanto, em termos de remédios comportamentais, os remédios de acesso são os mais comuns entre os aceites pela Comissão. Tais remédios são particularmente aptos a garantir acesso a infra-estruturas e tecnologia, prevenindo a criação de um “porteiro” e reduzindo as barreiras de entrada.⁴⁴⁷

3.17. Catalogação dos Compromissos-Posição Adoptada.

Determinar a MC. aplicável no caso concreto, justifica a preocupação com o estabelecimento das linhas de orientação constantes da Com. da Comissão de 2008,⁴⁴⁸ na qual se estabelecem os requisitos necessários: eficácia, proporcionalidade e exequibilidade praticável, sem necessidade de monitorização ou supervisão a longo prazo⁴⁴⁹.

⁴⁴³ “ *Study of the Commission’s Divestiture Process*”, levado a cabo pela equipe da Secretaria de Concorrência da Federal Trade Commission, 1999, de que era director William J. Baer.

⁴⁴⁴ Entre 1990 e 1994.

⁴⁴⁵ COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, p. 11, em nota de rodapé.

⁴⁴⁶ Ibid, “Da amostra total de 96 casos analisados, a significativa maioria pertencia às soluções estruturais, isto é, aos dois primeiros tipos (83 casos), sendo 10 relativos a acesso e 3 pertencentes à última categoria. Essas limitações foram aliás reconhecidas, referindo-se aos seus resultados como meramente “indicativos”, pp 16 e 18.

⁴⁴⁷ EZRACHI, A., (2006), p 471.

⁴⁴⁸ Que veio a desenvolver a anterior de 2001 (JO C 68).

⁴⁴⁹ COM., Pt 9.

É na senda destes pressupostos que a UE estabelece uma distinção entre MC., “estruturais” e “comportamentais”. Em função dos seus efeitos no mercado e, dos requisitos insertos na Comunicação, estabelece-se uma preferência clara pela solução estrutural, a alienação de um negócio ou actividade economicamente independente das empresas objecto da operação de concentração.

Partindo da dicotomia “Estrutura vs. Comportamento” subjacente às Orientações sobre MC tentaremos extrapolar a aplicação das designadas soluções comportamentais para além dos casos em que estão actualmente previstas, não só à luz dos requisitos exigíveis na Comunicação, mas sobretudo através da análise do tipo de mercados e/ou modalidades de concentrações, tendo sempre presente a protecção dos consumidores.

Existem diversas formas de tipologia dos compromissos,⁴⁵⁰ variando consoante os autores,⁴⁵¹ como veremos adiante, pese embora o facto de esta ser a mais seguida e, também a adoptada pela CE.⁴⁵²

Diz **EZRACHI**, Ariel que um remédio estrutural tem como característica uma mudança de estrutura fora do mercado, enquanto os remédios comportamentais, tendem a envolver obrigações impostas às empresas sobre a forma como se devem conduzir, como devem usar os seus activos, competir no mercado ou realizar contratos com outras empresas.⁴⁵³

Segundo este autor, a heterogeneidade da categoria comportamental leva a várias dificuldades na classificação, sendo a mais evidente a que resulta do uso da

⁴⁵⁰ EZRACHI, A. (2006), pp.459-479;

⁴⁵¹ Por exemplo ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), faz a seguinte distinção: “Os compromissos ou condições podem ser estruturais ou de comportamento. Os primeiros incluem tipicamente *desinvestimentos* ou cessão de direitos de propriedade industrial ou intelectual. Os compromissos de comportamento são muito variados e classificam-se pela sua finalidade. Assim, alguns tratam de *facilitar a rivalidade horizontal* e obrigam a modificar as relações com clientes finais ou a reduzir restrições verticais ou a mudar a conduta dos compradores; outros tratam de *controlar resultados*, por exemplo, proibindo subidas de preços, isto é, consistem, basicamente, em autolimitar os seus direitos subjetivos. São deste tipo, por exemplo, as obrigações de não utilizar uma marca registada durante um certo tempo; por à disposição de um terceiro parte da capacidade de produção, eliminar determinadas cláusulas dos contratos que celebram com os seus distribuidores; obrigações de fornecimento a terceiros em condições de mercado”, loc. Cit., p. 80.

⁴⁵² WANG, W., (2011) “Remédios estruturais são como cirurgias, eliminando o poder de mercado extremo e exigindo muito menos controlo vis-à-vis, os remédios comportamentais, são como medicamentos que visam um problema competitivo específico e necessitam de supervisão constante. Ambos os remédios estruturais e comportamentais podem ter consequências imprevistas. Se uma decisão acaba por ser errada ou a situação de mercado muda, os remédios adoptados, podem ter efeitos negativos sobre a sua eficiência. Os remédios comportamentais são ajustáveis às novas circunstâncias, mas o impacto de um remédio estrutural na empresa em causa é irrecuperável”, op. Cit. p. 588.

⁴⁵³ EZRACHI, A. (2006), loc. Cit. p. 460.

conceptualização entre estrutural/comportamental, a potencial sobreposição entre os dois grupos, bem como a categorização de remédios em geral.⁴⁵⁴

Pese embora o facto de as opiniões na classificação não serem unânimes, seguimos no entanto a tipologia levada a cabo pela Comissão no trabalho empírico desenvolvido, critério a que obedeceu a recolha dos dados e, que será o extrapolado para a nossa análise, pese embora o facto de relativamente à sua classificação dele discordarmos ,pelos motivos que passamos a explicar.

Tradicionalmente as MC estão divididas em dois tipos: estruturais e comportamentais (ou de conduta). Na Comunicação, a distinção obedece ao critério do tipo de efeitos desencadeados, consoante se preocupem com estrutura do mercado ou a conduta das partes.

A CE estabelece uma distinção entre MC, “estruturais” e “comportamentais”, em função dos seus efeitos no mercado, assim como dos requisitos constantes da Comunicação, estabelecendo uma expressa preferência pela solução estrutural: a alienação de um negócio ou actividade economicamente independente das empresas, objecto da operação de concentração.

Tal entendimento encontra-se reflectido no Ponto 4, - “efeitos na estrutura do mercado” - relativo às MC estruturais e, no Ponto 17, por referência aos “compromissos relativos ao futuro comportamento da entidade resultante da fusão” – no que diz respeito às MC comportamentais.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ Ibid, “A gama de remédios que podem ser incluídas na categoria de comportamento estende-se a partir de compromissos gerais de se comportar ou não se comportar de uma certa maneira, a obrigações licenciar tecnologia chave, fornecer acesso a infraestruturas ou activos -chave. Sem dúvida, esta classificação de largura dá origem a um grupo heterogéneo de remédios com características variadas que vão desde soluções de conduta puros a quase remédios de acesso. Em alguns casos, um remédio de acesso pode ter semelhanças com um estrutural. Em outros, pode exigir a implementação e acompanhamento contínuo, assemelhando-se no resultado a um remédio comportamental mais clássico. A heterogeneidade da categoria comportamental leva a várias dificuldades na classificação. Uma dificuldade perceptível no uso da categorização estrutural / comportamental encontra-se na potencial sobreposição entre esses dois grupos e a categorização de remédios em geral. No contexto europeu de nada vale o recente estudo publicado pela CE. O estudo classifica os remédios em três tipos principais de acordo com o efeito concorrencial a que destina o remédio. Esta classificação distingue entre os compromissos de transferência de uma posição de mercado, compromissos para conceder acesso e compromissos para sair de uma *Joint Venture*. Geralmente a escolha de classificação não muda a essência da análise. No entanto, auxilia no foco de elementos particulares que são únicos para o grupo comportamental”, op. Cit. p 461.

⁴⁵⁵ ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), diz que: “Os compromissos que permitem o acesso de terceiros a um activo ou rede propriedade da parte notificante ou, que se referem a direitos incorporais (direitos de propriedade industrial ou intelectual) encaixam mal nesta classificação já que, normalmente, impõem um comportamento (ceder o uso de uma marca ou de uma patente), mas implicam transmissão a terceiros de direitos subjectivos e, portanto, implicam uma cessão de activos e, a Comissão, tende a considerá-los como estruturais”, loc. Cit. p. 81.

Estas últimas encerram determinado tipo de comportamento/s pós-concentração abrangendo uma amplitude diversa de possibilidades, que variam desde a obrigação de concessão de acesso a “infra-estruturas essenciais” ou o licenciamento de Direitos de PI a concorrentes no mercado relevante, bem como soluções contratuais de fornecimento de produtos ou serviços;⁴⁵⁶ alteração de relações comerciais prolongadas e/ou exclusivas, bem como renúncia a direitos associados a participações sociais⁴⁵⁷ e, ainda, “promessas” de não-adopção de determinadas condutas anti-concorrenciais, após a operação de concentração.⁴⁵⁸

As medidas relacionadas com a conduta das empresas têm como finalidade garantir um espaço de liberdade de acção económica,⁴⁵⁹ sobretudo pela prevenção do encerramento de mercado para que os concorrentes possam desenvolver as suas actividades com base no mérito comercial.

Já as MC. estruturais,⁴⁶⁰ produzem alterações na estrutura organizacional das empresas, sobretudo na venda de um negócio a um novo concorrente ou a um já existente e economicamente independente das partes.

A doutrina defende que as MC comportamentais não se encontram em pé de igualdade quanto à sua susceptibilidade para eliminar as preocupações concorrenciais identificadas, por motivos de certeza e segurança jurídica.

As diferenças constatadas concernentes ao seu “*design*” e implementação levaram alguns autores a divisar uma terceira categoria de MC de conduta, denominadas “quasi-estruturais”. Tais medidas embora geralmente sejam classificadas como comportamentais, revestem-se de um carácter híbrido, pois que resultam em mudanças imediatas e permanentes no mercado, alterando as suas condições estruturais.⁴⁶¹

⁴⁵⁶ COM. 2008/C 267/0, Pts 62-65 e 67-68.

⁴⁵⁷ Pt. 59 Ibid.

⁴⁵⁸ Pt. 69 Ibid.

⁴⁵⁹ MOURA E SILVA, M., (2008), p.13.

⁴⁶⁰ LÉVÊQUE (2000), “The Conduct vs. Structural Remedies Controversy: an Irrelevant Dichotomy of Antitrust Policy Instruments” (2000) CERNA. Disponível em: <http://www.cerna.ensmPt.fr/Documents/FL-MSMay00.pdf>, (acedido em: 23/06/2013), referiu que se inclui também as alienações de activos individuais como direitos de PI, partes de actividades ou participações minoritárias, loc. Cit p. 3 e COM. 2008/C 267/01, Pts 22 e 37;

⁴⁶¹ WENT, D. (2006) “The Acceptability of Remedies Under the EC Merger Regulation: Structural Versus Behavioural” *European Competition Law Review*, pp.455-475, loc. Cit. p. 457, COOK & KERSE (2009), loc. Cit. p. 294 e MOTTA, M. & VASCONCELOS, H. (2007), “Merger Remedies in the European Union: An overview”, *Antitrust Bulletin*, pp. 603-622, op. Cit em p. 611. Para outro tipo de classificações, DAVIES, S. & LYONS, B. (2007) “Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition”, *Edward Elgar Publishing*, 2007; loc. Cit. pp 13-14.

Disso é exemplo, uma licença de acesso exclusiva com validade prolongada ou perpétua e sem pagamentos periódicos que poderá ser considerada como uma MC estrutural, de acordo com o critério dos efeitos, ao invés de uma licença que exija algum tipo de comunicação ou colaboração entre as partes e que, inevitavelmente, comporta elementos de conduta.

Assim abraçamos um critério diferente do defendido pela Comissão, por considerarmos que a classificação inserta na Comunicação não é suficientemente clara e precisa.

Pelo que defendemos que apenas a cessão de direitos de propriedade relativa a activos empresariais – físicos ou intangíveis – define a MC estrutural, já que a natureza deste remédio implica uma alienação independentemente do tipo.⁴⁶²

Igualmente, se constatam diferenças a nível da monitorização ou supervisão, já que nas medidas estruturais tal acontece a curto prazo, ao invés do sucedido nas MC comportamentais que condicionam o exercício dos direitos de propriedade através de obrigações positivas às quais as partes se vinculam e que perduram no tempo

A adopção deste critério, embora constitua um afastamento em relação à posição defendida na Comunicação,⁴⁶³ não contraria a ideia essencial e tradicional da visão quanto aos efeitos produzidos no mercado pelas Medidas Estruturais versus Medidas Comportamentais- A imediata e permanente ou repercutiva alteração no médio e longo prazo, com inerentes e diferenciados reflexos na monitorização.

Abrindo caminho à possibilidade de procura do remédio adequado⁴⁶⁴ para a eliminação dos efeitos anti concorrenciais, evidenciados pela concentração.

3.18.Critica à Posição da Comissão. Argumentos a Favor de Maior Aplicação das MC Comportamentais.

Do ponto de vista da Comissão, remédios estruturais são preferíveis às soluções de conduta, porque envolvem menos monitorização⁴⁶⁵ e proporcionam maior segurança

⁴⁶² Neste sentido, MOTTA, M et al. (2007), op. Cit p. 606.e COM. 2008/C 267/01, Pts 61 e 33, referindo-se a uma empresa, grupo de empresas, abrangendo também qualquer entidade que até à concentração não tivesse ainda a forma jurídica de sociedade, incluindo as concentrações de facto.

⁴⁶³ EZRACHI, A. (2006), refere que a escolha da classificação não altera a essência da análise, p. 461.

⁴⁶⁴ Vejam-se as conclusões retiradas de Estudos Empíricos da Autoridades da Concorrência dos EUA e UE, que tificaram falhas significativas ao nível do *design* e implementação das MC, especialmente das alienações de activos empresariais, BAER (1999) e DG COMP (2005).

na estrutura de mercado concorrencial. Assim, as empresas na concentração estão mais dispostas a propor soluções estruturais.

No entanto, nem sempre estes podem ser aplicados. Com efeito, existem casos em que um compromisso de desinvestimento é impossível ou irrazoável.

Disso é exemplo o Caso **RYANAIR / AER LINGUS III -M 6663**, entre outros anteriormente mencionados⁴⁶⁶, no qual a Comissão concluiu que não existiriam compradores interessados para o negócio, sendo impossível encontrar um potencial concorrente nesse mercado.⁴⁶⁷

Face a tal conclusão, a Ryanair ofereceu remédios, inclusive o compromisso de alienação adquirente inicial tendo-se comprometido a não finalizar a operação enquanto não existisse comprador, mas estes não foram suficientes para eliminar as preocupações da concorrência. Com efeito, no entendimento da Comissão, o número limitado de *slots* oferecidos nos aeroportos, não provocaria uma concorrência suficiente, de forma a igualar a pressão existente à data da operação, exercida pela concorrente.

Ou, por exemplo quando o mercado tenha especificidades próprias, tais como barreiras à entrada decorrentes de acordos exclusivos.⁴⁶⁸

Para além das já faladas assimetrias informacionais- que o Anexo IV com o seu formulário RM relativo às informações pormenorizadas exigidas quanto aos compromissos propostos, veio tentar minimizar, mas não afastou- importa realçar também a questão dos efeitos colusórios, relativamente aos quais foram tomadas medidas, tais como a preservação do valor concorrencial dos bens no período provisório pelo gestor responsável pela separação das actividades, prazos curtos para a agilização do processo e, maior intervenção do administrador de controlo, encarregue da supervisão da execução dos compromissos.⁴⁶⁹

Pois que na verdade, nem sempre a ineficácia da alienação pode ser imputada à vulnerabilidade do cessionário. Na hipótese de o adquirente ser já com antecedência um

⁴⁶⁵ No que diz respeito à implementação e monitorização como argumento pragmático da preferência, aceita-se as dificuldades inerentes às soluções não-estruturais, pois apresentam maior esforço na definição do preço bem como o modo de operar, o que constitui o seu (in) cumprimento e formas de monitorização.

⁴⁶⁶ Ver outros casos mencionados em adquirente adequado.

⁴⁶⁷ Trata-se de um caso analisado no ano de 2007 em que a Comissão proíbe a proposta de aquisição da Aer Lingus pela Ryanair, por esse motivo. Ambas as companhias aéreas operam a partir da Irlanda e são entre si concorrentes.

⁴⁶⁸ PAAS, K., (2006), op. Cit. p. 2.

⁴⁶⁹ COM. 2008/C 267/01, Pts 52, 107-116, 117-130.

concorrente activo no mercado,⁴⁷⁰ a cessão de participações sociais poderá provocar uma redistribuição do poder de mercado que, reflexamente poderá reforçar a concorrência, pela maior eficiência dos operadores fora da concentração.⁴⁷¹

Constata-se que na alienação, as partes envolvidas, bem como o adquirente, são concorrentes directos, operando no mesmo mercado. Assim, em face de factores estruturais⁴⁷² tais como a homogeneidade de produtos, transparência, elevadas barreiras à entrada e estabilidade da procura, o aumento da simetria da capacidade comercial pode alterar a natureza da concorrência no mercado, pois que vendedor e adquirente poderão vir a concluir que beneficiam de maior vantagem na maximização dos seus lucros, levada a cabo pela coordenação de comportamentos, seja expressa ou tácita.⁴⁷³

O efeito produzido é desta feita o contrário do desejado,⁴⁷⁴ levando a aplicação da MC. a uma diminuição da pressão concorrencial e, a comportamentos de dominância colectiva⁴⁷⁵, sendo tal risco agravado nos casos em que o adquirente e o vendedor são concorrentes consolidados em mercados, já de per si concentrados ou, que apresentavam previamente, uma situação de concentração já distorcida.⁴⁷⁶

A constatação da situação faz colocar a questão quanto à opção por uma MC e não pela proibição da concentração, dada a limitação da competência da CE na reposição do

⁴⁷⁰ VERGÉ, T. (2010) “Horizontal Mergers, Structural Remedies, and Consumer Welfare in a Cournot Oligopoly with Assets”, *The Journal of Industrial Economics*, segundo este A., na ausência de sinergias tecnológicas ou assimetrias elevadas, estes efeitos positivos só ocorrerão se os bens forem vendidos a mais do que um comprador pequeno, pp. 723-741, op. Cit. em pp. 735-736;

⁴⁷¹ VASCONCELOS (2010) “Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control” *The Journal of Industrial Economics*, pp.742-766, loc. Cit.p.735-736 e, VERGÉ, T. (2010), “Horizontal Mergers, Structural Remedies, and Consumer Welfare in a Cournot Oligopoly with Assets”, *The Journal of Industrial Economics*, 2010, loc. Cit pp. 723-74, defendem a transferência de poder de mercado numa concentração horizontal através do recurso a uma Medida Estrutural que permite compensar assimetrias significativas, anteriores à concentração, dado que permite o reajustamento dos custos marginais das empresas.

⁴⁷² MOTTA, M. (2004), op. Cit. pp. 142-150.

⁴⁷³ MOTTA, M. et al. (2007), op. Cit.p. 613, COMPTE O., J.F. & REY, P., (2002), “Capacity Constraints, Mergers and Collusion”, *European Economic Review*, pp.1-29, loc. Cit. pp 27-28 e VERGÉ, T. (2010), loc. Cit. p 733 e Estudo, Pt. 18.

⁴⁷⁴ ÁGUILA-REAL, J.A. (2007) diz que: “o remédio pode ser pior que a enfermidade e a execução dos compromissos piorar a estrutura competitiva do mercado”, loc. Cit. p.95.

⁴⁷⁵ MOTTA, M et al., (2007), defende que para que se evitassem os problemas colusivos identificados no Estudo e uma adequada aferição dos interesses económicos do comprador, teria sido fundamental a apresentação por este de um plano de negócios pormenorizado, quanto ao pacote de bens.-op. Cit. pp 616 e 628.

⁴⁷⁶ RAKOVSKY (DG COMP) refere que não existem garantias de que o comprador irá respeitar o plano de negócio assumido no âmbito do processo, apud LINDSAY A & BERRIDGE A, (2009), “The EC Merger Regulation: Substantive Issues” *Thomson Reuters Lmd*, pp. 602-720, loc. Cit. p. 653 e Estudo, para. 22.

satus quo anterior, não podendo exercer prerrogativas de Autoridade Reguladora no mercado.⁴⁷⁷

Assim, apesar do maior poder de mercado⁴⁷⁸ atribuído⁴⁷⁹ pela concentração à segunda empresa no mercado e, o conseqüente risco de colusão, a CE prefere este último cenário, pois que através da concentração, o segundo concorrente terá maior capacidade para comprometer a posição dominante do líder.

Já o mesmo não ocorrerá se a empresa concentrada ocupar a posição dominante de mercado, preferindo nestes casos a Comissão emitir uma decisão de proibição⁴⁸⁰. Isto mostra que a CE prefere uma estrutura menos anti-concorrencial de mercado, baseada numa estrutura tendente à colusão do que à geração de efeitos unilaterais. Nestes casos a MC tenderá a não evitar um aumento de preços anti-concorrencial.

ÁGUILA-REAL,⁴⁸¹ fala em dois tipos de efeitos externos da operação. Por um lado, as partes da fusão e o comprador podem acordar de forma expressa ou tácita *uma redução da oferta* posterior à fusão, fixando um preço por baixo do mercado para os activos que se vendem. Assim, os vendedores estariam a pagar ao comprador, em troca de que este não utilize os activos em plena capacidade. Esta redução de capacidade beneficia igualmente o comprador em preços mais altos para o resto dos seus activos, tendo ambas as partes interesse na sua celebração. Por outro lado, as partes podem utilizar o contrato de compra e venda para *coordenar a sua conduta futura no mercado*

⁴⁷⁷ DAVIES, S. & OLCZAK, M. (2010), "Assessing the Efficacy of Structural Merger Remedies: Choosing Between Theories of Harm?", *Review of Industrial Organization*, demonstram que das MC analisadas, 47% dos casos da amostra não conduziram a estruturas concorrenciais de mercado. Os A. defendem que a CE será levada a escolher o cenário pós-concentração menos anti-concorrencial. A CE tem menor tendência para aplicar uma MC em casos de dominância colectiva se verificar que a empresa pós-concentração não detém uma posição dominante, pp. 83-99; loc. Cit. pp 4-7 e 26-27.

⁴⁷⁸ SAN PEDRO, L.A.V. (2010) - O conceito económico de *poder de mercado*, como sendo a capacidade de uma empresa obter peços e, outras condições de transacção, por cima do seu nível competitivo, durante um período significativo de tempo. O poder de mercado leva a uma posição de domínio, loc. Cit p. 26.

⁴⁷⁹ Ibid, defende que para chegar à conclusão se uma empresa detém poder num mercado relevante, deve-se fazer o exame das *barreiras de entradas*, constatando a medida em que a sua presença permite evidenciar a existencia do dito poder de mercado, loc. Cit. p. 29.

⁴⁸⁰ Caso ABF / GBI BUSINESS-M.4980 em que uma análise em profundidade das estruturas de mercado e das condições em Espanha e Portugal, levou à conclusão de que da fusão teria resultado num comportamento coordenado no mercado entre os concorrentes remanescentes nestes dois mercados (A operação teria reduzido os concorrentes de três para dois). A medida proposta de forma a ultrapassar esta preocupação foi tipo jóia da coroa-encontrar um comprador adequado com capacidade produtiva que garantisse abastecimento do mercado ou a alienação das actividades da GBI em Espanha e Portugal, assegurando que estas empresas ficarão ligadas a uma capacidade de produção suficiente, garantindo que os clientes de fermento de padeiro não fossem prejudicados pela operação.

⁴⁸¹ ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), loc. Cit. p.95.

através de cláusulas que prevejam que continuem a cooperar no futuro, em relação aos activos vendidos.⁴⁸²

Acresce que o teste de mercado no qual consulta clientes, concorrentes, fornecedores e outros terceiros interessados na decisão final e ainda através da audição de consultores especializados ou Autoridades regulatórias, levado a cabo pela Comissão,⁴⁸³ não oferece respostas satisfatórias e imparciais, pois dependem de opiniões de terceiros, com interesses económicos contrários.

Seja numa situação de impossibilidade de um membro do oligopólio, por se afigurar como um membro inapto e desadequado, seja porque um novo concorrente estará sempre numa posição de desvantagem de assimetria informacional, estando presente um panorama de incentivo para juntar-se ao grupo, verificados os pressupostos da dominância colectiva, seja ainda porque o procedimento de escolha do comprador adequado pode encontrar-se viciado por premissas económicas desajustadas,⁴⁸⁴ a verdade é que os compromissos adequados,⁴⁸⁵ são aqueles que influenciam o comportamento pós concorrencial e, desincentivam os restantes concorrentes de actuar de forma coordenada.

A avaliação *a priori* do perfil dos compradores interessados no pacote de bens, é importante em face da conclusão do Estudo de que, a inexistência de candidatos que possam ser aceites pela Comissão, poderá implicar o afastamento das MC estruturais.⁴⁸⁶

Pelos motivos expostos, a doutrina tem apontado as vantagens das MC comportamentais.

Fundamentado no princípio da proporcionalidade⁴⁸⁷ que funciona como um limite para a medida da acção da CE. e que manda que, entre o leque das várias opções de

⁴⁸²Ibid., o A. defende que tais efeitos poderão ser atenuados, no primeiro caso, através do compromisso da empresa resultante da fusão, em não participar na troca de informação após a fusão e, no segundo, proibindo as cláusulas nos contratos de compra e venda que façam depender o comprador dos vendedores, proibindo as cláusulas que permitam ao vendedor recuperar os bens, tais como direitos de preferência de aquisição, cláusulas resolutórias, etc., loc. Cit. p.96.

⁴⁸³ DG COMP (2004) , Paras. 26-28.

⁴⁸⁴ MOTTA, M. (2004), op. Cit p 268; LINDSAY & BERRIDGE (2009) op. Cit. p. 658 e, Estudo, Paras. 21 e 46, que refere um caso em que o comprador preferiu pagar um preço inferior por um conjunto menor de bens apesar de se ter considerado que não ia ser viável no mercado. Muitas vezes quem está disposto a pagar mais é porque perspectiva auferir mais lucros.

⁴⁸⁵ MOTTA, M. (2007), refere que a abordagem correcta da MC apropriada deve ter em conta o mesmo teste-duplo usado no regime do controlo de concentrações: evitar condutas unilaterais e, considerar a probabilidade de dominância colectiva, op. Cit. p 617.

⁴⁸⁶ GUY PARKER, R. & BALTO, D.A., (2000) “The Evolving Approach to Merger Remedies”, *Antitrust Report*, 2000, pp. 2-28, loc. Cit. p.13 e, PAPANDROPOULOS & TAJANA (2006), loc. Cit. p. 452.

⁴⁸⁷ O princípio não é referido pela Comissão de forma específica.

medida de correção, deve-se escolher a menos onerosa ou gravosa para as partes.⁴⁸⁸ Deste princípio e, como argumento a favor para a sua aplicação, conclui-se que nem sempre existe uma correlação directa entre as soluções estruturais e, o bem-estar do consumidor.⁴⁸⁹

Em face das considerações tecidas, defendemos que os problemas identificados no Estudo poderiam ter sido evitados através do recurso recorrente ao mecanismo do “adquirente inicial”.⁴⁹⁰ Sem se ter identificado e submetido para aprovação, um adquirente adequado, a operação não poderá ser concluída.

O recurso a tal exigência, elimina os riscos enunciados e, dá à CE o tempo que necessita para efectuar a avaliação das MC, podendo analisar de forma cabal a viabilidade dos bens e, dos incentivos do comprador, “*ex ante*”.

Por outro lado, ao transferir os riscos de demoras para as empresas, o mecanismo é o ideal para resolver os problemas de atrasos na implementação da alienação, dissipando igualmente o perigo de deterioração do valor dos bens.

As Orientações publicadas pela Comissão explicam de acordo com o Considerando 29º do RC, que as concentrações podem conduzir a ganhos de eficiência⁴⁹¹ que compensam os prejuízos da concentração, para a concorrência e, por sua vez, para os consumidores.

Com efeito, se as partes na concentração alegarem tais ganhos de eficiência, a Comissão irá analisá-los, desde que sejam verificáveis, específicos à concentração e, suscetíveis de serem repercutidos nos consumidores.⁴⁹²

A medida estrutural condiciona a qualidade de eficiências económicas,⁴⁹³ constituindo um incentivo para a obtenção de vantagens económicas,⁴⁹⁴ nomeadamente

nos termos do TFUE, art. 5º/ 1 e 4.

⁴⁸⁸ Ac. Easyjet/Comissão, op. Cit, para. 133.

⁴⁸⁹ COM. 2008/C 267/01, por exemplo se as partes não alienarem a actividade no prazo fixado, o administrador responsável é mandatado para a alienação sem fixação de preço mínimo, Pt. 97.

⁴⁹⁰ COM. 2008/C 267/01, Pts 50-55.

⁴⁹¹ Estes devem ser (1) resultado directo da concentração, (2) trazerem benefícios para os consumidores e (3) verificáveis, Pts 76-78 das Orientações sobre Concentrações Horizontais (JO 2004/C 31/03) e Pt. 13 das Orientações sobre Concentrações Não-Horizontais (JO 2008/C 265/07).

⁴⁹² Veja-se o processo analisado UPS/TNT Express, em que as preocupações de concorrência foram atenuadas para um certo número de (embora não todos) Estados-Membros com base, nomeadamente, em considerações de eficiência.

⁴⁹³ VERGÉ (2010), defende que a concentração não deve ser aprovada com MC dada a eficácia meramente parcial da alienação de activos em compensar os efeitos negativos do aumento de preços pós-concentração, a não ser que importantes sinergias sejam identificadas, p. 734.

⁴⁹⁴ COSNITA & TROPEANO (2012), “Do Remedies Affect the Efficiency Defence? An optimal Merger-Control Analysis” *International Journal of Industrial Organization*, defendem que para obstar à falta de

relacionadas com as economias de escala ou, poupança de custos de transação, vantagens essas que acabarão por não beneficiar os consumidores através de preços mais baixos e/ou melhor qualidade na oferta dos serviços.

Quando se identifiquem situações desta natureza, melhor seria para os consumidores MC comportamentais, passíveis de aplicação eficaz e controlada.⁴⁹⁵

A propósito do controlo, importa também dizer que se a favor da aplicação das MC estruturais, milita o argumento dos menores custos na monitorização,⁴⁹⁶ já que esta é quase regulatória. No entanto, o recurso crescente a outros tipos de mecanismo de controlo⁴⁹⁷ que, passam até pela inclusão de cláusulas de arbitragem nos compromissos,⁴⁹⁸ deita por terra tais argumentos.

Com efeito assistimos já em vários casos ao recurso a esta forma de monitorização que vai sendo aceite pela Comissão⁴⁹⁹, inclusive nas medidas estruturais.⁵⁰⁰

Sendo verdade que se assim é, também é verdade que as MC estruturais carecem de uma avaliação *ex post*, sendo esta sempre difícil e quase nunca feita, já que a Comissão não tem qualquer poder para solicitar dados de mercado às empresas, estando dependente da sua vontade de cooperar.

Por outro lado, verifica-se que as entidades reguladoras em conjunto com a Comissão, em medidas mais complexas e prolongadas, podem também desempenhar um papel interventivo maior em casos onde tal seja possível.⁵⁰¹

Como crítica, considera-se também a aplicação da MC estrutural de certa forma excessiva sobretudo em custos de transação, em contextos em que o problema concorrencial se circunscreve a territórios geográficos específicos tal como acontece no

incentivos das empresas em provar a existência de eficiências a CE deve abster-se de impor MC caso a qualidade das informações relativas à defesa de eficiências seja significativa., pp.188-196, op. Cit, p. 188.

⁴⁹⁵ WENT (2006), loc. Cit. p.455 e DAVIES, S. & LYONS, B. (2007), loc. Cit.p.247, defendem a aplicação da medida- licença exclusiva combinada com a retirada do licenciante do território em específico, eventualmente incluindo-se a alienação de alguns bens físicos.

⁴⁹⁶ Independentemente da sua natureza estrutural ou comportamental, a eficácia do compromisso apenas é salvaguardada perante formas eficazes de controlo na Fase de cumprimento, pelo que o argumento relativo aos custos de monitorização é importante na análise.

⁴⁹⁷ EZRACHI, A. (2006), pp 477-478.

⁴⁹⁸ ICN (2005) paras. 4.5 e 4.6.e naCOM. “o acompanhamento dos compromissos pode ser realizado pelos próprios operadores de mercado”, Pt. 66.

⁴⁹⁹ TPI em MICROSOFT/COMISSÃO, Proc. T-201/04 [2007] paras. 1251.

⁵⁰⁰ Decisão JOHNSON & JOHNSON (COMP/M.4314).

⁵⁰¹ KATZ, M. L. & SHELANSKY HOWARD, A. (2007) “Mergers and Innovation”, *Antitrust Law Journal* , 2007, pp.1-85, loc. Cit.p.19. Outro exemplo é a solução de licenciamento compulsório na Decisão CIBA-GEIGY Ltd.

sector grossista e retalhista, onde a componente concorrencial se baseia sobretudo no preço, bem como na variedade de serviços e produtos e, também, em indústrias com elevada diferenciação ao nível dos produtos, assentes na investigação e no desenvolvimento.⁵⁰²

Acresce que nos mercados dinâmicos, onde está presente a inovação tecnológica⁵⁰³, nem sempre existe prejuízo para a concorrência em caso de concentração de mercado.⁵⁰⁴

Exemplo de concentração conducente a um monopólio⁵⁰⁵ é a decisão Genzyme Corp./Novazyme Pharms. Inc., FTC, adveniente do FTC, decisão Norte Americana que marca a viragem no dogma que associa concentração de mercado versus prejuízo para a concorrência. Ainda assim, a decisão evidencia que é necessário que as empresas relevantes para a inovação sejam poucas, elegendo um valor superior que é o da concorrência dinâmica no mercado.⁵⁰⁶

Neste tipo de mercados específicos, onde a inovação tecnológica é o factor marcante, a evolução rápida a que estão sujeitos choca com a irreversibilidade das MC

⁵⁰² Veja-se HOEHN, T., RAB, S. & SAGGERS, G., (2009) “Breaking Up is Hard to do: National Merger Remedies in the Information and Communication Industries” *European Competition Law Review*, pp. 255-267.

⁵⁰³ Veja-se ÁGUILA-REAL, J.A, (2007), que refere que “as autoridades podem sentir-se mais reconfortadas a impor um *remedy* consistente numa obrigação de licenciar um direito de propriedade industrial ou intelectual numa operação de concentração, do que num expediente por abuso de posição dominante (negativa a licenciar). E, a razão encontra-se nos previsíveis menores efeitos sobre os incentivos para inovar que existem no primeiro caso, relativamente ao segundo. Porque no primeiro caso está-se a pedir à empresa que divida os resultados do seu esforço inovador com competidores que não tenham suportado os custos correspondentes. Pelo contrario, se uma licença permite que uma concentração se leve a cabo quando poderia ter sido proibida e que oferece a licença como remedio permite à empresa resultante da concentração evitar ter que proceder a outros desinvestimentos necessariamente mais custosos (porque se fossem menos, tê-las-ia oferecido voluntariamente), deduz-se que a empresa resultante da fusão obtém um beneficio como consequência de ter obtido a patente ou, o direito de propriedade intelectual cuja licença pode oferecer”, loc. Cit., p. 80.

⁵⁰⁴ GENZYME CORP./NOVAZYME PHARMS. INC., FTC ficheiro n.º. 021-0026, disponível em <http://www.ftc.gov/opa/2004/01/genzyme.shtm>. -ressalta os efeitos positivos da transacção para a inovação quanto ao tratamento de uma doença rara.

⁵⁰⁵ São importantes nos mercados tecnológicos, adetenção de direitos de PI e o controlo de tecnologias-chave, verificada a tendência para efeitos unilaterais e a especial necessidade de interoperabilidade entre produtos. Na COM. (Pts 63-66) enunciam-se práticas de recusa de fornecimento de bens, escolha de tecnologia incompatível com a dos rivais no mercado a jusante, redução da qualidade do produto fornecido e preços predatórios. OCDE, DADDE/COMP, p. 26, Ibid.

⁵⁰⁶ Por contraposição à “concorrência no mercado”, OCDE, DADDE/COMP, op.Cit., p. 29.

estruturais⁵⁰⁷ perante circunstâncias dinâmicas de mercado, onde até a identificação do mercado relevante, pode alterar abruptamente.⁵⁰⁸

Por outro lado, os potenciais efeitos benéficos da inovação a médio/longo prazo conduzem a um impacto concorrencial mais estendido temporalmente, pelo que os factores estáticos das quotas de mercado e níveis de concentração em mercados dinâmicos não são indicadores de eleição, pois que aqui o bem-estar dos consumidores não pode ser identificado com a procura do menor preço possível⁵⁰⁹.

Em mercados com estas características, nos quais as actividades de investigação e desenvolvimento se encontram fortemente integradas verticalmente, retira-se uma particular dificuldade na escolha do operador apto a conduzir o negócio no âmbito de uma estratégia comercial e logística distinta⁵¹⁰.

Por outro lado, a heterogeneidade de produtos conduz frequentemente a diminutas sobreposições horizontais ou rígidas curvas da procura⁵¹¹. Também a normal circunscrição dos mercados geográficos ao nível nacional impede a substituibilidade entre produtos.

Verificadas estas situações, as MC estruturais não se adequam⁵¹² a este tipo de mercados⁵¹³, atentos os interesses paralelos explicitados e de protecção dos mercados

⁵⁰⁷ ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), defende neste tipo de mercados o recurso a MC comportamentais, op. Cit. p. 101.

⁵⁰⁸ JENNY *apud* LÉVÊQUE. F. & SHELANSKY, H.A. (2003) “*Merger Remedies in American and European Union Competition law*”, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, diz que: “O Estudo revelou que dentro dos compromissos relativos ao acesso, cinco foram considerados desnecessários, qualificando-se por erro tipo I, em contraposição com o de tipo II, definido pela aprovação de concentrações anti-concorrenciais”, op. Cit. p.167 e Estudo, Pt.133.

⁵⁰⁹ Daí que o teste SSNIP, ao incidir sobre as reacções dos consumidores a alterações pequenas de preço sobre os produtos para a análise da curva da elasticidade da procura na definição do mercado relevante não se revele particularmente útil. OECD, DADDE/COMP (2002) pp 8, 22 e 30; KATZ & SHELANSKY (2007), loc. Cit.p. 78.

⁵¹⁰ O que é agravado tratando-se de um tipo de produto relativamente recente ou em Fase final de desenvolvimento, em que a especialização de conhecimentos exigível ao comprador irá implicar monitorização face a necessidade absoluta de cooperação entre as partes, o que contraria o princípio estabelecido no Pt.38 da COM.

⁵¹¹ Ainda que os concorrentes se encontrem ao mesmo nível de produção.

⁵¹² As particularidades da inovação tecnológica permitem enquadrar estas indústrias na hipótese do estatuído no Ponto 38 da Comunicação, no qual se afirma que a “natureza da actividade” pode justificar a preferência por outro tipo de MC em determinados sectores.

⁵¹³ Como a biotecnologia, *software*, serviços de conectividade a internet e telecomunicações.

emergentes, pioneirismo empresarial⁵¹⁴ e, em última instância, do consumidor final, mas tal não implica necessariamente a proibição da transacção.⁵¹⁵

Na decisão a tomar, mais uma vez o recurso ao princípio da proporcionalidade será o caminho a seguir, podendo então determinar o afastamento da alienação das actividades resultantes de processos de investigação e desenvolvimento, juntamente com funcionários, patentes, *know-how*, instalações de produção, listas de clientes, e material resultante da investigação.⁵¹⁶

Poderá ser apontada a título de exemplo a concentração Pfizer/Pharmacia,⁵¹⁷ em que a premissa adoptada pela CE para a aprovação condicional da transacção não se verificou, tendo a alienação dos produtos e direitos associados ao desenvolvimento e comercialização do *spray* nasal para a disfunção eréctil apresentado ineficácia do ponto de vista da substituíbilidade da procura, não se tendo obtido o resultado esperado de restauração da concorrência, devido ao preço e efeitos secundários detectados pois que o novo produto não pôde ser considerado substituto dos já oferecidos pela Pfizer no mercado relevante.

3.19. O Tipo de Mercado, as Preocupações Encontradas e as Consequências a Evitar-Variáveis Nominais do Quadro 4.

O Artº 2º do RC. 139/2004, estabelece as regras para a apreciação das concentrações, dispondo no seu nº 1 que as “*concentrações abrangidas pelo presente Rmto. devem ser apreciadas de acordo com os objectivos do presente Rmto. e, com as disposições que se seguem, com vista a estabelecer se são ou não compatíveis com o mercado comum*”. Para além de estabelecer os critérios que nessa apreciação, a Comissão deve ter em conta e que se enunciam:

“a-A necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efectiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade;

⁵¹⁴ Por exemplo, pela detenção de patentes. KATZ e SHELANSKY (2007), loc. Cit. p. 63.

⁵¹⁵ Existem autores que defendem o recurso nos mercados dinâmicos à teoria das infra estruturas essenciais, para preservação da concorrência no mercado, dado que a alienação pode não ser possível ou adequada. RUBINFELD *apud* LEVÊQUE e SHELANSKY (2003), loc. Cit. p.138.

⁵¹⁶ LINDSAY & BERRIDGE (2009), loc. Cit. p. 638.

⁵¹⁷ Decisão COMP/M.2922, p. 24.

b-A posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder económico e financeiro, as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores, o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento, a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão, os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência.”

a-Tipo de mercado.

Fizemos duas distinções. A análise recaiu sobre os dados referentes aos trinta casos admitidos e sobre os cinco casos proibidos. Os resultados são diferentes e permitem leituras diferenciadas também.

Esta variável vem representada dentro do Quadro 4 e, classifica as características do mercado em que a operação ocorreu. O mercado pode ter, segundo os dados de recolha da informação, duas características, nos casos permitidos:

- 1-Elevadas barreiras à entrada;
- 2-Mercado altamente concentrado;

Cart_Mercado

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Elvad_Barreiras_Entrada	12	41,4	41,4	41,4
Mercad_Concentrado	17	58,6	58,6	100,0
Total	29	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 28

TABELA 21- Características Mercado

Foram analisadas as variáveis de acordo com o objectivo específico, fazendo parte da mesma estrutura. -Características do mercado.

Constataram-se as seguintes ocorrências, nos casos viabilizados:

1-Mercado concentrado,⁵¹⁸17;

2-Elevadas barreiras à entrada,⁵¹⁹12;

O mercado pode ter, segundo os dados de recolha da informação, nos cinco casos proibidos, três características:

1. Elevadas barreiras à entrada- 45% (5 ocorrências);
2. Mercado altamente concentrado- 45% (5 ocorrências);
3. Falta de alternativa de produto- 9% (1 ocorrência).

Carct_Mercado_Proib

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Mercado_Concentrado	5	45,5	45,5	45,5
Bareiras_Entrada	5	45,5	45,5	90,9
Falta_Alter_Produto	1	9,1	9,1	100,0
Total	11	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 29

TABELA 22- Características do Mercado Proibido

Cabendo aqui uma percentagem relativa de incidências para situações de mercado concentrado de 45%, exequo com a percentagem verificada de 45% também para as situações de elevadas barreiras à entrada, tomando a variável falta de produto alternativo uma expressão relativa de 9 %.

Por confronto destes resultados com os verificados nas operações viabilizadas, constata-se que nas proibidas se identificou:

-Mais uma variável, inexistente no primeiro quadro-Falta de produto alternativo.

⁵¹⁸ PEINADO GRACIA, J. I. (2004), refere que a quota de mercado e o índice de concentração são medidos através do índice de Herfindhal- Hirschman (HHI).O exame do grau de concentração segundo o A. não obsta a que a Comissão deva analisar também a natureza anti-competitiva do oligopólio. Desde 1992 que nas Mergers Guidelines se estabelece um sistema de presunções baseadas neste índice, aceitando-se que um mercado com um índice HHI *post merger* inferior a 1000 não está concentrado, devendo a operação ser viabilizada, loc. Cit. pp.13-14.

⁵¹⁹ Veja-se por exemplo o Caso OMYA/J.M.HUBER.PCC (COMP./M-3796), no qual a investigação concluiu que se trata de um mercado concentrado, com elevadas barreiras à entrada, utilizando alguns clientes PCC (produto de Omya) e GCC (produto de Huber) alternadamente, sendo a Omya já o primeiro fornecedor de GCC para a indústria de papel. Detetou-se um elevado risco de criação de posição de domínio, uma posição de dominancia colectiva nos mercados de carbonatos no abastecimento da indústria europeia de papel.

-Em todos os casos em análise estiveram presentes as variáveis de mercado concentrado e barreiras à entrada, o mesmo não se tendo verificado nas decisões referentes aos casos não proibidos.

Assim, no trabalho empírico, observa-se que estas características de mercado estão presentes em maior número nos casos proibidos, sendo um factor que contribui a explicar a causa de maior inviabilização da operação por parte da Comissão que pode levantar sérias dúvidas, determinando a sua proibição – Vd. Apêndices Parte I, II e III.

A ocorrência cumulativa dos dois factores - barreiras à entrada e concentração, está presente em todos os casos de proibição.

Verifica-se que em todos os casos proibidos, as características do mercado concentrado e de elevadas barreiras à entrada estão presentes.

Tal não ocorreu na mesma percentagem nos trinta casos permitidos analisados.

A observação indica também, que a falta de alternativa de produto é um *imput* importante que pode levar a Comissão a determinar a proibição da operação, quando o mercado não permite de todo esta oferta aos consumidores e as partes não conseguiram por via das suas propostas, ultrapassar esta dificuldade.

Quanto mais elevado seja o número de operadores no mercado e, menor a existência de barreiras à entrada, mais certo é que a Comissão viabilize a operação.

Por isso se pode afirmar sem margem de dúvida que a Comissão privilegia sempre a existência de um maior número de actores económicos, presentes no mercado.

b -Preocupações encontradas.

Está relacionada com as preocupações encontradas em cada operação e que a Comissão identificou, atento o previsto no Artº 2º do Rmto. 139/2004.

O nível e o tipo de medidas aceites pela Comissão podem ser mais ou menos exigentes, consoante as preocupações encontradas.

Identificamos os seguintes tipos de preocupações por parte da Comissão, com nove variáveis, tratadas estatisticamente de forma ordenada, em função da sua maior/menor expressão numérica:

1-Criação de posição dominante, 23/50;

2-Eliminação de rivalidade entre os concorrentes/Desaparecimento de concorrentes, 10/50;

3-Receios de garantia de fornecimento competitivo. Redução do número de fornecedores, 8/50;

4-Encerramento de mercado. Barreiras à entrada a novos concorrentes, 3/50;

5-Redução da inovação, 1/50;

6-Impedimento da realização integral dos benefícios da liberalização, 1/50;

7-Redução do risco de escolha clientes, 1/50;

8-Concessão acesso preferencial à subsidiária, 1/50;

9-Risco de coordenação, 1/50;

Assim, a Criação de Posição Dominante é a preocupação mais verificada com 41% dos casos, seguida da Eliminação de Rivalidade entre os Concorrentes/Desaparecimento de Concorrentes, com 23,1%.

Em terceiro lugar, temos a preocupação-Receios de Garantia de Fornecimento Competitivo/Redução do Número de Fornecedores, com 7,7%, seguida da medida-Encerramento de Mercado, Barreiras à entrada a novos concorrentes, assim como a Redução da Inovação, também com 2,6%.

Em sexto, sétimo, oitavo e nono lugar, em exequo-Impedimento da realização Integral dos Benefícios da Liberalização, Redução do Risco de Escolha Clientes, Concessão Acesso Preferencial à Subsidiária e, Risco de Coordenação.

Como se vê no quadro que se apresenta:

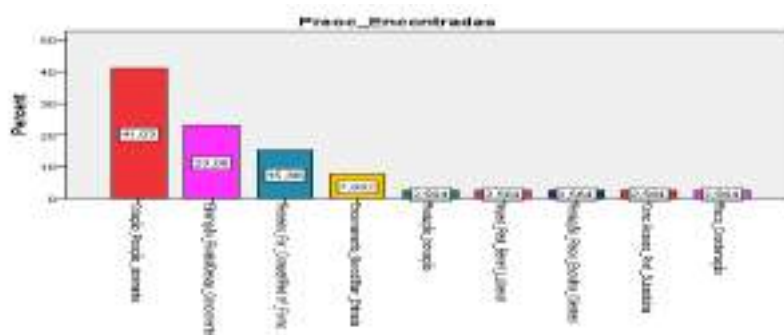
Preoc_Encontradas

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Redução_Inovação	1	2,6	2,6	2,6
Imped_Real_Benef_LLiberal	1	2,6	2,6	5,1
Redução_Risco_Escolha_Clientes	1	2,6	2,6	7,7
Conc. Acesso_Pref_Subsiária	1	2,6	2,6	10,3
Risco_Coordenação	1	2,6	2,6	12,8
Encerramento_Mercd/Bar_r_Entrada	3	7,7	7,7	20,5
Receios_For_CompelRe d.nº_Fornc	6	15,4	15,4	35,9
Eliminação_Rivalid/Desap_Concorrentes	9	23,1	23,1	59,0
Criação_Posição_dominante	16	41,0	41,0	100,0
Total	39	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 30

TABELA 23-Preocupações encontradas

E se deduz também do gráfico apresentado:



Fonte Elaboração Própria 31

Gráfico 6-Preocupações encontradas

Já nos casos proibidos, foram encontradas as seguintes preocupações:

- 1-Aumento dos preços, 6/15, representando 40% - (6 ocorrências);
- 2-Redução do número de operadores, 4/15, representando 26,7% - (4 ocorrências);
- 3-Redução do serviço, 2 /15, representando 13,3% - (2 ocorrências);
- 4-Questões formais, 1/15, representando 6,7% - (1 ocorrência);
- 5-Problemas de interpretação, 1/15, representando 6,7% - (1 ocorrência);
- 6-Falta de clareza, 1/15, representando também 6,7% - (1 ocorrência).

Preoc_Encontradas_Proib

	Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid Falta_Clareza	1	6,7	6,7	6,7
Problemas..Interpretação	1	6,7	6,7	13,3
Questões_Formais_Fund	1	6,7	6,7	20,0
Redução_Oper	4	26,7	26,7	46,7
Aumento_Preços	6	40,0	40,0	86,7
Redução_Serviço	2	13,3	13,3	100,0
Total	15	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 32

TABELA 24-Preocupações Encontradas Casos Proibidos

Pelo que se conclui que, para a proibição da operação, foram determinantes a preocupação com o-Aumento dos Preços em primeiro lugar, seguida do motivo de - Redução do Número de Operadores e, em terceiro lugar, motivos ligados à-Redução do Serviço.

Todos motivos que remetem para preocupações da concorrência, visando em última instância a prossecução da defesa do bem-estar dos cidadãos.

Os restantes motivos, tais como as Questões Formais, os Problemas de Interpretação e, a Falta de Clareza, apontam para a forma inapropriada, na perspectiva da Comissão, de como a proposta foi elaborada e apresentada pela parte interessada, gerando indefinições, incertezas e dificuldades seja na interpretação, seja na questão da concretização e implementação dos compromissos.

c- Consequências a evitar.

Trata-se das consequências a evitar identificadas pela Comissão, resultantes da operação proposta de concentração.

Com relação às consequências a evitar identificaram-se onze, de seguida descritas e que foram objecto de tratamento estatístico. São descritas por número de ocorrências, de forma decrescente.

1-Aumento dos preços, 16/61;

2-Criação posição dominante, 10/61;

3-Efeitos anti concorrenciais nos mercados, 9/61;

4-Eliminação de um concorrente, 8/61;

5-Encerramento mercado. Barreiras à entrada, 5/61;

6-Redução inovação, 4/61;

7-Consumidores com menos possibilidades de escolha, 3/61;

8-Imposição de condições menos favoráveis de oferta aos clientes/qualidade

Produto, 2/61;

9-Comportamento coordenado, 1/61;

10-Capacidade de Dong aumentar a sua flexibilidade, 1/61;

11-Congestionamento slot, 1/61;

PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE

Consequ_Evitar

		Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid	Criação_Posição_Dominante	11	17,7	17,7	17,7
	Eliminação_de_um_Concorrente	8	12,9	12,9	30,6
	Efeitos_anti_Concorrenciais_Merced	9	14,5	14,5	45,2
	Encerramento_Merced_Barreras	5	8,1	8,1	53,2
	Redução_Inovação	4	6,5	6,5	59,7
	Aumento_Preços	17	27,4	27,4	87,1
	Consumid_Menos_Possibil_Escolha	3	4,8	4,8	91,9
	Imposic_Condic_Menos_Favo_Ofert_Client	2	3,2	3,2	95,2
	Comport_Coordenado	1	1,6	1,6	96,8
	Capacid_Dong_Aument_Flexib	1	1,6	1,6	98,4
	Congestionamento_Slot	1	1,6	1,6	100,0
	Total	62	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 33
TABELA 25-Consequências a evitar

E, nos casos proibidos:

Consequ_Evitar_Prob

		Frequency	Percent	Valid Percent	Cumulative Percent
Valid	Diminuição_Qualid_serviço	2	14,3	14,3	14,3
	Aumento_Preços	5	35,7	35,7	50,0
	redução_Concorrência	5	35,7	35,7	85,7
	Menor_Inovação	1	7,1	7,1	92,9
	Diminuição_Ofert_Produto	1	7,1	7,1	100,0
	Total	14	100,0	100,0	

Fonte Elaboração Própria 34
TABELA 26-Consequências a evitar Casos Proibidos

Já nos casos de proibição, as principais consequências a evitar encontradas são as seguintes, por ordem decrescente:

- 1-Aumento de Preços.
- 2-Redução da Concorrência.
- 3-Diminuição da Qualidade do Serviço.
- 4-Menor inovação.
- 5-Diminuição da Oferta de Produto.

3.20. Os Cruzamentos entre as Variáveis e as Respostas às Hipoteses Levantadas.

Partimos agora para o estudo das tabelas de contingência, onde se analisam os dados resultantes de cruzamentos, permitindo outro tipo de leitura, cruzada de dados.

a) Tabela dos Compromissos (Anexo I) versus Tabela das Características do Mercado (Tipo de Mercado), Parâmetro 2 (Apêndice II).

Esta tabela e as outras em cima mencionadas, dentro da al a), tem como universo sómente os casos permitidos.

Foi efectuada uma descrição pormenorizada, devendo ler-se o resultado da análise da seguinte forma: As sub variáveis que se assinalam a azul, indicam uma associação entre elas, por representarem valores de percentagem superiores aos insertos na margem vertical.

O primeiro objectivo deste cruzamento é saber em função das características do mercado (Tipo de Mercado), quais são os compromissos tendencialmente aceites.

O objectivo segundo é saber se existe uma evidência de associação e em caso positivo qual, entre estas sub variáveis, das duas variáveis- os compromissos e as características do mercado.

O terceiro objectivo é saber se o compromisso aceite tende a ser medianamente o mesmo na presença das mesmas características de mercado.

Compromissos * Carct_Mercado Crosstabulation

			Card_Mercado			Total
			Mercado_Concentrado	Elevad_Barreira_Entrada	Casos_Não_Identificados	
Compromissos	Alin_Part_contr_Neg_Ind	Count	4	2	3	9
		% within Card_Mercado	17,4%	10,0%	17,8%	15,8%
	Alin_pat_Art_Comb_Ma	Count	2	3	3	8
	is_Pat	% within Card_Mercado	8,7%	15,0%	17,8%	13,3%
	Gar_Lic_Excl_Long_Dur	Count	2	1	6	9
		% within Card_Mercado	8,7%	5,0%	35,3%	15,8%
	Despojamento_Negocio	Count	8	10	5	23
		% within Card_Mercado	34,8%	50,3% ^a	29,4%	38,3%
	Venda_Apos_Decisao	Count	4	2	0	6
		% within Card_Mercado	17,4% ^b	10,0%	0,0%	10,8%
	Adquirente_Inicial	Count	3	2	0	5
		% within Card_Mercado	13,0%	10,0%	0,0%	8,3%
Total		Count	23	20	17	60
		% within Card_Mercado	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%

a. Existe evidência de associação entre o Despojamento_Negocio e Elevadas_Barreiras_Entrada

b. Existe evidência de associação entre Venda_Apos_Decisao e Mercado_Concentrado

Fonte Elaboração Própria 35

TABELA 27-Compromissos versus Características do Mercado

Numa dimensão de (60) casos, (43) foram identificados e (17) não foram identificados.

Realçando as partes com mais evidência, observamos que na variável dos compromissos, a sub variável do despojamento do negócio é a mais representativa, num total de (18) casos, dos quais (8) ocorreram em mercado concentrado, e (10) em mercados com elevadas barreiras à entrada, não tendo sido identificados (5) casos.

Verificou-se assim que a medida de despojamento do negocio foi a medida mais aceite na presença de mercados com elevadas barreiras à entrada e/ou concentrados.

A Venda após a Decisão tem mais expressão quando ocorre um mercado concentrado (4), do que quando se verificam elevadas barreiras à entrada (2), sendo que na hipótese de se tratar de um Adquirente Inicial, a mesma situação se repete, tendo mais expressão numa situação de mercado concentrado do que num mercado com elevadas barreiras à entrada, embora com a proporção, de (3) casos para (2).

Nos casos em que a medida proposta são as Garantias de Licença Exclusiva de Longa Duração, constatou-se que numa situação de mercado com elevadas barreiras à entrada, verificamos a frequência de (1) caso e, numa situação de mercado concentrado, de 2 casos.

Na parte da identificação, (6) correspondem a Alienação Participação Negócio Independente, com a distribuição de 4/2- Mercado Concentrado/Barreiras à Entrada.

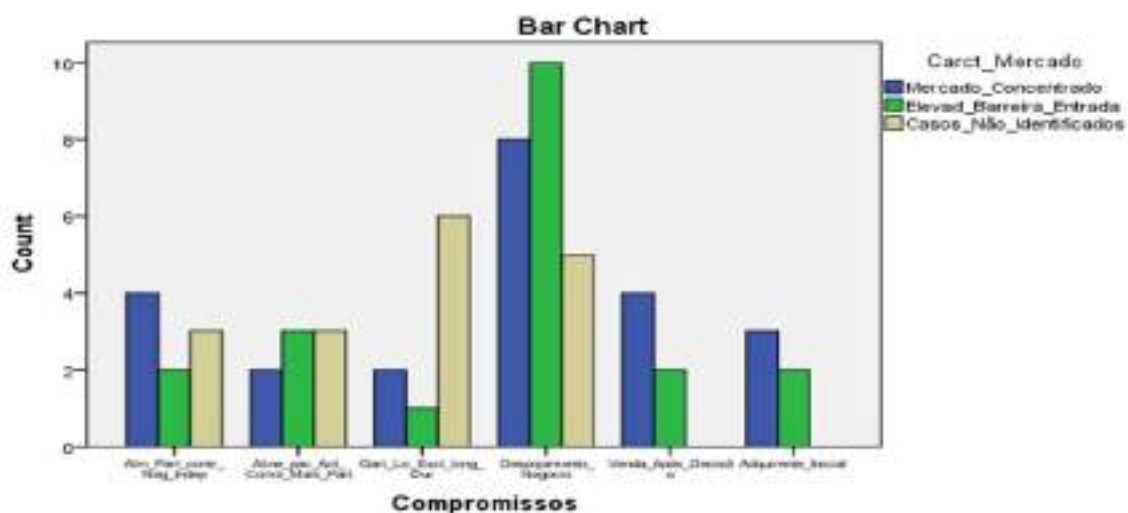
Quanto à Alienação Pacote Activos que são Combinados com Mais que uma das Partes, “ Misturar e combinar”, verificamos (5) ocorrências, com a distribuição de 2/3, Mercado Concentrado/Barreiras à entrada.

Dos casos não identificados é licito concluir que nas situações em que as medidas propostas são as Garantias de Licença Exclusiva de Longa Duração ou, a Alienação Pacote Activos Combinados com Mais que uma das Partes, consta-se que as preocupações de mercado concentrado ou, elevadas barreiras à entrada não têm grande peso na decisão da sua aplicação, já que a relação das variáveis entre si é diminuta.

Conclui-se no sentido da constatação de evidência de associação entre o despojamento do Negócio e, as Elevadas Barreiras à entrada, assim como entre a Venda Após a Decisão e, o Mercado Concentrado.

Através da observação empírica é lícito afirmar que as características do mercado têm influencia positiva sobre as probabilidades de que a empresa apresente uma determinada proposta de compromisso em vez de outra, para que a Comissão viabilize a operação.

Representando gráficamente a mesma informação, temos:



Fonte Elaboração Própria 36
Gráfico 7-Compromissos

Vamos de seguida analisar os restantes compromissos (continuação e residuais) com relevância estatística⁵²⁰, com os mesmos objectivos definidos anteriormente.

Compromissos * Cart_Mercado Crosstabulation

			Cart_Mercado		Total
			Mercad_Conc entrado	Elevadas_Bar reiras_Entrad a	
Compromissos	Medi_Cor_Acesso_0	Count	3	2	5
		% within Cart_Mercado	18,8%	16,7%	17,8%
	Preços_Sol_Conduta	Count	5	4	9
		% within Cart_Mercado	31,2%	33,3%	32,1%
	Compr_Alt_Joias_Coroa	Count	4	5	9
		% within Cart_Mercado	25,0%	41,7% ^a	32,1%
	Elimina_Vinculos_Concorrentes	Count	4	1	5
		% within Cart_Mercado	25,0% ^b	8,3%	17,9%
Total		Count	16	12	28
		% within Cart_Mercado	100,0%	100,0%	100,0%

a. Existe evidência de associação entre Compr_Alt_Joias_Coroa e Elevadas_Barreira_Entrada

b. Existe evidência de associação entre Elimina_Vinculos_Concorrentes e Mercado_Concentrado

Fonte Elaboração Própria 37
TABELA 28-Compromissos

Realçando as partes com mais evidência nos (28) casos identificados, observamos que na variável dos compromissos insertos neste quadro, a sub variável dos compromissos Alternativos Jóias da Coroa e a Preços Solução Conduta, são as mais representativas, com uma expressão em percentagem de 32,1%, em igualdade de circunstância.

Na primeira variável, num total de (9) casos, (5) ocorreram em mercado concentrado, e (4) em mercado com elevadas barreiras à entrada.

Na segunda variável, num total de (9) casos, (4) ocorreram em mercado concentrado, e (5) em mercado com elevadas barreiras à entrada.

Verificou-se assim que a medida compromissos Alternativos Jóias da Coroa foi a medida mais aceite na presença de mercados concentrados.

E a medida Preços Solução Conduta foi a medida mais aceite na presença de mercados com elevadas barreiras à entrada.

A Eliminação Vínculos Concorrente tem mais expressão quando ocorre um mercado concentrado (4), do que quando se verificam elevadas barreiras à entrada (1).

⁵²⁰ Os Compromissos com representação de 0 não são falados por não apresentarem relevância para o estudo.

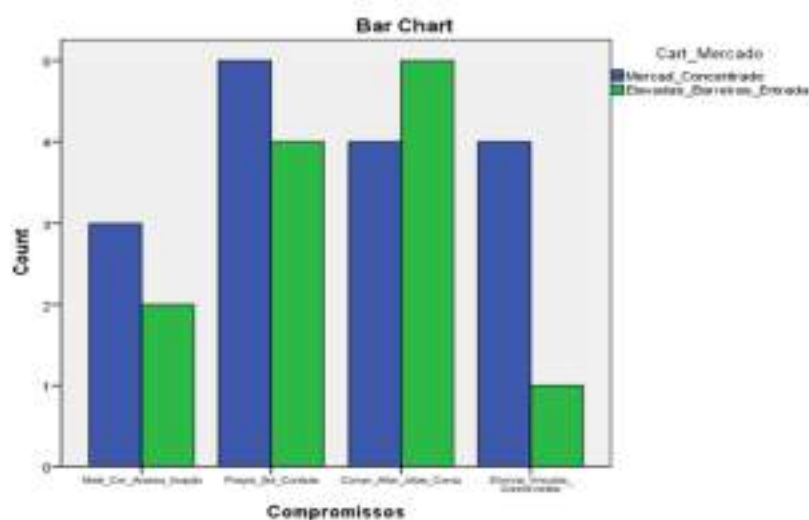
Nos casos em que as medidas propostas são as MC Acesso, constatou-se que numa situação de mercado com elevadas barreiras à entrada, verificamos uma frequência de (2) casos e, numa situação de mercado concentrado, de (1) caso.

Destacam-se aqui com relevância de associação os Compromissos Alternativo Jóias da Coroa, quando se verifique situação de elevadas barreiras a entrada;

E a eliminação dos Vínculos entre os Concorrentes quando se verifiquem mercados concentrados.

As medidas enunciadas adquirem relevância especial na presença deste tipo de mercados.

Apresenta-se agora a mesma informação, mas em gráfico.



Fonte Elaboração Própria 38
Gráfico 8-Compromissos

A tabela que se segue constitui um quadro resumo, só com a apresentação de dados.

		Caract_Mercado		
		Mercad_Conc entrado	Elevad_Barrei ras-entrada	Total
		Count	Count	Count
COMPROMISSOS				
Compromissos_Alienação	Alin_Part_Contr_Neg_Indep	4	2	6
	Alin_Pac_Act_Comb_Mais_part	2	3	5
	Gart_Lic_Excl_Long_Dur	2	1	3
Compromissos_Continuação	Compr_Altern_Jóias_Coróa	4	5	9
	Elimina_Vinculos/Concorrentes	4	1	5
Compromissos_Residuais	Medidas_Cor.._Acesso	3	2	5
	Alter_Contr_Exclu_Long_Prazo	0	0	0
	Agrupamento_Produtos	0	0	0
	Fixação_Preços_Sol.._Conduta	5	4	9

Fonte Elaboração Própria 39

TABELA 29-Compromissos versus Características do Mercado

De seguida apresentamos os resultados por aplicação do teste de Kruskal Wallis⁵²¹.

Foi utilizado para testar a hipótese de igualdade no que se refere à localização isto é, mediana. Irá permitir ver se existem diferenças na distribuição das variáveis face à tendência central, ou seja, se estatisticamente o compromisso aceite, tende a ser medianamente o mesmo, na presença das mesmas características de mercado.

Com a aplicação deste teste pretendemos dar resposta ao terceiro objectivo enunciado.

Formalmente, as hipóteses sob estudo podem escrever-se como:

$$H_0 : \theta_1 = \theta_2 = \dots = \theta_k \quad (\text{as medianas são iguais})$$

$$H_1 = \exists i, j : \theta_i \neq \theta_j \quad (i \neq j = 1, \dots, k) \quad (\text{existe pelo menos um par de medianas}$$

que são significativamente diferentes).

Isto é:

H0- As distribuições de decisão de aplicação dos vários compromissos são iguais em tendência central face às características de mercado.

H1- As distribuições de decisão de aplicação dos vários compromissos face às características de mercado são diferentes em pelo menos 1 das decisões.

⁵²¹Teste que demonstra alternativa não paramétrica ao teste Way Anova, utilizado quando não se encontram reunidos os pressupostos de normalidade ou da igualdade de variáveis ou, quando as variáveis são de nível qualitativo sendo tratadas como sendo de natureza ordinal, como acontece com o caso em estudo em que se verifica que as variáveis nominais são tratadas como variáveis ordinárias para o estudo. Aplicar-se-ia o teste Way Anova se se tratassem de variáveis quantitativas, o que não é o caso em análise.

Relativamente ao primeiro quadro, temos⁵²²:

	Caract Mercado	N	Mean Rank
Compromissos	Mercad_Concentrado	23	22,22
	Elevad_Barreiras_Entrada	20	21,75
	Total	43	

Fonte Elaboração Própria 40

TABELA 30-Compromissos versus Características do Mercado

	Compromissos
Chi-Square	,016
df	1
Asymp. Sig.	,899

a. Kruskal Wallis Test

b. Grouping Variable:
Caract_Mercado

Relativamente ao segundo quadro, temos:

	Caract Mercado	N	Mean Rank
Compromissos	Mercad_Concentrado	18	14,94
	Elevadas_Barreiras_Entrada	12	13,92
	Total	28	

Fonte Elaboração Própria 41

TABELA 31-Compromissos versus Características do Mercado

⁵²²Para obtenção destes resultados retiraram-se os casos não ibidificados, de forma a obter um resultado utilizando os mesmos parâmetros.

Test Statistics^{a,b}

	Compromissos
Chi-Square	,114
df	1
Asymp. Sig.	,735

a. Kruskal Wallis Test

b. Grouping Variable:
Cart_Mercado

Constatou-se que apesar da variável compromissos ter valor de decisão diferente em relação à variável características de mercado, verifica-se estatisticamente que os compromissos aceites tendem a ser medianamente os mesmos na presença das mesmas características de mercado, em ambos os casos estudados.

Esta conclusão tem associado um nível de significância de 0,899 e 0,735 que é superior a 0,05= 5%, pelo que não se rejeita em nenhum caso, a hipótese nula.

Para se chegar a esta conclusão, importa dizer que o nível de significância utilizado para a decisão do teste foi de 5%.

b) Cruzamento da Tabela dos Compromissos (Anexo I) versus a Tabela das Características do Mercado, (Preocupações Encontradas) Parámetro 1- (Apêndice II).

O objectivo primeiro é saber em função das características do mercado, - Preocupações encontradas-, quais são os compromissos tendencialmente aceites.

O objtivo segundo é saber, se existe uma relação e, em caso positivo qual, entre estas duas variáveis- os compromissos e as características do mercado-Preocupações encontradas.

O objectivo terceiro é saber, se as frequências das decisões tomadas têm medianamente a mesma decisão, diante as preocupações encontradas.

O quadro apresentado de seguida, comporta variáveis qualitativas de natureza nominal, sendo:

a)Medidas de alienação-Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.

Encerra quatro sub hipóteses:

1-Alienação de uma participação controladora de uma empresa que já era um negócio independente e viável;

2-Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa;

Com as suas sub hipóteses:

a)Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão⁵²³.

b)Adquirente inicial;⁵²⁴

c)Medidas de correcção tipo solução prévia;

3-Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar";

4-Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.

b)Compromissos continuação, contempla:

1- Compromisso alternativo tipo jóia da coroa;

2-Eliminação dos vínculos com os concorrentes.

c)Compromissos medidas residuais, inclui as MC que não a alienação.

1-Medidas de correcção respeitantes ao acesso;

2-Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo;

3-Agrupamento de produtos;

4-Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato.

Face à informação constante do quadro, não é possível estabelecer associação, através da aplicação do teste Kuskal Wallis, em virtude de os resultados não

⁵²³ O comprador aparece antes de executar a operação (up-front buyer), uma vez obtida a autorização. Nesta situação a identidade do comprador não é conhecida pela Comissão antes de esta tomar a decisão de autorizar. Tal aconteceu por exemplo no Caso M-3916, T MOBILE AUSTRIA/TELE RING, sendo que a Comissão Europeia fez depender a autorização da celebração de um contrato entre T-Mobile e H3G através do qual a primeira cederia à segunda as frequências de UMTS que pertenciam a Tele.Ring bem como um elevado número de sítios de telefonia móvel. Só nestas circunstâncias a Comissão pode considerar que a operação não causava problemas de concorrência pois a Tele Ring era substituída no mercado por outra empresa com interesse e capacidade para continuar nele.

⁵²⁴O comprador aparece antes: antes ou simultaneamente à obtenção da autorização (*fix-it-first*), sendo a identidade do comprador logo conhecida, permitindo à Comissão analisar se o comprador é adequado.

apresentarem expressão significativa. Estatisticamente os resultados não servem, pois são 0 e 1.

Excepcionalmente foram contabilizadas e apresentadas variáveis que estatisticamente são ausentes, mas do ponto de vista da análise da lógica da decisão, a sua leitura é importante.

O quadro seguinte apresenta os valores resumidos na variável compromissos, tendo sido os valores compliados de forma a permitir conclusões.

A linguagem foi alterada para que estatisticamente pudesse fazer-se a leitura, tendo sido contabilizados os zeros.

Preoc_Encontradas * Compromissos Crosstabulation

			Compromissos			Total
			Alienação	Continuação	Residuais	
Preoc_Encontradas	Posição_Dominante	Count	12	13	13	37
		% within Compromissos	44,4%	44,4%	50,0%	46,2%
Elem_Rivalid_Desap_Co ncorrentes	Count	6	5	4	15	
	% within Compromissos	22,2%	18,5%	15,4%	18,8%	
Receios_Fat_Compel_R #	Count	3	4	2	9	
	% within Compromissos	11,1%	14,8%	7,7%	11,2%	
Encerramento_Mercado_ Bar	Count	1	1	2	4	
	% within Compromissos	3,7%	3,7%	7,7%	5,0%	
Redução_Inovação	Count	0	0	0	0	
	% within Compromissos	3,7%	3,7%	3,8%	3,8%	
Imped_Real_Benef_Liber al	Count	1	1	1	3	
	% within Compromissos	3,7%	3,7%	3,8%	3,8%	
Redução_Risco_Escolha	Count	1	1	1	3	
	% within Compromissos	3,7%	3,7%	3,8%	3,8%	
Conc_Acesso_Pref_Subs	Count	1	0	1	2	
	% within Compromissos	3,7%	3,7%	3,8%	3,8%	
Risco_Coordenação	Count	0	0	0	0	
	% within Compromissos	3,7%	3,7%	3,8%	3,8%	
Total	Count	27	27	26	80	
	% within Compromissos	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	

Fonte Elaboração Própria 42

TABELA 32-Preocupações Encontradas versus Compromissos

As evidências empíricas apontam para o recurso por parte das empresas às medidas residuais quando se identificam situações de preocupação com posição dominante. Estas medidas representam 13/37 ocorrências das medidas aceites, ante uma situação desta natureza, face aos compromissos Continuação e Alienação, com 12/37 ocorrências cada uma.

Já perante uma situação de preocupação ligada à Rivalidade/Desaparecimento de concorrentes, comprova-se que as medidas de alienação são as mais indicadas, com 6/15

ocorrências, face aos Compromissos/Continuação, 5/15 ocorrências e, Medidas Residuais, com 4/15 medidas.

O estudo demonstra que na presença da preocupação Receios Fornecimento Competitivo, foram as medidas Compromissos Continuação. As mais aplicadas, representando 4/9, seguida das Medidas Compromissos Alienação, com 3/9 ocorrências e, as Medidas Compromissos Residuais, com 3/9 ocorrências.

Quando perante a preocupação de Encerramento de Mercado, serão as medidas compromissos residuais, com 2/4 ocorrências, as com maior expressão, seguida *en exequo* das medidas de Compromissos de Alienação e, Compromissos Continuação, com 1/4 ocorrências, cada uma.

Em termos relativos e por ordem descendente, fazendo agora uma leitura vertical do quadro, pode-se afirmar que as preocupações encontradas são:

- a) Posição dominante, com uma representação de 46,2%;
- b) Eliminação Rivalidade Desaparecimento Concorrentes, com 18,8%;
- c) Receios Fornecimento Competitivo Re. com 11, 2%;
- d) Encerramento de Mercado com 5%;
- e) As outras preocupações não têm expressão.

São as preocupações que justificam o recurso a um maior número de medidas, por contraposição com as outras preocupações identificadas, apenas estando presentes em (1) ocorrência, a saber- Impedimento Realização Benefícios Liberalização, Redução do Risco de Escolha e, Concessão Acesso Preferencial a Subsidiária (nos Compromissos Continuação, não se verificou nenhuma ocorrência).

Nos casos em que a significância é 0, tal significa que não há associação, verificando-se ausência de relação.

A Redução da Inovação e o risco de Coordenação, não tem presença, sendo preocupações que não levaram à aplicação de compromissos.

Nos casos estudados não se verificou a necessidade de que as empresas implementem propostas de compromissos perante uma situação de preocupação de redução de inovação ou risco de coordenação.

Verificou-se que para a Comissão, a Redução da Inovação não é facto gerador de compromissos, não se tendo constatado nenhuma medida proposta, com vista à defesa desta preocupação.

Assim é lícito dizer que sendo uma das preocupações identificadas pela Comissão, *per si*, em concreto esta preocupação não é motivo com relevância para as empresas que justifique propor medidas tendentes a contrariá-la, o mesmo acontecendo diante uma situação de preocupação de redução de inovação ou, risco de coordenação.

Digamos que funciona mais como um objectivo a alcançar/evitar, do que como uma preocupação em primeira linha, a afastar. Diremos que é a consequência da concentração, a qual pode produzir estes resultados. No entanto, a actuação para evitá-las, terá que passar por uma intervenção em momento anterior, referente às preocupações encontradas de Posição Dominante, Eliminação Rivalidade, Desaparecimento Concorrentes, Receios Fornecimento Competitivo, Redução ou, Encerramento de Mercado, através das MC identificadas, as quais são suficientes para pacificar estas preocupações.

Dos dados empíricos recolhidos, com respeito ao impacto do factor preocupações encontradas versus compromissos, é lícito constatar que da experiencia empírica se constata que o tipo de medida aceite varia em função das preocupações encontradas, sendo este um factor que condiciona o desenvolvimento de propostas das partes interessadas em viabilizar o negócio de concentração.

De seguida foram contabilizados os valores das variáveis e aplicou-se o teste de Kruskal Wallis, do qual resultou que pelo menos (1) frequência, tinha tendências diferentes, com se demonstra seguidamente.

As hipóteses em estudo são as seguintes:

H0 - As frequências das decisões tomadas têm medianamente a mesma decisão, face às preocupações encontradas.

H1-Há pelo menos um par de frequências diferentes nas decisões tomadas medianamente face às preocupações encontradas.

Test Statistics^{a,b}

	Preoc_Encontradas
Chi-Square	63,872
df	6
Asymp. Sig.	,000

a. Kruskal Wallis Test
b. Grouping Variable:
Ferg

Para $\alpha = 5\% > Sig = 0,000$, i.e. para um nível de significância, rejeitamos H_0 , o que nos permite afirmar estatisticamente, que há pelo menos um par de frequências diferentes nas decisões tomadas, ou seja, tendencialmente as decisões tomadas diferem.

Respondendo ao segundo objetivo-saber se existe uma relação e em caso positivo qual, entre estas duas variáveis- Os compromissos e as características do mercado-Preocupações encontradas, pode-se afirmar que não existe uma vez que os resultados apontam para tendências diferentes.

c) Cruzamento da Tabela dos Compromissos (Anexo I) versus Tabela das Características do Mercado, (Consequências a Evitar) Parâmetro 3- (Apêndice II).

O objetivo primeiro é saber em função das características do mercado (Consequências a evitar), quais são os compromissos tendencialmente aceites.

O objetivo segundo é saber se existe uma relação e em caso positivo qual, entre estas duas variáveis- os compromissos e as consequências a evitar.

O quadro que se segue reflete o número de ocorrências de casos em que consoante as consequências a evitar, se determina as médias aceites, identificando-as.

Consequ_Evitar * Compromissos Crosstabulation

Dwell		Compromissos						Total
		Alt_Par_Co nt_Neg_Inde p	Alt_Par_Alt Corr_Mals_ pat	Gar_Lic_Ext _leg_Dur	Desparram o_Negoco	Venda_Após_ Decisão	Adquirido_In tist	
Consequ_Evitar	Criação_Posição_Dominante	1	1	0	0	1	2	11
	Eliminação_de_um_Concorrente	1	0	1	3	2	1	8
	Efeitos_anti_Concorrenciais_Mercado	0	1	2	5	0	1	9
	Exercitamento_Mercado_Extremo	1	0	1	1	1	1	5
	Redução_Inovação	1	2	1	0	0	0	4
	Aumento_Preços	4	3	3	4	3	3	17
	Consumo_Menos_Possibilidades_Ecolha	1	1	1	0	0	0	3
	Impedimento_Menos_Facilidade_Cliente	0	0	0	1	1	0	2
	Compromisso_Considerado	0	0	0	1	0	0	1
	Capacidade_Domínio_Aumentada	0	0	0	1	0	0	1
	Condições_Mercado_Extremo	0	0	0	1	0	0	1
Total		9	8	8	23	8	5	62

Fonte Elaboração Própria 43
TABELA 33-Consequências a Evitar versus Compromissos

A experiência empírica indica que em função de cada caso e consoante as consequências a evitar, os compromissos divergem. A partir da observação empírica conclui-se que este factor tem impacto sobre as medidas práticas a adoptar.

É lícito afirmar que o facto de a Organização desenvolver determinadas propostas em detrimento de outras-Compromissos, está condicionado em função das consequências a evitar.

Conclui-se que a consequência a evitar tem impacto sobre o conteúdo da proposta por parte da empresa, assim como que a Comissão aceite determinadas medidas em vez de outras.

As evidências lógicas apontam para uma influência positiva, ou seja, poderá afirmar-se que consoante as consequências a evitar, os compromissos variam.

É possível inferir que a empresa que propõe a medida mais adequada à Comissão, poderá também apresentar maior certeza de que a operação venha a ser considerada como compatível com o mercado comum e, como tal viabilizada.

Apenas se podem concluir estas evidências. Não se pode concluir por falta de dados estatísticos, qualquer relação de associação estatística.

Analisando em concreto a tabela, constata-se que quando a Comissão identifica como consequência a evitar a criação de posição dominante, se verifica na maior parte dos casos que é bem aceite pela Comissão, uma medida que passe pelo despojamento do negócio. Tal aconteceu em (6/62) casos.

Da experiência empírica resulta que quando se identifica como consequência a evitar, aumento dos preços, na maior parte dos casos é bem aceite pela Comissão uma medida que passe pela Alienação de Participação Contrato, Negócio Independente (4/62) ou, o despojamento do negócio (4/62) casos ou ainda, a Alienação Pacote Activos que são Combinados com Mais que uma Parte “Misturar e Combinar”, (3/62), Garantia Licença Exclusiva de Longa Duração (3/62), aceitando-se aqui a venda após a decisão (3/62), não sendo importante que a venda ocorra a um adquirente inicial, o que aliás não aconteceu em nenhuma das situações analisadas (0/62).

Da experiência empírica resulta que quando se identificam como consequência a evitar comportamentos anti concorrenciais, na maior parte dos casos é bem aceite pela Comissão uma medida que passe pelo despojamento do negócio. Tal aconteceu em (5/62) casos.

Da experiência empírica resulta que quando se identificam como consequência a evitar a redução da inovação, na maior parte dos casos é bem aceite pela Comissão medida que passe pela Alienação Pacote Activos que são Combinados com Mais que uma Parte “Misturar e Combinar”,⁵²⁵ (2/62).

Da experiencia empírica resulta que quando se identificam como consequência a evitar eliminação de um concorrente, na maior parte de los casos é bem aceite pela Comissão, uma medida que passe pelo despojamento do negocio. Tal aconteceu em 3/62 casos, aceitando-se aqui a Venda após a decisão (2/62), não sendo importante que a venda seja realizada a um Adquirente Inicial, o que aliás só aconteceu numa situação analisada (1/62).

Os demais casos em análise não são relevantes por apresentarem incidências iguais a (1) o (0) -Encerramento Mercado Barreiras/Consumidor. Menos Possibilidades de Escolha/Imposição Condições Menos Favoráveis Clientes/Capacidade Dong Aumento Flexibilidade/Comportamento Coordenado/ Congestionamento *Slot*.

d) Cruzamento da Tabela das Características do Mercado, (Consequências a Evitar/Tipo de Mercado) Parâmetros 1 e 2- (Apêndice II).

O primeiro objectivo é saber em função do Tipo de Mercado, quais são as características do mercado (Consequências a evitar), identificadas por parte da Comissão com maior representação.

⁵²⁵ Veja-se o Caso SYNGENTA / MONSANTO'S SUNFLOWER SEED- (COMP./M.5675) em que a Comissão veio a autorizar a aquisição por parte da Syngenta, Suiça, do negócio de sementes de girassol da Monsanto, dos EUA, mediante a condição da alienação de híbridos de girassol, da Monsanto, comercializados em Espanha e na Hungria, bem como as linhagens parentais utilizadas na criação desses híbridos à data em desenvolvimento para a criação de híbridos para Espanha e Hungria; O mesmo aconteceu no Caso WESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES- (COMP./M.6203) em que para obter aprovação das autoridades regulatórias, a Western Digital propôs a alienação de activos de produção essenciais para a fabricação de HDDs de 3,5 polegadas, incluindo um edifício de produção, a transferência ou licenciamento dos direitos de propriedade intelectual usados pelo negócio de alienação, assim como a transferência de pessoal e fornecimento de componentes HDD para a actividade alienada. Entre outras preocupações relevantes, a fusão poderia levar à redução dos incentivos dos fabricantes para inovar no mercado; Também no Caso J&J / SYNTHES-M.6266, a remoção de um concorrente foi referida como podendo ter um impacto negativo sobre o nível de inovação, levando uma redução na escolha e, potencialmente, a um aumento de preços. Tal receio foi ultrapassado com a proposta por parte da Johnson & Johnson da apresentação de compromissos à Comissão que consistiram na alienação de todo o seu negócio trauma no Espaço Económico Europeu.

O segundo objetivo é saber se as consequências a evitar tendem a ser medianamente iguais, perante as características de mercado, apresentando a mesma tendência.

A tabela seguinte evidencia que a maior preocupação verificada com relação à consequência a evitar é a Criação de Posição Dominante, com (8) ocorrências, distribuídas em número de (4) para um mercado concentrado e (4) para o mercado com elevadas barreiras à entrada.

Seguida do Aumento de Preço, com (7) ocorrências, distribuídas em número de (4) para um mercado concentrado e (3) para o mercado com elevadas barreiras à entrada.

Os Efeitos Anti-concorrenciais de Mercado, representam (6) ocorrências, distribuídas em número de (2) para um mercado concentrado e, (4) para o mercado com elevadas barreiras à entrada.

Com relevância temos também, em realidade de mercado concentrado, (4) ocorrências de Preocupação de Encerramento de Mercado e (2) de Eliminação de um Concorrente.

Numa leitura do quadro horizontal, diremos que no mercado concentrado, temos por ordem de valor, como preocupações encontradas pela Comissão e, por ordem decrescente:

- 1-Criação de Posição Dominante, Aumento de Preço e Preocupação de Encerramento de Mercado, com (4) ocorrências;
- 2-Efeitos Anti concorrenciais de Mercado e Eliminação de um Concorrente, com (2) ocorrências;
- 3-Imposição de Condições Menos Favoráveis Aos Clientes, com (1) ocorrência.

Conseq_Evitar * Caract_Mercado Crosstabulation

			Caract_Mercado			Total
			Mercad_Concentrado	Elevad_Barreiras-entrada	Casos_Não_densificados	
Conseq_Evitar	Criação_Posição_Dominante	Count	4	4	3	11
		% within Caract_Mercado	23,5%	28,6%	18,3%	18,3%
	Eliminação_de_um_Concorrente	Count	2	0	5	7
		% within Caract_Mercado	11,8%	0,0%	17,2%	11,7%
	Efeitos_anti_Concorrentiais_Mercad	Count	2	4	3	9
		% within Caract_Mercado	11,8%	28,6%	18,3%	18,0%
	Encerramento_Mercad_Barreiras	Count	4	0	1	5
		% within Caract_Mercado	23,5%	0,0%	3,4%	8,3%
	Redução_Inovação	Count	0	0	4	4
		% within Caract_Mercado	0,0%	0,0%	13,8%	6,7%
	Aumento_Preços	Count	4	3	9	16
		% within Caract_Mercado	23,5%	21,4%	31,0%	26,7%
	Consumid_Menos_Possíveis_Escelta	Count	0	0	3	3
		% within Caract_Mercado	0,0%	0,0%	10,3%	5,8%
	Imposic_Condic_Menos_Favo_ofert_Client	Count	1	1	0	2
		% within Caract_Mercado	5,9%	7,1%	0,0%	3,3%
	Comport_Coordenado	Count	0	1	0	1
		% within Caract_Mercado	0,0%	7,1%	0,0%	1,7%
	Capacid_Dong_Aument_Flexib	Count	0	1	0	1
		% within Caract_Mercado	0,0%	7,1%	0,0%	1,7%
	Congestionamento_Slot	Count	0	0	1	1
		% within Caract_Mercado	0,0%	0,0%	3,4%	1,7%
Total	Count	17	14	29	60	
	% within Caract_Mercado	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%	

Fonte Elaboração Própria 44

TABELA 34-Consequências a Evitar versus Características do Mercado

E, num mercado com elevadas barreiras à entrada:

- 1- Criação de Posição Dominante e Efeitos Anti concorrenciais de Mercado, com (4) ocorrências;
- 2- Aumento de Preço, com (3) ocorrências;
- 3- Imposição de Condições Menos Favoráveis Aos Clientes, Comportamento Coordenado e Capacidade Dong Aumento flexibilidade, com (1) ocorrência.

As outras variáveis não são estatisticamente relevantes.

Passamos a mostrar a informação com relevância, num quadro resumo:

Quadro_Selectivo_Conseq_Evitar * Carct_Mercado

			Carct_Mercado		Total
			Mercado_Concentrado	Elevad_Barreiras-Entrada	
Conseq_Evitar	Criação_Posição_Dominante	Count	4	4	8
		% within Carct_Mercado	40,0%	36,4%	38,1%
	Efeitos_Anti_Concorrentiais_Mercad	Count	2	4	6
		% within Carct_Mercado	20,0%	36,4%	28,6%
	Aumento_Preços	Count	4	3	7
		% within Carct_Mercado	40,0%	27,3%	33,3%
Total	Count	10	11	21	
	% within Carct_Mercado	100,0%	100,0%	100,0%	

Fonte Elaboração Própria 45

TABELA 35-Consequências a Evitar versus Características do Mercado

A Criação de Posição Dominante obtém 38,1% de percentagem relativa, sendo a primeira consequência a evitar encontrada no estudo, o Aumento dos Preços, 33,3%, representando a segunda consequência a evitar e, os Efeitos Anti concorrências de Mercado 28,6%, sendo a terceira consequência a evitar mais identificada pela Comissão.

Aplicando ao estudo, apenas às variáveis estatísticas identificadas como relevantes, constantes do quadro antecedente, o teste de Kruskal Wallis, concluímos que as distribuições são idênticas, ou seja, as consequências a evitar identificadas tendem a ser medianamente iguais, perante as características de mercado, apresentando a mesma tendência.

	Carct_Mercado	N	Mean Rank
Conseq_Evitar	Mercadd_Concentrado	10	11,30
	Elevad_Barreiras_Entrad	11	10,73
	Total	21	

Fonte Elaboração Própria 46

TABELA 36-Consequências a Evitar versus Características do Mercado

	Conseq_Evitar
Chi-Square	,050
df	1
Asymp. Sig.	,822

a. Kruskal Wallis Test

b. Grouping Variable:
Carct_Mercado

As hipóteses em estudo são as seguintes:

H0 - As consequências a evitar têm medianamente a mesma tendência face às características de mercado.

H1-Há pelo menos um par de consequências a evitar que não têm medianamente a mesma tendência face às características de mercado.

Aceita-se a hipótese nula, ou seja- As consequências a evitar têm medianamente a mesma tendência, face às características de mercado, por o valor do resultado ser superior a 5%.

e) Cruzamento da Tabela das Características do Mercado, (Consequências a Evitar/Tipo de Mercado) Parâmetros 1 e 2 - (Apêndice II) nos Casos Proibidos.

O objetivo é o mesmo da alínea antecedente, agora em relação aos casos proibidos.

Com referência aos casos proibidos, resulta da análise o seguinte:

A tabela contém variáveis qualitativas de natureza nominal.

Nos casos em que se dispõe 0%, tal significa que não há associação ou constata-se ausência de relação.

Consequ_Evitar * Caract_Mercado_Proib Crosstabulation

			Caract_Mercado_Proib			Total
			Mercado_Cen centrado	Barreiras_Entr ada	Falta_Altar_Pr isubst	
Consequ_Evitar	Criação_Passapô_Domin ante	Count % within Caract_Mercado_Proib	1 20,0%	3 60,0%	0 0,0%	4 30,4%
	Eliminação_de_ativ_Cen centrado	Count % within Caract_Mercado_Proib	2 40,0%	0 0,0%	0 0,0%	2 18,2%
	Efeitos_anti_Cooperando no_Mercad	Count % within Caract_Mercado_Proib	0 0,0%	1 20,0%	1 100,0%	2 18,2%
	Envolvimento_Mercad_Ba nneras	Count % within Caract_Mercado_Proib	0 0,0%	1 20,0%	0 0,0%	1 9,1%
	Aumento_Preços	Count % within Caract_Mercado_Proib	1 20,0%	0 0,0%	0 0,0%	1 9,1%
	Capacit_Dong_Aument_ Flexib	Count % within Caract_Mercado_Proib	1 20,0%	0 0,0%	0 0,0%	1 9,1%
	Total	Count % within Caract_Mercado_Proib	5 100,0%	5 100,0%	1 100,0%	11 100,0%

Fonte Elaboração Própria 47

TABELA 37-Consequências a Evitar versus Características do Mercado Casos Proibidos.

Dos dados empíricos recolhidos, com respeito ao impacto do factor consequências a evitar nos compromissos, é lícito constatar que da experiência empírica se verifica que o tipo de medida aceite varia em função das consequências a evitar, sendo este um factor que condiciona as propostas das partes interessadas em viabilizar o negocio de

concentração, mas neste caso, não foram suficientes para permitir a viabilização da operação.

Da experiência empírica resulta que a Comissão identificou em maior número, como consequência a evitar e, por ordem decrescente:

-A Criação de Posição dominante, em 4/11 casos;

-Eliminação de um Concorrente 2/11;

-Os outros casos Aumento de Preços e Capacidade Dong Aumento Flexibilidade, Efeitos Anti Concorrencias Mercado e Encerramento Mercado Barreiras, representam 1/11, cada um.

A tabela evidencia que a maior preocupação verificada com relação à consequência a evitar é a Criação de Posição Dominante, com (4) ocorrências, distribuídas em número de (1) para um mercado concentrado e (3) para o mercado com elevadas barreiras à entrada.

Seguida da Eliminação de um Concorrente, com (2) ocorrências, todas presentes numa realidade de mercado concentrado.

O Aumento de Preços e Capacidade Dong Aumento Flexibilidade, representam (2) ocorrências, num mercado concentrado e (2) para o mercado com elevadas barreiras à entrada, com uma representação de (1).

Numa leitura do quadro vertical, diremos que no mercado concentrado, temos por ordem de valor, como preocupações encontradas pela Comissão e, por ordem decrescente:

1- Eliminação de um Concorrente com (2) ocorrências;

2- Criação de Posição Dominante, Aumento de Preços e Capacidade Dong Aumento Flexibilidade, com (1) ocorrência.

As outras variáveis não estão presentes.-Efeitos Anti Concorrencias Mercado e Encerramento Mercado Barreiras, o que significa que são preocupações encontradas, mas somente perante um mercado com elevadas barreiras à entrada.

E, num mercado com elevadas barreiras à entrada:

1- Criação de Posição Dominante, com (3) ocorrências.

2- Efeitos Anti Concorrenciais Mercado e, Encerramento Mercado, Barreiras, com (1) ocorrências.

3- Imposição de Condições Menos Favoráveis Aos Clientes, Comportamento Coordenado e Capacidade Dong Aumento flexibilidade com (1) ocorrência.

As outras variáveis não estão presentes- Aumento de Preços, Capacidade Dong Aumento de Flexibilização e, Eliminação de um Concorrente, o que significa que são preocupações encontradas, mas apenas frente a um mercado concentrado.

O Efeito Anti Concorrencial de Mercado foi identificado com (1) ocorrência diante da característica de mercado de Falta Alternativa de Produto.

f) Cruzamento da Tabela das Características do Mercado, (Preocupações Encontradas/Tipo de Mercado) Parametros 1 e 2. (Apêndice II).

O primeiro objectivo é saber na tabela das características do mercado, quais são as preocupações encontradas face ao tipo de mercado.

O segundo objectivo é saber se existe uma relação e, em caso positivo qual, entre estas duas variáveis- preocupações encontradas versus tipo de mercado.

O terceiro objectivo é saber se as preocupações identificadas tendem a ser medianamente iguais perante as características de mercado, apresentando a mesma tendência.

Preoc_Encontradas * Caract_Mercado Crosstabulation

			Caract_Mercado			Total
			Normal_Cons- entrada	Elevad_Barr- ras-ortada	Casos_Não_ dentificados	
Preoc_Encontradas	Oração_Posição_domin- ante	Count	7	8	3	18
		% within Caract_Mercado	41.2%	42.3%	33.3%	40.5%
	Eliminação_RestriçõDesap- _Concorrentes	Count	4	3	1	8
		% within Caract_Mercado	23.5%	21.4%	16.7%	21.8%
	Redução_Fat_Competiç- ões_Forte	Count	3	3	0	6
		% within Caract_Mercado	17.6%	21.4%	0.0%	16.2%
	Encerramento_MercadoBar- _Entrada	Count	0	2	1	3
		% within Caract_Mercado	0.0%	14.3%	16.7%	8.1%
	Redução_Inovação	Count	0	0	1	1
		% within Caract_Mercado	0.0%	0.0%	16.7%	2.7%
	Imped_Rest_Benef_LLis- _total	Count	1	0	0	1
		% within Caract_Mercado	5.9%	0.0%	0.0%	2.7%
	Redução_Risco_Escorria- _Distância	Count	1	0	0	1
		% within Caract_Mercado	5.9%	0.0%	0.0%	2.7%
	Conc- _Acesso_Fret_Substituição	Count	1	0	0	1
		% within Caract_Mercado	5.9%	0.0%	0.0%	2.7%
	Risco_Coordenação	Count	0	0	1	1
		% within Caract_Mercado	0.0%	0.0%	16.7%	2.7%
Total		Count	17	14	9	40
		% within Caract_Mercado	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

Fonte Elaboração Própria 48

TABELA 38-Preocupações Encontradas versus Características do Mercado

A tabela evidencia que a maior preocupação encontrada é a Criação de Posição Dominante, com (13) ocorrências, distribuídas em número de (7) para um mercado concentrado e (6) para o mercado com elevadas barreiras à entrada.

Seguida da Eliminação Rivalidade/Desaparecimento Concorrentes, com (7) ocorrências, distribuídas em número de (4) para um mercado concentrado e (3) para o mercado com elevadas barreiras à entrada.

Os Receios Fornecimento Competitivo/ Redução Número Fornecedores, representam (6) ocorrências, distribuídas em número de (3) para um mercado concentrado e (3) para o mercado com elevadas barreiras à entrada.

As outras variáveis identificadas são em número de (1) ou menor que (1), razão pela qual não apresentam relevância.

Numa leitura do quadro vertical, diremos que no Mercado Concentrado, temos por ordem de valor decrescente, como preocupações encontradas pela Comissão (17):

- 1-Criação de Posição Dominante, com (7) ocorrências;
- 2- Eliminação Rivalidade/Desaparecimento Concorrentes, com (4) ocorrências;
- 3-Receios Fornecimento Competitivo/ Redução Número Fornecedores, com (3) ocorrências;
- 4- Impedimento Real Benfício. Liberalização, Redução Risco Escolha Clientes, concessão Acesso Subsidiária, com (1) ocorrência.

E, num mercado com Elevadas Barreiras (14) à entrada:

1- Criação de Posição Dominante, com (6) ocorrências.

2- Eliminação Rivalidade/Desaparecimento Concorrentes e Receios Fornecimento Competitivo/ Redução Numero Fornecedores, com (3) ocorrências.

3-Encerramento de Mercado, com (2) ocorrências.

As outras variáveis não são estatisticamente relevantes.

Passamos a mostrar a informação com relevância em quadro resumo:

Quadro Seleccionado Preoc_Encontradas * Caract_Mercado

			Caract_Mercado		Total
			Mercad_Conc_entrada	Elevad_Barreiras_Entrada	
Preoc_Encontradas	Criação_Posição_dominante	Count	7	6	13
		% within Caract_Mercado	50,0%	50,0%	50,0%
	Eliminação_Rivalidade/Desaparecimento_Concorrentes	Count	4	3	7
		% within Caract_Mercado	28,6%	25,0%	26,9%
	Receios_Fornecimento Competitivo/ Redução do Número de Fornecedores	Count	3	3	6
		% within Caract_Mercado	21,4%	25,0%	23,1%
Total		Count	14	12	26
		% within Caract_Mercado	100,0%	100,0%	100,0%

Fonte Elaboração Própria 49

TABELA 39-Preocupações Encontradas versus Características do Mercado

A Criação de Posição Dominante obtém 50% de percentagem relativa, sendo a primeira preocupação encontrada no estudo. A Eliminação de Rivalidade/Desaparecimento de Concorrentes 26,9%, representa a segunda preocupação encontrada e os Receios de Fornecimento Competitivo/ Redução do Número de Fornecedores 23,1%, sendo a terceira preocupação mais identificada pela Comissão, no estudo.

Aplicando ao estudo, apenas às variáveis estatísticas identificadas como relevantes, constantes do quadro antecedente, o teste de Kruskal Wallis, concluímos que as distribuições em estudo são idênticas, ou seja, as preocupações identificadas tendem a ser medianamente iguais perante as características de mercado, apresentando a mesma tendência.

Ranks

	Caract_Mercado	N	Mean Rank
Preoc_Encontradas	Mercad_Concentrado	14	13,39
	Elevad_Barreiras_Entrada	12	13,63
Total		26	

Fonte Elaboração Própria 50

TABELA – Características do mercado versus Preocupações Encontradas

Teste de Kruskal Wallis:

Test Statistics^{a,b}

	Preoc_Encontradas
Chi-Square	,007
df	1
Asymp. Sig.	,933

a. Kruskal Wallis Test
b. Grouping Variable: Caract_Mercado

As hipóteses em estudo são as seguintes:

H0 - As preocupações encontradas têm medianamente a mesma tendência, face às características de mercado.

H1-Há pelo menos um par de preocupações encontradas que não têm medianamente a mesma tendência face às características de mercado

Aceita-se a hipótese nula, ou seja- As preocupações encontradas têm medianamente a mesma tendência face às características de mercado, por o valor do resultado ser superior a 5%.

De seguida apresentamos o teste correlação Gama, com a finalidade de verificarmos a existência de coorrrelação entre as variáveis:

Symmetric Measures

	Value	Asymp. Std. Error ^a	Approx. T ^b	Approx. Sig.
Ordinal by Ordinal Gamma	,029	,334	,085	,932
N of Valid Cases	26			

a. Not assuming the null hypothesis.
b. Using the asymptotic standard error assuming the null hypothesis.

Na variaveis seleccionadas-Criação de Posição Dominante, Eliminação Rivalidade/Desaparecimento Concorrentes, Receios Fornecimento/ Redução número Fornecedores-O teste demonstra-o, pelo que se conclui que existe correlação entre elas e as características de mercado.

A correlação é forte porque perto de 1.

g) Cruzamento da Tabela das Características do Mercado, (Preocupações Encontradas/Tipo de Mercado) Parametros 1 e 2 (Apêndice II), Casos Proibidos.

Os objectivos são os mesmos da alínea anterior, mas com relação aos casos proibidos.

O objetivo primeiro é saber na tabela das características do mercado, quais são as preocupações encontradas, face ao tipo de mercado.

O objetivo segundo é saber se existe uma relação e em caso positivo qual, entre estas duas variáveis- preocupações encontradas versus tipo de mercado.

Preoc_Encontradas_Proib * Caract_Mercado Crosstabulation

Cont		Caract_Mercado			Total
		Mercad_Conc-entado	Elevad_Barrei-ras-entrada	Casos_Proib_-]dentificados	
Preoc_Encontradas_Proib	Falta_Claraca	0	0	1	1
	Problemas_Interpretação	0	1	0	1
	Ambiguidade	0	0	1	1
	Insuficiênciá_Remédios	1	0	0	1
	Aumento_Preças	0	1	0	1
	Redução_Serviço	1	0	0	1
	Incerteza-escupção	0	1	0	1
	Insuficiênciá_Forma_Marcatotal	0	1	0	1
	Comp_Agressivo_Marco	1	0	0	1
	Criação_Dominante	1	1	0	2
	Redução_Operadores	2	1	0	3
Total		5	5	2	14

Fonte Elaboração Própria 51

TABELA 40-Preocupações Encontradas Casos Proibidos versus Características do Mercado

Os valores não são significativos de forma a poder efectuar qualquer teste estatístico, uma vez que não existem pressupostos evidentes.

A amostragem não é suficiente de forma a poder-se concluir relativamente a qualquer associação.

Com relação às evidências, é possível indicar que se verificam as seguintes preocupações encontradas, apresentadas por ordem decrescente de representação:

A Redução do Numero de Operadores apresentou (3) ocorrências, sendo (2) em mercado concentrado e (1) num mercado com elevadas barreiras à entrada.

Seguida da Criação Posição Dominante que apresentou (2) ocorrências, sendo (1) em mercado concentrado e (1) num mercado com elevadas barreiras à entrada.

São estas as preocupações encontradas com relevância.

As restantes variáveis são em número de (1) ou (0), não apresentando relevância no estudo.

h) Cruzamento da Tabela do Enquadramento Legal com a Tabela das Características da Operação (Anexo III).

O primeiro objectivo é saber em função da tabela do enquadramento legal, quais são as características da operação mais recorrentes.

Trata-se apenas de um quadro resumo.

Carateristicas_Essenciais * Enquadra_Legal_R.C.139_2004_Conselho Crosstabulation

Count		Enquadra_Legal_R.C.139_2004_Conselho			Total
		Preceito_Legal(R.C) artg3nº1_1a)	Preceito_Legal(R.C) artg3nº1_1b)	Artgº22(R.C) _Remessa	
Carateristicas_Essenciais	Fusão	2	3	1	6
	Fusão_Reserva	1	0	0	1
	Incorporação	0	5	3	8
	Aquis_Partес_Social_mais(50%)	0	4	0	4
	Aquis_Partес_Social_Menos(50%)	0	3	0	3
	Aquisição_Activos	0	5	1	6
	Joint_Venture_Aquis_Part	0	1	0	1
Total		3	21	5	29

Fonte Elaboração Própria 52

TABELA 41- Características Essenciais da Operação Versus Enquadramento Legal

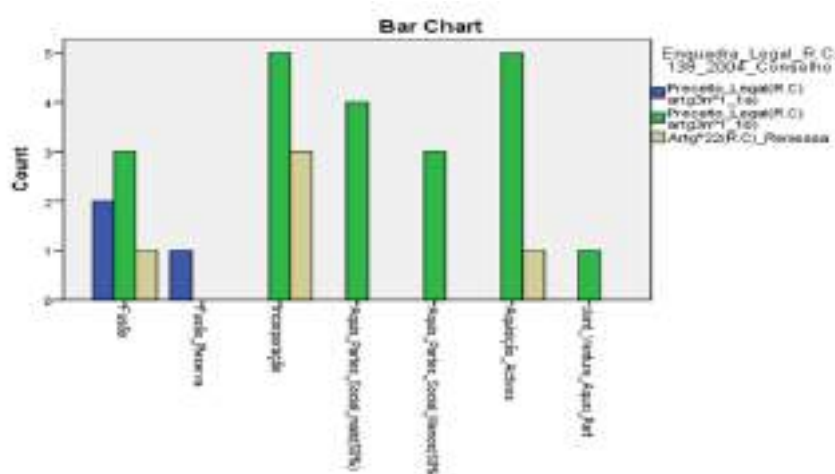
Constata-se que a incorporação (8) é a situação mais verificada, seguida da fusão, *en exequo* com a aquisição de activos (6).

A aquisição partes Sociais mais de 50%, ocorreu em (4) situações e a aquisição de partes sociais, menos de 50%, ocorreu em (3) situações.

Por último temos a Joint-Venture – Aquisição Participação, *exequo* com a Fusão Reversa.

Apresentando agora a informação em grafico:

PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE



Fonte Elaboração Própria 53

Gráfico 9-Enquadramento Legal

i) Cruzamento da Tabela dos Compromissos (Apêndice I) /Enquadramento Legal- Características Essenciais (Apêndice III).

O primeiro objetivo é saber em função da tabela do enquadramento legal, quais são os compromissos aceites.

O segundo objetivo é saber se existe uma relação e em caso positivo qual, entre estas duas variáveis- Enquadramento Legal versus Compromissos.

Compromissos_Alienação * Enquadra_Legal_R.C.139_2004_conselho Crosstabulation

Compromissos_Alienação	Enquadra_Legal_R.C.139_2004_conselho	Count	Enquadra_Legal_R.C.139_2004_conselho		Total
			Preceito_Legal(R.C) artg3_nº1_1a	Preceito_Legal(R.C) artg3_nº1_1b	
Despojamento_Negocio	Count	19	4	23	
	% within Enquadra_Legal_R.C.139_2004_conselho	86,4% ^a	18,2%	52,3%	
	Alin_Part_Contr_Neg_Independ	Count	1	7	8
	% within Enquadra_Legal_R.C.139_2004_conselho	4,5%	31,8% ^b	18,2%	
Alin_Pac_Act_Comb_Mais_Part	Count	1	3	4	
	% within Enquadra_Legal_R.C.139_2004_conselho	4,5%	13,6%	9,1%	
Garant_Lic_Excl_Long_Duracao	Count	1	8	9	
	% within Enquadra_Legal_R.C.139_2004_conselho	4,5%	36,4% ^c	20,5%	
Total	Count	22	22	44	
	% within Enquadra_Legal_R.C.139_2004_conselho	100,0%	100,0%	100,0%	

a. Existe indícios de associação entre Despojamento_Negocio e Preceito_Legal(R.C)artg3_nº1_1a)

b. Existe indícios de associação entre Alin_Part_Contr_Neg_Independ e Preceito_legal(R.C)artg3_nº1_1b)

c. Existe indícios de associação entre as Garant_Lic_Excl_Long_duracao e Preceito_Legal(R.C)artg3_nº1_1b)

Fonte Elaboração Própria 54

TABELA 42-Compromissos Alienação versus Enquadramento legal

Com relação aos compromissos de alienação, podemos afirmar que existe uma distribuição equitativa, ao abrigo do artº 3º nº 1 a) do Regulamento 139/2004, nas últimas três variáveis do quadro:

- Alienação Participação Contr Negócio Independente (1), correspondente a 4,5%;
- Alienação Pacote Activos que são Combinados com Mais que uma Parte (Misturar e Combinar), (1), correspondente a 4,5%;
- Garantia Licença Exclusiva de Longa Duração (1), correspondente a 4,5%;

Sendo que o Despojamento do Negócio (19), alcança de longe a posição mais destacada, valendo 86,4%;

E, ao abrigo do artº 3º nº 1 b) do Regulamento 139/2004:

- Alienação Participação Contrato Negócio Independente (7), correspondente a 31,8%;
- Alienação Pacote Activos que são Combinados com Mais que uma Parte (3), correspondente a 13,6 %
- Garantia Licença Exclusiva de Longa Duração (8), correspondente a 36,4 %;
- Valendo o Despojamento do Negócio (4), 18,2%.

Pelo que olhando para o quadro acima, se verifica existir indício de associação entre:

- 1-Despojamento do Negócio e Preceito Legal artº 3º nº 1 a).
- 2-Alienação Participação Contr. Negócio Independente e Preceito Legal artº 3º nº 1 b).
- 3-Garantia Licença Exclusiva Longa Duração e Preceito Legal artº 3º nº 1 b).

Por se verificar que os valores internos do quadro são superiores ao valor lateral marginal. De referir que o indício de associação é muito forte no primeiro caso.

Compromissos_Continuação * Enquadro Legal_R.C.139_2004_Conseho Cronotabulacao

		Enquadro Legal_R.C. 139_2004_Conseho		Total
		Preceito Leg artº 3º nº 1 a)	Preceito Leg artº 3º nº 1 b)	
Compromissos_Continuação	Compromissos_Continuação	2	4	6
	% within Enquadro Legal_R.C. 139_2004_Conseho	100,0%	34,3%	16,5%
Elimina_Variáveis/Controllables	Elimina_Variáveis/Controllables	6	5	11
	% within Enquadro Legal_R.C. 139_2004_Conseho	30,0%	45,5%	38,5%
Total		2	11	13
		100,0%	100,0%	100,0%

Fonte Elaboração Própria 55

TABELA 43-Compromissos Continuação versus Enquadramento Legal

Seguidamente, com relação aos “Compromissos Continuação”;

Ao abrigo do artº 3º nº 1 a) do Rmto. 139/2004:

- Compromisso Alternativo Jóias da Coroa (2);
- Eliminação Vínculos/Concorrentes (0);

Ao abrigo do artº 3º nº 1 b) do Regulamento 139/2004:

- Compromisso Alternativo Jóias da Coroa (6);
- Eliminação Vínculos/Concorrentes (5);

Compri_Resid.Outras_Med_Acesso * Enquadra_Legal_R.C.139_2004_Conselho Crosstabulation

			Enquadra_Legal_R.C.139_2004_Conselho		Total
			Preceito_Lei artº3º1_1a)	Preceito_Lei artº3º1_1b)	
Compri_Resid Outras_Med_Acesso	Medidas_Cor_Acesso	Count	0	10	10
		% within Enquadra_Legal_R.C. 139_2004_Conselho	0.0%	47.6%	47.6%
	Alter_Contr_Exclu_long_ Prazo	Count	0	1	1
		% within Enquadra_Legal_R.C. 139_2004_Conselho	0.0%	4.8%	4.8%
	Fixação_Preços_Sol. Conduta	Count	3	10	13
		% within Enquadra_Legal_R.C. 139_2004_Conselho	100.0%	47.6%	54.2%
Total		Count	3	21	24
		% within Enquadra_Legal_R.C. 139_2004_Conselho	100.0%	100.0%	100.0%

Fonte Elaboração Própria 56

TABELA 44-Compromissos Residuais, Outras Medidas de Acesso versus Enquadramento legal

Já com relação aos compromissos residuais, constatamos que:

Ao abrigo do artº 3º nº 1 a) do Regulamento 139/2004 (3):

- Medidas Correção Acesso (0), correspondente a 0%;
- Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo (0), correspondente a 0%;
- Fixação Preços Solução Conduta (3), correspondente a 100%.

E ao abrigo do artº 3º nº 1 b) do Rmto. 139/2004 (21):

- Medidas Correção Acesso (10), correspondente a 47,6%;
- Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo (1), correspondente a 4,8%;
- Fixação Preços Solução Conduta (10), correspondente a 47,6%;

As evidências estatísticas levam a afirmar que o factor características essenciais da operação têm impacto sobre os modelos em estudo, nos casos relevados.

j) Cruzamento da Tabela dos Compromissos (Apêndice I) /Enquadramento Legal - Características Acessórias (Apêndice III).

O primeiro objetivo é saber em função da tabela do enquadramento legal/características acessórias, quais são os compromissos aceites.

O segundo objetivo é saber se existe uma relação e, em caso positivo qual, entre estas duas variáveis- enquadramento legal (características acessórias) versus compromissos.

Compromissos_Alienação * Características_Acessórias Crosstabuladas

			Características_Acessórias			Total
			Reg. Cont. Compra_Venda	Acordo_Societário	Oferta Pública de Aquisição	
Compromissos_Alienação	Ali_Fac_Comp_Reg_Inf	Cont % w/lin Características_Acessórias	5 31,2%	2 25,0%	2 50,0%	9
	Ali_Fac_Ad_Comp_Mai_30%	Cont % w/lin Características_Acessórias	0	2 25,0%	1 25,0%	3
	Det_Lic_Ext_Inf_Ord	Cont % w/lin Características_Acessórias	5 31,2%	3 37,5%	1 25,0%	9
	Despachamento_Negocio	Cont % w/lin Características_Acessórias	1 6,2%	1 12,5%	0 0,0%	2
Total			10 100,0%	8 100,0%	4 100,0%	22 100,0%

Fonte Elaboração Própria 57

TABELA 45-Compromissos Alienação versus Características Acessórias

Relativamente aos Compromissos Alienação versus Características Acessórias da operação, feita a análise geral da Tabela verifica-se a evidência de independência entre as variáveis uma vez que a percentagem que está na margem lateral, está muito próxima dos valores das linhas, o que é sinal de independência, como se referiu.

Não existe assim razão para inferir qualquer associação nas variáveis, por inexistência de evidência estatística que permita afirmar, defender a associação.

Nos Contratos de Compra e Venda, foram identificados um total de (16) ocorrências, com referência aos compromissos de alienação, apresentando a seguinte distribuição:

- 1-Alienação Participação Contratual Negócio. Independente, com (2) ocorrências;
- 2- Alienação Pacote Activos que são Combinados com Mais que uma Parte (Misturar e Combinar), com (2) ocorrências;

3-Garantia Licença Exclusiva Longa Duração, com (3) ocorrências;

4- Despojamento de Negocio, com (1) ocorrência.

Nos Negócios Contratos de Compra e Venda, a medida de Garantia. Licença Exclusiva. Longa Duração foi a mais presente.

Nos Acordos Sociais (8), a tabela apresenta as seguintes evidências:

1-Alienação Participação Contratual Negócio Independente., com (5) ocorrências;

2- Alienação Pacote Activos que são Combinados com Mais que uma Parte (Misturar e Combinar), com (5) ocorrências;

3-Garantia Licença Exclusiva. Longa Duração, com (5) ocorrências;

4- Despojamento de Negocio, com (1) ocorrência.

Nos Acordos Sociais, a Alienação Participação Contratual Negócio Independente, a Alienação Pacote Activos que são Combinados com Mais que uma Parte (Misturar e Combinar) e a Garantia Licença Exclusiva longa Duração, foram as medidas com mais representação, com resultado igual.

Na Oferta Pública de Aquisição Acções (4), a tabela apresenta as seguintes evidências:

1-Alienação Participação Contratual Negócio Independente, com (2) ocorrências;

2- Alienação Pacote Activos que são Combinados com Mais que uma Parte (Misturar e Combinar), com (1) ocorrência.

3-Garantia Licença Exclusiva Longa Duração, com (1) ocorrência.

4- Despojamento de Negocio, com (0) ocorrência.

Na Oferta Pública Aquisição Acções, a Alienação Participação Contratual Negócio Independente é a variável com mais representação.

Compromissos_Continuação * Caracteristicas_Acessorias Crosstabulation

			Carateristicas_Acessorias			Total
			Neg_Contr_C ompra_Venda	Acordos_Soci ais	Oferta_Públic a_aquis- Acções	
Compromissos_Continu ação	Compr_Altern_Jóias_Cor oa	Count % within Carateristicas_Acessoria s	5 55,6%	3 75,0% ^a	1 50,0%	9 60,0%
	Elimina_Vinculos/Concor rentes	Count % within Carateristicas_Acessoria s	4 44,4%	1 25,0%	1 50,0%	6 40,0%
Total		Count % within Carateristicas_Acessoria s	9 100,0%	4 100,0%	2 100,0%	15 100,0%

a. Existe indícios de haver associação entre Compr_Altern_Jóias_Coróa e Acordos_Sociais

Fonte Elaboração Própria 58

TABELA 46-Compromissos Continuação versus Caracteristicas Acessórias

A leitura da Tabela evidencia existir associação entre os Compromissos Alternativo Joias da Coroa e os Acordos Sociais, atento o valor constante da margem lateral, superior ao do quadro.

A Oferta Pública Aquisição Ações versus Eliminação Vinculos entre Concorrentes apresenta um valor superior ao inserto na margem lateral. No entanto como estamos apenas em presença de (1) ocorrência não se pode retirar do valor a conclusão de que existe associação.

Passando agora a uma análise do quadro de forma horizontal;

Nos Contratos de Compra e Venda, foram identificados um total de (9) ocorrências, com referência aos compromissos continuação, apresentando a seguinte distribuição:

- 1-Compromissos Alternativos Jóias da Coroa, com (5) ocorrências.
- 2-Eliminação Vinculos/Concorrentes, com (4) ocorrências.

Nos Contratos de Compra e Venda, o Compromisso Alternativo Jóia da Coroa foi o que apresentou mais presença.

Nos Acordos Sociais (3), a tabela apresenta as seguintes evidências:

- 1-Compromissos Alternativos Jóias da Coroa, com (3) ocorrências.
- 2-Eliminação Vinculos/Concorrentes, com (1) ocorrência.

Nos Acordos Sociais, o compromisso Alternativo Jóia da Coroa foi o mais expressivo.

Na Oferta Pública Aquisição de Acções (2), a tabela apresenta as seguintes evidências:

- 1-Compromissos Alternativos Jóias da Coroa, com (1) ocorrência.
- 2-Eliminação Vinculos/Concorrentes, com (1) ocorrência.

Na Oferta Pública Aquisição Acções, ambos estão presentes-Joias da Coroa e Eliminação Vinculos/ Concorrentes.

PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE

Compromissos Residuais, Outras Medidas de Acesso versus Características Acessórias

			Características Acessórias			
			Neg. Contr. Compra e Venda	Acordos Sociais	Oferta Pública Aquisição de Ações	Total
Campo Residuais Outras Medidas de Acesso	Medidas Cor. Acesso	Cont. N.º de Características Acessórias	8 47,1% ^a	1 14,3%	1 20,0%	10 34,6%
	Alter. Contr. Excl. Longo Prazo	Cont. N.º de Características Acessórias	1 5,0%	0 0,0%	0 0,0%	1 3,1%
	Fixação Preços Solução de Conduta	Cont. N.º de Características Acessórias	8 47,1%	6 85,7% ^b	4 60,0% ^b	18 62,1%
Total	Cont. N.º de Características Acessórias	17 100,0%	7 100,0%	5 100,0%	29 100,0%	

^a Existe indicio de associação entre Medidas Cor. Acesso e Neg. Contr. Compra e Venda

^b Existe indicio de associação entre Fixação Preços Solução de Conduta e Acordos Sociais e Fixação Preços Solução de Conduta e Oferta Pública Aquisição de Ações

Fonte Elaboração Própria 59

TABELA 47-Compromissos Residuais,Outras Medidas de Acesso versus Características Acessórias

Já quanto aos Compromissos Residuais versus Características Acessórias, como se evidencia na Tabela em cima, existe indício de associação:

- a) Entre as Medidas de Correção de Acesso e os Negócios de Contrato de Compra e Venda.
- b) Entre os Acordos Sociais e a Medida de Fixação de Preços Solução de Conduta.
- c) O mesmo acontecendo com a Oferta Pública de Aquisição de Ações e a Fixação de Preços de Conduta.

Passando agora a uma análise do quadro de forma horizontal;

Nos Compromissos Residuais-Outras Medidas Acesso, foram identificados um total de (29) ocorrências, apresentando a seguinte distribuição:

Nas Medidas de Correção Acesso, com (10) ocorrências, temos as seguintes evidências:

- 1-Negócio Contrato Compra e Venda, com (8) ocorrências.
- 2-Acordos Sociais, com (1) ocorrência.
- 3-Oferta Pública Aquisição Ações, com (1) ocorrência.

No Negócio Contrato Compra e Venda, as Medidas de Correção Acesso foram as mais representadas.

Nas Alteração Contratos Exclusivos Longo Prazo, com (1) ocorrência, temos as seguintes representações:

- 1-Negócio Contrato Compra e Venda, com (1) ocorrência.
- 3-Acordos Sociais, com (0) ocorrências.

4-Oferta Pública Aquisição Ações, com (0) ocorrências.

No Negócio Contrato Compra e Venda, a medida Alteração Contratos Exclusivos Longo Prazo, foi a única representada.

Nos Acordos Sociais e na Oferta Pública Aquisição Ações, não obteve presença.

Já nas Medidas de Fixação Preços/Solução Conduta com (18) ocorrências, temos as seguintes evidências:

1-Negócio Contrato Compra e Venda, com (8) ocorrências.

2-Acordos Sociais, com (6) ocorrências.

3-Oferta Pública Aquisição de Ações, com (4) ocorrências.

As Medidas de Fixação Preços/Solução Conduta embora mais presentes no Negócio Contrato Compra e Venda, estiveram também presentes nos Acordos Sociais e na Oferta Pública Aquisição Ações, ainda que com menor presença.

3.21. Análise dos Resultados.

Os resultados obtidos através do cruzamento dos quadros, mostram os parâmetros correspondentes às variáveis e se são ou não estatisticamente significativos.

Não obstante, para se analisar como as distintas variáveis estudadas se relacionam entre si, é necessário ter em conta que os parâmetros obtidos não informam directamente sobre a relação entre as variáveis demonstrando apenas associação.

Assim, se um parâmetro é significativo, tal supõe que existem indícios estatísticos de que as variáveis em questão estão associadas.

Portanto, se um sinal é positivo é possível afirmar que conforme maior seja o valor que toma a variável considerada, maiores são as probabilidades de associação.

Tendo em conta os valores dos parâmetros encontrados correspondentes às variáveis e aos níveis de significação (p-value), procedeu-se também à análise dos resultados por factor.

A análise dos dados recaiu individualmente sobre:

- a) Os compromissos.
- b) Características Tipo de Mercado/Tipo de mercado-Preocupações encontradas/Tipo de Mercado/Consequências a evitar.
- c) Características legais da operação-Essenciais e acessórias.

Após a apresentação dos resultados, elaboraram-se cruzamentos de dados, fazendo-se associações de forma a apresentar as variáveis em associação.

Concluindo:

No presente estudo analisaram-se o número de factores anteriormente discriminados, para determinar a incidência da sua associação à viabilização das operações de concentração por parte da Comissão, a partir de dados resultantes do trabalho empírico de recolha anteriormente desenvolvido.

A base de dados utilizada, foi composta por trinta e cinco decisões da Comissão Europeia, referentes a processos analisados em Fase II, de investigação - Trinta de admissão e cinco de proibição, sendo que os resultados da análise se encontram aqui expostos.

O nível de significado utilizado para os testes dos casos e sub casos sob análise é de 5%.

Observando os resultados obtidos da análise pode-se concluir que a variável “Despojamento do negócio”, é uma variável estatisticamente significativa. Confirma-se que o maior uso de oferta de medidas estruturais por parte dos interessados tal como a medida referida, segue a tendência da Comissão de aceitar a operação, de acordo com as suas Orientações.

Este resultado faz sobressair o impacto que esta medida exerce sobre os resultados de aprovação das operações de concentração, por parte da CE.

CAPÍTULO IV

Considerandos sobre os resultados da pesquisa empírica referente à mostra objectivo -A Análise dos Casos Objecto de Estudo-Permitidos e Proibidos.

Dos trinta casos analisados no âmbito do RC. 139/2004, entre os anos de 2004 e final de 2013, ⁵²⁶em Fase II, artº 8º/2, vinte e seis deles apresentaram propostas de compromissos de medidas estruturais que passaram todas elas pela alienação a um comprador adequado, seja do tipo adquirente inicial ou eventual, independentemente de coadjuvados ou não por outras medidas de natureza comportamental, como se constata.

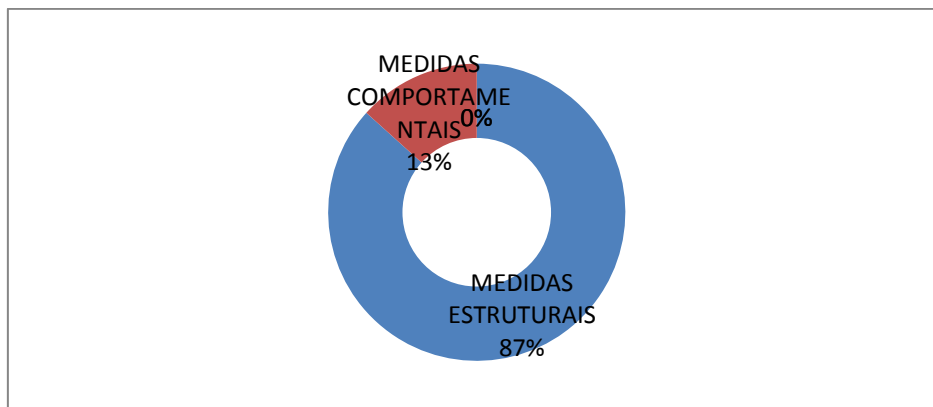
Na verdade, como opina **EZRACHI**, Ariel, poderá acontecer que sejam aplicados simultaneamente, tanto compromissos estruturais como comportamentais, estes últimos desenhados especialmente para o caso em questão, sendo utilizados como suporte dos primeiros, assegurando a eficácia das medidas estruturais.⁵²⁷

Fase II, Artº 8º/2-Aprovações mediante condições-RC. 139/2004.

Anos:2004/2013

⁵²⁶ Caso M.3653 SIEMENS / VA TECH.;Caso M.3687.JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT;Caso M.3696 E.ON / MOL.; Caso M.3868 DONG / ELSAM /ENERGIE,Caso M.3916 T-MOBILE AUSTRIA / TELE.RING.;Caso M.4000 INCO/FALCONBRIDGE;Caso M.4180 GAZ DE FRANCE / SUEZ;Caso M.4187 METSO /AKER KVAERNER;Caso M.4381 JCI / FIAMM;Caso M.4404 UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING;Caso M.4504SFR / TELE;Caso M.4513ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX.;Caso M.4525 KRONOSPAN / CONSTANTIA ;CasoM.4726THOMSON CORPORATION / REUTERS GROUP;Caso M.4919 STATOILHYDRO / CONOCOPHILLIPS.;Caso M.4980 ABF / GBI BUSINESS;Caso M.5046 FRIESLAND / CAMPINA;Caso M.5153 ARSENAL/DSP ;Caso M.5335 LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES) ;Caso M.5440 LUFTHANSA / AUSTRIAN AIRLINES ;Caso M.5658 UNILEVER / SARA LEE BODY CARE ;Caso M.5675 SYNGENTA / MONSANTO'S SUNFLOWER SEED ;CasoM.6203 WESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES ;Caso M.6266 J&J / SYNTHES ;Caso M.6286 SÜDZUCKER / ED&F MAN ;Caso M.6410 UTC / GOODRICH ;Caso M.6458 UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC;Caso M.6471 OUTOKUMPU / INOXUM ;Caso M.6497 HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA.

⁵²⁷EZRACHI, A., (2006), op. Cit.,p. 461.



Fonte Elaboração Própria 60

Gráfico 10-Medidas Comportamentais versus Medidas Estruturais

O gráfico elaborado é demonstrativo da percentagem dos casos aceites em Fase II pela Comissão que no caso das Medidas Comportamentais, por comparação com as medidas estruturais, é de apenas 13% dos casos, para 87% de casos de medidas estruturais.

Paralelamente, foram ainda propostas em todos os casos Medidas Comportamentais, conforme melhor explicitado ao longo do trabalho e que aqui nos abstermos de enunciar.

Os quatro casos viabilizados pela Comissão que não passaram por medidas estruturais e que por constituírem exceção importa realçar, foram:

1-O Caso **SFR/TÉLÉ 2 FRANCE-M-4504**, no qual se entendeu ser suficiente para assegurar a pressão concorrencial da nova entidade sobre o mercado, com compromissos de não discriminação referentes ao acesso de operadores de canais para os quais um dos intervenientes detinha direitos exclusivos de distribuição, assim como a proibição de aquisição de direitos de distribuição exclusivos para os canais produzidos por terceiro, para os quais um dos intervenientes detinha esses direitos;⁵²⁸

2-O Caso **KRONOSPAN/CONSTANTIA M-4525**, no qual se viabilizou a operação através da redução da operação de fusão, assim como por via do oferecimento de um compromisso de não aquisição da outra parte;

3-O Caso **LUFTHANSA/SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES) M-5335**, no qual se viabilizou a operação através da atribuição de faixas horárias eficientes

⁵²⁸ Veja-se EZRACHI, Ariel, (2006) “Soluções de conduta baseadas em contrato também foram utilizadas, por vezes, pela Comissão ou para rescindir acordos de fornecimento a longo prazo ou a concessão de um terceiro dos direitos de distribuição exclusiva”, op. Cit.pp 477-478.

que permitiam a novos operadores operar voos em cada uma das quatro rotas em que a Comissão tinha dúvidas;⁵²⁹

4-O **Caso LUFTHANSA/AUSTRIAN AIRLINES, M-5440**, no qual se viabilizou a operação pela via do oferecimento de vagas-faixas horárias eficientes bem como medidas acessórias como a participação no programa especial passageiro frequente.

Relativamente a estes quatro casos e como adiante melhor se explicará, importa dizer que embora tenham sido viabilizados sem recurso a medidas estruturais, ainda assim a Comissão entendeu que os efeitos das Medidas Comportamentais⁵³⁰ propostas produziam os mesmos efeitos e eficácia que as medidas estruturais.

Relativamente aos dois últimos, os compromissos apresentados pelas partes, nos casos em análise, consistiram principalmente numa " solução de acesso".

No entendimento da Comissão, se os compromissos de acesso garantirem a entrada de concorrentes suficientes, poderão ser considerados como tendo um efeito similar sobre a concorrência no mercado, tal como acontece com uma alienação.

Se não se poder concluir que a redução das barreiras à entrada por parte dos compromissos propostos vai levar com toda a probabilidade à entrada de novos concorrentes no mercado, a Comissão rejeitará tal pacote remédio.

Foi o que veio a acontecer por exemplo no caso de proibição aqui analisado, **OLYMPIC/AEGEAN AIRLINES**, tendo a Comissão seguido o parágrafo 68 das “Orientações das Concentrações Horizontais”. Com efeito, para a entrada de um novo operador exercer pressão concorrencial suficiente sobre as partes na concentração, deve ser demonstrado que é provável, tempestivo e suficiente para impedir ou anular os efeitos anti concorrenciais potenciais da fusão.⁵³¹

Da análise dos casos aprovados, resultou que a entidade a alienar deverá traduzir-se numa actividade viável, que possa concorrer de forma eficaz e duradoura no mercado, com a entidade resultante da concentração.

⁵²⁹ Existiam dúvidas pelo menos no que diz respeito ao transporte aéreo de passageiros num nº de rotas entre a Bélgica e a Alemanha e Bélgica e Suíça, relativamente à competitividade nos serviços de transportes aéreos, tanto no que se refere as tarifas como a rotas.

⁵³⁰ São todos eles casos em que a alienação de activos não foi possível. Veja-se ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), p. 22.

⁵³¹ Pt.1401 desta Decisão.

Assim, a actividade deve ser alienada enquanto empresa em actividade, englobando as actividades que devem ser dissociadas da actividade da empresa originária, de uma parte da actividade ou, quando necessário, de activos individuais.⁵³²

A Comissão pondera bem a alienação de uma actividade viável, uma vez que existem riscos elevados e muitas incertezas relacionados com a transferência de uma actividade para um novo proprietário, podendo estes acabar por influenciar o impacto concorrencial da actividade alienada e, deste modo, conduzir a uma situação de mercado em que as preocupações de concorrência da Comissão não sejam afastadas⁵³³.

Resulta igualmente como ponto comum dos casos analisados que a actividade a alienar deverá ser composta por todos os activos que contribuem para o seu funcionamento actual, bem como os que sejam necessários de forma a garantir a sua viabilidade e competitividade,⁵³⁴ incluindo o pessoal no activo à data da operação, que contribua para o seu desempenho, independentemente de estar ou não afecto a outras actividades.

Na verdade, como se refere na Com. 2008/C 267/01, os efectivos que desempenham funções essenciais para a actividade, deverão ser alienados, em medida suficiente para dar resposta às necessidades correntes da actividade alienada.⁵³⁵

É também importante que as empresas notificantes informem relativamente às modalidades do fornecimento de produtos e serviços à entidade alienada e/ou vice-versa.

Com efeito, o tipo de relações entre ambas poderá ser vital para a manutenção da plena viabilidade e competitividade económicas durante um período transitório.

Por consideramos importante a este propósito o texto, transcrevemos parte da decisão do caso Ryanair-Aer Lingus III, analisado.

Com efeito, diz-se na decisão que a empresa tem que incluir todos os activos que contribuem para o seu funcionamento corrente ou que sejam necessários para assegurar a sua viabilidade e competitividade e de todo o pessoal empregado, ou pelo menos o pessoal necessário para garantir a;

⁵³² Veja-se os casos UNIVERSAL MUSIC GRUP/EMI MUSIC, Caso M-6458 e UTC/GOODRICH, Caso M- 6410, entre outros analisados, a título de exemplo.

⁵³³ COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, pp. 81, Et. Seq.

⁵³⁴ Veja-se o Caso de Proibição analisado, RYANAIR/AIR LINGUS III, em que um dos argumentos de proibição da operação que se transcreve foi “Além disso a Comissão observou que a Flybe, devido ao seu modelo de negócio, não teria experiência com a operação com aeronaves Airbus A320 e, portanto, considerou que enfrentava um desafio na compreensão do mercado em que iria operar”.

⁵³⁵ JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008, Pt. 26.

" ...Viabilidade do negócio e competitividade. Nesse sentido pessoal e bens que são actualmente compartilhados entre a actividade a alienar e outras empresas das partes, mas que contribuem para o funcionamento do negócio ou que são necessárias para garantir a sua viabilidade e competitividade, também devem ser incluídos ⁵³⁶ Por isso, a empresa a alienar deve conter o pessoal que presta funções essenciais para o negócio, como, por exemplo, o grupo de R & D e de informação pessoal de tecnologia, mesmo que esse pessoal esteja empregado actualmente por outra unidade de negócios das partes, pelo menos numa proporção suficiente para atender às necessidades em curso da empresa alienada. Da mesma forma, recursos compartilhados devem ser incluídos, mesmo que esses bens sejam propriedade ou alocados a outras unidade de negócio ⁵³⁷ .

Com efeito, no entendimento da Comissão, um negócio viável é um negócio que pode operar numa base autónoma, independente das partes na concentração no que respeita ao fornecimento de materiais de entrada ou, outras formas de cooperação que não apenas durante o período transitório.

Na apreciação dos compromissos, naturalmente que os recursos do adquirente eventual, futuro ou, simplesmente presumido, não são tidos em consideração pela Comissão quando procede à apreciação da medida de correcção, pois que a actividade a alienar deve ser viável por si.

O mesmo não acontece se estivermos perante um adquirente concreto, ⁵³⁸ com um acordo de compra e venda assinado. Aqui os recursos poderão vir a ser relevantes na apreciação do compromisso que a Comissão venha a fazer. Tal facto pode até levar a que seja aceite a exclusão de um ou vários efectivos, quando tal não ponha em causa a viabilidade da actividade alienada.

⁵³⁶ Pts 1784 e 1785 do Caso RYANAIR-AER LINGUS III.

⁵³⁷ Pt. 1786, Ibid.

⁵³⁸ Veja-se o Caso de Proibição analisado, RYANAIR/AIR LINGUS III, em que a Comissão não veio a aceitar a Flybe como comprador adequado, atendendo aos resultados negativos dos últimos anos, por sugerirem uma capacidade limitada para resisitir a choques, atentas as preocupações sobre a viabilidade da actividade alienada tendo em consideração entre outros factos, a capacidade para fazer investimentos adicionais, facto que levantava na opinião da Comissão a questão de saber se esta possuía recursos financeiros para manter e desenvolver a Flybe Irlanda como uma força competitiva viável e activa.

Mais uma vez, no caso analisado Ryanair/Aer Lingus III, pode ler-se no texto da decisão que “de acordo com o paras 30 da Com.⁵³⁹ sobre as soluções, a actividade a alienar deve ser viável como tal. No entanto, durante o procedimento de um contrato de compra e venda com um comprador específico, já concluído, podem ser tidos em conta os seus recursos na avaliação da viabilidade das actividades alienadas.

Tal como previsto no Pt. 47 da Com. referida, o efeito pretendido de uma alienação só será alcançado uma vez que a actividade seja transferida para um comprador adequado, em cujas mãos ela se tornará uma força competitiva activa no mercado.

Por sua vez, o Pt. 48 da Comunicação sobre remédios, estabelece os requisitos do comprador padrão, pese embora o facto de a análise ser casuística:

- a) Deve ser independente e não ligado às partes;
- b) Deve possuir os recursos financeiros, experiência comprovada relevante e ter o incentivo e a capacidade de manter e desenvolver o negócio alienado como uma força competitiva viável e activa em concorrência com as partes e os outros concorrentes;
- c) A aquisição do negócio por um adquirente proposto não deve ser susceptível de criar novos problemas de concorrência nem dar lugar a risco, de que a implementação dos compromissos será atrasada;

Portanto, do adquirente proposto deve ser razoavelmente esperada a sua capacidade para a obtenção de todas as aprovações necessárias das autoridades reguladoras relevantes para a aquisição do negócio a alienar.⁵⁴⁰

Importa dizer que as operações devem ser passíveis de uma execução efectiva a curto prazo⁵⁴¹ pois que a manutenção das condições de concorrência no mercado apenas será possível, após o cumprimento dos compromissos propostos.

Com efeito, a duração do período interino, ou seja, do tempo que medeia entre as partes terem entregue as suas propostas, até à aceitação das mesmas pela Comissão e o tempo de arranque do negocio desenvolvido pelo comprador, deve ser o mais curto possível pois existem várias situações negativas identificadas pela Comissão quando este período é demasiado longo que passam pela incerteza quanto ao negócio

⁵³⁹ In JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008 apud, texto da decisão, Ryanair/Aer Lingus, Pt. 1788.

⁵⁴⁰ Veja-se as objeções levantadas pela Comissão no Caso M-6166 DEUTSCHE BORSE/NYSE EURONEXT, a propósito das incertezas sobre as aprovações regulatórias necessárias para que a alienação de NYX fossem concedidas facto que no seu entendimento agravava a complexidade do processo de alienação, comprometendo a sua eficácia.

⁵⁴¹ COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, p. 110, Et. Seq.

desinvestido, incerteza do mercado quanto ao futuro do negócio, podendo ocorrer a sua perda significativa ou de concorrência no mercado, sendo que em mercados dinâmicos, a presença reduzida, pode rapidamente levar a perdas significativas na força do mercado que, pode ser difícil vir a recuperar mais tarde.

Sabido é que enquanto as alienações, uma vez executadas, não implicam quaisquer medidas de acompanhamento suplementares, os outros tipos de compromissos obrigam a mecanismos de controlo eficazes, por forma a garantir que o seu efeito não seja atenuado ou mesmo eliminado pelas partes.

Já quanto aos compromissos para garantir o acesso, são medidas para possibilitar aos outros participantes no mercado, acesso aos principais activos, reduzindo barreiras à entrada. Existem três tipos de remédios de acesso, nomeadamente o acesso a infra-estrutura, o acesso a tecnologia, assim como o acesso a finalização de contratos exclusivos⁵⁴².

Existem ainda outros compromissos, tais como romper a influência das partes na concentração relativamente a um concorrente, separar dois concorrentes colectivamente dominantes, retirada de uma marca de um mercado⁵⁴³

⁵⁴² Veja-se o Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180, a Comissão considerou que as altas barreiras à entrada teriam reforçado a posição dominante das partes nos mercados do gás, já que as partes na concentração teriam tido acesso a maior parte do gás importado para a Bélgica e teriam a detenção de quase todos os contratos de importação a longo prazo. Além disso, devido ao controlo das partes sobre Fluxys o operador de rede, beneficiariam de acesso privilegiado à infra-estrutura de fornecimento e armazenamento Os remédios propostos consubstanciaram a necessidade de soluções estruturais, que passaram pela separação da propriedade, bem como procederam ao corte de ligação entre a oferta e a infra-estrutura, criando assim condições favoráveis à concorrência para o desenvolvimento sustentável nos mercados de energia em questão e que ofereciam dúvidas. A empresa Suez, propôs-se alienar a Distrigaz bem como a abrir mão do controlo sobre a Fluxys. E, por sua vez, a GDF propôs-se alienar a sua participação na SPE bem como a alienar a sua subsidiária Cofathec Coriance, para resolver os problemas no mercado de aquecimento urbano. Foi igualmente proposto reforçar o funcionamento do centro de Zeebrugge, criando um único ponto de entrada que ligaria todas as redes convergentes em Zeebrugge, através da operação do hub, por um operador independente, Fluxys, que deixará de ser controlada pela empresa Suez. Foram ainda propostas medidas “*ad hoc*” que passaram pela proposta de realização de uma série de projectos de investimentos realizados na Bélgica e em França, com a finalidade de aumentar a capacidade de infra-estrutura, de forma a facilitar a entrada de novos concorrentes no mercado bem como a promover a concorrência.

⁵⁴³ Caso M-5658, UNILEVER/SARA LEE é exemplificativo de um caso de retirada da marca Sanex do mercado europeu; Também o Caso FRIESLAND / CAMPINA-M.5046 no qual a Comissão concluiu que existiria na operação sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum, uma vez que as duas empresas competiam entre si nos mesmos mercados de produtos lácteos, existindo o risco de o dominarem, sobretudo o mercado dos produtos lácteos frescos e queijo. Pelo que juntamente com o compromisso de alienação das actividades Friesland Foods ' fresco produtos lácteos (incluindo a transferência / licenciamento de marcas e uma fábrica em Nijkerk) e uma das fábricas de queijo da Campina, localizada em Bleskensgraaf, as partes assumiram o compromisso de vender duas marcas Campina para bebidas lácteas de longa duração.

Por exemplo, no caso analisado, **RYANAIR/AER LINGUS**, como vimos, foi proposta uma solução tipo adquirente inicial, em que a Ryanair se comprometeu a não concluir a aquisição da Aer Lingus antes de ter encontrado um comprador empenhado em aceitar os “*slots*”, baseados nas operações de aeronave com base em Dublin, pese embora o facto de ter vindo a ser recusada por a Comissão ter entendido que a solução oferecida não era suficientemente detalhada e, como tal, não “workable”.

Este tipo de solução é importante quando a Comissão tenha que garantir com grau de certeza necessário que a actividade será efectivamente alienada a um adquirente adequado.

Quando esta é a opção, as partes deverão comprometer-se a não concluir a operação notificada antes da celebração de um acordo vinculativo relativo à actividade a alienar com um adquirente, acordo esse aprovado pela Comissão.⁵⁴⁴

A opção por esta medida poderá acelerar a transferência da actividade a alienar pois que os compromissos permitirão à Comissão concluir, com o grau de certeza necessário e, relativamente seguro que a alienação será efectivamente levada a cabo, sem grandes riscos.

Para além desta solução, poderá acontecer ainda que durante o processo já iniciado pela Comissão, as partes venham a identificar um adquirente, celebrando com ele um acordo juridicamente vinculativo que descreva os aspectos essenciais da aquisição, determinando a Comissão na decisão final se a transferência da actividade a alienar ao adquirente identificado dissipará ou não e por que motivos, as preocupações de concorrência suscitadas.

Como se refere na Comunicação em causa e já se disse anteriormente, a Comissão acolhe favoravelmente as medidas de correcção do tipo solução prévia

⁵⁴⁴ JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008: “Em primeiro lugar, tal sucede nos casos em que a alienação se depara com obstáculos significativos, tais como os direitos de terceiros ou incertezas quanto à probabilidade de encontrar um adquirente adequado. Nesses casos, um adquirente inicial permitirá à Comissão concluir, com o grau de certeza necessário, que os compromissos serão aplicados, uma vez que este tipo de compromisso cria maiores incentivos para que as partes procedam à conclusão da alienação, a fim de poderem completar a sua própria concentração. Em segundo lugar, um adquirente inicial pode ser necessário nos casos em que se verificam riscos significativos a nível da manutenção da competitividade e quanto à possibilidade de venda da actividade a alienar no período provisório previsto para o efeito. Trata-se de situações em que os riscos de degradação da actividade a alinear se afiguram importantes, nomeadamente devido à perda eventual do pessoal essencial para a actividade ou em que os riscos intercalares aumentam, dada a impossibilidade de as partes empreenderem o processo de dissociação durante o período provisório, uma vez que essa dissociação apenas pode ter lugar uma vez celebrado um acordo de compra e venda com um adquirente”, veja-se Pt. 54.

sobretudo nos casos em que a identidade do adquirente seja fundamental para a eficácia da medida de correcção proposta.⁵⁴⁵

Uma solução deste tipo adquirente inicial ou “*up front buyer*” também designado por “*fix it first*”⁵⁴⁶, prevendo requisitos específicos quanto ao seu carácter adequado, será geralmente considerada equivalente e aceitável.

Outra medida referente aos compromissos de alienação será a eliminação dos vínculos entre as partes e os concorrentes, sempre que estes contribuam para as preocupações de concorrência.

Desta feita, poderá ser necessária a alienação de uma participação minoritária numa empresa comum a fim de suprimir um vínculo estrutural com um concorrente importante⁵⁴⁷ ou, de igual forma, a alienação de uma participação minoritária⁵⁴⁸.

Apesar de a alienação destas participações ser a solução preferível, poderá ser aceite pela Comissão, excepcionalmente, a renúncia aos direitos associados às participações minoritárias num concorrente sempre que seja possível concluir que os benefícios advenientes da participação minoritária num concorrente levantam preocupações de concorrência.

Quando tal aconteça, as partes deverão “*renunciar a todos os direitos resultantes dessa participação que influenciem o seu comportamento concorrencial, tal como a representação no conselho de administração, os direitos de veto e, os direitos à informação*”⁵⁴⁹ e, deverão fazê-lo de forma abrangente e permanente.⁵⁵⁰

Também, “*Quando as preocupações de concorrência resultarem de acordos com empresas que fornecem produtos ou serviços idênticos, uma medida de correcção adequada pode consistir em pôr termo aos respectivos acordos, tais como os acordos*

⁵⁴⁵ Trata-se de situações em que, dadas as circunstâncias, somente um número muito restrito de adquirentes potenciais podem ser considerados adequados, atendendo nomeadamente ao facto de a actividade a alienar não ser viável enquanto tal, sendo a sua viabilidade apenas passível de ser assegurada por activos específicos do adquirente ou sempre que este último deva apresentar características específicas para que a medida de correcção suprima as preocupações de concorrência.

⁵⁴⁶ ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), na situação de apresentação de uma operação já contratada e combinada, o lógico é não incluir a facturação dos activos vendidos para efeitos de determinação dos patamares do art. 1 do Rmto. 139/2004, op. Cit. p.91.

⁵⁴⁷ Esta medida foi proposta no Caso SUDZUCKER/EDF MAN-M-6286.

⁵⁴⁸ Esta solução foi proposta no Caso estudado E. ON/MOL- M-3696.

⁵⁴⁹ COM. In JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008, Pt.59.

⁵⁵⁰ Veja-se o compromisso apresentado no Caso M-4180 GAZ DE FRANCE/SUEZ, em que foi proposto largar mão sobre o controlo da Fluxys ou o Caso M-3653, SIEMENS/VA.TECH, em que os representantes da Siemens nos corpos dos accionistas do SMS Demag são substituídos por curadores garantindo a independência da empresa.

*de distribuição com os concorrentes ou os acordos que se traduzem na coordenação de certos comportamentos comerciais”.*⁵⁵¹

Todavía, nesta última situação é importante garantir a distribuição do produto de um concorrente no futuro, sob pena de se poderem manter os problemas de concorrência.

Com efeito, pese embora o facto de as alienações e a supressão dos vínculos com os concorrentes, serem as medidas de correcção consideradas preferíveis, elas não constituem a única medida de correcção possível para suprimir preocupações de concorrência.

A Comissão aceitará outros compromissos diferentes, mas apenas quando as medidas de correcção propostas sejam pelo menos equivalentes a uma alienação.⁵⁵²

Segundo **EZRACHI**, Ariel , “*A Comissão usou remédios de acesso numa ampla gama de processo; Compromissos que envolvem direitos de licenciamento foram aceites como remédios adequados facilitar ou manter acesso à tecnologia chave. Acordos de licenciamento foram usados para manter a viabilidade de um produto pós fusão, como alternativa às alienações e, facilitar a introdução de um novo produto concorrente no mercado (remédios re-branding)*⁵⁵³; *compromissos de acesso não discriminatório às redes, acesso não discriminatório aos conteúdos e obrigações para fornecer aos concorrentes acesso a plataformas dominantes e tecnologia-chave foram aceites pelo Comissão para facilitar acesso de mercado, reduzir as barreiras à entrada e impedir o surgimento de um “porteiro”*⁵⁵⁴

Isso mesmo se constatou no presente estudo, como vimos.

Com efeito, em diversos casos estudados verificamos que a Comissão aceitou medidas de correcção respeitantes ao acesso ou seja, compromissos que proporcionam aos outros participantes do mercado o acesso a bens essenciais, reduzindo as barreiras à entrada.⁵⁵⁵

⁵⁵¹Disponível em JO L 24 de 29.1.2004, Pt 60.

⁵⁵² COM.JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008, Pt. 61.

⁵⁵³ Ver medida de branding analisada pela Comissão no Caso de proibição M-6663, RYANAIR/ AER LINGUS III.

⁵⁵⁴EZRACHI, A., (2006), ob. Cit., p. 471.

⁵⁵⁵ O estudo publicado em 2005, analisou três tipos de remédios de acesso: (1) Concessão de acesso a infra-estruturas ou plataformas técnicas, (2) Concessão de acesso à tecnologia por meio de licenças ou outros direitos de propriedade intelectual, e (3) Finalização de acordos verticais exclusivos.

As medidas de correcção respeitantes ao acesso são medidas de correcção que prevêm a concessão de acesso a infra-estruturas fundamentais,⁵⁵⁶ tais como redes e tecnologias cruciais⁵⁵⁷, inclusivamente patentes, saber fazer ou outros direitos de propriedade intelectual, bem como matérias-primas essenciais.⁵⁵⁸

Quando uma medida destas é proposta, as partes notificantes obrigam-se a facultar esse acesso a terceiros, de forma não discriminatória e transparente, a entrada de novos concorrentes no mercado, eliminando-se desta forma entraves à concorrência.

Existem outros compromissos desta natureza que facultam o acesso a plataformas de televisão por assinatura e à energia através de programas de disponibilização de gás.⁵⁵⁹

No entanto, a Comissão refere que “*as medidas individuais não permitem reduzir num grau suficiente as barreiras à entrada, sendo necessário um conjunto de medidas, reunindo medidas de correcção em matéria de alienação e compromissos de acesso ou um conjunto de compromissos destinado a facilitar na sua globalidade a entrada de concorrentes através de todo um leque de medidas diferentes.*”⁵⁶⁰

De facto importante é que os compromissos permitam a entrada de um número suficiente de novos concorrentes em tempo oportuno. Tal exigência adquire especial relevância em sectores da indústria já à partida caracterizados por apresentar uma fraca concorrência potencial, nos quais se recorre à Teoria das Infra Estruturas Essenciais,⁵⁶¹ em que as MC., ainda que estruturais, não replicam as condições de acesso.⁵⁶²

⁵⁵⁶ COMISSÃO (2005) *Merger Remedies Study*, “A mudança na estrutura de mercado resultante de um projecto de concentração pode levar a grandes barreiras ou obstáculos à entrada no mercado relevante. Tais barreiras podem resultar do controlo de infra-estrutura, em especial redes ou tecnologias essenciais, incluindo patentes, *know-how* ou outra propriedade intelectual. Em tais circunstâncias, as soluções podem destinar-se a facilitar a entrada no mercado, garantindo que os concorrentes terão acesso à infra-estrutura necessária ou tecnologia-chave”, p. 119, Et. Seq.

⁵⁵⁷ Veja-se o Caso estudado M-3916, T MOBILE AUSTRIA/TELE RING exemplificativo deste tipo de compromisso.

⁵⁵⁸ Veja-se o Caso M-6286, SUDZUCKER/ED/F. MAN, exemplificativo desta última medida, a título de exemplo. Aqui a medida consistiu na transferência para o comprador dos contratos de longo prazo, através dos quais a Brindis obtém entrada de açúcar bruto suficiente de fornecedores a preços competitivos.

⁵⁵⁹ Veja-se Caso estudado M-3696, E.ON/MOL e Caso M-3868, DONG/ESLAN/ENERGI E2, exemplificativos deste tipo de compromisso, apresentados pelas partes e aceite pela Comissão.

⁵⁶⁰ COM. C 267/01 de 22.10.2008, Pt. 63.

⁵⁶¹ MASSADEH, A A, (2011) “*The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective*” (2011) University of East Anglia Law School-AM-1. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1738326> (acedido em: 23/06/2016) refere que “Nos sectores da aviação, energia, transportes e telecomunicações (mesmo no caso de sobreposições horizontais) verificando-se: (1) o controlo por parte de um monopolista de uma infra-estrutura (ou direitos PI), (2) essencial para a concorrência, (3) impossibilidade razoável de duplicação, (4) recusa de concessão de acesso sem razão

Se assim for, serão considerados pela Comissão como bons e suficientes, já que o efeito útil é equiparável a uma alienação.

Veja-se o caso de proibição analisado no presente trabalho **RYANAIR/AER LINGUS, -COMP./M-4439**, em que a Comissão entendeu que ⁵⁶³os compromissos apresentados pelas partes consistiam principalmente numa chamada "solução de acesso" e que corrobora na íntegra o que acima já havia afirmado nas suas orientações.

Se tais compromissos de acesso, no dizer da Comissão, provocassem a entrada de concorrentes suficientes e oportunos, poderiam ser considerados como tendo um efeito similar sobre a concorrência no mercado, com os mesmos efeitos de uma alienação. No entanto, caso não se possa concluir que a redução das barreiras à entrada por parte dos compromissos propostos irá levar à entrada de novos concorrentes no mercado, a Comissão forçosamente rejeitará o pacote de remédios.⁵⁶⁴

Refere-se no texto da decisão da Comissão que: *“para a entrada exercer pressão concorrencial suficiente sobre as partes na concentração,⁵⁶⁵ deve ser demonstrado que é provável, tempestiva e suficiente para impedir ou anular os efeitos anti concorrenciais potenciais da fusão.”*⁵⁶⁶

No caso concreto, referiu a Comissão que *“Mesmo que o RC., geralmente não exija a identificação de um novo operador, este pode ser necessário, em certos casos [...] em especial, quando nenhum concorrente mostra qualquer interesse em entrar nas rotas afectadas.”*⁵⁶⁷

Segue-se que, quando vários concorrentes tenham manifestado interesse em entrar nos mercados afectados, tal identificação é requerida a contrário, quando nenhum concorrente mostra interesse credível, a Comissão pode exigir a identificação do novo

objectiva e (5) possibilidade prática de permitir a sua utilização sem impacto negativo para a manutenção da sua actividade comercial”, loc. Cit.pp. 4 -8.

⁵⁶² Ac.T-114/02 BaByliss SA v Comissão [2003], paras 191-193,195,205,207 e 210, no qual o TPI reafirmou o critério para a adequação das MC. o qual seria verificar se o licenciado teria o não capacidade para se estabelecer ou consolidar como efectivo concorrente, pelo que os compromissos comportamentais seriam a priori aptos a resolver os problemas de concorrência, colocando a questão da garantia do acesso ao mercado e a possibilidade de entrada de novos concorrentes acima das significativas quotas de mercado.

⁵⁶³ Pt. 2144, da Decisão.

⁵⁶⁴ Pt. 2155, Ibid.

⁵⁶⁵ De acordo com o paras. 68º das Orientações das Concentrações Horizontais.

⁵⁶⁶ Pt. 2147 Ibid.

⁵⁶⁷ Ibid. Pt. 2147.

participante (s) em rotas problemáticas, de modo a verificar que uma entrada é provável que ocorra.⁵⁶⁸

No que diz respeito à forma dos compromissos aceitáveis, o RC. deixa a apreciação à Comissão -Desde que os compromissos atendam ao requisito *standard*, compromissos estruturais, ou seja, que vão cumprir as condições estabelecidas no Recital.

Mas somente na medida em que possa concluir, com o grau de certeza que será possível implementá-los e de que será provável que as novas estruturas comerciais daí resultantes serão suficientemente viáveis e duradouras, de forma a garantir que o entrave significativo à concorrência efectiva não venha a ocorrer, o que constitui uma posição juridicamente indefinida e insegura, pois que como analisamos nem sempre os remédios estruturais são os mais aconselháveis, sobretudo na presença de mercados altamente tecnológicos e dinâmicos, onde as medidas adequadas passam por soluções mais adaptáveis a uma realidade em constante mutação.

Os remédios, compromissos referentes ao comportamento futuro da entidade resultante da concentração podem ser aceitáveis, mas só excepcionalmente e, em circunstâncias muito específicas, como vimos nos casos analisados.⁵⁶⁹ Também poderão vir a levantar problemas quanto a questões de encerramento do mercado aos concorrentes que dependam dessa tecnologia ou, desses direitos de propriedade intelectual, como recurso essencial para desenvolver actividades num mercado a jusante.

Desta feita, como diz a Comissão,⁵⁷⁰ os remédios para garantir a concessão de acesso à tecnologia envolvem normalmente activos de propriedade intangíveis tais como direitos de propriedade intelectual. Estes remédios são úteis quando sem tal garantia, a concentração permitiria às partes impedir o acesso de concorrentes, potenciais compradores que, a fim de competir no mercado em questão, precisam ter acesso a certos activos de propriedade para facilitar a investigação e o desenvolvimento, produção, marketing, vendas, serviços, ou quaisquer outras funções importantes na cadeia de valor.

⁵⁶⁸ Ibid.Pt. 2148.

⁵⁶⁹ Veja-se as conclusões do caso analisado proibido, M-6166- DEUTSCHE BORSE/NYSE EURONEXT, Pt. 1320 da Decisão.

⁵⁷⁰ *Merger Remedy Study*.

Quanto aos cinco casos de proibição que foram sendo analisados ao longo das conclusões, poder-se-á dizer que basicamente a Comissão não veio a viabilizar as operações, seja porque os compromissos apresentados não eram ou claros, ou precisos, ou adequados, ou demasiado complexos ou difíceis de monitorar, não conseguindo remover as barreiras à entrada identificadas na investigação de mercado da Comissão.

No **Caso DEUTSCHE BORSE/NYSE EURONEXT**, a Comissão concluiu por exemplo que os compromissos de 14 de Dezembro de 2011 não eram susceptíveis de conduzir a uma entrada suficiente e oportuna.

Com efeito, os compromissos devem ser susceptíveis de ser aplicados de forma eficaz e dentro de um curto período de tempo ⁵⁷¹o que neste caso no seu entender não acontecia.

Pois que no que respeita à actividade alienada, quanto à sua forma e abrangência, não estava claro se um comprador adequado poderia ser encontrado em tempo útil. Isto é, em especial, tendo em conta a viabilidade questionável dos negócios e os obstáculos regulatórios provavelmente levando a uma valorização substancial e risco de execução para um comprador potencial.

Por outro lado, relativamente aos remédios de acesso propostos, como já explicado, estes só podem ser considerados suficientes e ser aceites se equivalentes a uma alienação no seu efeito. Só nesta situação poderá ser estabelecido com um grau suficiente de probabilidade que uma entrada oportuna ocorrerá e será capaz de exercer uma pressão concorrencial suficiente para disciplinar a entidade resultante da concentração, na medida em que os efeitos anti- concorreciais da operação são neutralizados

No **Caso RYANAIR/AER LINGUS** foi entendido que o conteúdo dos remédios não podia eliminar os problemas de concorrência identificados, não obedecendo conseqüentemente à exigência da sua adequabilidade, entre outros motivos. Garantir estruturas concorreciais no mercado é o principal objectivo da existência dos compromissos. Pelo que os compromissos que assumam uma natureza estrutural, tal como a alienação de uma actividade comercial, são quase sempre preferíveis do Pt. de

⁵⁷¹ Pt.1309, da Decisão.

vista do objectivo definido pelo RC. e também pela autoridade comunitária de controlo da concorrência, a Comissão.⁵⁷²

Com efeito, estes compromissos eliminam de forma duradoura as preocupações de concorrência suscitadas pela concentração, conforme notificada e, não exigem medidas de acompanhamento a médio ou a longo prazo.

Caberá examinar casuisticamente se uma medida de correcção é ou não susceptível de eliminar as preocupações de concorrência identificadas bem como determinar qual o tipo de medida mais adequada para o efeito.

As autoridades da concorrência muitas vezes recorrem não ao melhor remédio, mas sim no dizer de **WANG, WEI**, à “segunda melhor política remédio” uma vez que um qualquer remédio deve resolver totalmente o problema de concorrência, por um lado mas sem causar, por outro lado, uma perda de eficiência desproporcional às empresas,⁵⁷³ ou do já falado princípio da intrusão mínima por parte da autoridade, abordado por **SIMS & MCFALLS**,⁵⁷⁴ de forma a evitar situações anti concorrências.

É igualmente importante que a Comissão analise os compromissos propostos, de acordo com o contexto do mercado onde irão ser implementados. Assim um compromisso pode ser o mais apropriado num caso e não ser noutro, dependendo do contexto em que vai ser aplicada a MC.

Os compromissos deverão ter em consideração para o tipo de remédio escolhido, a sua escala e escopo, bem como a probabilidade de uma implementação bem-sucedida e oportuna e, ainda, a sua proporção e capacidade e adequação.⁵⁷⁵

Os compromissos devem para além de proporcionais, também devem ser proporcionados em sentido estrito, significando isso que a Comissão deve optar por autorizar uma operação sem condições, se os compromissos menos onerosos para as partes, resultarem excessivos em comparação com o dano para a concorrência que a operação pode causar.

Tal afirmação remete-nos para os problemas da ineficiência de mercado que a operação pode levantar, os quais terão que ser sobejamente pensados. Por exemplo, se se impõem limites à liberdade das partes para fixar os seus preços, impondo a sua

⁵⁷²WANG, W., (2011), “Um remédio desejável deve enfrentar adequadamente o problema de concorrência, sem restringir desnecessariamente a liberdade das empresas de procurar uma maior eficiência e as oportunidades mais rentáveis”, loc. cit, p. 574.

⁵⁷³Ibid.

⁵⁷⁴SIMS, J. & MCFALLS, M. (2001), loc. Cit.p. 938.

⁵⁷⁵EZRACHI, A. (2006), loc. Cit. p. 466.

fixação em determinados limites, impedindo a sua subida ou fixando preços máximos para os produtos ou serviços afectados pela operação, pode correr-se o risco de desincentivar a entrada nos mercados em questão por parte de potenciais competidores que consideram que não têm condições de retorno ou rentabilidade do seu investimento, em virtude de preços serem baixos.

Por outro lado, esta ponderação deverá também levar em linha de conta, mas agora da parte dos proponentes, a questão das perdas de eficiências que esperavam obter da fusão nos termos dos compromissos colocados originalmente pelas partes, sendo que os custos elevam-se quando se exige às partes alienar mais activos do que aqueles nos quais se verifica sobreposição.

Tal factor pode até ser dissuasor da concentração, podendo fazer com que desistam da operação ou então, provocando mesmo a sua proibição ou abandono por dificuldades para encontrar compradores, porque os custos para as partes da fusão se elevam tanto em termos de perdas de eficiência que a mesma já não é mais sustentável⁵⁷⁶.

Em geral, se num sector há excesso de capacidade, obrigar o dominante a vender parte dos activos a um terceiro, pode fechar o mercado a novas entradas.

Igualmente poderão ser propostos compromissos de natureza diversa, na mesma concentração, tendo em consideração os vários mercados, diferentes, onde esta irá ter impacto.

Sabido é que os compromissos de alienação eliminam mais facilmente as preocupações de concorrência advenientes de sobreposições horizontais constituindo também a melhor solução para a resolução de problemas referentes a sobreposições verticais ou à criação eventual de um conglomerado.

Existirão outros compromissos estruturais adequados para ultrapassar as preocupações concorrenciais, desde que equiparáveis a alienações, em termos dos seus efeitos.

Como se refere na Comunicação⁵⁷⁷ referente aos compromissos passíveis de serem aceites, os compromissos referentes ao futuro comportamento da entidade

⁵⁷⁶ Veja-se ÁGUILA-REAL, J.A. (2007), loc. Cit. p.101.

resultante da fusão, só poderão ser aceites de forma excepcional e, em circunstâncias muito específicas.

Igualmente, os compromissos propostos pelas empresas no sentido de não aumentar os preços, não reduzir a gama de produtos ou, não retirar certas marcas do mercado, não eliminarão, de modo geral, as preocupações de concorrência provocadas pelas sobreposições horizontais.

De qualquer forma, estas MC só podem ser aceites como se referiu, excepcionalmente desde que a sua viabilidade seja assegurada através de um controlo eficaz, não apresentando o risco de produzir efeitos de distorção na concorrência.

Concluimos assim, atentos os casos estudados que a forma mais eficaz no entendimento da Comissão para manter a concorrência, consiste na criação de condições para o aparecimento de um novo concorrente e/ou para o reforço dos concorrentes existentes, conseguida através de uma alienação a realizar pelas partes na concentração a um adquirente adequado capaz de manter e levar adiante a empresa.

Este tipo de remédio recria a força competitiva de um negócio nas mãos de um comprador desejável capaz de exercer uma pressão concorrencial sobre as partes na concentração.

No caso analisado-**Caso JCI / FIAMM- (COMP./M.4381)**, deparamos-nos com a aplicação prática do critério *failing firm defence*.⁵⁷⁸

Tratou-se de uma operação relativamente à qual a Comissão recebeu em 26 de Outubro de 2006 uma notificação de um projecto de concentração, através do qual a empresa alemã VB Autobatterie GmbH ("VB"), controlada conjuntamente pela Johnson Controls Inc. ("JCI"), EUA e Robert Bosch GmbH ("Bosch "), Alemanha, pretendia adquirir o controlo exclusivo, do negócio de baterias de arranque automóvel FIAMM SPA (" FIAMM SBB "), em Itália, empresa que se não fosse alienada, iria entrar em insolvência, tendo a Comissão vindo a aceitar o argumento da empresa insolvente.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ SIGNES MESA, J. I. (2013), em "Derecho de la competencia y estabilidad financiera: el margen de flexibilidad del régimen de concentraciones", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, refere que as Directrizes sobre avaliação das concentrações horizontais estabelecem o seguinte: "se uma das partes da concentração for uma empresa em crise, a Comissão pode concluir que a concentração, a pesar de colocar problemas de concorrência, é compatível com o mercado comum. O requisito básico é que a deterioração da estrutura competitiva da concentração não se deve a esta. Tal acontecerá quando a estrutura competitiva do mercado também se tivesse deteriorado numa medida pelo menos equivalente à que se produziria se não houvesse concentração", loc. cit.p. 71.

⁵⁷⁹ MIRANDA SERRANO, L. M. (2000) defende que o critério da *failing firm* nas operações de concentração de empresa não é senão uma concretização particular da regra da "rule of reason, método

Para chegar a esta conclusão, a Comissão avaliou na transacção, os prováveis efeitos sobre o mercado decorrentes de dificuldades financeiras da FIAMM.⁵⁸⁰

Dir-se-á que para que a Comissão venha a aceitar o argumento da empresa insolvente, exige a verificação dos três critérios ⁵⁸¹ que se seguem e que na sua perspectiva serão necessários para a aceitação de uma maior flexibilidade na análise dos compromissos.

Em primeiro lugar, a empresa alegadamente insolvente seria num futuro próximo excluída do mercado devido a dificuldades financeiras, se não fosse adquirida por outra empresa.

Em segundo lugar, não existir qualquer aquisição alternativa que provoque menos distorções da concorrência do que a concentração notificada.

Sendo importante não se poder considerar que a deterioração da estrutura concorrencial após a concentração seja causada pela concentração⁵⁸² -É o que acontece quando a estrutura concorrencial do mercado se deteriora, pelo menos na mesma extensão, na ausência da concentração.

anglo-saxão de interpretação e aplicação do direito anti trust segundo o qual as normas proibitivas se aplicam e interpretam de forma flexível, sem que se recorra a normas de excepção ou de indulgência como acontece no direito continental, pois que se apreciam os efeitos positivos ou os benefícios nas condutas ou operações que não chegam a proibir-se. Ambos os princípios, o primeiro mais específico e o segundo mais geral, têm a mesma razão de ser e nasce-se no facto do interesse valor da empresa, organismo produtivo de riqueza para o país, salários para os trabalhadores, benéficos para os empresários e os investidores de bens e serviços para os usuários e os consumidores, está acima do interesse valor competitivo do mercado, pois trata-se de um interesse anterior a este. Por tal motivo o direito anti trust não faz accionar os seus mecanismos repressores e sancionadores diante aquelas operações de concentração empresarial que sendo restritivas da efectividade e praticidade da concorrência, revelam-se como as únicas opções capazes de levar por diante a recuperação ou o saneamento das empresas em situação económica difícil. Trata-se da defesa do valor da empresa eficiente e produtiva, op. Cit. p.62-63,

⁵⁸⁰SIGNES MESA, J. I (2013) pp.61-84, A Comissão expôs em varias ocasiões quais são os requisitos que concorrem para a aplicação da excepção da empresa em crise. “Em primeiro lugar, a empresa supostamente em crise deve estar condenada, por causa dos seus problemas económicos, a abandonar o mercado se não for absorvida por outra empresa. Para o A, haverá que demonstrar-se que a empresa não é capaz de cumprir com as suas obrigações financeiras num futuro mais imediato, e que não é capaz de voltar à viabilidade por si só. Em segundo lugar, para autorizar uma operação de concentração com base nesta excepção, não deve haver uma medida potencialmente menos prejudicial para a concorrência e não tem que haver nenhum outro possível adquirente. A avaliação deste requisito é certamente complicado dado que, num primeiro momento, implica fazer uma avaliação dos possíveis efeitos da concentração no mercado e de outras opções. É muito difícil levar a cabo este resultado se não se sabe muito bem qual vai ser a situação do mercado. Em terceiro lugar, o desaparecimento do mercado dos activos da empresa em dificuldades deve resultar inevitável. A inevitabilidade de que os activos da empresa em crise desapareçam do mercado em questão pode dar lugar à conclusão, em particular no caso de uma concentração que surja um monopólio, de que a quota de mercado da empresa em crise passaria, de qualquer forma, à outra parte na concentração”, loc. Cit., pp.72 - 73.

⁵⁸¹ Orientação para a Avaliação das Concentrações Horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas (2004/C 31/03), Pt. 90.

⁵⁸² Ibid., Pt. 89.

Pode-se concluir⁵⁸³, particularmente no caso de um monopólio, que os activos da empresa insolvente sairiam do mercado em questão, já que a quota de mercado da empresa insolvente iria de qualquer forma reverter a favor da outra parte na concentração, como aconteceu no caso supra citado.⁵⁸⁴

Assim sendo, na ausência da concentração, os activos da empresa insolvente sairiam inevitavelmente do mercado, o que se considera este o terceiro requisito.⁵⁸⁵

O direito da concorrência, prevê uma série de instrumentos cuja finalidade é a de reservar, às autoridades encarregadas da sua aplicação, uma certa margem de flexibilidade para a situação de uma empresa se encontrarnuma economicamente crítica, podendo decidir que uma concentração, noutras circunstâncias problemática, é compatível com o mercado comum.⁵⁸⁶

Pelo que a flexibilidade não é ilimitada, antes exige a prova destas circunstâncias.⁵⁸⁷

Assim, quando uma concentração levanta entraves significativos à concorrência efectiva, em especial como resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante, as partes podem tentar modificar a concentração,⁵⁸⁸ a fim de resolver esses problemas e assim, obter autorização para a sua fusão.

⁵⁸³ Ibid., Pt.111.

⁵⁸⁴ MIRANDA SERRANO, L. M. (2000) diz que o argumento de considerar-se que uma operação de concentração que em termos normais cria ou reforça uma posição dominante da empresa adquirente no mercado, não constitui a causa da posição de mercado quando, ainda que se proibisse a operação de concentração, a empresa adquiriria ou reforçaria necessariamente a sua posição dominante no mercado, foi segundo o A., utilizado pela primeira vez, no processo Kali & Salz/MDK/TREUHAND Nesta eventualidade, não existe nexo causal entre a operação de concentração e a deterioração das condições da concorrência quando se tem em consideração que se não fosse a sua aquisição, a empresa adquirida se veria obrigada a abandonar o mercado a curto prazo e a quota de mercado da empresa adquirida acresceria à da empresa adquirente se esta viesse a abandonar o mercado, op. Cit. p.76.

⁵⁸⁵ Dictamen CESE sobre el informe de la Comisión sobre política de competencia (2005), refere que o efeito provável de uma operação de concentração será apreciado em relação ao que aconteceria no mercado se a operação não se realizasse. Isto pode significar, por exemplo, que a aquisição de uma «empresa insolvente» não justificará a intervenção da Comissão, Pt. 4.3., p. 4.,

⁵⁸⁶ Tal aconteceu também nos processos apensos C-68/94 e C-30/95, Kali & Salz, Pts. 115 - 116.

⁵⁸⁷ Compete às partes notificantes fornecer atempadamente todas as informações relevantes necessárias para demonstrar que a deterioração da estrutura concorrencial após a concentração não é causada pela concentração C 31/14 PT J. O. da UE 5.2.2004 (110) Processos apensos C-68/94 e C-30/95, Kali & Salz, Pt. 114. Ver também Decisão 2002/365/CE da Comissão no Processo COMP/M.2314.

⁵⁸⁸ Por exemplo, no Caso KRONOSPAN / CONSTANTIA- (COMP/M.4525), a Comissão concluiu que na forma inicialmente notificada, a operação poderia causar sérios entraves ao negócio de painéis de partículas de matéria em particular, à empresa austríaca FUNDERMAX, como concorrente independente na área afectada. Pelo que com vista a eliminar estas preocupações, as partes alteraram a transacção proposta no sentido de a empresa Kronospan adquirir apenas duas das três empresas originalmente pensadas, a empresa alemã Sprela e a empresa húngara Falco, enquanto a empresa FUNDERMAX permaneceria com Constantia. A empresa Kronospan comprometeu-se também a não adquirir a empresa FUNDERMAX, por um determinado período de tempo. As modificações da transacção permitiram à

Os compromissos têm no entanto de eliminar os problemas de concorrência de forma integral, abrangente e eficaz, de todos os pontos de vista.⁵⁸⁹

Ao avaliar se os compromissos propostos irão eliminar os problemas de concorrência identificados, a Comissão irá considerar todos os factores relevantes, incluindo o tipo, a escala e o alcance dos compromissos propostos, julgados por referência às características da estrutura específica do mercado em que os problemas de concorrência surgem, incluindo a posição das partes, bem como os outros participantes no mercado.

Para o efeito, realiza inquéritos aos vários agentes económicos, bem como testes de mercado.⁵⁹⁰

Por outro lado e, ainda a este propósito, refira-se que no **Caso DEUTCHE BORSE/EURO NEXT**, relativamente à avaliação da Comissão sobre a promessa informal apresentada pela parte para congelar as taxas de negociação e compensação durante três anos, a Comissão salientou que esta promessa não se encontrava reflectida em nenhuma parte do pacote de compromissos formais oficialmente apresentado à Comissão e, portanto, a sua aptidão para resolver problemas de concorrência não estava sujeita a qualquer teste de mercado na decisão.

Sendo que segundo a sua jurisprudência, não seria obrigada a avaliar os compromissos que não são apresentados em devida forma, conforme especificado no artº 20º do Rmto. (CE) nº 802 /2004, de 07 de Abril de 2004 que aplica o Rmto. (CE) nº 139/2004 de 20 de Janeiro de 2004, sobre o controlo das concentrações.

A Comissão tem como prática aceitar apenas os compromissos passíveis de tornar a concentração compatível com o mercado comum, por forma a impedir um entrave significativo à concorrência efectiva.⁵⁹¹

empresa FUNDERMAX continuar a desempenhar o seu papel como concorrente e afastar os receios da Comissão tendo viabilizado a aprovação da operação de concentração.

⁵⁸⁹ A identificação da MC aplicável no caso concreto justifica deste modo a preocupação com o estabelecimento de linhas de orientação presentes na COM. 2008/C 267/01 na qual se estabelecem os requisitos necessários das MC: eficácia, proporcionalidade e exequibilidade praticável, sem necessidade de monitorização ou supervisão a longo prazo-Pt. 9.

⁵⁹⁰ No CASO RYANAIR/AER LINGUS, a Comissão refere que as conclusões da Comissão no que diz respeito à adequação dos compromissos apresentados baseiam-se em todas as evidências disponíveis, incluindo os resultados dos testes de mercado e a sua própria análise em função dos critérios de remédios aceitáveis, em casos de fusão contidas na COM. da Comissão sobre os compromissos.

⁵⁹¹ WANG, W., (2011) refere que “Os remédios, em especial os remédios estruturais, são uma ferramenta na mão das autoridades de concorrência para corrigir e disciplinar a conduta das empresas mas, o mais importante, um mecanismo para realizar os propósitos da legislação da concorrência. Os remédios desenhados necessitam de um sistemático e consistente trabalho de casa baseado na eficácia das autoridades de controlo. Um sistema efectivo apenas funciona através do consistente balanço entre o “ex ante” e o “ex post” na aplicação das medidas”, loc. Cit.p 595.

Assim, os compromissos propostos deverão colmatar as preocupações de concorrência, devendo ser tanto abrangentes como eficazes, remetendo tal situação muitas das vezes necessariamente, para a carência de monitoramento por parte da Comissão.⁵⁹²

Com efeito, como se refere no caso analisado, **DEUTSCHE BORSE/NYSE EURONEXT**, *“Os compromissos devem ser susceptíveis de ser aplicados de forma eficaz, dentro de um curto período de tempo. Todavia, quando as partes notificantes apresentam propostas, remédios tão extensos e complexos que não é possível à Comissão determinar, com o grau de certeza necessário, no momento da sua decisão, que serão totalmente implementados e que são susceptíveis de manter uma concorrência efectiva no mercado, a decisão de autorização da operação não pode ser por esta concedida”*.⁵⁹³

Acresce que foram igualmente identificados problemas de falta de clareza, incoerência, indefinição e ambiguidade na formulação dos compromissos que vieram a comprometer a sua viabilidade. Veja-se a este propósito o texto da decisão do **Caso RYANAIR/AER LINGUS** que se coloca em nota de rodapé.⁵⁹⁴

Quanto à clareza, esclarece a Comissão nesta decisão o seguinte:

“Também no que concerne ao compromisso referente ao “adquirente inicial”, em particular, os compromissos da Ryanair, “solução de up-front” oferecidos, não foram, no seu entendimento, da mesma forma suficientemente claros.

Os compromissos referentes à vontade da Ryanair de encontrar um adquirente inicial antes desta adquirir o controle da Aer Lingus, não

⁵⁹²COM 2008/C 267/01., Pt. 9.

⁵⁹³ Pt. 1156 da Decisão.

⁵⁹⁴ Ibid, “Outra ambiguidade quanto ao comprador inicial é a questão de saber se as ranhuras só podem ser atribuídas a diferentes companhias aéreas ou a um único comprador.

Relativamente à mecânica da alienação das ranhuras, a Comissão observa que a descrição da alienação ranhura oferecido na “Carta de compromissos” e no “Anexo 1” muitas vezes não é coerente, sendo apresentada de forma insuficientemente detalhada. A título de exemplo, a definição de “Heathrow Slots” no Anexo 1 é a seguinte: “Tais vagas serão alocadas ao longo do tempo, de modo a cumprir com os artigos da Associação da Aer Lingus”. Este tipo de formulação vaga, no entendimento da Comissão, não atende aos requisitos necessários de um texto de compromisso exequível. Quanto ao “Compromisso nº.1”, a Comissão observa que o texto só descreve as intenções da Ryanair em geral, sem definir em pormenor o âmbito do que é oferecido. Este omite os detalhes relativos à implementação e acompanhamento do compromisso proposto, tais como por exemplo, as obrigações de Comunicação sobre a Ryanair, a nomeação de um trustee para fiscalizar o cumprimento destes compromissos, etc.”.

apresentam um texto que defina como a "solução up-front" iria funcionar em detalhe.

Em particular, no entendimento da Comissão, um compromisso que visa uma solução adquirente inicial não só deve definir claramente os critérios segundo os quais a Comissão pode aceitar ou rejeitar o respectivo comprador; estipulando os requisitos do comprador, assim como deve conter uma cláusula que deixe claro que a venda final e contrato de compra está condicionada à aprovação por parte da Comissão do comprador.

É esta cláusula que distingue uma alienação ordinária de uma solução adquirente inicial, sendo no caso apreciado totalmente ausente no texto final apresentado à Comissão”.

No mesmo caso, foram também levantadas questões de indefinição ou falta de concretização dos compromissos, o que leva igualmente à sua dificuldade de implementação e, conseqüentemente, rejeição por parte da Comissão.

No entendimento da Comissão, os compromissos propostos como solução neste caso eram também divergentes, com problemas de interpretação e de litígio, facto que poderia provocar atrasos na sua implementação, afectando os clientes, sendo crucial para que os compromissos possam ser aceites que forneçam um grau suficiente de segurança jurídica quanto ao que diz respeito ao seu conteúdo assim como que sejam, parafraseando agora a sua expressão, "totalmente *workable*".

Na verdade, a propósito dos remédios comportamentais apresentados, foi entendido estarem redigidos em termos muito gerais, sem fornecer mais regras para o seu funcionamento tais como por exemplo, definições de termos chave, descrição detalhada do funcionamento e do mecanismo de vigilância, pelo que não permitiam a possibilidade da sua consideração como uma solução para os problemas identificados de concorrência.

Acresce que a Comissão procedeu à avaliação dos compromissos, tendo concluído que não eram formulados de maneira suficientemente clara de forma a poderem ser implementados e executados, apresentando deficiências formais, sendo igualmente contraditórios e insuficientes.

No mesmo caso que veio a ser proibido como se viu no presente trabalho, refere-se ainda que os compromissos apresentados eram “difíceis de implementar e monitorar”.⁵⁹⁵

De facto, menciona a decisão que “as partes apresentaram propostas de remédios que são tão extensas e complexas que não é possível à Comissão determinar, com o grau de certeza necessário, no momento da sua decisão, que serão totalmente implementadas e que são susceptíveis de manter uma concorrência efectiva no mercado. Uma decisão de autorização não pode ser concedida e a Comissão pode rejeitar tais recursos, em particular, com o fundamento de que a implementação dos remédios não pode ser eficazmente controlada e que a falta de um acompanhamento eficaz diminui, ou até mesmo elimina o efeito dos compromissos propostos.”⁵⁹⁶

Referindo ainda a mesma decisão, mas agora na parte que se refere às medidas de acesso que os compromissos são muitas vezes de natureza complexa e, portanto, “a Comissão só vai ser capaz de aceitar tais compromissos, onde a complexidade não leva a um risco da sua eficácia desde o início e onde os dispositivos de monitoramento propostos possam garantir que esses compromissos serão efectivamente implementados, levando o mecanismo de execução a resultados em tempo útil”.⁵⁹⁷

Por outro lado e a propósito do compromisso de desinvestimento, conforme especificado refere-se existem dúvidas sobre o seu âmbito o que não torna a sua implementação simples.

O facto de existir incerteza sobre as aprovações regulatórias necessárias para que a alienação da empresa NYX seja concedida, agrava a complexidade do processo de alienação, comprometendo a eficácia do compromisso proposto, como é referido no texto da decisão

Outro princípio importante que se pode retirar dos casos analisados é o da adequabilidade. Com efeito, a Comissão estudou⁵⁹⁸ a eficácia dos compromissos apresentados e a sua adequação para eliminar as preocupações de concorrência, tendo concluído que os compromissos propostos não abordam as barreiras à entrada identificadas no caso analisado e que aqui exemplificamos, já que não incidiam sobre a

⁵⁹⁵ Pt.1467.

⁵⁹⁶ Pt.1315.

⁵⁹⁷ Pt.1316.

⁵⁹⁸ Caso Ryanair/Air Lingus III

disponibilidade dos *slots*, nem das outras características abordadas pelos compromissos auxiliares.⁵⁹⁹

Com efeito, o problema identificado pela Comissão consistiu na falta de capacidade de novos Operadores na criação de uma base de forma a cobrir o mercado doméstico grego, bem como para a necessidade de uma marca reconhecida capaz de poder competir com o da nova entidade.

Tendo rejeitado os compromissos por os mesmos não serem adequados a resolver os problemas de concorrência identificados. Importante é mencionar que se constatou da análise dos casos estudados ser frequente as partes colocarem uma cláusula de reexame nos compromissos apresentados. Será esta cláusula que irá permitir à Comissão, naturalmente a pedido das partes, prorrogar prazos facto que é da extrema importância nos compromissos de alienação em que muitas vezes não é possível concluir a alienação no prazo acordado ou até, eventualmente, derrogar, alterar ou mesmo proceder à sua substituição.

Nos cinco casos proibidos⁶⁰⁰ foi entendimento da Comissão de que a operação proposta não poderia manter a concorrência, concluindo que não existiam condições para o aparecimento de um novo concorrente e/ou para o reforço dos concorrentes existentes que motivou a proibição.

Para além dos custos indirectos dos compromissos ou as ineficiências do mercado que provocam, diremos que existem também custos directos associados à execução do plano de remédios, tais como tempo e dinheiro dispendido pelos notificantes, os quais terão que planear e preparar o pacote de remédios a porpor, separar dentro da sua organização os activos que vão ser vendidos, celebrar e executar os contratos de compra e venda, nos quais de incluem os gastos em que incorre o comprador e todas as partes, inclusive a Comissão, de forma assegurar se do seu (in) cumprimento.

⁵⁹⁹ Pt. 2225 da Decisão.

⁶⁰⁰ Caso RYANAIR/AER LINGUS-M.4439; Caso-OLYMPIC/AEGEAN AIRLINES-M.5830; Caso DEUTSCHE BÖRSE / NYSE EURONEXT-M.6166; Caso RYANAIR / AER LINGUS III- M 6663; Caso-UPS/TNT EXPRESS-M.657.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las distintas formas de concentración o reorganización de empresas han de someterse al control fijado en el Reglamento comunitario 139/2004 cuando el cambio empresarial obstaculice o pueda obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo.

Observar y analizar dichos cambios, así como los mecanismos de control de las autoridades de competencia nos ha permitido concluir que se prefiere condicionar la autorización de la modificación propuesta por las partes a la **aceptación de medidas** que se conocen como remedios o compromisos, **antes que prohibir** la operación de mercado. Se busca, en definitiva, el equilibrio entre los principios del art. 4.1 del TUE que proclama economía de mercado abierta y el principio de la libre competencia.

De entre las operaciones de concentración con dimensión comunitaria sometidas a control se ha detectado que la incorporación, es decir, la disolución sin liquidación de una o más empresas para ser incorporadas a otra, transfiriendo su patrimonio a la incorporante, es la operación de concentración más utilizada por las empresas europeas en los años analizados (2004-2013). A ella le sigue la concentración a través de adquisición de activos, la fusión pura y la adquisición de partes sociales, ya sea en un porcentaje mayor o inferior al 50%. La operación de concentración que menos se observa en el Mercado Único es la Joint-Venture.

No obstante, por delante de las operaciones de concentración se sitúan los casos de transmisión de empresa, negocios de compra venta que incluso superan los casos de oferta pública de adquisición de acciones, y que a menudo suelen presentarse de forma simultánea.

El marco legal comunitario ha de conocer las características de las operaciones más frecuentes para dar respuesta a la solicitud de autorización de concentración que demandan las empresas. Una respuesta generalmente condicionada a la aceptación de obligaciones y compromisos que garanticen la compatibilidad de la concentración con el Mercado Común.

SEGUNDA: Las **medidas compromisorias** que acepta la UE como forma para viabilizar las operaciones de concentración de dimensión comunitaria, en los supuestos en los que se susciten serias dudas sobre su compatibilidad con el Mercado único, son soluciones que permitirán la concentración de empresas condicionada al cumplimiento de los compromisos negociados. Estas medidas o soluciones se clasifican en remedios estructurales (de inversiones y de cesión) y de comportamiento.

Del análisis de datos realizado en este trabajo podemos afirmar que la solución que más se negoció entre las empresas y la Comisión fueron las **soluciones estructurales**, con buenos resultados en las que planteaban especialmente el despojamiento de una parte del negocio, esto es, la cesión de unidades de empresa bajo ciertas condiciones. En el extremo opuesto fue la figura de la Joint Venture el compromiso menos utilizado, al igual que la venta de paquetes combinados de activos, en especial de marcas y licencias de patentes, por el riesgo en cuanto a la viabilidad y competitividad de la actividad empresarial resultante.

De los casos en los que se aceptó una transmisión de una unidad de negocio, a partir de la fusión y constitución de una empresa mayor, las modalidades que más se aplicaron fueron la enajenación a un comprador adecuado desde el inicio del procedimiento, la transmisión de parte o partes de la empresa tras la adopción de la Decisión de autorización de la Comisión; y por último, la medida de la solución de arreglo previo, aceptada cuando las partes presentan un acuerdo jurídicamente vinculante que recoge lo esencial de la transmisión de empresa durante el procedimiento de la Comisión. En caso de aceptar la Comisión dicho acuerdo entre las partes y un tercero se producirá la venta de la actividad empresarial cedida.

En cuanto a los compromisos alternativos denominados también “Joya de la corona”, se ha calculado que tiene un aplicación relativa del 7,8 % de los casos. Se trata de compromisos que, una vez ejecutados, deberán ser como mínimo tan adecuados como la primera cesión propuesta en términos de crear un competidor viable, sin implicar ninguna incertidumbre en cuanto a su aplicación. La alternativa puede consistir en una actividad empresarial completamente distinta o, en caso de incertidumbre de cara a encontrar a un comprador adecuado, en una actividad empresarial y unos activos adicionales que se añaden al paquete inicial.

De entre las **medidas de comportamiento**, la supresión de los vínculos con los competidores surge como un tercer compromiso aplicado en un 5,2% de los casos. La

promesa de las partes de abstenerse de ciertos comportamientos comerciales (por ejemplo, agrupamiento de productos), y los cambios en los contratos de exclusividad a largo plazo son medidas con expresión mínima en las negociaciones con la Comisión, menos del 1% de los casos. En el epígrafe destinado a “Otras medidas”, un 60% fueron medidas de corrección de acceso (a infraestructura clave; redes; tecnología clave, incluidas patentes; conocimientos técnicos u otros derechos de propiedad intelectual; e insumos esenciales) y un 40% compromisos que consisten en no subir los precios, medidas de fijación de precios. De los tres compromisos se ha demostrado empíricamente que los más propuestos y aceptados son, en primer lugar, el compromiso de garantía de acceso (y dentro de éstos la propuesta de cambios en los contratos de exclusividad de larga duración); en segundo, la transferencia de posición de mercado; y en tercer lugar, otros compromisos.

A nuestro entender la preferencia por las medidas de corrección estructurales encuentra justificación en los casos de concentración horizontal, dado que es la forma más directa de eliminar el incremento del poder de mercado y distribuirlo entre los restantes competidores. Desde un punto de vista crítico, la realidad de las situaciones contrarias a la libre competencia no es una exclusiva de las teorías de dominancia con origen en concentraciones horizontales, ya que hay que aplicar a cada caso concreto la medida correctora más eficaz y proporcional al tipo de problema planteado.

En las concentraciones verticales los problemas de libre competencia están asociados a los incentivos anticoncurrenciales de las partes y/o a la coordinación de comportamiento en función de las características de los mercados. Cuando la integración vertical suponga o evidencie una vulneración del principio de competencia puede ser necesaria la enajenación. Incluso ante una integración vertical con solapamientos horizontales será aconsejable la adopción de medidas correctoras para permitir el acceso indiscriminado, pudiendo además complementar el paquete de medidas con enajenaciones de bienes para compensar los efectos inmediatos en el mercado, eventualmente hasta con otro tipo de medidas correctoras destinadas a facilitar la entrada de nuevos competidores, evitando el cierre del mercado.

Por todo ello podemos concluir que las **medidas correctoras de naturaleza contractual serán las adecuadas** cuando el daño a la competencia se plantea directamente unido a la existencia de relaciones comerciales a largo plazo o derechos exclusivos de abastecimiento o distribución que cierren el mercado, dado que evitan

distorsiones, reducen el riesgo de “sobre-regulación” y facultan efectos equivalentes a las medidas estructurales, ahorrando a la Comisión Europea costes de supervisión excesivos.

Es importante señalar que en las situaciones de concentración horizontal se ha constatado que el principio de proporcionalidad exige la transmisión de un paquete de bienes que no constituya un negocio, siendo relevante presentar simultáneamente a un comprador inicial o cualquier otra solución que permita a la Comisión asegurar un eficaz y adecuado cumplimiento de las medidas correctoras.

TERCERA: Las **condiciones y obligaciones** fijadas en cada concentración son **revisables** por la Comisión mediante la cláusula de reexamen, que es la condición más utilizada por las partes, seguida de la cláusula de “due diligence” en exequo con la cláusula de renuncia de los derechos sociales /acciones, y la cláusula de no influencia, la de renuncia del derecho a cancelar/revocar, así como la de nombrar un *hold-Separate manager*, un gestor independiente (y un *monitoring trustee* o encargado de supervisar la desinversión). Cualquiera de estas variables no es excluyente de las demás, por lo que pueden presentarse de forma simultánea.

Estos resultados serán completamente entendibles si se completan con las respuestas a las hipótesis suscitadas respecto a las preocupaciones **en el contexto del mercado**. En mercados con elevadas barreras de entrada, o en aquellos fuertemente concentrados (mercados oligopolio), la medida correctiva más utilizada fueron, bien el compromiso de venta de activos o parte del negocio, en concreto la venta tras la Decisión de autorización de la operación, o bien la presentación de un comprador idóneo que asegure la eficacia de la desinversión. Cuando la propuesta es la resolución de licencias o contratos de exclusiva a largo plazo se constata que se aplica dos veces más en un contexto de mercado concentrado que en un mercado con elevadas barreras de entrada. Lo mismo ocurre con la enajenación de participaciones en un negocio independiente. Por otra parte, la enajenación de un paquete de activos combinados se encuentra en una distribución de 2, en un mercado concentrado, a 3, en uno con barreras de entrada.

Por tanto, podemos afirmar que **las características del mercado tienen una influencia importante en la elección de los compromisos** que proponen las empresas para que la Comisión autorice la operación de concentración. Resulta así, por un lado, una clara asociación entre la transmisión o cesión de negocio con un mercado con

fuertes barreras de entrada, y por otro, una relación o vínculo entre la venta con un comprador posterior a la Decisión de autorización con un mercado concentrado. Los compromisos de cesión aceptados por la Comisión varían en función de las características de la operación y el mercado al que afecte, siendo éste el factor que más afecta a la propuesta que realizan las partes y a su consecuente aceptación por la entidad reguladora. Tanto los compromisos de cesión como los de continuación y residuales tenderán a ser medianamente los mismos según las características del mercado, lo que confirma la decisión más o menos pacífica de la Comisión en la aceptación de estos compromisos ante las mismas características.

CUARTA: No obstante la conclusión antecedente, en los cinco **casos prohibidos** por la Comisión las propuestas realizadas por las partes interesadas en la concentración no fueron suficientes, identificándose una falta de producto alternativo, uno de los input más importantes que pueden llevar a determinar la prohibición de la fusión cuando el mercado no permite ofertar a los consumidores un producto alternativo y las partes no consiguen eliminar esa dificultad. En todos los casos prohibidos se ha observado que concurren de forma acumulada dos tipos de mercados, concentrados y con barreras de entrada, algo que no ocurría en los casos permitidos. Por tanto las preocupaciones de la Comisión están presentes de forma cumulativa en los casos prohibidos y los hace inviables desde el punto de vista de la libre competencia.

De mayor a menor preocupación por parte de la Comisión, en un mercado concentrado, se pueden graduar los **riesgos anticompetitivos** de la siguiente forma: 1º la creación de una posición de dominio, 2º la desaparición de competidores, 3º los recelos sobre las fuentes de aprovisionamiento o reducción del número de proveedores y 4º el impedimento de realización integral de los beneficios de la liberalización, 5ª la reducción de las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, 6ª la concesión de acceso a la empresa subsidiaria. En un mercado con fuertes barreras de entrada las preocupaciones siguen este orden: 1º la creación de posición dominante, 2º la eliminación de rivalidad o desaparición de competidores y recelos sobre las fuentes de suministros y 3º el cierre del mercado.

De todas las preocupaciones de la Comisión la que más le perturba es la creación de posición de dominio, en especial cuando se trata de un mercado concentrado.

Por otra parte, pese a tener una menor expresión práctica, algunos casos de concentración prohibidos lo han sido por cuestiones formales, problemas de

interpretación o falta de claridad en la propuesta elaborada por la parte interesada, generando indefiniciones, incertezas y dificultades, ya de interpretación, ya de concretización e implementación de los compromisos.

Aunque no se existe asociación entre las preocupaciones y los compromisos aceptados, la investigación realizada arroja ciertos resultados asociativos:

- Las empresas suelen acudir a medidas residuales cuando se identifican situaciones de posición de dominio
- Ante una situación de desaparición de competidores se comprueba que las medidas de enajenación o cesión son las más indicadas, frente a los compromisos de continuación y otras medidas residuales
- Frente a la preocupación de temor respecto al aprovisionamiento competitivo, fueron los compromisos de continuación los más aplicados, seguidos de los de enajenación y otras medidas residuales encaminadas a restablecer la situación previa.
- Si la preocupación es el riesgo de cierre del mercado, son los compromisos residuales la medida más adoptada, seguida en igual proporción por el compromiso de cesión y el compromiso de continuación.

Por tanto, podemos afirmar que las preocupaciones identificadas varían en los casos prohibidos y los permitidos, no son las mismas, de forma que van a determinar la autorización de la concentración o su denegación.

QUINTA: Sorprende que la preocupación de reducción de la innovación, curiosamente, apenas representa un 2,6% de los casos. Si atendemos a los fines últimos de la Política de Competencia de la UE causa asombro comprobar que entre las preocupaciones de la autoridad europea no se mencione este riesgo, aunque tiene su explicación. La **reducción de la innovación y el riesgo de coordinación** entre las partes constituyen preocupaciones mínimas que no requerirán compromiso alguno por parte de las empresas. Para la Comisión no es un hecho generador de compromisos; no existe ninguna medida propuesta con vista a eliminar esta preocupación. Digamos que funcionan más como un objetivo a alcanzar que como una preocupación a superar, lo cual nos hace identificar dos niveles de preocupaciones: el primer nivel de preocupaciones reales y el segundo las *preocupaciones meta-reales*, en las que se incluyen la reducción de innovación y el riesgo de coordinación.

En cuestiones relacionadas con la innovación la Comisión tiene otra cautela en la apreciación de la operación de concentración pudiendo aceptar incluso situaciones de

mayor concentración de mercado para proteger el desarrollo tecnológico y la innovación, como se observó en el trabajo de investigación.

SEXTA: Entre las **consecuencias** negativas **que la Comisión pretende evitar** con el control de concentración de empresas encontramos, por orden decreciente, el aumento de los precios, la creación de una posición de dominio, los efectos anticoncurrenciales en los mercados y la eliminación de un competidor. A estas consecuencias les siguen otras como el cierre del mercado, la reducción de innovación, o las restricciones a los consumidores en sus posibilidades de elección de productos, así como la imposición de condiciones menos favorables a la oferta o calidad de productos, el comportamiento coordinado, aunque estas últimas sin expresión en los casos analizados.

De las pesquisas realizadas se deduce que cuando la Comisión identifica como consecuencia a evitar la creación de posición dominante, la mayoría de las veces acepta de buen grado una medida que pase también por la cesión de negocio; si la consecuencia a evitar es el incremento de los precios, suele preferir una medida que pase por la venta de un negocio independiente, la cesión de negocio o la enajenación de un paquete de activos combinados sobre la participación o las licencias o contratos de exclusivas de larga duración. Se acepta también que la venta se produzca después de adoptada la Decisión de autorización condicionada, no siendo importante si el compromiso de venta se hizo con un comprador inicial o no. Si lo que se pretende evitar es la reducción de las inversiones en innovación, la Comisión prefiere aceptar una enajenación de un paquete de activos, y si el riesgo se centra en la eliminación de un competidor la medida más aceptada es la transmisión de negocio, aceptándose la venta después de la Decisión, aunque no haya sido presentado un comprador inicial.

En los casos prohibidos se ha observado que la consecuencia a evitar más frecuentemente ha sido el aumento de precios, seguido de la reducción de competencia, de la disminución de la calidad del servicio, de una menor inversión en innovación y de la disminución en la oferta de productos. En función de cada caso y en consonancia con las consecuencias a evitar, los compromisos divergen, teniendo este factor impacto sobre las medidas correctoras a adoptar, pero no con la misma incidencia según el riesgo.

Por tanto, podemos afirmar que las consecuencias a evitar identificadas en este estudio determinan el sentido de la decisión de la Comisión, prohibiendo o permitiendo la concentración, y las medidas correctoras que, en su caso, acepte.

SEPTIMA. Habiendo identificado la tendencia a la asociación entre variables, ¿es posible saber cuál será la decisión de la Comisión ante las mismas circunstancias?. No podemos afirmarlo con total certeza, pero sí indicar a qué podría tender su decisión. La empresa que propone la medida más adecuada a la Comisión ante el contexto de mercado identificado y conforme a las conclusiones antecedentes, podrá tener mayor certeza de viabilizar la operación de concentración.

Existen **reglas propias de la Comisión** respecto a la aplicación del Reglamento 139/2004 a los casos concretos que, si bien no nos autorizan a establecer un modelo, lo que sería deseable, sí nos dejan indicar la **asociación que permita saber con antelación si la Decisión será favorable** a la concentración conforme a los términos en que se presenta o, por el contrario, cuáles serán los errores formales y materiales a evitar, respondiendo las partes con un paquete de remedios o soluciones más adecuados.

Además, teniendo en cuenta estas conclusiones, que aportan importantes herramientas en la gestión y negociación de operaciones de concentración, se faculta a las empresas para decidir, con pleno conocimiento de causa, si continúan en su voluntad de concentración o desisten de la misma.

Resulta por ello un proyecto innovador, un medio que ilustra de forma atractiva las exigencias de la regulación, planteándose como un enfoque necesario de análisis de este tema. Es importante concluir que todas las operaciones de concentración deben conformarse con los principios de sana competencia y el bienestar de los ciudadanos. La regulación debe cumplir sus objetivos de defensa de los ciudadanos y el desarrollo de las economías y las empresas.

OCTAVA. Varias cuestiones surgen en la actualidad que pueden implementar cambios en la normativa comunitaria de concentraciones. En primer lugar pensamos que se requiere una **revisión del concepto de control** que fija el Reglamento de concentraciones, en concreto la exclusión en su ámbito de aplicación de la adquisición de una participación minoritaria que no otorga control. No está claro que una adquisición de este tipo no suponga un “acuerdo” que restrinja, o tenga por objeto restringir, la competencia. Hasta la fecha para que la Comisión intervenga, conforme al art. 102 TFUE, el adquirente de la participación minoritaria tendría que obtener una

posición dominante en el Mercado Interior o parte sustancial del mismo, y abusar de ella. Si no guarda relación con la adquisición de control la Comisión no puede investigar o intervenir contra ella. Sin embargo, ya en el Libro Blanco de la Comisión (COM. 2004) se reconoce que esta adquisición minoritaria, sin otorgamiento de control, puede en algunos casos perjudicar la competencia y, por tanto, a los consumidores. Los problemas, horizontales y verticales, se basan en teorías del perjuicio similares a las de las adquisiciones de control, y por ello la evolución legislativa pasa necesariamente por la modificación del concepto, de manera que también este tipo de operaciones se revisen por la Comisión, aumentando su propia competencia jurisdiccional pero al tiempo reforzando el principio de “ventanilla única”.

Además, partiendo del principio de que el régimen de control de concentraciones europeo busca medidas correctoras eficaces, delineadas en función de la naturaleza de la concentración y de los mercados en que se producen, la Comisión debería modificar su posición en el sentido de **considerar** que las **medidas correctoras de comportamiento** no sólo son adecuadas cuando tiene efectos equivalentes a una cesión sino también cuando permiten a la solución estructural alcanzar su objetivo. Conforme a los principios del Tratado de funcionamiento, y los que imponen la carga de la prueba, la decisión final deberá fundamentarse en el efecto adverso de la concentración para el bienestar de los consumidores y las teorías del perjuicio para la competencia. Por lo tanto, la Comisión, antes de verificar la implementación de una medida, deberá **determinar con claridad** si es aceptable, es decir, si da respuesta directa y objetiva a las preocupaciones de la competencia. Y aún más, debería constar, como requisito de aplicación, la necesidad de averiguar si la probabilidad está lejos de causar distorsiones al mercado.

En cuanto al límite de la discrecionalidad de la Comisión y la debida obediencia al principio de la proporcionalidad, es necesario establecer un **nexo causal directo** entre el daño probable y la medida correctora aceptada por la Comisión.

NOVENA. La UE debe **evitar** siempre que sea posible **favorecer estructuras de mercado más competitivas** cuando no sea precisa la eliminación del daño directamente resultante de la concentración, ya que la propia introducción de medidas correctoras pudiera originar distorsiones a la competencia, de lo que se desprendería un aumento ilegítimo de los beneficios o los incentivos de los competidores o rivales.

Defendemos además una **mayor flexibilidad en la fase de negociación** entre la Comisión y las partes, para que sea posible una mayor oferta de medidas correctoras.

Las concentraciones tienen una naturaleza mixta, presentándose en una misma operación elementos horizontales y no horizontales, por lo que el análisis que mejor refleje la realidad dinámica del mercado deberá incluir paquetes de medidas de diversa naturaleza, en función del tipo de mercado involucrado.

Entendemos que la idea preconizada por la Comisión de que las medidas de cesión son la mejor solución para eliminar concentraciones horizontales no refleja adecuadamente las cuestiones de justa competencia y no están en consonancia con la naturaleza multifactorial del procedimiento de concentraciones. En estos casos las medidas deberán preocuparse por la conducta de las empresas, no pudiendo alterar la estructura del mercado, algo que ya fue defendido en la Decisión 92/163/CEE, Tetra Laval. Las partes llevaron el asunto al TJUE, quien definió la dicotomía entre lo estructural y lo comportamental como un elemento inmaterial, negando el argumento de que los compromisos de comportamiento ofrecidos por las partes contrariaban los principios de la política europea en materia de competencia, revocando el compromiso de cesión impuesto. Ello prueba la inadecuación de las propuestas del ente regulador.

DECIMA. La actual política de medidas correctivas relativas a la **promoción de la innovación**, teniendo en cuenta las especificidades de los mercados tecnológicos, determina que la venta de activos solo puede ser llevada a cabo tras un análisis profundo del mercado, ya que las medidas de comportamiento ofrecen la necesaria flexibilidad y reversibilidad, esto es, permiten el reexamen de la situación tras la concentración y una reversión más fácil de los costes surgidos por una decisión errónea con perjuicios para las partes y, en consecuencia, para el mercado.

Por ello sería recomendable una mayor exigencia en la motivación de la opción de cesión de un negocio viable e independiente, especialmente si se prevé un perjuicio para la competencia, y una adecuada consideración de eficiencias con la necesaria reducción de la cantidad de bienes cedidos; y ello a pesar de reconocer las dificultades de cuantificación y materialización de externalidades positivas que resultan de eficiencias dinámicas, el factor que complica el “diseño” de la medida correctiva adecuada, y a pesar de que de hecho las medidas de comportamiento teóricamente se presenten como las únicas posibles. En todo caso se recuerda la posibilidad de recurrir a la cláusula de reexamen o eventualmente a negociar la cesión sujeta a condiciones, vías ambas que abren puertas a una mayor adaptabilidad de las medidas correctoras.

Es necesario ser consciente de que en presencia de mercados tecnológicos la importancia del acceso al mercado de forma que se garantice la sana competencia exige la adopción de una medida apta para impedir conductas de exclusión, sin menospreciar en ningún caso la innovación, que debe ser garantizada. Dada la importancia de este tipo de activos intangibles, las medidas que protegen la interoperabilidad entre productos tecnológicos diferentes, tales como las licencias o el ofrecimiento de informaciones sobre derechos de propiedad industrial, son las más adecuadas

UNDECIMA. Por otra parte, y poniendo de relieve su importancia, se reconoce que los **compromisos de comportamiento implican una mayor intervención de la Comisión** en cuanto al mantenimiento de la competencia en el mercado, además de presentar mayores exigencias en la toma de decisiones de las empresas parte de la operación. Pero también es cierto que frente al efecto disuasorio que producen, evitando conductas anticompetitivas, tiene implicaciones a nivel de costes de los recursos administrativos, suponiendo un obstáculo desde el punto de vista de **la supervisión** que deben llevar a cabo el ejecutivo comunitario.

En este trabajo se ha realizado un análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la preferencia de la cesión de negocio viable e independiente, partiendo de la dicotomía **Estructura versus Comportamiento**, pero a pesar de comprobarse la preferencia por las soluciones estructurales en un determinado grupo de situaciones, no deben servir de referencia o parámetro ni condicionar a las partes en el momento de proponer compromisos. No siempre la restauración de la estructura de mercado ex-ante significa restablecimiento de la competencia, como concluyó el Estudio Europeo de la Comisión realizado en 2005.

La Política europea en esta área se desarrolló positivamente en la pormenorización de las reglas sobre la viabilidad y los recursos financieros del comprador en la medidas de cesión de empresa, sobre la colaboración en el suministro de información entre las partes, así como en las funciones atribuidas al administrador de la operación de concentración, aunque siempre reforzando la preferencia ya instituida de las medidas estructurales.

Se ha conseguido clarificar en este estudio que la **opción europea** de soluciones de comportamiento se encuentra **desactualizada**, en especial en lo que concierne a las concentraciones verticales ante mercados dinámicos, recomendándose una revisión legislativa en esta parte, con medidas más creativas o “ad hoc” que conduzcan a una

mayor transparencia y certeza jurídica que sea eficaz y se aplique en un periodo útil, como acaeció en la Decisión DEUTSCHE/BAHN/EWS, en la cual se aceptó el compromiso de la empresa de adherir antes de la concentración, planes de negocios relativos a inversiones específicas que protegían la potencial competencia; o en el asunto GAZ de FRANCE/SUEZ, donde se propuso la realización de una serie de proyectos de inversiones realizados en Bélgica y en Francia con la finalidad de incrementar la capacidad de las infraestructuras y con ello facilitar la entrada de nuevos competidores, promoviendo la competencia.

Con estas nuevas líneas de orientación se defiende que los remedios estructurales, a pesar de ser suficientes en los casos de competencia horizontal, cuando se introducen elementos verticales suscita la **necesidad de recurrir a remedios de comportamiento**, eliminando problemas competenciales y preservando eficiencias.

Estas recomendaciones son las que acompañan la mayor apertura en la política del Departamento de Justicia norteamericano cuando revisa las Orientaciones sobre medidas correctivas en los EEUU. Con la publicación de “Antitrust Division Policy” de la “Guide to Merger Remedies”, se elimina la preferencia por la cesión o venta de empresa y se fijan los recursos a soluciones variadas de conducta.

DUODECIMA. Las insuficiencias legislativas demostradas, las fragilidades apuntadas, incluso respecto al propio concepto de “control”, así como la mudanza del paradigma norteamericano, han despertado nuevas cuestiones en el ámbito del control europeo de concentraciones de empresas, quedando patente la necesidad en un futuro próximo de una nueva política europea de soluciones competitivas, reforzando las medidas de comportamiento en una nueva revisión del Reglamento comunitario de concentraciones.

Se ha intentado en este trabajo cuantificar empíricamente la eficiencia y frecuencia de las medidas correctoras aplicadas por la Comisión Europea en su afán de defensa de la Libre Competencia, con el único ánimo de dotar de mayor certidumbre y acierto jurídico las decisiones empresariales en sus propuestas de fusión o concentración. No obstante, dejamos necesariamente abierta esta investigación a la transformación que vaya a experimentar esta política, que deberá acompañarse de estudios “*a posteriori*” sobre los efectos de la aplicación de las medidas correctoras.

Referências bibliográficas

Tratados

Tratado de Paris de 1952;

Versões Consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, JO 2010/C 83/01 de 30.03.2010;

Tratado de Roma de 25 de Março 1957;

Regulamentos

Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, com as alterações introduzidas pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho, de 30 de Junho de 1997, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, JO n.º L 395 de 30.12.1989;

Regulamento (CE) n.º 139/2004, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO L 24 de 29.1.2004, p. 1;

Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos art.ºs 81.º e 82.º do Tratado, JO L 1 de 04.01.2003, p. 1;

Orientações Internacionais

US DOJ, Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies (Junho 2011);

Orientações da CE

COM “Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas”, (JO 2004/C 31/03 de 05.02.2004, p.5);

COM “Orientações para a apreciação das concentrações não-horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas” (JO 2008/C 265/07 de 18.10.2008,p.6);

Comunicações da CE

COM “Medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão”, (JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008, p.1);

COM “Soluções passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão”, (JO C 68 de 02.03.2001;p.1);

COM. “Regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artºs 81º e 82º do Tratado CE, artºs 53.º, 54.º e 57º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho”, (JO-2005/C 325/07 de 22.12.2005, p.7);

Decisões da Federal Trade Commission

Ac. Bertelsmann e Sony (EUA)/Impala (Proc. C-413/06P de 2008;

Ciba-Geigy Ltd. & Sandoz Ltd. [1997] (FTC Docket No. C-3725) B216805 de 24.3.1997;

Genzyme Corp./Novazyme Pharmaceuticals Inc. [2004] (FTC File No. 021 0026) de 13.01.2004;

Jurisprudência Europeia

T-102/96 Gencor Ltd v Comissão [1999] CJ 1999 p. II- 00753;

T-5/02 Tetra Laval BV v Comissão [2002] CJ 2002 p. II-04381;

T-80/02 Tetra Laval BV v Comissão [2002] CJ 2002 p. II- 04519;

T-114/02 BaByliss SA v Comissão [2003] CJ 2003 p. II-01279;

T-158/00 ARD v Comissão [2003] CJ 2003 p. II-03821;

C-12/03P Comissão v Tetra Laval BV [2005] CJ 2005 p. I-00987;

T-87/05, EDP/Comissão [2005], Col. II-3745;

T-210/01 General Electric Company v Comissão [2005] CJ 2005 p. II-05575;

T-177/04 EasyJet v Comissão [2006] CJ 2006 p. II-01931;

T-201/04 Microsoft Corporation v Comissão [2007] CJ 2007 p. II-03601;

C-413/06P Bertelsmann AG e Sony Corporation of America v Impala [2008] CJ 2008 p. I-04951;

T-342/07 Ryanair/Comissão, Colectânea 2010, p. II-3457;

Decisões da Comissão

Caso M.2220, General Electric/Honeywell;

Caso M.2416, Tetra Laval / Sidel;

Caso M.2283, Schneider / Legrand;

Caso M.2922 Pfizer/Pharmacia;

Caso M.3099, Areva/Urenco Areva/Urenco;

Caso M.3653 Siemens / VA Tech;

Caso M.3687.Johnson & Johnson / Guidant;

Caso M.3696 E.On / Mol;

Caso M-3796 Omya / J.M.Huber.PCC;

Caso M.3868 Dong / Elsam /Energie;

Caso M.3916 T-Mobile Austria / Tele.Ring;

Caso M.4000 Inco/Falconbridge;

Caso M.4180 Gaz de France / Suez;

Caso M4187 Metso /Aker Kvaerner;

Caso M.4314 Johnson & Johnson/Pfizer Consumer Healthcare;

Caso M.4381 JCI / Fiamm;

Caso M.4404 Universal Music Group / BMG Music Publishing;

Caso M 4439 Ryanair/Aer Lingus;

Caso M.4504 Sfr / Tele;

Caso M.4513Arjowiggins / M-Real Zanders Reflex;

Caso M.4525 Kronospan / Constantia;

CasoM.4726vThomson Corporation / Reuters Group;

Caso M.4919 Statoilhydro / Conocophillips;

Caso M.4980 ABF / GBI Business;

Caso M.5046 Friesland / Campina;

Caso M.5153 Arsenal/DSP;

Caso M.5335 Lufthansa / SN Airholding (Brussels Airlines);

Caso M.5440 Lufthansa / Austrian Airlines;

Caso M.5658 Unilever / Sara Lee Body Care;

Caso M.5675 Syngenta / Monsanto'S Sunflower Seed;

Caso M5830 Olympic/Aegean Airlines;

Caso M.6166 Deutsche Börse / Nyse Euronext;

Caso M.6203 Western Digital Ireland / VivitI Technologies;

Caso M.6266 J&J / Synthes;

Caso M.6286 Südzucker / ED&F Man;

Caso M.6410 Utc / Goodrich;

Caso M.6458 Universal Music Group / Emi Music;

Caso M.6471 Outokumpu / Inoxum;

Caso M.6497 Hutchison 3G Austria / Orange Austria;

Caso M.6570 Ups/Tnt Express;

Caso M 6663 Ryanair / Aer Lingus III;

Caso M.7612 Hutchison 3G Uk / Telefonica Uk-
http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7612_6415_10.pdf

Obras literárias

Àguila Real, Jesus Alfaro, “Los problemas de las soluciones: compromisos en el control de concentraciones” *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, (1), Sección Estudios, Julio-Diciembre 2007, Editorial LaLey, La Ley 6608/2008, pp.79-133;

A.Posner, Richard, “*Economic Analysis Of Law* ” (4), Law School, Case Book Series, 1992;

Almeida Andrade, Miguel & **Vilhena de Carvalho**, António “*Os Textos da Europa*”, Gabinete de Documentação de Direito Comparado, Lisboa, 1997;

Alpa, Guido, “Mergers: Remedies and Freedom of Contract”, *European Business Law Review* (15), 2004, pp.129-145;

Balto, David, “Lessons from the Clinton Administration: The Evolving Approach to Merger Remedies”, (69) *George Washington Law Review*, 2001, pp: 952-977;

Barrantes Diaz, Begona “La invocación de intereses generales en procedimientos nacionales de control de concentraciones. La intervención del Consejo de Ministros a la luz de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 11, Sección Artºs, Septiembre-Octubre 2009, pp.21-48;

Bello Martín, Crespo, Maria Pilar, “*Concentracion de Empresas de Dimension Comunitaria*”, Ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 1997;

Berenguer O Shea, Pablo & Pérez Lamas, Vanessa “El control comunitario de concentraciones de empresas y la invocación de intereses nacionales. Crítica del Artº 21.3 del Reglamento 4064/89”, *Universidad San Pablo- CEU-Instituto de Estudios Europeos*, Centro de Política de la Competencia, Work Paper, .2003;

Berg W & Lipstein R, “The Revised Merger Remedies Notice - Some Comment” 98(6), *European Competition Law Review*, 2009, pp.281-285;

Bergmann, Helmut, “Settlements in EC Merger Control Proceedings: A Summary of EC EnfoRCemen Practice and a Comparison With the United States”, *Antitrust Law Journal* (62), 1993, pp.47-89;

Blanke, Gordon, “The Use of Arbitration in EC Merger Control: Latest Developments” 28(12) *European Competition Law Review*, 2007, pp.673-694;

Blessing M, “Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues”, (14) Vog NP Ed, Helbing & Lichtenhahn, 2003;

Bos, Pierre & Stuyck, Jules, “Concentration Control in the European Economic Community”, Hartnolls Ltd, Bodmin, Cornwall, 1992;

Bougette P, “Preventing Merger Unilateral Effects: A Nash-Cournot Approach to Asset Divestitures” 64(3) *Research in Economics*, 2010, p. 162-174;

Brokelmann Helmut “La reforma del régimen de control de concentraciones en la nueva Ley de Defensa de la Competencia” *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 1, Sección Artículos, Enero-Febrero 2008, p. 79-87;

C.Willcox, Thomas “Behavioral Remedies in a Post-Chicago World: it's time to revise the Vertical Merger Guidelines”, *Antitrust Bulletin XL*, 1995, pp.227-256;

Cabral, L, “Horizontal Mergers with Free-Entry: Why Cost Efficiencies may be a Weak Defense and Asset Sales a Poor Remedy” 21(5) *International Journal of Industrial Organization*, 2003, pp.607-623;

Callol, Pedro “Intervención estatal en las grandes operaciones de fusión y adquisición: los casos Autostrade y Endesa” *Spanish Yearly Business Law Journal*, 2009, pp.653-681;

Carlos dos Santos, António, Eduarda Gonçalves, Maria & Manuel Marques, Maria, “*Direito Economico*”, 4ª Ed., Almedina, Coimbra, 2002;

Chalmers, Damian & Monti, Giorgio, “*European Union Law*” (5), Cambridge University Press 2008, pp.927-936;

Christian Ersbøll, Niels “Commitments Under the Merger Regulation”, *European Competition Law Review* 22, 2001, pp.357-364;

Cook J & Kerse, C, “EC Merger Control” (5), *Thomson Reuters Lmd*, 2009, pp.279-311;

Compte O., Jenny F & Rey P, “Capacity Constraints, Mergers and Collusion” 46(1) *European Economic Review*, 2002, pp.1-29;

Cosnita, A. & Tropeano J., “Do Remedies Affect the Efficiency Defence? An optimal Merger-Control Analysis” 30 (1) *International Journal of Industrial Organization*, 2012, pp.188-196;

Davies S & Lyons B, “Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition” *Edward Elgar Publishing*, 2007;

Davies Stephen & Olczak Matthew, “Assessing the Efficacy of Structural Merger Remedies: Choosing Between Theories of Harm?” 37(2) *Review of Industrial Organization*, 2010, pp. 83-99;

D'Ormesson, Olivier & Kerjean, Stéphane, “Le Développement de la Pratique des Engagements en Matière de Contrôle Communautaire des Concentrations”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 34:1998, pp. 479-514;

Drauz,G, Mavroghenis S e Ashall S, “Recent Developments in EU Merger Control” 2 (1) *Journal of European Competition Law & Practice*, September 2009 - August 2010' (2011),pp. 46-61;

Entrena Rovers, Jonathan “Novedades más significativas del Real Decreto 2295/2004, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de la competencia”, *Diario La Ley*, nº 6244, Sección Tribuna, Editorial La Ley, Mayo de 2005,pp. 1512-1514;

Ezrachi, Ariel, “Behavioural Remedies in EC Merger Control - Scope and Limitation” 29(3) *World Competition Review.*, Kluwer Law International, 2006, pp.459-479;

Esteva Mosso, Carles, “Non-Horizontal Mergers: A European Perspective”, 31 (5) *Fordham International Law Journal*, 2007, pp.1442-1482;

Folguera Crespo, Jaime y Vidal Martinez, Patricia, “Comentario a la ley de defensa de la competencia”, *Estudios y Comentarios Legislativos*”, Civitas, Ed.Aranzadi, SA, Marzo, 2008, pp. 486-502;

Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel, “Derecho administrativo europeo”(2), Cizur Menor Navarra, Civitas, 2015;

Fréneaux, Lucile, “ L'Efficacité du Recours aux Engagements em Matière de Contrôle des Concentrations”, *Revue Internationale de Droit Économique*, 2007, pp.21-43.

Gallego Corcoles, Ascencion “Novedades de la Justicia Comunitaria para el mercado energético español: los casos de la OPA de EON y de la llamada Ley Anti-EDF”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, (6), Editorial la Ley, Noviembre-Diciembre 2008, 40521/2008, pp.49-67;

García Coso, Emiliano_“*La regulación comunitaria de la concentración industrial europea*”, Tecno Editores, 2000;

García de la Mata, Fernando Torrente & Garrido Garcia, José Maria, “La Opa Obligatoria por Adquisición del Control en el Sistema Actual. Vicisitudes que Pueden Afectar al Control de la Sociedad Cotizada: Pérdida, Recuperación y Transformación en la Forma en que éste es Ejercido”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, (6), Ed.La Ley, Primer semestre de 2010, La Ley 402/2010, pp.97-111;

Gomes Canotilho, J.J., “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, 73 Ed., Almedina, Coimbra, 2003;

González Fernández, M^o Belén & Benavides Velasco, Patricia, “Nuevas perspectivas de la reglamentación comunitaria sobre los acuerdos de colaboración entre empresas de transporte marítimo de línea regular (Conferencias Marítimas)” in, “*I Congreso Internacional de Transporte: los retos del transporte en el siglo XXI*”: Castellón de la Plana, 4-6 mayo 2004/ Coord. Fernando Martínez Sanz, María Victoria Petit Lavall, (1), 2005, pp. 653-666;

Guerrero Pinar, Suzana “Reflexiones sobre la separabilidad de las normas de control de concentraciones y los arts. 81 y 82 del Tratado CE a partir del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de enero de 2007” (1), *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, (1), Sección Comentarios a Jurisprudencia, Ed.La Ley, Julio-Diciembre 2007, Ed.La Ley 6614/2008, pp.199-210;

Guy Parker,Richard & Balto, David.A., “The Evolving Approach to Merger Remedies”, *Antitrust Report*, 2000,pp. 2-28;

Hermida Tapia, Javier Alberto, “Aspectos generales de las OPAS-Las ofertas públicas de adquisición de valores y el control de las concentraciones económicas”, “*Sociedades anónimas cotizadas y ofertas públicas de adquisición*”, (1), Ed.La Ley, Madrid, Junio 2012, pp.211-244;

Herrero Suarez, Carmen, “Control de la Concentración Empresarial Análisis Comparado del Derecho Antritrust Estadounidense y el Derecho a la Competencia Comunitario Europeo” *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, (84), 2001, pp.141-170;

Hoehn, Thomas & Rab, Susane, “UK Merger Remedies: Convergence or Conflict with Europe? A Comparative Assessment of Remedies in UK Mergers” (2009) 30 (2) *European Competition Law Review*, pp.74-94;

Hoehn, Thomas, Rab, Susane & Saggars, Grant, “Breaking Up is Hard to do: National Merger Remedies in the Information and Communication Industries” (2009) 30(5) *European Competition Law Review*, pp. 255-267;

Holmes, Simon & Turnbull, Sarah, “Remedies in Merger cases: Recent Developments”, *European Competition Law Review*, 23, 2002, pp.499-511;

J. Baer, William & C. Redcay, Ronald, “Solving Competition Problems in Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy”, 69 (5) *The George Washington Law Review*, 2000, pp. 915-931;

J.Weiser, Philip, “Rethinking Merger Remedies: Toward a Harmonization of Regulatory Oversight”, *Antitrust Merger Review*, 2006;

Jones, A. & Sufrin B, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials* (4), *Oxford University Press*, 2010, pp.970-979;

Katz, Michael, L & Shelanski Howard, A, “Mergers and Innovation”, 74 (1) *Antitrust Law Journal* , 2007, pp.1-85;

Kratsas, George, “Legislative Development: Structural or Not? A Critical Analysis of the Commission's New Notice on Remedies” 15 (3), *Columbia, Journal of European Law* 2009, pp.549-559;

Lévêque F, “Quelle Efficacité des Remèdes du Contrôle Européen des Concentrations?” (1) *Concurrences*, 2006, pp.27-31;

Lévêque, François & Shelanski, Howard A., “Merger Remedies in American and European Union Competition law”, *Cheltenham, Edward Elgar Publishing*, 2003;

Lindsay, A.& Berridge A, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues* (3)*Thomson Reuters Lmd*, 2009, pp. 602-720;

López Candela & Javier Eugenio “Perspectivas de futuro del régimen sancionador en materia de defensa de la competencia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (9)Ed.Aranzadi, SA, Cizur Menor,2015,pp.29.61;

Lyons, B, “An Economic Assessment of European Commission Merger Control: 1958-2007, Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome”, Vives, Xavier (ed), *Oxford University Press* 2009, pp. 159-163;

Maier-Rigaud FP & Parplies K, “EU Merger Control Five Years after the Introduction of the SIEC Test: What Explains the Drop in Enforcement Activity” 30 (11) *European Competition Law Review*, 2009, pp. 565-579;

Marcos Fernández, Francisco “El procedimiento de control de concentraciones y la supervisión por organismos reguladores de las Ofertas Públicas de Adquisición”, *Revista de Derecho de los Negocios*, (20) (221), Sección Artículos, La Ley 41650/2008, Enero y Febrero 2009, pp.5-29;

Mariano Pego, José Paulo Fernandes, “A *Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*” Almedina, Coimbra, 2001;

Mariano Pego, José Paulo Fernandes, “ *O Controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência*” Almedina, Coimbra, 2007;

Miranda Serrano, Luis María, “Defensa de la competencia y adquisiciones de empresas en crisis en la Unión Europea”. *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, (9), 2003, pp. 183-216;

Miranda Serrano, Luis María, “La Doctrina de la “failing company” y el Derecho europeo de concentraciones (Las concentraciones de recuperación o saneamiento económico)”. *Noticias de la Unión Europea*,(85) *CISS Praxis*, 2000, pp. 53-90;

Miranda Serrano, Luis María “La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control de concentraciones (STJCE Francia y otros c. Comisión, de 31 de marzo de 1998)”, *Derecho de los negocios* (11), 2000, pp19-46;

Miranda Serrano, Luis Maria “En el Derecho Antitrust También lo Accesorio Sigue la Suerte de lo Principal: A propósito de la Recepción por el Tribunal Supremo de la Doctrina de las Restricciones Accesorias”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, (1), Sección Estudios, Segundo semestre de 2013, Ed.La Ley 4919/2013, pp.15-50;

Mongouachon, Claire, «L'ordolibéralisme : Contexte historique et contenu dogmatique», (4)- *Revue Concurrences* 2011, pp. 70-78 ;

Morgan E, “Steering Mergers Through the EU’s Regulatory Rocks: Remedies Under the EU Merger Control Regulation”, 20 (5) *European Management Journal* 2002, pp.549-561;

Mota de Campos, João, “*Direito Comunitário*”, Vol I. 3ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989;

Motta M, “Competition Policy: Theory and Practice”, *Cambridge University Press*, 2004, pp.266-268;

Motta M, “EC Merger Policy and the Airtours Case”, 21(4) *European Competition Law Review* 2000, p.428-436;

Motta, Massimo, Polo, Michele & Vasconcelos, Helder, “Merger Remedies in the European Union: An overview”, 52, *Antitrust Bulletin* 52, 2007, pp.603-622;

Moura e Silva, Miguel, “ *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*”, Almedina, Coimbra, 2010;

Moura e Silva, Miguel, “*Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial*”, Almedina, Coimbra, 2008;

Muñoz Pérez, Ana Felicitas, "El Concierto como Presupuesto de la OPA Obligatoria", *La Ley* 2709/2010, (1), Diciembre 2007;

Navarro Varona, E. & **Baches Opi**, S., “El nuevo sistema comunitario de control de concentraciones”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez* (8), 2004, pp. 37-50.

Oliveira Pais, Sofia, “*O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência*”, Almedina, Coimbra, 1996;

Olson G, “Revised EU Merger Remedy Guidance”, 23(3) *Antitrust*, 2009, pp.80-86;

Ormesson, Olivier d' & Kerjean, Stéphane. “ Le Développement de la Pratique des Engagements en Matière de Contrôle Communautaire des Concentrations”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 34, 1998, pp.138-144 ;

Paas, Katri, “Non-structural Remedies in EU Merger Control”, 27(5) *European Competition Law Review*, 2006, pp.209-212 ;

Pais Antunes, Luís Miguel, “ *Direito da Concorrência- Os poderes da CE e a Protecção dos direitos Fundamentais*”, Almedina, Coimbra, 1995;

Papandropoulos P & Tajana A, “The Merger Remedies Study-In Divestiture We Trust?” 27(8) *European Competition Law Review*, 2006, pp. 443-454;

Papandropoulos, P, “What can be expected from the Commission’s non-horizontal merger guidelines?” (2007) (1) *Concurrences* 31-37;

Papon S, “Structural versus Behavioural Remedies in Merger Control: A Case-by Case Analysis” (2009) 30(1) *European Competition Law Review* 36-48;

Peinado Gracia, Juan Ignacio, “Las concentraciones empresariales desde la perspectiva del ordenamiento comunitario. Apuntes sobre el Reglamento 139/2004, de 20 de enero sobre control de concentraciones entre Empresas”, “*Estudios de Derecho de la competencia*” / Coord. por Pino Abad, Manuel & Font Galán, Juan Ignacio, 2005, pp. 151-183;

Peinado Gracia, Juan Ignacio, “Variaciones sobre el nuevo régimen comunitario de concentraciones empresariales”, *Revista de Derecho de los Negocios*, (170), Noviembre de 2004, pp.5-23;

Perez Molina, Mario Antonio, “Enjuiciamiento *antitrust* de las restricciones accesorias insertas en operaciones de concentración de empresas en la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, (15), Sección Estudios, Ed.La Ley, Segundo semestre de 2014, 8939/2014, pp.169-188;

Perez Molina, Mario Antonio, “Las barreras de entrada en el control *antitrust* de las concentraciones de empresas en la Unión Europea”, (2014), *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, (14), Sección Estudios, Ed.La Ley, Primeiro Semestre 2014, La Ley 4647/2014, pp.123-144;

Porter Elliot, G., “The Gencor Judgment: Collective Dominance, Remedies and Extraterritoriality Under the Merger Regulation”, 24(6) *European Law Review*, 1999,p. 638-652;

Quadros, Fausto de, “*Direito da União Europeia*”, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2013;

Rosenthal, M. & Thomas S, “European Merger Control”,*Hart Publishing*, 2010, pp. 239-281;

S. Brueckner, Jan & **Hoehn**, Thomas, “Monitoring Compliance with Merger Remedies - The Role of the Monitoring Trustee” (2010) 6 (2) *Competition Law International*, pp.73-80;

San Pedro, Luis Antonio Velasco, “Las barreras de entrada y su relevancia para el derecho de la competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, (6), Sección Estudios, La Ley 20928/2009, Enero-Junio 2010, pp.13-43;

Signes de Mesa, Juan Ignacio, “Derecho de la Competencia y Estabilidad financiera: El margen de flexibilidad del regimen de concentraciones”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*,(12), Sección Estudios, Ed. La Ley 19542/2012, Primer semestre de 2013, pp.61-84;

Sims, Joe & Mc Falls, Michael “Negotiated Merger Remedies: How Well Do They Solve Competition Problems?” *George Washington Law Review* (69), 2001, pp.932-973;

Sixto Sanchez, Lorenzo & Moya Escudero, Mercedes, Ed."Hacia Un Codigo Civil Europeo, La Cooperacion Judicial en Materia Civil y Ia Unificacion del Derecho Privado en Europa", Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp.381-406;

Tenn S & M.Yun J, “The Success of Divestitures in Merger Enforcement: Evidence from the J&J-Pfizer Transaction” 29(2) *International Journal of Industrial Organization*, 2011,pp. 273-282;

Valois Turk, Maurice “The European Commission's Revised Remedies Notice - The Trustee's Perspective” 30 (7) *European Competition Law Review*, 2009, pp. 332-339;

Vara de Paz, Nemesio, “Las ofertas públicas de adquisición de valores y el control de las concentraciones económicas”, (2008), *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, pp. 41-128;

Vasconcelos H, “Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control” 58 (4) *The Journal of Industrial Economics*, 2010, pp.742-766;

Vaz Freire, Maria Paula dos Reis, “Eficiência Economica e Restrições Verticais.Os Argumentos de Eficiencia e as Normas de Defesa da Concorrência”. Lisboa, AAFDL, 2008 ;

Vazquez Orgaz, Jorge: “El Derecho comunitario de la Competencia y los acuerdos de compra exclusiva” *Diario La Ley*, (5), Ed. La Ley, 1997, pp.1755-1769;

Vergé, Thibaud, “Horizontal Mergers, Structural Remedies, and Consumer Welfare in a Cournot Oligopoly with Assets”, 58(4) *The Journal of Industrial Economics*, 2010,pp. 723-741;

Vialfont, Arnold., “Le Droit de la Concurrence et les Procédures Négociées”. (21), *Revue Internationale de Droit Économique*2007,pp. 157-184;

Vidal Martínez, Patricia, “El control de las concentraciones económicas y las ofertas públicas de adquisición de valores comentario al artículo 26 del real decreto1066/2007”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, (7), Sección Análisis, Ed.La Ley, Segundo semestre de 2010,pp 183-226;

Wang, Wei “Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control” *World Competition Revue*, 34, (2011), pp.571-596;

Went, David, “The Acceptability of Remedies Under the EC Merger Regulation: Structural Versus Behavioural” 27(8) *European Competition Law Review*, 2006, pp.455-475;

Winckler, Antoine, “Some Comments on Procedure and Remedies under EC Merger Control Rules: Something Rotten in the Kingdom of the EC Merger Control”, *World Competition Revue*, 26: 2003, pp. 219-232;

Webgrafia

Chopard, Bertand, Cortade, Thomas. & Cosnita-Langlais A, “Settlement in Merger Cases: Remedies and Litigation”, (2008) *Economix Working Papers*. Disponible em: http://economix.fr/pdf/dt/2008/WP_EcoX_2008-10.pdf (accedido em: 23/06/2016);

Fackelmann, C, “Dynamic Efficiency Considerations in EC Merger Control: An Intractable Subject or a Promising Chance for Innovation?” *The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy* (L) 09/06, 2006, pp 64-66. Disponible em: <http://ssrn.com/abstract=910465> (accedido em: 23/06/2016);

Hermida Tapia, A.J. (2010/26 Enero), Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, “*Las Sociedades Cotizadas: Noción y Estatuto Jurídico*” Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense <http://eprints.ucm.es>(accedido em: 23/09/2016);

Hewitt G, “Merger Remedies”: 2. Background Note' (2005) 7 (2) *OECD em*, <https://www.oecd.org/competition/mergers/34305995.pdf> (accedido em 19/02/2016);

Leheyda N, Beschorner P & Huschelrath K, “Ex-post Assessment of Merger Effects: The Case of Pfizer and Pharmacia” (2011) *ZEW - Centre for European Economic Research*. Disponible em: <http://ssrn.com/abstract=1852389> (accedido em: 23/06/2016);

Lévêque F, “Merger Control: More Stringent in Europe than in the United States?”, (2007) *CERNA*. Disponible em: <http://ssrn.com/abstract=955527> (accedido em: 23/06/2016);

Lévêque F, “The Conduct vs. Structural Remedies Controversy: an Irrelevant Dichotomy of Antitrust Policy Instruments” (2000) *CERNA*. Disponible em: <http://www.cerna.ensmPt.fr/Documents/FL-MSMay00.pdf>, (accedido em: 23/06/2013);

Lyons B & Medvedev A, “Bargaining Over Remedies in Merger Regulation”, (2007) *Centre for Competition Policy - University of East Anglia* 07-3. Disponible em: <http://ssrn.com/abstract=970250> (accedido em: 23/06/2016);

Massadeh AA, “*The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective*” (2011) *University of East Anglia Law School* 2011-AM-1. Disponible em: <http://ssrn.com/abstract=1738326> (accedido em: 23/06/2016);

Medvedev A, “Structural Remedies in Merger Regulation in a Cournot Framework” (2004) *Center for Economic Research and Graduate Education* 07-16. Disponible em: <http://ssrn.com/abstract=841904> (accedido em: 23/06/2016);

Miranda Serrano, L. & Pagador Lopéz, J. “Hay abusos de posición dominante de menor importancia ? ” (2013), *Ccopyme, Consejo Consultivo para la pequeña y*

Mediana Empresa, Disponível em <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=29> (acedido em 29/10/2016);

Miranda Serrano, L. & Pagador López, J. “Nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia” (2014), Ccopyme, Consejo Consultivo para la pequeña y Mediana Empresa, Disponível em <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=29> (acedido em 29/10/2016);

Miranda Serrano, L. & Pagador López, J. “Nuevas tendencias en el control de las concentraciones de empresas en la UE: la Comisión quiere asumir competencias para controlar las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control” (2014), Ccopyme, Consejo Consultivo para la pequeña y Mediana Empresa, Disponível em <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=29> (acedido em 29/10/2016);

Ormosi P., "Determinants of the Success of Remedy Offers: Evidence from European Community Mergers", (2009) Centre for Competition Policy - University of East Anglia 09-11 pp 1-7, 34-38. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1513942> (acedido em: 23/06/2016);

Wikipedia, <https://pt.wikipedia.org/wiki/SPSS> (acedido em 11/10/2016).

W.Waller S, “Access and Information Remedies in High Tech Antitrust”, (2011) Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Loyola University Chicago School of Law 2011-018. Disponível em : <http://ssrn.com/abstract=1895018> (acedido em: 23/06/2016);

Sorinas S & Jorns C, “European Union: EU Merger Remedies” (2009) (Competition Supplement) *International Financial Law Review*, 9, disponível em <http://www.iflr.com/Article/2324298/European-Union-EU-merger-remedies.html> (acedido a 21/07/2016);

Relatórios

Amchameu, Position Paper on the Revised Commission Notice on Remedies Acceptable Under the Merger Regulation (2007);

Biro, Z & Parker D, Bundled into touch: Lessons From GE-Honeywell for New European Commission Guidelines (Frontier Economics, 2006);

DG COMP, Best Practices on the Conduct of EC Merger Control Proceedings (2004);

DG COMP, Merger Remedies Study; DG Comp. (European Commission), 2005;

Europe Economics, Study on Assessment Criteria for Distinguishing Between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control (Europe Economics, 2001) 102120;

Frontier Economics, Try this for Size - Making Sense of European Merger Remedies (Frontier Economics, 2006);

Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea Normas de defensa de la competencia y control de las concentraciones, Bruselas, CE, Oficina de Publicaciones, 2002

J.Baer, W, Dir. “A study of the Commission's Divestiture Process” (Federal Trade Commission; Washington, D.C., August 1999);

Kwoka J & Moss D, Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement (The American Antitrust Institute, 2011);

OECD, “Merger Remedies: 1.Synthesis by the Secretariat” 7 (2) *OECD Journal of Competition Law and Policy* 69, 2005;

OECD, “Merger Review in Emerging High Innovation Markets”, 2002;

Papanikolaou, A & Rosenthal M, Merger Efficiencies and Remedies (Hunton & Williams LLP, 2012);

CESE, Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o «XXXIII Relatório sobre a Política de Concorrência — 2003», SEC (2006) 761 final, DOUE C 168, de 20 de julio de 2007, p. 26

Report for the Fourth ICN Annual Conference (ICN Merger Working Group: Analytical Framework, Subgroup Merger Remedies Review Project, 2005);

APÊNDICES

PARTE I

TABELA I-DOS COMPROMISSOS

1-Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653

COMPROMISSOS		Situação
Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
	b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	<u>vvvvvvvv</u>
	c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar;	-
	d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	<u>vvvvvvvv</u>
Adquirente inicial	-	-
Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	<u>vvvvvvvv</u>
Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
	b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
	c) Agrupamento de produtos	-
	d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	<u>vvvvvvvv</u>
ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
Compromisso para transferir uma posição de mercado	-	<u>vvvvvvvv</u>
Compromisso para sair de uma empresa comum ou joint-venture	-	<u>vvvvvvvv</u>
Compromissos de garantia de acesso	-	-
a) Acesso a tecnologia;	-	-
b) Acesso a infra estrutura	-	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
Outros compromissos	-	-
Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	<u>vvvvvvvy</u>
	Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	<u>vvvvvvvy</u>

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

2-Caso JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT- M.3687

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	<u>vvvvvvvv</u>
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar	<u>vvvvvvvv</u>
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão		<u>vvvvvvvv</u>
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	<u>vvvvvvvv</u>
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a)Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou Soluções de conduta baseadas em contrato.	<u>vvvvvvvv</u>
		Fornecer produtos acabados na fase de transição em condições comerciais favoráveis para o comprador, bem como dar prioridade no abastecimento e na entrega	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:		-
		-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>vvvvvvvv</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	<u>vvvvvvvv</u>
3	Compromissos de garantia de acesso	-	<u>vvvvvvvv</u>
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra- estrutura;	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos		<u>vvvvvvvv</u>

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

	Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	-
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-
		Não adquirir influência directa durante certo prazo	<u>vvvvvvvv</u>
		Cláusula de não solicitação	<u>vvvvvvvv</u>
		Cláusula de revisão	<u>vvvvvvvv</u>
		Fast track	<u>vvvvvvvv</u>

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

3- Caso E.ON / MOL- M.3696

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável;	<u>v v v v v v v y y</u>
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa;	-
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar;	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial.	-	<u>v v v v v v v y y</u>
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia.	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa.	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes.	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a)Medidas de correcção respeitantes ao acesso;	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.	-
		c) Agrupamento de produtos.	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo	-
		ou Soluções de conduta baseadas em contrato.	<u>v v v v v v v y y</u>
		Libertação gás	-
		Capacidade armazenamento disponibilização	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>v v v v v v v y y</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia;	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura;	-	<u>v v v v v v v y y</u>
	c) Finalização de contratos exclusivos;	-	-
4	Outros compromissos	-	<u>v v v v v v y y</u>
	Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	<u>v v v v v v v</u>
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-
	Due diligence	-	<u>v v v v v v v y y</u>
	Cláusula reexame	-	<u>v v v v v</u>

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

4- Caso OMYA / J.M.HUBER.PCC M-3796

COMPROMISSOS		Situação
Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.	a) Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável;	-
	b) Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa;	<u>vvvvvvvv</u>
	c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar";	-
	d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	-
Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão		-
Adquirente inicial.		-
Medidas de correcção tipo solução prévia.		<u>vvvvvvvv</u>
Compromissos alternativos tipo jóias da coroa.		-
Eliminação dos vínculos com os concorrentes.		-
Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso;	<u>vvvvvvvv</u>
	b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.	-
	c) Agrupamento de produtos.	-
	d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo	-
	ou Soluções de conduta baseadas em contrato.	<u>vvvvvvvv</u>
ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:		-
Compromissos para transferir uma posição de mercado		<u>vvvvvvvv</u>
Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture		-
Compromissos de garantia de acesso		<u>vvvvvvvv</u>
a) Acesso a tecnologia;		<u>vvvvvvvv</u>
b) Acesso a infra-estrutura;		-
c) Finalização de contratos exclusivos;		-
Outros compromissos		<u>vvvvvvvv</u>
Condições e obrigações:	Renúncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	<u>vvvvvvvv</u>
	Renúncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

5-Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável;	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa;	<u>vvvvvv</u>
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar;	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	<u>vvvvvv</u>
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa.	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a)Medidas de correcção respeitantes ao acesso;	<u>vvvvvv</u>
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.	-
		c) Agrupamento de produtos.	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo	-
		Soluções de conduta baseadas em contrato.	<u>vvvvvv</u>
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>vvvvvv</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	<u>vvvvvv</u>
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	<u>v</u>
	Condições e obrigações:	Renúncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	-
		Renúncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-
		Cláusula de não influência	<u>vvvvvy</u>

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

6-Caso T MOBILE AUSTRIA/TELE RING- M. 3916

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável;	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa;	-
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar";	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial.	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia.	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa.	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes.	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a)Medidas de correcção respeitantes ao acesso;	<u>vvvvvvv</u>
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.	-
		c) Agrupamento de produtos.	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo	-
		ou soluções de conduta baseadas em contrato.	<u>vvvvvvv</u>
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	-
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	<u>vvvvvvv</u>
	a) Acesso a tecnologia	-	<u>vvvvvvv</u>
	b) Acesso a infra-estrutura	-	<u>vvvvvvv</u>
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	<u>vvvvvvv</u>
	Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	-
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

7- Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000

Nº	COMPROMISSOS	Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável;
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa;
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar";
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.
		Foi alienada a totalidade do capital.
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-
1.b	Adquirente inicial	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	<u>vvvvvvvv</u>
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a)Medidas de correcção respeitantes ao acesso;
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.
		c) Agrupamento de produtos.
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato.
	Obrigações de fornecimento durante dez anos -preços	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	<u>vvvvvvvv</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-
	a) Acesso a tecnologia	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-
4	Outros compromissos	<u>vvvvvvvv</u>
	Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda
	Due diligence	<u>vvvvvvv</u>
	Clausula de reexame	<u>vvvvvvv</u>
	Cláusula de não solicitação	<u>vvvvvvvv</u>
	Obrigações hold separadas	<u>vvvvvvvv</u>

PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE

8-Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável;	vvvvvvvv
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa;	vvvvvvvv
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar;	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	vvvvvvvv
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia		
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa		
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes		
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a)Medidas de correcção respeitantes ao acesso;	vvvvvvvv
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.	
		c) Agrupamento de produtos.	
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo	
		ou soluções de conduta baseadas em contrato.	vvvvvvvv
		Realização de investimentos para melhoria redes acesso	
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:		
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	vvvvvvvv v
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	vvvvvvvv
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra- estrutura	-	vvvvvvvv
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	vvvvvvvv
	Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	vvvvvvvv
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-
		Reexame	-
		Due diligence	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

9- Caso METSO /AKER KVAERNER-M.-M4187

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a) Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável;	-
		b) Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa;	vvvvvvvv
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar";	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	-
1. a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1. b	Adquirente inicial	-	-
1. c	Medidas de correcção tipo solução prévia	Acordo vinculativo	vvvvvvvv
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	vvvvvvvv v
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia;	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura;	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos;	-	-
4	Outros compromissos	-	-
	Condições e obrigações:	Renúncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	-
		Renúncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-
		Clausulas due diligence	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

10-Caso JCI / FIAMM-M.4381

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	vvvvvvvv
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	vvvvvvvv
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	vvvvvvvv
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo	-
		ou soluções de conduta baseadas em contrato	yvvvvvvv
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	vvvvvvvv
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	vvvvvvvv
	Condições e obrigações:	-	-
	Due diligence	-	-
	Cláusula de reexame	-	-
	Clausula não solicitação	-	-
	Obrigações hold separadas	-	-
	Só por si os compromissos não eram suficientes	Decisão foi além dos compromissos: Critério failing firm.	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

11-Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING-M.4404

N. º	COMPROMISSOS		Situ açã o
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>
1 .	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1 .	Adquirente inicial.	-	<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>
1 .	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
		-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo	-
		ou Soluções de conduta baseadas em contrato	<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

	c) Finalização de contratos exclusivos	-	<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>
4	Outros compromissos	-	<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>
		A não adquirir ou fazer uso de direitos de distribuição XDSL	-
	Condições e obrigações:	Cláusula de revisão	<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>
		Due diligence	<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>
		Hold separadas	<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>
			<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>
		Não solicitação	<u>v</u> <u>v</u> <u>v</u> <u>v</u>

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

12-Caso SFR / TELE 2-M.4504

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	-
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	<u>vvvvvvvvy</u>
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	<u>yyyvvvvv</u>
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo	-
		ou soluções de conduta baseadas em contrato.	<u>vvvvvvvvy</u>
		obrigação de manter as mesmas condições praticadas com as outras operadoras	-
		não adquirir ou fazer uso de direitos de distribuição	-
		obrigação de que as condições oferecidas não sejam mais favoráveis a uns assinantes do que a outros	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	obrigação de não aquisição ou fazer uso dos direitos cinematográficos	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	-
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso		<u>vvvvvvvvy</u>
		a) Acesso a tecnologia	-
	b) Acesso a infra-estrutura;	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos		<u>vvvvvvvvy</u>
4	Outros compromissos	-	<u>vvvvvvvvy</u>
	Condições e obrigações:	-	-
	Cláusula de revisão	-	<u>vvvvvvv</u>

PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE

13-Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX-M.4513

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a) Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b) Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	<u>vvvvvvvyy</u>
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	<u>Apenas. Caso tal não aconteça desite da operação. Até ao fecho do negócio.</u>	<u>vvvvvvvyy</u>
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
		-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>vvvvvvvyy</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	-
	Condições e obrigações:	-	-
	Due diligence	-	<u>vvvvvvvyy</u>
	Obrigações hold separadas	-	<u>vvvvvvvyy</u>
	Cláusula de reexame	-	<u>vvvvvvvyy</u>
	Cláusula de não solicitação	-	<u>vvvvvvvyy</u>

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

14-KRONOSPAN / CONSTANTIA-M.4525

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	vvvvvvyy
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	-
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
		-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato.	-
		compromisso de não aquisição de posição de controle exclusivo ou conjunto de uma terceira empresa	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:		
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	vvvvvvyy
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	vvvvvvyy
	Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	vvvvvvyy
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

15-Caso THOMSON CORPORATION / REUTERS GROUP-M.4726

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a) Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b) Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	-
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	<u>vvvvvyyy</u>
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo	-
		ou Soluções de conduta baseadas em contrato	-
			-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:		-
			-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>vvvvvyyy</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso		<u>vvvvvyyy</u>
		a) Acesso a tecnologia	<u>vvvvvyyy</u>
		b) Acesso a infra-estrutura	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	<u>vvvvvyyy</u>
4	Outros compromissos	Não celebração de contratos exclusivos	<u>vvvvvyyy</u>
		actuação comportamental no sentido de procurar transmissão contratos	
	Condições e obrigações:	Alienação dos activos a um ou mais do que um comprador	

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

16-Caso STATOILHYDRO / CONOCOPHILLIPS-M.4919

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável.	vvvvvvvv
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa.	-
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar.	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial		vvvvvvvv
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso.	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.	-
		c) Agrupamento de produtos.	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato.	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	vvvvvvvv v
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	a) Acesso a tecnologia	-
		b) Acesso a infra-estrutura	-
		c) Finalização de contratos exclusivos	-
4	Outros compromissos	-	vvvvvvvv
	Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo.	-
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda.	-
	Cláusula de reexame	-	vvvvvvvv

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

17-Caso ABF / GBI BUSINESS-M.4980

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável.	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa.	<u>vvvvvvvvv</u>
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar.	<u>vvvvvvvvv</u>
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão		-
1.b	Adquirente inicial		<u>vvvvvvvvv</u>
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
			-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa		<u>vvvvvvvvv</u>
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso.	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos.	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato.	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:		-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>vvvvvvvvv</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso		-
		a) Acesso a tecnologia	-
		b) Acesso a infra-estrutura	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	<u>vvvvvvvvv</u>
	Condições e obrigações:		-
	Due diligende	-	<u>vvvvvvvvv</u>
	Cláusula de revisão	-	<u>vvvvvvvvv</u>
	Obrigaçao hold separadas	-	<u>vvvvvvvvv</u>
	Cláusula de não solicitação	-	<u>vvvvvvvvv</u>

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

18-Caso FRIESLAND FOODS/CAMPINA M.5046

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável.	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa.	<u>vvvvvvvvvy</u>
		c)Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar".	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	<u>vvvvvvvvvy</u>
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	<u>vvvvvvvvvy</u>
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a)Medidas de correcção respeitantes ao acesso.	<u>vvvvvvvyyy</u>
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.	-
		c) Agrupamento de produtos.	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato.	<u>vvvvvvvvvv</u>
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>vvvvvvvvvv</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	<u>vvvvvvvyyy</u>
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	<u>vvvvvvvyyy</u>
	Condições e obrigações:	Renúncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo.	-
		Renúncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda.	-
	Due diligence	-	<u>vvvvvvvyyy</u>
	Obrigações hold separadas	-	<u>vvvvvvvvvv</u>
	Cláusula de não solicitação	-	<u>vvvvvvvyyy</u>

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

19-Caso ARSENAL / DSP-M.5153

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a) Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável.	-
		b) Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa.	vvvvvvvvv
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar.	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	yyvvvvvvv
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso.	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.	-
		c) Agrupamento de produtos.	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato.	yyvvvvvvv
ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:			
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	vvvvvvvvv
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	vvvvvvvvv
	Condições e obrigações:	Renúncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo.	-
		Renúncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda.	-
		Cláusula de não solicitação.	vvvvvvvvv
		Obrigações hold separadas.	vvvvvvvvv
		Cláusula de reexame.	yyvvvvvvv

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

20-Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES)- M.5335

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável.	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa.	-
		c)Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar.	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	<u>xxxxxxxxy</u>
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso.	<u>xxxxxxxxy</u>
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.	-
		c) Agrupamento de produtos.	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato.	<u>yyxxxxxx</u>
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	-
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	<u>xxxxxxxxy</u>
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	<u>xxxxxxxxy</u>
	Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo.	-
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda.	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

21-CASO LUFHANSA/AUSTRIAN AIRLINES-M.5440

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável.	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa.	-
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar.	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	vvvvvvvv
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso.	vvvvvvvv
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.	-
		c) Agrupamento de produtos.	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato.	yyvvvvvv
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	-
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos;	-	-
4	Outros compromissos	-	-
	Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo.	-
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda.	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

22-Caso UNILEVER / SARA LEE BODY CARE-M.5658

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável.	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa.	<u>VVVVVVVV</u>
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar".	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	<u>VVVVVVVV</u>
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso.	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>VVVVVVVV</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	-
	Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	-
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-
	Clausula revisão	-	<u>VVVVVVVV</u>
	Due diligence	-	<u>VVVVVVVV</u>

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

23-Caso SYNGENTA / MONSANTO'S SUNFLOWER SEED-M.5675

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	-
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	VVVVVVVV
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	-
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivo	<u>s</u>	-
4	Outros compromissos	-	-
	Condições e obrigações:	Renúncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	-
		Renúncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-

PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE

24-CasoWESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES- M.6203

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	vvvvvvyy
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	vvvvvvyy
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos.	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	yyvvvvv
		Fornecimento de peças e garantia- ver isto bem	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:		
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	vvvvvvyy
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	vvvvvvyy
	Condições e obrigações:	-	-

PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE

25-Caso JOHNSON & JOHNSON/SYNTHES

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.	a) Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b) Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	VVVVVVVV
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	VVVVVVVV
1.b	Adquirente inicial.	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia.	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa.	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos.	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	VVVVVVVV
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura;	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos;	-	-
4	Outros compromissos	-	-
	Condições e obrigações:	Renúncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	VVVVVVVV
		Renúncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-
	Due diligence	-	VVVVVVVV
	Cláusula de não solicitação	-	VVVVVVVV

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

26-Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN-M.6286

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	vvvvvvvvy
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	yvvvvvvvy
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso;	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo.	-
		c) Agrupamento de produtos.	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	vvvvvvvvy
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	vvvvvvvvy
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	yvvvvvvvy
	Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	-
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-
	Obrigação Hold Separadas	-	vvvvvvvvy
	Due diligence	-	vvvvvvvvy
	Cláusula de reexame	-	vvvvvvvvy
	Cáusula de não solicitação	-	vvvvvvvvy

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

27-Caso UTC / GOODRICH-M.6410

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a) Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	<u>vvvvvvvv</u>
		b) Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	<u>vvvvvvvv</u>
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	<u>vvvvvvvv</u>
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>vvvvvvvv</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	<u>vvvvvvvv</u>
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	-
	Condições e obrigações:	Renúncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	-
		Renúncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-
	Cláusula não solicitação	-	<u>vvvvvvvv</u>
	Due diligence	-	<u>vvvvvvvv</u>
	Obrigações hold separadas	-	<u>vvvvvvvv</u>
	Revisão	-	<u>vvvvvvvv</u>

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

28- Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	<u>vvvvvvvv</u>
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	<u>vvvvvvvv</u>
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	<u>vvvvvvvv</u>
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	<u>vvvvvvvv</u>
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	<u>vvvvvvvv</u>
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>vvvvvvvv</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	<u>vvvvvvvv</u>
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	<u>vvvvvvvv</u>
4	Outros compromissos	-	<u>vvvvvvvv</u>
	Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	-
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-
	Obrigações Hold Separadas	-	<u>vvvvvvvv</u>
	Cláusula de Reexame	-	<u>vvvvvvvv</u>
	Cláusula de não Solicitação	-	<u>vvvvvvvv</u>
	Cláusula de "due diligence"	-	<u>vvvvvvvv</u>

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

29-Caso OUTOKUMPU / INOXUM-M.6471

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a) Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b) Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	VVVVVVVV
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	VVVVVVVV
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	VVVVVVVV V
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	-
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	-
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	-
	Condições e obrigações:	Renúncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	-
		Renúncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-
	Clausula due diligence	-	VVVVVVVV
	Clausula revisão	-	VVVVVVVV
	Clausula de não solicitação	-	VVVVVVVV

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

30-Caso HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA-M.6497

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa;	vvvvvvyyy
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar;	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente.	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	vvvvvvyyy
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	vvvvvvyyy
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	-
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	vvvvvvyyy
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	vvvvvvyyy
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	vvvvvvyyy
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	-
	Condições e obrigações:	Renuncia ao direito de aquisição de participações sociais/acções durante certo prazo	-
		Renuncia ao direito de cancelar ou revogar o seu exercício da opção de venda	-
	Fast track clausula	-	vvvvvvyyy
	Revisão	-	vvvvvvyyy

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

31/-1-Caso RYANAIR/AER LINGUS- M4439

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	<u>vvvvvvvv</u>
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	<u>vvvvvvv</u>
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	<u>vvvvvyyy</u>
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	<u>yyyyvvvv</u>
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>vvvvvvvv</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	<u>vvvvvvvv</u> <u>v</u>
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	<u>vvvvvvvv</u>
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	<u>vvvvvvvv</u>
	Condições e obrigações:	-	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

32/2- Caso-OLYMPIC/AEGEAN AIRLINES -M5830

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	-
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	vvvvvvyy
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia.	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	vvvvv
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	vvvvv
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	vvvvv
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	vvvvvv
	a) Acesso a tecnologia;	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura;	-	vvvvvv
	c) Finalização de contratos exclusivos;	-	-
4	Outros compromissos	-	vvvvvvv
	Condições e obrigações:	-	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

33/3- Caso DEUTSCHE BÖRSE / NYSE EURONEXT-M.6166

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	-
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	vvvvvvyy
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	vvvvvvyy
1. a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1. b	Adquirente inicial	-	-
1. c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso;	vvvvvvyy
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	vvvvvvyy
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	vvvvvvyy
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	vvvvvvyy
	a) Acesso a tecnologia	-	vvvvvvyy
	b) Acesso a infra-estrutura	-	vvvvvvyy
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	vvvvvvyy
	Condições e obrigações:	-	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

34/4-Caso-UPS/TNT EXPRESS-M.6570

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado.	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	<u>vvvvvvv</u>
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	-
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar"	-
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	-
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	-
		b) Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato	<u>vvvvvvvy</u>
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>vvvvvvvy</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	<u>vvvvvvvv</u>
	a) Acesso a tecnologia	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura	-	<u>vvvvvvvy</u>
	c) Finalização de contratos exclusivos	-	-
4	Outros compromissos	-	<u>vvvvvvvv</u>
	Condições e obrigações:	-	-

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

34/5-Caso RYANAIR / AER LINGUS III - M 6663

Nº	COMPROMISSOS		Situação
1	Alienação de uma actividade a um adquirente adequado	a)Alienação de uma participação controladora de uma companhia que já era um negócio independente viável	-
		b)Despojamento de uma unidade de negócio que necessita de ser criado a partir de uma estrutura maior de uma empresa	-
		c) Alienação de um pacote de activos que são combinados aos activos de mais de uma das partes, "misturar e combinar	<u>vvvvvvvvy</u>
		d) Garantia de uma licença exclusiva de longa duração indefinida ou até à expiração da protecção da patente	
1.a	Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão	-	-
1.b	Adquirente inicial	-	-
1.c	Medidas de correcção tipo solução prévia	-	<u>vvvvvvvvy</u>
		-	-
2	Compromissos alternativos tipo jóias da coroa	-	-
3	Eliminação dos vínculos com os concorrentes	-	-
4	Outras medidas de correcção que não a alienação	a) Medidas de correcção respeitantes ao acesso	<u>vvvvvvvyy</u>
		b) Alteração dos contractos exclusivos a longo prazo	-
		c) Agrupamento de produtos	-
		d) Remédios de fixação de preços ou que visam garantir tratamento justo ou soluções de conduta baseadas em contrato.	<u>yyyyvvvvy</u>
	ESTRUTURA DO ESTUDO DA COMISSÃO:	-	-
1	Compromissos para transferir uma posição de mercado	-	<u>vvvvvvvvy</u>
2	Compromissos para sair de uma empresa comum ou joint venture	-	-
3	Compromissos de garantia de acesso	-	<u>vvvvvvvvy</u>
	a) Acesso a tecnologia;	-	-
	b) Acesso a infra-estrutura;	-	<u>vvvvvvvyy</u>
	c) Finalização de contratos exclusivos;	-	-
4	Outros compromissos	-	<u>vvvvvvvyy</u>
	Condições e obrigações:	-	-

PARTE II

TABELA II-CARACTERÍSTICAS DO MERCADO.

CASOS DE ADMISSÃO-DADOS PARA INTRODUÇÃO ESTATÍSTICA:

1-PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS:

- 1-Criação de posição dominante; 23/50
- 2-Eliminação de rivalidade entre os concorrentes/Desaparecimento de concorrentes; 10/50
- 3-Receios de garantia de fornecimento competitivo. Redução do número de fornecedores; 8/50
- 4-Encerramento de mercado. Barreiras à entrada a novos concorrentes. 3/50
- 5- Redução da inovação. 1/50
- 6-Impedimento da realização integral dos benefícios da liberalização. 1/50
- 7-Redução do risco de escolha clientes. 1/50
- 8-Concessão acesso preferencial à subsidiária. 1/5
- 9-Risco de coordenação. 1/50

2-CARACTERÍSTICAS DE MERCADO:

- 1-Mercado concentrado:17
- 2-Elevadas barreiras entrada:12

3-CONSEQUÊNCIAS A EVITAR:

- 1-Criação posição dominante. 10/61
- 2-Eliminação de um concorrente. 8/61
- 3-Efeitos anti concorrenciais nos mercados. 9/61

- 4- Encerramento mercado. Barreiras à entrada. 5/61
- 5- Redução inovação. 4/61
- 6-Aumento dos preços. 16/61
- 7-Consumidores com menos possibilidades de escolha. 3/61
- 8-Imposição de condições menos favoráveis de oferta aos clientes/qualidade produto. 2/61
- 9-Comportamento coordenado. 1/61
- 10- Capacidade de Dong aumentar a sua flexibilidade. 1/61
- 11-Congestionamento slot. 1/61

TABELA CARACTERÍSTICAS DO MERCADO

1-Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Sobreposições horizontais e verticais		1-Concentração de mercado.
2-Ambas as empresas eram líderes de mercado em relação a vários produtos		

2-Caso JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT- M.3687

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Ambas as empresas eram líderes de mercado em certos produtos na Europa e no mundo.	1-Mercado muito concentrado.	
	2- Elevadas barreiras à entrada.	

3- Caso E.ON / MOL- M.3696

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Combinação da posição de mercado dominante da Mol nos mercados de atacado de gás e de armazenamento com as actividades da E. On nos mercados de gás e electricidade.	1-Barreiras à entrada.	Efeitos anti concorrenciais nos mercados grossista e retalhista de gás e electricidade na Hungria.
	2-Mercado concentrado.	

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

4- Caso OMYA / J.M.HUBER.PCC M-3796

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERISTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
Possível criação de uma posição dominante.	1-Mercado concentrado	Eliminação de um concorrente potencial no mercado para o fornecimento de carbonato de cálcio para o revestimento de papel no sul da Finlândia.
	2- Barreiras à entrada.	

5-Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERISTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Efeito de posição dominante da Dong., com conseqüente capacidade de enfraquecimento dos seus concorrentes.	Mercado concentrado de gás e electricidade dinamarquês.	1-Criação de barreiras à entrada nos mercados
2-Remoção de concorrência real e potencial da E2, Eslan, Nesa e Ke		2- Aumento dos custos dos concorrentes.
3-Impedimento da realização integral dos benefícios da liberalização no sector da energia dinamarquês.		3-Capacidade da Dong aumentar a sua flexibilidade.
4-Receios de garantia de fornecimento competitivo.		
5-Receios de encerramento de mercado/Entrada de novos concorrentes.		

PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE

Caso 6 T MOBILE AUSTRIA/TELE RING- M. 3916

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Maior concentração de mercado.	1-Mercado com apenas três outros operadores, concentrado.	1-Maior concentração .de mercado
2-Eliminação da Tele Ring como uma concorrente de mercado.	2-Barreiras à entrada.	

7- Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Criação de barreiras no fornecimento,	1-Concentração de mercado.	1-Aumento dos preços.
2-A fusão eliminaria o principal fornecedor alternativo nos mercados específicos de níquel e cobalto		
3- A fusão reduziria o risco de escolha do cliente.		

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

8-Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Reforço de posição dominante das partes nos mercados do gás relativas ao acesso às infraestruturas de fornecimento e armazenamento.	1-Elevadas barreiras à entrada., sobretudo referentes ao acesso a infra estruturas.	1-Reforço de posição dominante.
2-Criação de quotas de mercado muito elevadas.		2- Remoção de pressão concorrencial dos concorrentes.
3- Remoção da empresa GDF e Electrabel, como concorrentes à Distrigaz.		

9- Caso METSO /AKER KVAERNER-M.-M4187

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Redução do número de concorrentes de três para dois.	1-Mercado altamente concentrado.	1-Maior concentração de mercado.
	2.-Elevadas barreiras à entrada devido ao elevado know How específico exigido.	

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

10-Caso JCI / FIAMM-M.4381

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Redução de fornecedores e fabricantes de três para dois.	1-Estrutura de mercado altamente concentrada.	1-Limitação na indústria após a implementação da transacção proposta.

11-Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING-M.4404

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
A Universal é o player mais forte na gravação de música e tornar-se-ia também na maior editora de música.	1-Mercado altamente concentrado.	1-Impacto negativo de uma maior concentração de mercado.
		2- A Universal teria o incentivo para aumentar os preços.

12-Caso SFR / TELE 2-M.4504

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Posição de mercado forte detida pela Vivendi	Barreiras de acesso fortes.	1-Problemas concorrenciais a nível horizontal, em mercados a jusante de distribuição e retalho de TV por assinatura bem como audiovisual;
2-Concessão de acesso preferencial à subsidiária, facultando-lhe vantagem importante relativamente a outros operadores de DSL.		2-Problemas concorrenciais a nível vertical nos mercados a montante de aquisição de direitos de distribuição de TV por assinatura bem como audiovisual.
		3-Enfraquecimento dos concorrentes, tanto nos mercados a montante como a jusante.

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

13-Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX-M.4513

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERISTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-A concentração levaria à detenção de uma maior quota de mercado	1-Mercado concentrado.	1-Quota de mercado muito elevada.
2-Insuficiência de alternativas aos fornecedores concorrentes.		2-Imposição de preços e condições menos favoráveis de oferta aos seus clientes.

14-Caso KRONOSPAN / CONSTANTIA-M.4525

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERISTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Imprevisibilidade de entrada de novos operadores.	1-Fortes barreiras à entrada.	1-Posição particularmente forte da nova entidade.
2- Posição particularmente forte da nova entidade.		

15-Caso THOMSON CORPORATION / REUTERS GROUP-M.4726

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERISTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Eliminação de rivalidade entre os dois principais fornecedores de bancos de dados do mercado.	1-Estrutura de mercado concentrada	1-Probabilidade de aumento dos preços.
2-Os clientes ficariam com escolha reduzida.		2 Risco grave de descontinuação de produtos sobrepostos.
		3- Afecção da concorrência a jusante, através do fecho dos concorrentes.

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

16-Caso STATOILHYDRO / CONOCOPHILLIPS-M.4919

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERISTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Quota de mercado resultante da operação, mais do dobro da participação do segundo maior concorrente na Noruega.	1-Fortes barreiras à entrada	1-Quota de mercado elevada.
2-Reforço da estrutura oligopolista do mercado.	2-Mercado oligopolista.noruegues.	2-Impacto significativo sobre os preços.
		3- Desaparecimento da Jet como operador de baixo custo mais eficiente.

17-Caso ABF / GBI BUSINESS-M.4980

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERISTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Redução do número de fornecedores de três para dois.	1-Estrutura de mercado concentrada.	1-Comportamento coordenado nos concorrentes remanescentes.
		2-Redução da qualidade do produto.
		3-Aumento de preço do produto.

Caso 18- FRIESLAND FOODS/CAMPINA M.5046

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Ambas as empresas competiam entre si nos mesmos mercados de produtos lácteos frescos e queijo.	1-Estrutura de mercado concentrada.	1-Risco de dominância.
2-Problemas de abastecimento dos potenciais concorrentes.		

19-Caso ARSENAL / DSP-M.5153

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1- Presença no mercado a montante e a jusante facto que reforçaria a preocupação de uso da sua posição de mercado para diminuir a concorrência no mercado em questão.		1-Concentração elevada das quotas das empresas no mercado de benzoato de sódio e ácido benzóico.
		2-Uso da sua posição de mercado para diminuir a concorrência no mercado em questão.
		3-Redução da competitividade da indústria europeia.
		4-Risco de aumento dos preços.

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

20-Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES)- M.5335

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Criação de um monopólio em três rotas e problemas de concorrência noutras rotas.	1-Elevadas barreiras à entrada.	1-Congestionamento de slot.
		2-Bloquear a entrada de novos e/ ou a expansão dos operadores existentes.

21-Caso LUFHANS/AUSTRIAN AIRLINES -M. 5440-

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Rotas onde a transacção levantava problemas de concorrência. Congestionamento.	1-Barreiras à entrada.	1-Confronto dos consumidores com menos possibilidades de escolha.
		2-Preços mais elevados.

22-Caso UNILEVER / SARA LEE BODY CARE-M.5658

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Criação de um líder de mercado.		1-Elevadas quotas de mercado resultantes da concentração.
2-Perigo de desaparecimento de um fornecedor alternativo.		2-Aumento de preços para o consumidor.

PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE

23-Caso SYNGENTA / MONSANTO'S SUNFLOWER SEED-M.5675

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Encerramento de mercado.		1-Perturbar a concorrência efectiva.
2-Elevadas quotas de mercado.		2-Afastar a inovação.
3-Criação de barreiras à entrada e de expansão, (incentivo para a redução do licenciamento de variedades de girassol na EU).		3-Aumento dos preços.
4-Redução da inovação.		

24-Caso WESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES-M.6203

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Criação de um líder no mercado mundial, com apenas um único concorrente.	1-Concentrado	1-Redução do incentivo do fabricante para inovar.
2-Risco de coordenação entre os fabricantes		2-Impacto sobre preços competitivos para o produto.

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

25-Caso JOHNSON & JOHNSON/SYNTHES M 6266-

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Reforço da Synthes como actual líder de mercado		1-Diminuição da inovação;
2-Desaparecimento de um concorrente.		2-Diminuição da escolha;
		3-Eventual aumento de preços.

26-Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN-M.6286

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-A aquisição poderia levar a elevadas quotas de mercado.	1-Grau de concentração elevado no mercado da produção.	1-impacto adverso nos rivais.
2-Acabar com fornecedor alternativo.	2-Barreiras à entrada.	

27-Caso UTC / GOODRICH-M.6410

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Partes já têm quotas de mercado elevadas.	1-Mercado com fortes barreiras à entrada.	1-Estrutura de mercado concentrada.
2-Preocupações de acesso dos concorrentes a peças no mercado pós venda.		2-Aumento dos preços de insumos para os fabricantes de motores concorrentes..

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

28- Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-A operação levaria a elevadas quotas de mercado.		1-Imposição de preços mais elevados.
2-Aumento do poder de mercado.		2-Condições de licenciamento mais onerosas.
		3-Afectação da inovação e/ou expansão de novos fornecedores, bem como do lançamento de novas ofertas.

29-Caso OUTOKUMPU / INOXUM-M.6471

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Entidade resultante da concentração obteria quotas de mercado muito elevadas.		1-Após a concentração apenas três produtores de produtos permaneceriam a laborar no EEE.
		2-Aumento dos preços.

30-Caso HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA-M.6497

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Redução do número de operadores de rede de 4 para 3.	1-Mercado concentrado.	1-Pouco poder de negociação dos clientes nos contratos com operadores.
	2-Elevadas barreiras à entrada de concorrentes.	2-Preços mais elevados.
		3-Redução da concorrência.

CASOS PROIBICÃO:

31-Caso RYANAIR/AER LINGUS- M-4439

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Falta de clareza na apresentação dos remédios.	1-Mercado altamente concentrado.	1-Diminuição qualidade do serviço.
2-Problemas de contraditoriedade /divergência, podendo provocar litígios de interpretação.	2-Elevadas barreiras à entrada de concorrentes.	2-Preços mais elevados a longo prazo.
3-Ambiguidade.		3-Redução da concorrência.
4-Insuficiência dos remédios de acesso- Só podem ser aceites quando é claro que haverá entrada de novos concorrentes.		
5-Falta de detalhe na execução dos compromissos, incerteza.		
6-Falta de indicação da forma de monitorar.		
7-Comportamento agressivo da marca.		

PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE

32- Caso OLYMPIC/AEGEAN AIRLINES⁶⁰¹-M5830

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Redução do número de operadores de rede.	1-Mercado concentrado. Situação de quase monopólio das empresas objecto da concentração. -Mais de 90% quota mercado.	1-Redução qualidade serviço.
2.Aumento preços.	2-Elevadas barreiras à entrada de concorrentes. Inexistência de outra entidade que entrasse no mercado após fusão.	2-Preços mais elevados- Aumento tarifas.
3-Redução qualidade serviço.	3-Falta de alternativa/Produto substituto.	3-Redução da concorrência.

33- Caso DEUTSCHE BÖRSE / NYSE EURONEXT-M.6166

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
A fusão teria resultado num quase monopólio na área de derivados financeiros europeus, comercializados em bolsas, pois que as duas bolsas em questão controlavam mais de 90 % do comércio mundial.	1-Mercado concentrado.	1- Menor inovação.
	2-Elevadas barreiras à entrada de concorrentes.	2-Preços mais elevados.
		3-Redução da concorrência.

⁶⁰¹ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

34-Caso UPS/TNT EXPRESS-M.6570

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
Redução do número de agentes económicos de 3 para 2.	1-Mercado concentrado.	1-Preços mais elevados.
	2-Elevadas barreiras à entrada de concorrentes.	2-Redução da concorrência.

35-Caso RYANAIR / AER LINGUS III- M 6663

PREOCUPAÇÕES ENCONTRADAS	CARACTERÍSTICAS DO MERCADO	CONSEQUÊNCIAS A EVITAR
1-Redução do número de operadores- A concentração iria acabar com a concorrência entre a Ryanair e a Aer Lingus, em todas as rotas, onde as suas actividades se sobrepõem.	1-Mercado concentrado.	1-Diminuição da alternativa da oferta de produto para o cliente.
2-Criação de monopólio dominante.	2-Elevadas barreiras à entrada de concorrentes.	2-Preços mais elevados.
		3-Redução da concorrência.

PARTE III

TABELA III-CARACTERÍSTICAS DA OPERAÇÃO

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

1 - Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653.

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C) 139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	X
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	x
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	X
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	X
3.Aquisição Activos	
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	x
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	X

2-Caso JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT- M.3687

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C) 139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	x
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	x
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

3- Caso E.ON / MOL- M.3696

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C) 139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	x
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	x
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	x
3.Aquisição Activos	
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	x
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	x
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

4-Caso OMYA / J.M.HUBER.PCC M-3796

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C) 139/2004 Conselho	X
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	X
Artº 22 (RC) Remessa	X
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	X
2.Aquis. Partes Sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	X
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

5-Caso DONG / ELSAM /ENERGIEZ- M.3868

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C) 139/2004 Conselho	X
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	X
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	X
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	X
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	X
2.Acordos Sociais	X
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

6. Caso T MOBILE AUSTRIA/TELE RING- M. 3916

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)139/2004 Conselho	X
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	X
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	X
2.Aquis. Partes Sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	
4. Joint Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

7- Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	X
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	X
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	X
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes Sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	
4. Joint Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	X
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	X

8-Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	X
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	X
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	X
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	
4. Joint- Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	X
2.Acordos Sociais	X
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

9- Caso METSO /AKER KVAERNER-M.-M4187

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004_Conselho	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	X
Artº 22 (RC) Remessa	X
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclusiv	Qtd
1.a.) Fusão	X
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	X
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra venda	X
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

10-Caso JCI / FIAMM-M.4381

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	X
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	X
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclusiv	Qtd
1.a.) Fusão	X
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	X
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

11-Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING-M.4404

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004_Conselho	X
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	X
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	X
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	x
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

12-Caso SFR / TELE 2-M.4504

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	x
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	
4. Joint Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra venda	
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

13-Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX-M.4513

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004_Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição activos	x
4. Joint Venture, Inclui Aquis. Part.	x

14-Caso KRONOSPAN / CONSTANTIA-M.4525

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	x
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	x
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra venda	x
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

15-Caso THOMSON CORPORATION / REUTERS GROUP-M.4726

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	x
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes Sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	x
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

16-Caso STATOILHYDRO / CONOCOPHILLIPS-M.4919

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	x
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	
4. Joint Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra venda	
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

17-Caso ABF / GBI BUSINESS-M.4980

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	x
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquis_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	x
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	x
3.Aquisição Activos	x
4. Joint Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra venda	x
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

18-Caso FRIESLAND FOODS/CAMPINA M.5046

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquis_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	x
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes Sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição activos	
4. Joint Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra venda	x
2.Acordos Sociais	x
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

19-Caso ARSENAL / DSP-M.5153

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	x
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	x
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	
2.Acordos sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

20-Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES) - M.5335

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	x
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	x
3.Aquisição Activos	
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	x
2.Acordos Sociais	x
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

21-Caso - LUFHANSA/AUSTRIAN AIRLINES- M. 5440

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	x
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	x
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição Activos	
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra venda	
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	x

22-Caso UNILEVER / SARA LEE BODY CARE-M.5658

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	x
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição activos	x
4. Joint Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	
1.Neg. Contr Compra venda	x
2.Acordos Sociais	

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

23-Caso SYNGENTA / MONSANTO'S SUNFLOWER SEED-M.5675

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004_Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição activos	x
4. Joint Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra venda	
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

24-Caso WESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES-M.6203

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004_Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	x
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição activos	
4. Joint Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra venda	x
2.Acordos sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	x

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

25-Caso -JOHNSON & JOHNSON/SYNTHES- M 6266

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	x
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição activos	
4. Joint Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	
1.Neg. Contr Compra venda	x
2.Acordos sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

26-Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN-M.6286

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004 Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	x
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	x
3.Aquisição activos	
4. Joint Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	
1.Neg. Contr Compra venda	x
2.Acordos sociais	x
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

27-Caso UTC / GOODRICH-M.6410

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004_Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	x
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição activos	
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra Venda	
2.Acordos Sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

28- Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458

Enquadramento Legal	Qtd
(R.C)-139/2004_Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Caract.Opera/Aquis._Contr_Exclsuv.	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	x
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição activos	x
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra venda	
2.Acordos sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

**PAULA FRANCO DE SÁ - LAS MEDIDAS DE CORRECCIÓN PARA LA
APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UE**

29-Caso OUTOKUMPU / INOXUM-M.6471

Enquadramento_Legal	Qtd
(R.C)-139/2004_Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	
1.c) Incorporação	x
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição activos	
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra venda	x
2.Acordos sociais	x
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

30-Caso HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA-M.6497

Enquadramento_Legal	Qtd
(R.C)-139/2004_Conselho	x
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 a)	
Preceito Legal (R.C) artº 3 nº 1 b)	x
Artº 22 (RC) Remessa	
CARACTERISTICAS ESSENCIAIS	
Carat.Opera/Aquisi_Contr_Exclsuv	Qtd
1.a.) Fusão	
1.b) Fusão Reversa	x
1.c) Incorporação	
2.Aquis. Partes sociais/Aquisição Acções	
2.a) Aquis. Parte Social Mais 50%	
2.b) Aquis.Parte Social Menos ou Igual a 50%	
3.Aquisição activos	
4. Joint-Venture, Inclui Aquis. Part.	
CARACTERÍSTICAS ACESSÓRIAS	Qtd
1.Neg. Contr Compra venda	x
2.Acordos sociais	
3.Oferta Pública Aquisição Acções	

PARTE IV

I-DESCRIÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO-OS CASOS VIABILIZADOS COM A APRESENTAÇÃO DE COMPROMISSOS

1. Caso SIEMENS / VA TECH- M.3653.

Bruxelas, 14 de Fevereiro de 2005.

1.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

Foi aberta pela CE uma investigação aprofundada nos termos do RC. da UE motivada pela pretensão de aquisição por parte do grupo de tecnologia alemã Siemens, do seu concorrente austríaco VA Tech.

A Siemens é um grupo empresarial que se dedica a tecnologia diversificada, com actividade principal de negócio nas áreas de Informação e comunicação, automação e controle, fornecimento de energia, transporte, técnica de iluminação e equipamentos médicos.

O VA Tech é o maior grupo industrial da Áustria, encontrando-se sediado na cidade de Lintz. São quatro as principais áreas de negócio a que se dedica e que abrangem a geração, transmissão e distribuição de energia, metalurgia e construção de instalações eléctricas, bem como infra-estruturas.

1.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS PELA COMISSÃO.

Numa investigação inicial a Comissão concluiu que a proposta de aquisição poderia criar problemas significativos de concorrência, uma vez que se constataram sobreposições horizontais das duas empresas, bem como ligações verticais em mercados como equipamentos de hidro poder, transmissão de energia eléctrica e equipamento de distribuição, equipamento de transporte ferroviário, metalúrgico, construção de instalações, infra-estrutura, construção e tecnologia.

Acontece que também, em relação a uma série de produtos, as duas empresas eram não apenas concorrentes directos mas também líderes de mercado, tanto na Europa como no mundo.

Com efeito, a fusão com a Siemens hidro negócios teria impedido, tal como foi proposta a operação, uma concorrência efectiva no EEE.

1.3.SOLUÇÃO ENCONTRADA.

A CE aprovou, nos termos do RC. da UE, a proposta de aquisição do grupo VA Tech da Áustria pela Siemens da Alemanha, sujeita à condição de que a Siemens alienasse o negócio de energia hidroeléctrica da VA Tech e garantisse a independência dos metais construtor planta SMS Demag.

O compromisso da Siemens para vender o negócio de energia hidreléctrica da VA Tech, operado pela VA Tech Hydro, a um comprador adequado foi para a Comissão suficiente garantia de que a concorrência não seria afectada significativamente.

Já na construção de instalações de metal, a Siemens actualmente possuía uma participação de 28% na SMS Demag, tendo a Comissão considerado ser esta a principal concorrente da VA Tech, na construção de fábricas de produção de aço.

Fazem assim parte dos compromissos assumidos pela Siemens, que os representantes da Siemens nos corpos dos accionistas da SMS Demag sejam substituídos por curadores, desta forma garantindo a independência da empresa.

A Siemens tinha-se oferecido para vender sua participação no negócio à SMS, a empresa-mãe da SMS Demag. No entanto, a transferência das acções acabou por ser adiada devido a uma disputa judicial referente à sua valorização.

2. Caso JOHNSON & JOHNSON / GUIDANT- M.3687.

Bruxelas, 22 de Abril de 2005

2.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A CE abriu uma investigação aprofundada, nos termos do RC. da UE para a intenção de aquisição por parte do grupo de saúde dos EUA Johnson & Johnson (J & J)

da sua concorrente Guidant , empresa dos EUA especializada em produtos médicos cardiovasculares.

A J & J é uma empresa global de saúde, sendo que as suas actividades abrangem três negócios principais: Bens de consumo, produtos farmacêuticos e dispositivos médicos e de diagnóstico.

A Guidant, foi fundada em 1994, como uma *spin-off* da empresa farmacêutica Eli Lilly. Atua em quatro áreas principais dentro do negócio de produtos médicos cardiovasculares gerenciamento do ritmo cardíaco, cardiologia intervencionista, dispositivos endovasculares e cirurgia cardíaca. Tem sede nos EUA.

Tratava-se de uma fusão.

2.2. PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

As empresas são concorrentes directas em relação a uma série de produtos e são ambos entre um Número limitado de empresas líderes no mercado para esses produtos na Europa e no mundo.

A investigação levada a cabo pela Comissão, centrou-se em três áreas principais: stents farmacológicas coronários (DES) e acessórios, stents e acessórios usados em artérias periféricas endovasculares e dispositivos utilizados em cirurgia cardíaca

Stents farmacológicos coronários são tubos de fio expansível revestidas com uma droga que são colocados dentro de uma artéria coronária obstruída, a fim de remover a placa e suporta as paredes do recipiente.

Trata-se de um mercado em rápido crescimento, onde existem à data, apenas dois grandes fornecedores em todo o mundo, a J & J e a Boston Scientific, estando no entanto a surgir um Numero de participantes iminentes, incluindo a Guidant.

Na investigação feita, a Comissão teve de concluir se, eliminando Guidant como concorrente potencial, a concentração eliminaria a maior pressão concorrencial no mercado DES.

A investigação concluiu que, apesar da Guidant ser provavelmente um dos principais intervenientes no mercado para DES, outras novas empresas, principalmente a Medtronic e Abbott, também seriam susceptíveis de exercer uma pressão concorrencial significativa, compensando a perda de concorrência resultante da aquisição da J & J de Guidant.

No entanto, no caso de stents usados em partes periféricas do corpo, a Comissão concluiu que a fusão daria origem a problemas de concorrência no EEE, dado que ambos J & J e Guidant estão entre os principais fornecedores na Europa, sendo o mercado muito concentrado e existindo elevadas barreiras à entrada.

A Comissão considerou ainda que a combinação da J & J e de interesses da Guidant teria impedido a concorrência nos dois mercados pequenos para dispositivos cardíaco-vasculares - (fios-guia coronários e sistemas de colheita de vasos endoscópicas em cirurgia cardíaca).

2.3.SOLUÇÃO ENCONTRADA.

A Comissão após o estudo aprofundado, veio a aprovar a aquisição da Guidant Corporation pela Johnson & Johnson, no entanto sujeita a condições:

Com efeito, na fase inicial do processo, a Comissão concluiu que a proposta de aquisição pretendida poderia criar problemas significativos de concorrência, atentas as sobreposições horizontais das duas empresas nos mercados de dispositivos médicos para o tratamento de doenças das artérias coronárias e periféricas, bem como de cirurgia cardíaca.

Os produtos de ambos, J & J e Guidant são comercializados em todo o mundo, no desenvolvimento, na produção e na venda de dispositivos médicos vasculares. Tais produtos são usados nos procedimentos para o tratamento de doenças vasculares, tanto no coração (coronárias) como noutras partes do corpo humano (por exemplo, carótida, renais, artérias femorais).

Em particular, as partes devem alienar ou J & J ou Guidant endoscópicos produtos Colheita Vessel ("EVH"), além de negócios endovascular EEE da Guidant e J & Steerable EEE Guidewires negócios da J.

Desta feita e à luz dos compromissos assumidos pela J & J., a Comissão concluiu que a transacção não impediria significativamente a concorrência efectiva no Espaço Económico Europeu (EEE) ou numa parte substancial do mesmo.

As empresas são concorrentes directas em relação a uma série de produtos e são ambos entre um Numero limitado de empresas líderes no mercado para esses produtos na Europa e no mundo.

A investigação centrou-se em três áreas principais: stents farmacológicos coronários (DES) e acessórios, stents e acessórios usados em artérias periféricas endovasculares e dispositivos utilizados em cirurgia cardíaca.

Stents farmacológicos coronários são tubos de fio expansível revestidos com uma droga que são colocados dentro de uma artéria coronária obstruída, a fim de remover a placa e suporta as paredes do recipiente.

Neste mercado em rápido crescimento, existem actualmente apenas dois grandes fornecedores em todo o mundo, a J & J e a Boston Scientific, além de um número de participantes iminentes, incluindo Guidant.

Na sua investigação, a Comissão teve de concluir se, eliminando Guidant como concorrente potencial, a concentração eliminaria a maior pressão concorrencial no mercado DES.

A investigação revelou que, apesar de Guidant provavelmente teria sido um dos principais intervenientes no mercado para DES, outros novos entrantes, principalmente Medtronic e Abbott, também será susceptível de exercer uma pressão concorrencial significativa, compensando a perda de concorrência resultante da aquisição da J & J de Guidant.

No entanto, no caso de stents usados em partes periféricas do corpo, a Comissão concluiu que a fusão daria origem a problemas de concorrência no EEE, dado que ambos J & J e Guidant estão entre os principais fornecedores na Europa, sendo o mercado muito concentrado e existindo elevadas barreiras à entrada.

A Comissão considerou ainda que a combinação da J & J e de interesses da Guidant teria impedido a concorrência nos dois mercados pequenos para dispositivos cárdio-vasculares - (fios-guia coronários e sistemas de colheita de vasos endoscópicas em cirurgia cardíaca).

3.Caso E.ON / MOL- M.3696.

Bruxelas, 21 de Dezembro de 2005

3.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A MOL, o titular de petróleo e gás na Hungria, é activo na produção de gás (MOL E & P), transmissão (MOL Transmission), armazenamento (MOL Storage) e comércio por grosso e (MOL WMT).

A E.ON é um grande operador integrado de energia alemão activo na produção e fornecimento de gás e electricidade em vários países europeus.

Na Hungria, a E.ON actua no mercado de venda a retalho de gás e electricidade através da propriedade das empresas de distribuição regionais.

Através da operação, a E.ON irá adquirir MOL WMT e MOL Storage. A E.ON vai assumir os contratos de fornecimento de gás a longo prazo actualmente no portfólio MOL WMT, nomeadamente com produtor de gás russo Gazprom.

A CE aprovou, nos termos do RC. da UE a aquisição das empresas MOL WMT e MOL Storage, duas subsidiárias da MOL, pela E.ON Ruhrgas (E.ON), uma empresa alemã fornecedora de energia, sujeita no entanto a condições e obrigações.

3.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS PELA COMISSÃO.

Com efeito, por se levantarem sérias dúvidas quanto à compatibilidade com os princípios norteadores da comunidade Europeia, a Comissão decidiu iniciar uma investigação aprofundada tendo concluído que o negócio teria efeitos anti-concorrenciais nos mercados grossista e retalhista de gás e electricidade na Hungria.

Devido à combinação da posição de mercado dominante da MOL nos mercados de atacado gás e de armazenamento com as actividades da E.ON nos mercados de gás e electricidade.

3.3.SOLUÇÃO ENCONTRADA.

Para resolver os problemas identificados pela Comissão, a E.ON propôs remédios, através dos quais se prontificou a proceder a uma separação plena da

propriedade das actividades de produção e transporte de gás, detidos pela MOL, das actividades de atacado e de armazenamento de gás, que são adquiridas pela E.ON, através da alienação por parte da MOL da sua participação minoritária remanescente na MOL WMT e MOL Storage.

Em particular, a Comissão concluiu que após a transacção a E.ON estaria em condições de utilizar o seu controle sobre os recursos de gás na Hungria, fortalecendo a sua posição dominante a qual incluía a capacidade de determinar os preços e outras condições de transacção nos mercados a jusante:

- O fornecimento de gás para clientes comerciais, industriais e consumidores residenciais;-A geração / fornecimento grossista de electricidade e;- O fornecimento de energia eléctrica para consumidores comerciais, industriais e consumidores residenciais. Por sua vez, a E.ON também se comprometeu a liberar volumes de gás significativos no mercado, em condições competitivas.

Com efeito, a E.ON propôs-se implementar um programa de liberação de gás e alienar metade do seu contrato de fornecimento de gás de 10 anos, com a MOL E & P.

Estas duas medidas garantiam desta feita, uma disponibilização de gás equivalente a 14% do consumo húngaro. Tanto em termos de volume como de duração a Comissão entendeu que a medida era suficiente para afastar os justos receios da livre concorrência, permitindo a todos os participantes do mercado a possibilidade de celebrar contractos de fornecimento de gás, em igualdade de condições.

A Comissão concluiu que os remédios eram suficientes para oferecer a grossistas e clientes o acesso a recursos de gás consideráveis, sem dependência da E.ON em condições não discriminatórias e competitiva, viabilizando a operação.

4.Caso OMYA / J.M.HUBER.PCC M-3796.

Bruxelas, 23 de Setembro de 2005.

4.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

Trata-se da compra do negócio mineral ligado ao papel da JM Huber, com sede nos Estados Unidos, pela Omya, com sede na Suíça.

AJM Huber é uma das maiores empresas familiares nos Estados Unidos e também fornece minerais para a indústria de papel.

A JM Huber também fornece minerais para a indústria de papel e tem a intenção de vender todos os seus PCC plantas de produção no local, à Omya, seis dos quais são no EEE.

A Huber pretende vender todas as suas fábricas de produção de PCC no local para a Omya. A maioria da produção mineral a Omya é transportado para os seus clientes, mas alguns, como o PCC, é feita no local, em fábrica de papel do cliente. A Omya já tem quatro PCC edifícios de produção no local, dois dos quais são no EEE.

A Omya é uma empresa familiar que vende uma variedade de minerais industriais para a indústria de papel, incluindo o PCC sintética e o carbonato de cálcio natural mármore moído ("CCG").

Tais minerais industriais têm uma variedade de usos na fabricação de papel EEE indústria, actuando como agentes que reduzem a necessidade de polpa de árvore, enchimento, bem como agentes de revestimento, dando ao produto final a cor certa, a opacidade desejada e a receptividade para impressão.

A CE decidiu abrir uma investigação aprofundada nos termos do RC da UE, face à proposta de aquisição dos seus doze locais de produção de carbonato de cálcio que foram construídos propositadamente em sítios de fábrica de papel, para um pronto fornecimento de minerais utilizados na produção de papel. Seis destas plantas são no EEE e o resto nos Estados Unidos, Canadá, Brasil e Rússia.

A Comissão investigou os mercados para todos os carbonatos fornecidos para a indústria de papel e não apenas aqueles produzidos no local. A análise abrangeu os mercados de aplicações de enchimento de papel e, revestimento de papel.

Os mercados de fornecedores da indústria papelreira europeia são complexos e concentrados, pelo que uma competição reduzida neste sector, resultaria num aumento de custos para uma ampla gama de empresas europeias.

4.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A investigação levada a concluiu que se trata de um mercado concentrado, com elevadas barreiras à entrada e, que alguns clientes utilizam PCC e GCC alternadamente, sendo a Omya já o primeiro fornecedor de GCC para a indústria de papel da AEA.

Além disso, toda a produção no local é consumida pela fábrica de papel de acolhimento. Uma parte dele é vendido e transportado para outras fábricas de papel, muitas centenas de quilómetros de distância

A Comissão concluiu poder verificar-se uma possível criação de uma posição dominante, ou mesmo de uma posição dominante colectiva entre os jogadores nos mercados de carbonatos no abastecimento da indústria europeia do papel.

Em consequência da investigação aprofundada levada a cabo em 23 de Setembro de 2005, a Comissão aprovou a proposta de aquisição do negócio mineral revestimento de papel no local da JM Huber pela Omya, no entanto sujeito a condições.

A investigação da Comissão revelou que a concentração, tal como inicialmente notificada, teria levado à eliminação de um concorrente potencial no mercado para o fornecimento de carbonato de cálcio para revestimento de papel no sul da Finlândia.

4.3.SOLUÇÃO ENCONTRADA.

Assim, para restabelecer uma concorrência efectiva, a Omya e a Huber comprometeram-se a alienar a um comprador adequado um edifício no local PCC, na Finlândia, juntamente com a sua tecnologia de revestimento PCC.

Com vista a eliminar as preocupações de concorrência da Comissão, as partes na concentração comprometeram a alienar a planta Kuusankoski, um de seus maiores PCC plantas no local situado no sul da Finlândia, juntamente com a sua tecnologia de revestimento PCC

5.Caso DONG / ELSAM /ENERGI E2- M.3868⁶⁰²

Bruxelas, 18 Outubro de 2005

5.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A investigação aprofundada levada a cabo pela CE nos termos do RC da UE para a proposta de aquisição do controlo exclusivo por parte da DONG A / S (DONG), gás

⁶⁰² http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

dinamarquês estatal, sobre Elsam e Energi E2 (E2) , encarregados da geração de electricidade na Dinamarca, e de Københavns Energi Holding A / S (KE) e Frederiksberg ELNET A / S (FE) , fornecedores de electricidade dinamarquesas.

A DONG é o gás dinamarquês. Compete activa na exploração, produção, transporte e venda de petróleo e gás natural *off-shore*, bem como armazenamento e distribuição de gás natural estatal. Desempenha também algumas actividades relacionadas com o vento, geração e fornecimento de electricidade e calor.

A Elsam e E2 são os operadores históricos de geração de electricidade dinamarqueses em West Dinamarca e Leste Dinamarca, respectivamente. Ambos são activos na produção e comercialização de energia eléctrica, no mercado grossista, bem como na produção de aquecimento urbano. A Elsam também tem actividades no varejo de electricidade para clientes domésticos e empresariais.

As empresas KE e FE abastecerem os clientes domésticos e empresariais com electricidade na área de Copenhaga. Estão sitiadas na cidade de Copenhaga e na cidade de Frederiksberg, respectivamente.

As preocupações da Comissão prendem-se com o facto de a operação pretendida poder vir a impedir a concorrência nos mercados de gás e electricidade dinamarquesa, devido a reforçar a posição das empresas nesses mercados.

Com efeito a operação provocará uma redução da concorrência no mercado já concentrado de gás e electricidade dinamarqueses podendo impedir a realização integral dos benefícios da liberalização no sector de energia dinamarquês. Existiam também receios de se poder garantir um fornecimento competitivo bem como a possibilidade de novas entradas de outros concorrentes nos mercados de gás e electricidade dinamarqueses.

5.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

Na primeira fase da investigação, a Comissão concluiu que a concentração eliminaria a empresa Elsam e E2 como concorrentes da DONG, nos mercados de armazenamento de gás / flexibilidade e nos mercados de fornecimento de gás.

A operação era ainda susceptível de remover DONG como um concorrente potencial de mercados da electricidade na Dinamarca. A fusão criaria ainda o risco de impedir o desenvolvimento de um mercado de atacado líquido de gás natural.

Após uma investigação aprofundada, a Comissão concluiu, inicialmente, que o negócio teria efeitos anti-competitivos em vários mercados ao longo da cadeia de fornecimento de gás na Dinamarca. Estes efeitos teriam resultado da combinação da posição dominante da DONG e a remoção de concorrência real e potencial de E2, Elsam, NESÁ e KE, bem como a capacidade que DONG teria, então, para enfraquecer os seus concorrentes remanescentes no mercado.

A Comissão concluiu que a operação teria resultado na remoção de concorrência real potencial na venda de gás por atacado e nos mercados de varejo, levantando barreiras à entrada nestes mercados, encerrando um segmento importante da demanda dinamarquesa para o gás natural, tendo reforçado a capacidade da DONG de aumentar os custos dos seus rivais para o armazenamento bem como a flexibilidade.

5.3.A SOLUÇÃO ENCONTRADA.

Em resposta a estas preocupações, como um remédio estrutural, a empresa DONG, proprietária de ambas as instalações de armazenamento de gás dinamarqueses, irá alienar na sua totalidade o maior dos dois armazenamentos, (pelo Lille Torup na Jutlândia).

Paralelamente, a DONG propôs-se implementar um programa de liberação de volumes significativos de gás, equivalente a 10 % da demanda da Dinamarca em 2005. Tal programa de liberação de gás incluiu seis leilões anuais de 400 milhões de metros cúbicos para uma duração total de 7 anos. Este leilão teria duas fases, sendo que o leilão principal envolveria a troca dos lotes leiloados entre o *hub* Dinamarquês (GTF) e qualquer um dos quatro centros do norte da Europa, no Reino Unido (NBP), Países Baixos (TTF), Bélgica (ZBT) e Alemanha (BEB -VP). Se os lotes não fossem eliminados na sua totalidade no decurso do leilão primário, quaisquer volumes restantes seriam vendidos contra o pagamento em dinheiro num leilão secundário.

Assim, o remédio de armazenamento iria reforçar o efeito da separação dos activos de infra-estruturas de gás e criar condições para a concorrência na prestação de serviços de armazenamento de gás.

A alienação irá estabelecer um segundo jogador independente no mercado de armazenamento dinamarquês.

O remédio de liberação de gás iria melhorar a liquidez do mercado de gás dinamarquês e garantir que os usuários de gás não iriam ter menos possibilidade de escolha do que antes da fusão.

Para além disso, a Comissão concluiu ainda que a medida vai estimular a nova entrada no mercado de gás natural da Dinamarca, bem como aumentar a liquidez flexível do mercado grossista, e ainda liberar contratualmente locked-in clientes.

Em paralelo, com as aquisições pela DONG a electricidade incumbente estatal sueca Vattenfall adquiriria partes da Elsam e activos da E2, o que contribuiria para o reforço da concorrência na Dinamarca.

6.Caso T-MOBILE AUSTRIA / TELE.RING-M.3916.⁶⁰³

Bruxelas, 14 de Novembro de 2005.

6.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A CE abriu uma investigação aprofundada nos termos do RC. da UE para a aquisição pretendida levar a cabo pela empresa T-Mobile Áustria da sua concorrente Tele.Ring.

A AT-Mobile Áustria e a Tele.Ring eram ambas empresas activas em redes e serviços prestados aos consumidores finais na Áustria, bem como em mercados relacionados com os serviços de telefonia móvel, como a rescisão, por atacado de roaming nacional, roaming internacional de telefonia móvel T-Mobile Áustria faz parte do grupo Deutsche Telekom, e a Tele.Ring é controlada pela Western Wireless Corporation, de os EUA Outros operadores de rede móvel na Áustria são Mobilkom, ONE e Hutchison 3G.

Ambas as empresas fornecem serviços de telefonia móvel na Áustria.

6.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

Numa primeira fase de investigação a Comissão concluiu que a proposta de aquisição poderia criar problemas significativos de concorrência, eliminando a Tele.Ring como uma concorrente no mercado.

⁶⁰³ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

No mercado austríaco, apenas três outros operadores de rede móvel estavam presentes, ou seja, a Mobilcom, a ONE e a H3G.

A Mobilcom detinha uma quota de mercado de cerca de 42%, a ONE detinha cerca de 18%, e a H3G, que havia entrado no mercado apenas há alguns anos como prestador de UMTS, detinha uma participação de cerca de 5%.

Em comparação, as quotas de mercado da T-Mobile equivaliam a aproximadamente 23%, e a da Tele.Ring era de cerca de 12%. A Tele.Ring era também uma das empresas mais activas no mercado para os consumidores finais em termos de concorrência de preços, pelo que o desaparecimento deste concorrente activo através da operação proposta e a criação de uma estrutura de mercado com dois grandes fornecedores de rede da mesma forma, Mobilkom e T-Mobile, levantava preocupações sob o Pt. de vista do consumidor, possibilitando o aumento de preços.

A Comissão vem a autorizar a aquisição do austríaco telemóvel operador Tele.Ring pela T-Mobile mas, sujeita a condições e obrigações, pois que com base em comparações de preços e uma análise do comportamento de comutação de clientes, a Comissão concluiu que a Tele.Ring exerceu pressão competitiva considerável, em especial sobre as duas maiores operadoras, ou seja, Mobilkom e T-Mobile Austria.

Com efeito, em resultado da investigação aprofundada da Comissão a operação tal como inicialmente notificada, teria levado a um impedimento substancial da concorrência efectiva no mercado austríaco para a prestação de serviços de telefonia móvel para os consumidores finais.

6.3.SOLUÇÃO ENCONTRADA.

Assim, as partes na concentração assumiram o compromisso de alienar frequências UMTS e sites de telefonia móvel de Tele. Ring aos operadores com quotas de mercado inferiores a T-Mobile Áustria.

Em particular, a T-Mobile comprometeu-se de forma a viabilizar a operação por parte da Comissão, a vender dois blocos de frequências 5 MHz 3G/UMTS, licenciadas para a Tele Ring a concorrentes com quotas menores do mercado, sujeitos à aprovação da entidade reguladora de telecomunicações da Áustria e da Comissão.

Foi assinado um acordo-quadro entre a T-Mobile e a H3G que prevê que pelo menos um pacote de frequência vai para Hutchison 3G.

Estes compromissos devem, em particular, permitir à empresa Hutchison 3G, que tinha recentemente entrado no mercado como um operador de UMT, expandir sua rede em toda a Áustria e, desta feita, competir sem depender de seu acordo de roaming nacional actual com Mobilkom.

Assim se garantiu que a Hutchison 3G teria incentivos suficientes para oferecer continuamente baixas tarifas, a fim de ganhar mais clientes, aumentando assim a sua utilização da rede e realizar economias de escala.

7.Caso INCO/FALCONBRIDGE-M.4000.⁶⁰⁴

7.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A Comissão decidiu abrir investigação aprofundada sobre a fusão de empresas de mineração canadense, Inco e Falconbridge. Ambas as empresas são canadenses e laboram na mineração, processamento e refino de vários metais.

A Inco é uma empresa canadense de mineração, com vocação para a actividade de mineração, processamento, refino e comercialização de níquel, cobre, cobalto e metais preciosos.

Por outro lado, a Falconbridge é uma empresa canadense de mineração diversificada com actividades na mineração, processamento, refino e venda de vários metais, incluindo níquel, cobre, cobalto, chumbo, zinco, alumínio e metais preciosos. O níquel é utilizado numa vasta gama de aplicações, incluindo o aço inoxidável, de vários tipos de ligas, baterias, bem como revestimento e electrodeposição. As principais aplicações finais de cobalto são ligas, baterias, materiais duros, pigmentos e catalisadores.

As empresas alvo são as duas fornecedoras líder global de produtos de níquel e cobalto utilizados na indústria de revestimento e electrodeposição, produtos utilizados para a produção de superligas ou seja, ligas de alto desempenho usadas em aplicações em ambientes de alta temperatura e alta tensão.

⁶⁰⁴ http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

7.2. PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A investigação de mercado levada a cabo em primeira fase, identificou preocupações de concorrência por parte da Comissão, em mercados específicos de níquel e cobalto, num contexto de forte demanda por matérias-primas e aumento dos preços na União Europeia. Desta feita, a fusão eliminaria o fornecedor principal alternativo nesses mercados, facto que reduz significativamente o risco de escolha do cliente correndo-se o risco de a operação poder levar a aumentos de preços atenta a ausência de uma pressão concorrencial significativa.

A Comissão concluiu que da operação proposta resultariam entraves significativos à concorrência efectiva no mercado de fornecimento de níquel para o revestimento e electrodeposição no EEE e, nos mercados mundiais para o fornecimento de níquel de alta pureza para a produção de superligas utilizadas em componentes críticos de segurança e para o fornecimento de cobalto de alta pureza para a produção de super ligas utilizadas em componentes críticos de segurança.

Pois que a nova entidade tornar-se-ia o maior fornecedor no EEE de produtos de níquel para o revestimento e electrodeposição e o fornecedor quase monopolista de níquel de alta pureza utilizado em superligas e de elevado grau de pureza de cobalto para super ligas utilizadas em aplicações críticas de segurança, tais como, por exemplo, em motores de aeronaves.

A Comissão considerou ainda que os ganhos de eficiência alegados pelas partes derivam principalmente de otimizar as suas operações de mineração e processamento na bacia de Sudbury no Canadá, onde a Inco e a Falconbridge têm minas de minério de corpos sobrepostos.

A Comissão, no entanto, considerou que essas eficiências, que surgem ao nível a montante da cadeia de produção de níquel, não eram susceptíveis de ser repassados aos consumidores nos três mercados a jusante, onde a entidade resultante da concentração teria tido uma posição quase monopolista.

A Comissão considerou ainda que as eficiências semelhantes poderiam ser conseguidas através de meios menos restritivos da concorrência do que uma fusão completa, tais como por exemplo através de uma *joint venture* de produção na bacia de Sudbury, não obrigando esse motivo à fusão das duas empresas.

7.3.SOLUÇÃO ENCONTRADA.

A Comissão veio a aprovar a proposta de fusão das empresas de mineração canadense Inco e Falconbridge, sujeita a condições e subordinada ao cumprimento dos compromissos assumidos que de seguida se descrevem.

As partes na concentração comprometeram-se a alienar a refinaria de níquel Nikkelverk da Falconbridge na Noruega, bem como os seus activos e, propuseram-se a vender esses activos à empresa LionOre, uma companhia internacional de mineração. A LionOre é uma empresa mineira internacional, activo em níquel e ouro, com operações na Austrália e na África Austral.

Com a finalidade de assegurar a competitividade a longo prazo da empresa alienada, as partes comprometeram-se a alienar a uma empresa que opera em mineração e / ou processamento de metais, os suficientes recursos de níquel de forma a assegurar a viabilidade da refinaria.

Além disso, as partes comprometeram-se a conceder ao comprador a opção de entrar num acordo para o fornecimento de até 60 mil toneladas de níquel em matte anualmente, correspondente ao volume de alimentos actualmente fornecido pela Falconbridge para a refinaria, durante um prazo de até dez anos.

Em 7 de Junho de 2006, a Falconbridge e a LionOre vieram a concluir um acordo vinculativo para a venda da empresa alienada, sujeito à conclusão da fusão Inco /Falcon-bridge e, à aprovação da Comissão da empresa LionOre como um comprador adequado, o que veio a acontecer tendo esta considerado que se tratava de uma empresa que já actuava em mineração de níquel e atentos os compromissos de fornecimento e outros, se tornaria um *player* independente, viável e competitivo nos mercados de níquel e cobalto.

8.Caso GAZ DE FRANCE / SUEZ- M.4180⁶⁰⁵

Bruxelas, 14 de Novembro 2006.

A CE aprovou, nos termos do RC. da UE a fusão da Gaz de France (GDF) e do grupo Suez, sujeita a condições. Com efeito, na sequência de uma investigação

⁶⁰⁵ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

aprofundada, a Comissão concluiu, inicialmente, que o negócio teria efeitos anti concorrenciais nos mercados grossistas e retalhista de gás e electricidade na Bélgica e nos mercados de gás em França.

As preocupações da Comissão relacionados principalmente, à remoção da crescente pressão competitiva que GDF e Suez até então exercida (e teria exercido no futuro previsível) um do outro na Bélgica e na França.

Atentas as condições nos mercados, incluindo as barreiras elevadas à entrada, as suas respectivas posições dominantes seriam consideravelmente reforçadas pela concentração.

Em resposta a estas preocupações, as partes propuseram a alienação de Distrigaz e SPE e Suez, abrindo mão de seu controle de operador de rede belga Fluxys. Na sequência dos remédios estruturais propostos, a Comissão concluiu que a fusão não impediria significativamente a concorrência no Espaço Económico Europeu (EEE) ou numa parte substancial deste.

8.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A Gaz de France opera no sector do gás em todos os níveis, na geração de electricidade, o varejo de electricidade, e em serviços de energia, operando em toda a Europa, mas sobretudo em França e na Bélgica. Na Bélgica, a Gaz de France, juntamente com a Centrica, tem o controlo conjunto sobre a SPE, o segundo maior player nos mercados da electricidade e do gás belgas.

O grupo Suez opera nos sectores do gás e da electricidade, nos serviços de energia e em serviços de água e ambientais, actuando principalmente na Bélgica e na França. As suas principais subsidiárias de energia da Suez são a Electrabel (electricidade e gás) e a Distrigaz (gás) Fluxys (infra-estruturas de gás), e (no sector dos serviços de energia) Suez Energy Services (ex- Elyo), Fabricom, GTI, Axima e Tractebel Engineering

8.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A Comissão concluiu que a fusão, como originalmente planejado, teria levado a quotas de mercado muito elevadas na Bélgica e teria removido a empresa GDF como

o mais forte concorrente para os operadores Distrigaz (gás) a Electrabel (eletricidade, em menor medida do gás).

Assim, a remoção da pressão concorrencial da GDF também levantaram preocupações de concorrência no que diz respeito ao fornecimento de gás para os geradores de energia a gás concorrentes com Electrabel.

Além disso, em vista de seus activos e ponto fortes específicos, nenhuma outra empresa teria sido capaz de reproduzir o mesmo nível de pressão concorrencial como a GDF.

A Comissão considerou ainda que as altas barreiras à entrada teriam reforçado a posição dominante das partes nos mercados do gás. Inter alia, as partes na concentração teriam tido acesso a maior parte do gás importado para a Bélgica e teriam a detenção de quase todos os contractos de importação a longo prazo. Além disso, devido ao controle das partes sobre Fluxys o operador de rede, teriam tido acesso privilegiado à infra-estrutura de fornecimento e armazenamento

Em França, a Comissão concluiu que a concentração teria reforçado a posição dominante da GDF neste país, removendo a pressão concorrencial exercida pela Distrigaz, um de seus melhores competidores colocados. Também em França, as barreiras à entrada, relativas ao acesso às infra-estruturas de gás teriam aumentado os efeitos horizontais da concentração.

Finalmente, em matéria de concorrência, a operação teria provocado o surgimento no mercado para o aquecimento urbano, em França, a uma maior concentração do mercado, já que a fusão teria combinado o maior player (Suez), com o seu segundo maior concorrente (GDF).

8.3.SOLUÇÃO ENCONTRADA.

Como resposta a tais preocupações identificadas pela Comissão, a Gaz de France e Suez ofereceu um pacote de compromissos/remédios.

A empresa Suez, propôs-se alienar a Distrigaz bem como a abrir mão do controle sobre a Fluxys.

E, por sua vez, a GDF propôs-se alienar a sua participação na SPE bem como a alienar a sua subsidiária Cofathec Coriance, para resolver os problemas no mercado de aquecimento urbano.

Para além destas medidas estruturais, foi ainda proposta a realização de uma série de projectos de investimentos realizado na Bélgica e em França, com a finalidade de aumentar a capacidade de infra-estrutura, de forma a facilitar a entrada de novos concorrentes no mercado bem como a promover a concorrência.

Foi igualmente proposto reforçar o funcionamento do centro de Zeebrugge, criando um único ponto de entrada que ligaria todas as redes convergentes em Zeebrugge, através da operação do *hub*, por um operador independente, Fluxys, que deixará de ser controlada pela empresa Suez. Os remédios propostos consubstanciaram a necessidade de soluções estruturais, que passaram pela separação da propriedade, bem como procederam ao corte de ligação entre a oferta e a infra-estrutura, criando assim condições favoráveis à concorrência para o desenvolvimento sustentável nos mercados de energia em questão e que ofereciam dúvidas.

Os compromissos assumidos pelas partes em Outubro de 2006, foram compostos por cinco elementos que destacamos:

i) Alienação da participação do grupo Suez na Distrigaz, alienação da participação da GDF (via Segebel, na SPE), reestruturação das actividades de Fluxys SA, bem como abdicar de todo o controle sobre a empresa; uma série de medidas adicionais (principalmente investimentos) relativas às infra-estruturas de gás na Bélgica e na França) e, alienação de Cofathec Coriance e as redes de aquecimento urbano operados por Serviços Cofathec .

Alienação de Distrigaz.

Com efeito, a empresa Suez obrigou-se a alienar a sua participação na Distrigaz a um terceiro, terceiro este com experiência relevante no sector da energia, nomeadamente no abastecimento a jusante aos clientes finais, sujeito à aprovação da Comissão.

A Distrigaz será alienada em conjunto, com todos os activos tangíveis e intangíveis, incluindo os contractos de fornecimento a montante na sua carteira de contractos.

No entanto, com precedência da alienação da sua participação na Distrigaz, a entidade resultante da fusão iria celebrar um ou mais contratos de fornecimento com a empresa Distrigaz, com o objectivo de cobrir parte das necessidades da Electrabel para as suas usinas termoeléctricas, bem como as necessidades da Electrabel Customer Solutions (ECS) para servir os seus clientes (principalmente residencial).

Tais contratos preveriam um máximo de 70 terawatts-hora (TWh, no momento da alienação, sendo que iriam diminuir ao longo do tempo. Após cinco anos, os contratos de apenas 20 TWh permanecerão no local.

Por último, as partes comprometeram-se a transferir para a Distrigaz a capacidade de armazenamento na Bélgica, bem como os volumes correspondentes a ser armazenados, relativos a qualquer cliente abastecimento público existente ECS na Bélgica, que pode ser adquirido pela Distrigaz ou por algum dos revendedores.

Alienação de SPE

Acresce que as partes comprometeram-se ainda a que a empresa GDF iria abrir mão da sua participação de 50% no capital social da Segebel, empresa que em si tem uma participação de 51 % no capital da SPE.

A reorganização das actividades e a perda de controlo de Fluxys relativamente às actividades reguladas foi também proposta.

Desta feita, as actividades da FLUXYS dariam origem a duas entidades, Fluxys SA e Fluxys Internacional S.A.

A Fluxys International SA, originária com o presente Fluxys LNG SA, passaria a ser a dona do terminal de Zeebrugge LNG bem como dos activos belgas e internacionais não- regulamentados (BBL, Huberator, Gestão Gas Services Limited, belga Controle Pipe, C4Gas e Endex).

A outra entidade (Fluxys SA) passaria a deter a totalidade do sistema de transmissão de gás belga / trânsito, bem como toda a infra-estrutura de armazenamento de gás belga.

Para este fim, a GDF obrigou-se a transferir-lhe a sua participação de 25% na Segeo (operador de transporte de gás natural / trânsito) e a empresa Suez, obrigou-se a transferir-lhe a Distrigaz & Co (que comercializa a capacidade de trânsito nas rotas Troll e RTR) .

A Fluxys S.A operaria em todas as infra-estruturas reguladas de direito belga, com referência aos sistemas de transmissão / trânsito, armazenamento e terminal de GNL.

Acresce que as partes intervenientes comprometeram-se a não controlar a Fluxys SA, seja de facto ou de direito, através de um acordo de accionistas a ser celebrado. Assim, com a finalidade de garantirem este compromisso, as partes decidiram:

No que diz respeito Fluxys SA, comprometeram-se:

- A não ter mais de 45 % do capital da Fluxys.SA; A Publigaz deteria 45 % desse capital;- A não ter mais que sete representantes dos vinte e um existentes, no Conselho, em paridade com Publigaz e, a não apresentar propostas para a nomeação dos sete conselheiros independentes que também seriam membros do Conselho.

- Que a Fluxys S.A director não exerce qualquer responsabilidade nas actividades de fornecimento de gás;- Proceder à criação de um comité executivo dentro da Fluxys SA, com competência exclusiva em matéria de gestão, onde se inclui a estratégia comercial das infra-estruturas reguladas bem como do plano global de investimentos para infra-estruturas reguladas na Bélgica.

O Conselho não poderia rejeitar o plano de investimento global, excepto com fundamento no impacto que tal investimento poderia ter sobre a empresa – Trata-se de uma cláusula de protecção dos interesses financeiros dos accionistas que atuam como investidores.

Nesta circunstância, as partes votarão para permitir que os investimentos sejam financiados por terceiro e, se necessário, para permitir que o capital da Fluxys SA possa a eles ser aberto, com o objectivo específico de os financiar;

- A não controlar o comité executivo, seja de facto ou “de jure”, o que viria a ser reflectido num acordo de accionistas.

No que diz respeito Fluxys International SA, as partes comprometeram-se ao seguinte:

- A entidade resultante da concentração não deteria mais de 60% do capital da empresa;
- O Fluxys S.A. comissão executiva, acima referidas, deveria elaborar um plano de investimento global para o terminal de GNL e o hub Zeebrugge, que o Conselho de Fluxys Internacional não pudesse rejeitar, a não ser por razões de impacto financeiro

sobre a sociedade- cláusula de excepção de protecção dos interesses financeiros de accionistas actuando como investidores.

Por iniciativa própria, o comité executivo da Fluxys SA também será capaz de propor um investimento adicional em activos regulados e não regulados de propriedade da Fluxys Internacional bem como das suas subsidiárias.

Na eventualidade de esses investimentos virem a ser rejeitados pelo Conselho da Fluxys Internacional, os representantes da entidade votarão para permitir o financiamento de tais investimentos por um terceiro e, se necessário para permitir que o capital da Fluxys Internacional SA possa ser aberto a terceiros com o objectivo específico de financiar esses mesmos investimentos.

Relativamente às medidas adicionais, referentes à infra-estrutura de gás na Bélgica e França, as partes comprometeram-se, com o objectivo de criar um único Pt. de entrada em Zeebrugge a reunir o *hub pipeline*, o terminal de GNL, o ponto de chegada do Terminal Interconnector Zeebrugge (IZT) e o ponto de chegada do Terminal Zeepipe (ZPT).

Em França- Armazenamento e terminais de GNL.

Aqui, comprometeram-se a desenvolver uma nova capacidade de armazenamento bem como uma nova capacidade no terminal Montoir e ainda a oferecer esta nova capacidade no mercado antes da sua disponibilidade.

No tocante ao acesso ao terminal de Fos Cavaou, estabeleceram o seu comissionamento bem como a em coordenação com o CRE e, relativamente às capacidades que não estão sob reserva a longo prazo, determinando um modo transparente e não-discriminatório da sua comercialização.

Nos mecanismos de correcção na rede GRTgaz, as partes comprometeram-se a adoptar medidas destinadas a melhorar o seu funcionamento bem como o das capacidades retornáveis

Igualmente previram levar a cabo um investimento em desodorização, sendo que a GRTgaz iria instalar uma fábrica de desodorização no ponto de entrada Taisnières H, capaz de fornecer a Bélgica.

Já quanto a questões que se prendem com a governança e transparência, comprometeram-se as partes a:

- Para aumentar a independência do GRTgaz no campo da comunicação e reforçar as garantias relacionadas com a protecção de informações sensíveis;

- Transferir as actividades do operador petrolero - terminal de GNL de subsidiárias, de acordo com regras de independência alinhados pelos dos GRTgaz .

Nas redes de aquecimento urbano, a ceder:

-Cofathec Coriance e todos os elementos que irão compor o seu *stock -in -trade*, incluindo todo o seu pessoal e contractos, mas excluindo a sua participação em redes de arrefecimento urbano (ie Climespace, que opera a rede de arrefecimento urbano em Paris, e SESAS, que opera o arrefecimento urbano, no Stade de France) e ainda a;

-As cinco redes de aquecimento urbano, operadas por Serviços Cofathec, bem como o pessoal relacionado com a operação destas redes.

9.Caso METSO /AKER KVAERNER.-M4187.⁶⁰⁶

9.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A CE abriu uma investigação aprofundada nos termos do RC. da UE relativamente à aquisição por parte da empresa Finlandesa Metso Corporation Oy do negócio de celulose do grupo norueguês Aker Kvaerner ASA.

Ambas as empresas laboram em todo o mundo no desenvolvimento e produção de equipamentos para fábricas de celulose.

9.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

Na investigação inicial levada a cabo pela Comissão, esta concluiu que a proposta de aquisição poderia criar problemas de concorrência nos mercados de equipamentos da fábrica de celulose, já que reduziria o Numero de concorrentes de três para dois nos mercados dos equipamentos de celulose relevantes, num mercado já por si altamente concentrado e com elevadas barreiras à entrada devido ao alto grau de *know-how* específico exigido para a produção de máquinas modernas de fábrica de celulose.

Na verdade, concluiu a Comissão no seu estudo, existirem apenas três fornecedores principais que dominam o fornecimento de máquinas de polpação: A Metso, a Aker Kvaerner e o actual líder de mercado, a empresa com sede austríaca Andritz.

⁶⁰⁶ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

Por tais receios, a Comissão decidiu proceder a uma investigação aprofundada que incidiu especialmente nos mercados de fornecimento de equipamentos de cozinha, estoque marrom, lavagem, deslignificação com oxigénio e ainda estágios de branqueamento de produção de celulose, sendo que avaliou também em que medida o facto de as partes serem capazes de oferecer um maior leque de produtos poder ter um impacto positivo sobre os clientes.

9.3.SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

A CE veio no entanto a aprovar a aquisição pensada pela Metso Corporation Oy, do negócio de celulose do grupo norueguês Aker Kvaerner ASA, uma vez que as suas preocupações foram completamente afastadas pelo compromisso da Metso em alienar os negócios que se sobrepõem à sede no Canadá, fornecedor GL & V. As partes dispuseram-se a alienar os negócios que se sobrepõem a um concorrente forte e credível, como GL & V.

Assim a Comissão veio a concluir que a fusão era benéfica, já que permitia que os clientes de máquinas de celulose passassem a beneficiar da combinação de Metso e conhecimentos da Kvaerner em todas as áreas e tecnologias de uma fábrica de celulose moderna, facto esse que era proporcionado pela fusão, facultando aos clientes um amplo portfólio de produtos e um melhor conhecimento do processo global de produção de celulose.

Com efeito, à data da operação, apenas o líder de mercado, a empresa austríaca Andritz, era capaz de fornecer equipamentos para uma fábrica de celulose completa.

Existiam apenas três grandes fornecedores que dominavam o fornecimento de máquinas de polpação: Metso, Aker Kvaerner e Andritz. Um quarto jogador, com sede no Canadá GL & V, apenas fornecia certas partes de uma fábrica de celulose.

Pelo que devido ao alto grau de “*know-how*” específico necessário para produzir moderna maquinaria da fábrica de celulose, bem como à necessidade de ter uma forte reputação com clientes, com base em fontes do passado, existiam barreiras significativas à entrada nos mercados em causa.

A fim de resolver estes problemas de concorrência, a Metso propôs-se alienar a sua actividade para a fase de cozimento, incluindo a marca "SuperBatch ", bem como as empresas de Kvaerner para lavagem marrom estoque, deslignificação com oxigénio e

equipamentos de branqueamento (incluindo o " Compact Press " prensa de lavagem tecnologia) a GL & V.

Operação que levou à eliminação de todas as sobreposições entre as actividades da Kvaerner Metso, bem como no fornecimento de equipamentos de fábrica de celulose.

A Comissão certificou-se de que as actividades compostas por todos os activos, tais como *know-how*, direitos de propriedade intelectual e pessoal-chave, que faziam parte de actividades das partes nos domínios relevantes, fossem alienadas.

Além disso, a Comissão constatou também o que foi relevante para a sua decisão que, após a aquisição das actividades alienadas da Metso e Kvaerner, a GL & V, seria capaz de se tornar um novo terceiro actor credível na indústria de equipamentos de polpação.

Por outro lado, a Metso comprometeu-se a alienar totalmente todos os activos relacionados com o negócio de cozinhar lote, retendo a licença para continuar a utilizar a tecnologia alienada " SuperBatch " em concorrência com GL & V.

Tal medida foi entendida como necessária, já que alguns clientes de equipamentos de cozinha dependiam exclusivamente do chamado " lote ", processo de cozimento à data disponibilizado apenas pela Metso e GL & V, não podendo comprar equipamentos de cozinha com base no chamado "contínuo" cozinhar tecnologia (fornecido pelo Andritz e Kvaerner).

Para tais clientes, a licença impedia a configuração do mercado em que eles ficavam com apenas um fornecedor de tecnologia de cozimento lote.

10.Caso JCI / FIAMM-M.4381⁶⁰⁷

10.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

No dia 4 de Dezembro de 2006, a CE abriu uma investigação aprofundada referente à operação de aquisição por parte da empresa alemã VB Autobatterie GmbH do negócio de bateria de arranque de automóveis do grupo italiano FIAMM.

⁶⁰⁷ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

Numa fase inicial, a Comissão concluiu que a aquisição tal como foi proposta, levantava sérias preocupações de concorrência no sector de baterias de arranque para automóveis, pois tratava-se de uma operação em que o seu maior produtor no EEE iria adquirir o terceiro maior fabricante, num mercado já altamente concentrado, facto que motivou a preocupação da Comissão, sobretudo tendo em vista assegurar que a mesma não iria prejudicar os consumidores.

Ambas as empresas VB e FIAMM produzem e vendem baterias para automóveis. Estas são adquiridas pelos fabricantes de automóveis de passageiros, caminhões bem como todo o tipo de veículos comerciais, tais como fabricantes de equipamentos originais (OEM) e serviços de equipamentos originais (OES) e ainda, fornecedores independentes de serviços de reparação, atacadistas de autopeças e supermercados nas- chamadas Independent Aftermarket (IAM).

As empresas em questão efectuam também vendas de peças de substituição para os provedores independentes de serviços de reparação, grossistas de peças de automóveis, supermercados e outros estabelecimentos de varejo no mercado de reposição independente '

A empresa (IAM) VB comercializa a bateria de arranque em *joint venture* para automóvel da Johnson Controls Inc. (EUA) e do alemão Robert Bosch. A GmbH é a maior fornecedora de baterias de arranque de automóveis no EEE.

10.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

Neste mercado a transacção proposta conduziria à redução de fornecedores e fabricantes de três para dois. Com efeito, para além do restante concorrente Exide, apenas existem mais alguns pequenos fabricantes de baterias de arranque de automóveis, embora com uma capacidade de produção muito limitada.

A Comissão considerou a estrutura de mercado altamente concentrada, preocupando-se com o comportamento no mercado de VB vis -à-vis para com os seus clientes, entendendo existir uma limitação nesta indústria após a implementação da transacção proposta.

Além desta preocupação, a Comissão investigou o impacto anti-concorrencial potencial da operação projectada no denominado mercado de reposição independente (IAM) para baterias de arranque de automóveis, mais concretamente de vendas de baterias de substituição, pois atendendo à forte posição de mercado do grupo FIAMM

nesses países antes da fusão, o impacto da operação proposta no IAM em Itália, Áustria, República Checa e Eslováquia, em especial, precisava de ser analisado com mais cuidado.

10.3.MEDIDAS ADOPTADAS

Após a investigação, a Comissão veio a aprovar a aquisição notificada do negócio, sujeita a condições de implementação, pois que tal como foi proposta, a operação tornaria VB o jogador dominante ou reforçaria a já sua posição dominante, limitando seriamente a capacidade dos construtores de veículos automóveis poderem mudar para fornecedores alternativos.

Com efeito, nem os concorrentes, nem os clientes estariam em condições de exercer restrições suficientes sobre o comportamento da empresa VB.

Devido à forte posição de mercado do grupo FIAMM em Itália, Áustria, República Checa e Eslováquia, antes da fusão, as principais preocupações sobre o impacto da operação estaria no IAM relacionado a esses países.

A Comissão considerou que a aquisição projectada conduziria em cada um desses países a marcas fortes da VB com marcas fortes nacionais da FIAMM, dando a VB uma posição fortíssima mercado, inigualável por qualquer outro fornecedor.

Para chegar a esta conclusão, a Comissão avaliou na transacção, os prováveis efeitos sobre o mercado decorrentes de dificuldades financeiras da FIAMM ⁶⁰⁸

A VB ofereceu soluções para resolver os problemas de equipamento original de carros e de caminhões, em mercados a nível do EEE, bem como a respectiva peça de reposição nacional (IAM)

A solução incluiu a alienação da capacidade de produção e de algumas marcas importantes FIAMM, relevantes para as peças de substituição (IAM) nos mercados de Itália, Áustria, República Checa e Eslováquia. Na análise foi tido em consideração o critério *Failim Firm* ⁶⁰⁹, já que se a operação não fosse viabilizada, como a empresa estava a passar por dificuldades económicas grandes e iria falir, deixando

⁶⁰⁹Existem vários exemplos para além deste nos quais a Comissão considerou aplicável, entre os que se destaca o processo Kali & Salz e o processo Basf, **SIGNES DE MESA**, J.I. (2013), pp.61-84,op. Cit. p. 79.

consequentemente de ser operadora no mercado de igual forma, sendo indiferente por esse motive o seu desaparecimento como concorrente.

11. Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / BMG MUSIC PUBLISHING-M.4404⁶¹⁰

11.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A CE decidiu abrir uma investigação aprofundada, no âmbito do RC. comunitário, para a proposta de aquisição do negócio de publicação de música da Bertelsmann Music Group, da Alemanha (BMG) a ser levado a cabo pela Universal, a US, subsidiária da empresa francesa Vivendi.

A Universal é uma empresa norte-americana, propriedade da empresa francesa Vivendi, sendo um *player* líder na gravação de música e do negócio editorial. Os negócios alvos compõem-se das actividades de edição de música em todo o mundo, da BMG.

A Universal, no dia 3 de Novembro de 2006, notifica à Comissão a proposta de aquisição da das actividades editoriais BMG a nível mundial.

11.2. PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A decisão de investigação em profundidade nasceu do facto de o negócio poder levar a um entrave significativo à concorrência, nos mercados de edição de música, já muito concentrada.

Com efeito, os editores de música exploram os direitos autorais de escritores da canção sobre músicas, versando sobre concessão de licenças para usuários de música. Os compositores ou são compositores de melodias ou letristas que escrevem as palavras das canções.

Os direitos de publicação de música mais comuns são direitos de reprodução mecânica (por exemplo, para a música gravada), direitos de execução (por exemplo, para shows e televisão e radiodifusão) e direitos de sincronização (por exemplo, para os pontos de propaganda e música para cinema), a par dos direitos *on-line* (por exemplo,

⁶¹⁰ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

para download de música on-line, *streaming* de vídeo móvel e *mastertones* (clipes de canções usadas no lugar de *ringtones* em celulares) e os direitos de sincronização (por exemplo, anúncios e música para cinema), para direitos de reprodução mecânica e desempenho, incluindo direitos para a exploração em linha de música, sociedades de gestão colectiva

tradicionalmente realizado o licenciamento em nome dos compositores e seus editores.

Para direitos de reprodução mecânica e de desempenho, existem sociedades de gestão colectiva que tradicionalmente realizam o licenciamento em nome dos compositores e seus editores.

Tanto no mercado de música gravada como nos mercados de edição musical, as mesmas cinco detinham empresas, integradas verticalmente, Universal, BMG, EMI, Warner e Sony em conjunto, detêm a principal fatia do mercado, sendo a parte restante deste dividido entre um grande Numero de pequenos concorrentes. A Universal é o jogador mais forte na gravação de música.

Assim, na sequência da fusão tornar-se-ia também na maior editora de música no EEE.

Durante a sua investigação de mercado, a Comissão investigou se a posição de liderança da Universal e uma maior concentração da estrutura do mercado, seria susceptível de produzir um impacto negativo sobre os pagamentos por direitos de publicação ou sobre as condições de compositores no EEE ou em cada Estado-Membro, a Comissão veio a aprovar a proposta de aquisição por parte da Universal, do negócio de publicação de música da BMG, mediante compromissos, sobretudo devido às preocupações referentes aos efeitos adversos sobre a concorrência no mercado dos direitos de edição musical para aplicações online.

11.3. AS SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

O pacote de remédios propostos pelas partes quanto à alienação de uma série de catálogos de editoras, afastou as preocupações da Comissão.

Considerando que a gravação de música diz respeito aos direitos da gravadora e do cantor, na performance da canção e a edição de música se relaciona com os direitos dos compositores (autores), ou seja, de compositores e letristas. A investigação mostrou

que quaisquer problemas de concorrência seriam gerados pela fusão em que os direitos autorais ainda são administrados pelas sociedades de gestão colectiva, que geralmente cobram tarifas uniformes para o repertório completo administrada.

No entanto, em matéria de direitos *on-line* as editoras começaram recentemente a retirar os seus respectivos direitos de repertórios de música anglo-americanos, a partir do sistema de sociedades de gestão colectiva tradicional.

Eles já começaram a transferir os seus direitos a sociedades de gestão colectiva seleccionados que atuam como agentes de editores individuais e concessão de licenças a nível do EEE

A investigação de mercado revelou que o poder de preço passou das sociedades de gestão colectiva, para os editores.

A preocupação da Comissão foi assim a de que neste novo ambiente, a Universal teria após a fusão, de ser capaz de exercer o controlo sobre uma grande percentagem de títulos, quer através dos que já eram total ou parcialmente sua propriedade - os direitos autorais com base em obras, ou através dos seus direitos com base nas gravações individuais.

Em vários países, a Universal teria sequer controlar mais de metade dos hits e, assim, tornar-se um "*must-have*" do produto para todos os serviços de música *on-line* e móvel, cujas possibilidades de contornar Universal seria significativamente reduzido pela fusão.

Pelo que a fusão daria à Universal a capacidade e o incentivo para aumentar os preços para direitos em linha no que diz respeito aos repertórios anglo-americanas.

Assim, a fim de eliminar as preocupações da Comissão, a Universal comprometeu-se a alienar uma série de catálogos importantes, cobrindo direitos autorais e contractos anglo-americanas, contendo muitos títulos, dos mais vendidos e vários autores de sucesso.

Embora os problemas de concorrência apenas se referem aos direitos *on-line*, por razões de viabilidade dos compromissos, cobriram toda a gama de direitos autorais, ou seja, também mecânicos, de desempenho, de sincronização e de direitos de impressão.

12. Caso SFR / TELE 2-M.4504⁶¹¹

12.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A SFR actua principalmente no setor de telefonia móvel, sendo controlada conjuntamente pela Vivendi e Vodafone. A Vivendi é a empresa-mãe de um grupo francês importante no sector de mídia e telecomunicações. A Vodafone é a empresa-mãe de um grupo de telecomunicações britânico.

A Télé 2 France, uma subsidiária da Tele 2 Europe, actua em França no sector de telefonia fixa e móvel. A oferta de acesso à internet, e pay -TV, distribuição por ADSL., actividades de telefonia móvel da Tele2 França, não são afectados pela proposta de aquisição

12.2. PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A CE abriu uma investigação aprofundada nos termos do RC. da UE para a aquisição proposta pela SFR França, das actividades de acesso de telefonia fixa e de internet da Tele2 França , tendo procedido ao exame em detalhes dos efeitos anti-concorrenciais potenciais desta operação nos mercados de TV por assinatura na França, tendo também como preocupação garantir que os interesses dos consumidores não seriam prejudicados .Quanto aos efeitos da aquisição sobre a concorrência, esta seria sentida no sector da TV por assinatura em França. Com efeito, tendo em consideração a fortíssima posição detida pela Vivendi, através do seu grupo subsidiário Canal + no sector de TV por assinatura em França, a Comissão considerou numa primeira fase que a aquisição proposta seria susceptível de dar origem a problemas de concorrência, tanto a nível horizontal, em mercados a jusante, da distribuição a retalho de TV por assinatura , como verticalmente , nos mercados a montante, da aquisição de direitos de distribuição de TV por assinatura, bem como de conteúdo audiovisual

Em particular, a investigação da Comissão sugeriu que a proposta de aquisição poderia enfraquecer operadores ADSL , que são a principal fonte de concorrência no

⁶¹¹ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

sector de TV por assinatura em França e, portanto, podendo ter como consequência o aumento dos preços bem como uma deterioração da qualidade do fornecimento .

Tendo em vista a forte integração vertical do grupo Vivendi, a operação prevista, tal como inicialmente notificada, teria feito com que a Vivendi, com a oportunidade perfeita para conceder sua SFR / Télé 2, acesso preferencial à subsidiária do conteúdo de televisão que possui, o que faria com que a Télé 2 passasse a dispor de uma vantagem importante sobre os outros operadores DSL .

Tal estratégia de discriminação por parte da Vivendi teria, portanto, o efeito de operadores DSL concorrentes resultarem substancialmente enfraquecidos com SFR / Télé 2, tanto no mercado de distribuição a jusante como nos mercados a montante para a aquisição de conteúdos para televisão

12.3.SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

Foi assim que no decurso da primeira fase da investigação, a SFR e a Vivendi apresentaram um conjunto de empresas com a finalidade de eliminar os problemas de concorrência à data apontados pela Comissão que esta não veio no entanto a aceitar. Sobretudo atendendo ao facto de a mesma ter entendido que eram insatisfatórios e insuficientes para eliminar o risco de minar operadores ADSL, SFR e Vivendi.

Face à sua não-aceitação foram então pelas partes propostos novos compromissos que por tardios não puderam ser submetidos a um estudo de mercado, tendo no entanto a Comissão aprovado a aquisição da Tele 2 France pela SFR., sujeita a condições através da aceitação de compromissos que garantem aos operadores DSL igualdade de tratamento com a nova entidade no acesso ao conteúdo de televisão, propriedade do grupo Vivendi, da qual faz parte a empresa SFR.

A Comissão concluiu que os operadores de DSL são os agentes no mercado que produzem pressão competitiva sobre o grupo Vivendi, nos mercados relevantes. Embora de forma insípida, a pressão concorrencial exercida pelos operadores DSL ainda é limitada, atentas as restrições de acesso desses operadores, para conteúdos atraentes televisão (programas de TV e canais) que é, em grande parte, controlada pela Vivendi.

A fim de eliminar estes problemas de concorrência, a Vivendi e a SFR propuseram compromissos destinados a assegurar que a Vivendi não discriminaria operadores DSL em favor da SFR / Télé 2.

Estes compromissos disseram respeito, em primeiro lugar, ao acesso aos canais produzidos pela Vivendi ou para os quais a Vivendi detém os direitos de distribuição exclusivos DSL.

Desta feita a empresa Vivendi teve que permitir que os operadores tivessem acesso em condições normais de mercado, não podendo ser menos favoráveis do que as concedidas a empresa SFR

Em segundo lugar, foram igualmente concebidos compromissos com respeito aos pacotes de canais distribuídos pela Vivendi por meio de redes DSL (como Canal Sat e Canal Le Bouquet) sendo que os serviços prestados pela Vivendi PPV. Vivendi não à SFR / Télé 2, não poderia, estabelecer condições mais favoráveis do que as concedidas aos assinantes de outras operadoras de DSL.

Outras medidas passaram pela proibição da SFR / Télé 2, adquirir os direitos de distribuição DSL exclusivos para os canais produzidos por terceiro, para o qual a Vivendi não detém esses direitos.

Por último, também que proibem a Vivendi ea SFR de adquirir direitos exclusivos de Vod para recentes filmes americanos e franceses.

13.Caso ARJOWIGGINS / M-REAL ZANDERS REFLEX-M.4513.⁶¹²

13.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

CE abriu uma investigação aprofundada, para a proposta de aquisição da fábrica Reflex M-Real Zanders, localizada em Düren, Alemanha, que pertencia à fabricante de papel finlandesa M- real pela Arjowiggins francesa.

Ambas as empresas produzem papel autocopiativo e outros papéis finos especiais.

A Arjowiggins é uma das maiores fabricantes mundiais de papel gráfico, papel de comunicação incluindo o papel carbono e, ainda o papel de segurança e tecnologia.

⁶¹² http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

A Reflex, fábrica M-Real Zanders é uma grande fábrica alemã com a produção de papel carbono e papel especial, incluindo papel fino premium.

Após uma primeira análise, a Comissão identificou sérias dúvidas sobre se a proposta de aquisição poderia levar a um entrave significativo à concorrência efectiva no Espaço Económico Europeu, nomeadamente no que respeita ao papel autocopiativo

13.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A proposta de aquisição levanta problemas de concorrência pois que num cenário de pós-concentração, a quota de mercado da Arjowiggins ' seria responsável por mais da metade do mercado europeu de papel autocopiativo, sendo a expressão dos restantes concorrentes significativamente menor.

Com efeito a preocupação da Comissão foi a de que a Arjowiggins poderia ser capaz de impor preços ou condições menos favoráveis de oferta aos seus clientes, pois a fusão poderia levar a insuficiência de alternativas aos fornecedores concorrentes

A Comissão concluiu que a Arjowiggins teria obtido uma quota de mercado muito elevada neste mercado já de si concentrado, o que lhe teria permitido restringir a quantidade de papel disponível no mercado e, assim, aumentar os preços.

Assim, a investigação da Comissão em profundidade procurou avaliar se a transacção arriscaria aumentar o preço do papel autocopiativo, prejudicando naturalmente os consumidores.

13.3.SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

Após a investigação aprofundada, a Comissão aprova a proposta de aquisição da fábrica de papel Reflex M -Real Zanders pela Arjowiggins, sujeita a condições.

Durante a sua investigação aprofundada, a Comissão recebeu informações de mercado a partir de inúmeros clientes e concorrentes da Arjowiggins, sendo que analisados os dados de transacções quantitativas extensas., concluiu que poderia haver um sério risco para a operação proposta, tal como inicialmente notificada, pois que a mesma iria prejudicar significativamente a concorrência no mercado de papel autocopiativo do EEE.

Em resposta às conclusões da Comissão, a Arjowiggins propôs a alienação das empresas de papel autocopiativo na fábrica de papel Reflex, que representava a maior parte da produção da fábrica.

Os activos e marcas relacionadas com papel vegetal e papel fino premium, onde a Comissão concluiu que a concorrência não seria prejudicada não foi preocupação da Comissão

Assim, a Arjowiggins foi autorizada a finalizar a transacção, apenas após os compromissos de alienação estarem cumpridos.

14.Caso KRONOSPAN / CONSTANTIA-M.4525.⁶¹³

14.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A CE procedeu à abertura de uma investigação aprofundada, atenta a proposta aquisição do negócio de painéis de partículas cru e revestido da empresa Constantia Industries AG da Áustria, pela alemã Kronospan Holding GmbH, membro do Grupo Kronospan.

Ambas as empresas fabricam e fornecem produtos tendo como base a madeira, em especial, painéis de partículas cru e revestidos, laminados e componentes decorativos.

14.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A investigação debruça-se sobre os efeitos da operação sobre a concorrência, nomeadamente no sector de partículas cru., analisando a qualidade eo preço dos produtos derivados de madeira, que são um recurso essencial para a indústria de mobiliário europeu, que não podia sair prejudicado pela operação."

Mercado relevante: Os painéis de partículas Raw são usados em aplicações de móveis, tais como a produção de móveis estofados, prateleiras ou bancadas; Os painéis de partículas Revestido é a placa de partículas -primas que foi revestido com uma decoração de papel impregnado e é usado como um produto para bancadas e outros móveis; Laminados, decorativos são compostos de várias camadas de papéis artesanais

⁶¹³ http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

e de decoração selados juntos, tais como para cabines de duche, fachadas e varandas; Componentes, também chamados de "elementos post-forming", são peças de painéis de partículas em bruto, que foram moldadas ao perfil exigido, como a forma de um parapeito da janela e que laminado foi colado.

A Comissão tinha sérias dúvidas quanto à compatibilidade da operação pretendida com o mercado único, atentos os riscos, pois que pode entravar de modo significativo uma concorrência efectiva na área de painéis de partículas cru, uma vez que a nova entidade teria uma posição particularmente forte sobre painéis de partículas cru na Áustria, Hungria e Eslováquia.

14.3.SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

No entanto, a Comissão veio a aprovar a proposta de aquisição da parte da divisão de painéis de partículas da empresa Constantia pela Kronospan Group, sujeito a condições

Com efeito, a investigação levada a cabo pela Comissão mostrou que a concentração, tal como inicialmente notificada, teria levado a um impedimento substancial da concorrência efectiva no sector de partículas cru.

As partes, para conseguirem a aprovação da Comissão, tiveram que proceder à modificação da transacção proposta, no sentido de que a Kronospan iria adquirir apenas duas das três empresas originalmente idealizadas, permanecendo o negócio austríaco FUNDERMAX na empresa Constantia.

Além disso, Kronospan comprometeu-se a não adquirir FUNDERMAX por um determinado período de tempo.

A investigação de mercado da Comissão revelou que os clientes na Áustria, Hungria, Eslováquia e Roménia teriam possibilidades reduzidas de mudar de fornecedores e que os principais fornecedores não teriam capacidade ociosa significativa para aumentar a oferta na área afectada.

Assim, para a expansão da capacidade seria necessário um investimento considerável bem como um prazo de execução significativos.

Apesar de alguma capacidade produtiva estar prevista entrar em operação na área afectada durante os próximos dois anos, nomeadamente a partir da nova unidade de Egger, assim como um concorrente, na Roménia e, uma nova unidade de Kronospan na

Eslováquia, essa capacidade adicional poderia ser insuficiente para atender à crescente demanda dos painéis de partículas cru.

Assim, como se referiu, na forma inicialmente notificada, a operação poderia causar sérios entraves ao negócio painéis de partículas de matéria- Constantia, em particular, a empresa austríaca FUNDERMAX, como concorrente independente na área afectada

Pelo que com vista a eliminar estas preocupações, as partes alteraram a transacção proposta no sentido de a empresa Kronospan adquirir apenas duas das três empresas originalmente pensada, ou seja, a empresa alemã Sprela e a empresa húngara Falco, enquanto a empresa FUNDERMAX permaneceria com Constantia. A empresa Kronospan comprometeu-se a não adquirir a empresa FUNDERMAX, por um determinado período de tempo.

Desta feita, as modificações da transacção permitiram à empresa FUNDERMAX que continuasse a desempenhar o seu papel como um concorrente de pleno direito."

15.Caso THOMSON CORPORATION / REUTERS GROUP-M.4726.⁶¹⁴

15.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A CE determinou a abertura de uma investigação aprofundada, desta feita atenta a pretensão da fusão em conjunto da Thomson e Reuters do Canadá e do Reino Unido, operação notificada à Comissão em 3 de Setembro de 2007.

Ambos os grupos, Thomson e Reuters, são os principais provedores de informações financeiras.

Com efeito, são a fonte das empresas, na agregação e disseminação do conteúdo de dados de mercado, necessários para profissionais da área financeira, tais como bancos, gestores de fundos, empresas, gestores de riqueza e comerciantes. Agregam e difundem em tempo real os dados históricos do mercado e outro tipo de conteúdo financeiro para responder às necessidades dos profissionais da área financeira,

⁶¹⁴ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

como aos comerciantes, de investidores no lado da compra e de analistas do espaço off, negociação dos bancos, fundos de investimento e empresas.

A empresa Thomson actua também nos mercados legal, fiscal, contabilístico e de pesquisa científica, enquanto a Reuters é mais conhecida como uma das maiores agências de notícias internacionais

15.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A investigação de mercado feita pela Comissão, numa fase inicial, destacou que a concentração suscitaria problemas de concorrência nomeadamente no que respeita ao fornecimento de informações financeiras, tais como o fornecimento de alimentação de dados, o acesso a bases de dados de informação financeira específicos comercializados pelas partes notificantes, o acesso ao real tempo e pesquisa aftermarket-relatórios de corretagem e a prestação de serviços de notícias.

A maioria de tais produtos são predominantemente utilizados em actividades de comércio de andar fora das instituições financeiras.

Em sede de investigação em segunda fase, a Comissão investigou se a fusão dos dois grupos, Thomson e Reuters, seria susceptível de dar origem a efeitos adversos uma vez que combina dois principais fornecedores de dados ou conteúdos, sobretudo através do impacto sobre outros fornecedores de informações financeiras que operam com os produtos financeiros, seus clientes, bem como sobre as instituições financeiras e os clientes finais dos produtos que as empresas comercializam.

As principais áreas de sobreposição em causa, o espaço off- trading floor, mais concretamente a área de gestão de pesquisa e activo, atenta a presença residual da Thomson na área de negociação.

As preocupações de concorrência eram assim nos mercados de distribuição de corrector de relatórios de pesquisa de pós-venda, de estimativas de ganhos, de dados financeiros fundamentais para as empresas e de séries temporais de dados económicos.

Produto em causa: O mercado dos relatórios de investigação, corrector Aftermarket, análise títulos, indústrias ou mercados que compreende a venda dos relatórios após um inicial " embargo " período de cerca de duas semanas, antes que eles só são acessíveis para clientes seleccionados. Ganhando estimativas são previsões de

analistas sobre os resultados futuros das empresas. Bancos de dados Fundamentos conter dados específicos da empresa, tais como os dados das demonstrações financeiras, índices financeiros ou lucro por acção. Séries temporais de dados económicos compreendem dados sobre variáveis de macroeconómicas, como o PIB, as taxas de desemprego, etc coletadas durante longos períodos de tempo para permitir uma análise das tendências. Estas bases de dados são predominantemente utilizados em actividades de comércio de andar fora das instituições financeiras.

Assim, a transacção proposta teria procedido à eliminação da rivalidade entre os dois principais fornecedores de tais bancos de dados do mercado, seja a nível mundial, seja no EEE, deixando as instituições financeiras e os clientes de tais produtos com uma escolha reduzida, conduzindo à probabilidade de aumento de preços, bem como a um risco grave de descontinuação de produtos sobrepostos

A transacção provocaria ainda um impacto negativo sobre os fornecedores de produtos de desktop que obtêm e integrar os tipos de conteúdo descrito acima em suas próprias ofertas para os clientes.

Com efeito, a entidade gerada pela fusão teria tido a capacidade e também o incentivo para fechar esses concorrentes, afectando negativamente a concorrência ao nível a jusante.

15.3.SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

A Comissão veio a aprovar a aquisição do Grupo Reuters, com sede no Reino Unido pela Thomson Corporation of Canada, no entanto sujeita a condições e obrigações.

As partes apresentaram compromissos que afastaram as preocupações de concorrência da Comissão, adequados ao restabelecimento de uma concorrência efectiva no mercado único.

Desta feita, com vista à eliminação das preocupações de concorrência por parte da Comissão, as partes comprometeram -se a alienar as cópias das bases de dados, contendo os conjuntos de conteúdo de tais produtos de informação financeira, em conjunto com activos relevantes, tais como pessoal e base de clientes.

Assim abriram caminho à permissão para que os compradores dos bancos de dados e activos possam estabelecer-se rapidamente, como uma força credível,

competitiva no mercado, em concorrência com a entidade resultante da concentração, restabelecendo a rivalidade pré- fusão nos respectivos campos.

As partes podem também continuar a usar esses bancos de dados no futuro para comercializar os respectivos dados para seus próprios clientes.

Com estes remédios, os clientes de tais produtos de informação financeira, continuariam a ter alternativas suficientes pós-fusão.

De referir que as investigações da Comissão bem como as negociações dos remédios apresentados pelas partes foram realizados em paralelo com a análise do caso pelo Departamento de Justiça dos EUA.

Com efeito, o processo de autorização envolveu a cooperação entre as duas autoridades, incluindo o intercâmbio de pontos de vista sobre os métodos analíticos e de informações detalhadas, além de reuniões conjuntas e negociações com as partes.

16. Caso STATOILHYDRO / CONOCOPHILLIPS-M.4919.⁶¹⁵

16.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

Em 14 de Março de 2008, a Statoil notifica a Comissão da sua pretensão de aquisição da totalidade do capital social da Jet Dinamarca, Suécia e Jet Jet Noruega.

Embora a Noruega não fizesse parte da União Europeia, a conclusão de toda a transacção estava sujeita à aprovação no âmbito do acordo EEE, que atribui competência à Comissão para a apreciação da concentração.

Face à proposta de aquisição da empresa petrolífera norueguesa Statoil Hydro dos postos de gasolina da Jet na Escandinávia, actualmente de propriedade da Conoco Phillips os EUA. a CE procedeu à abertura de uma investigação detalhada.

A Statoil Hydro é uma empresa integrada de petróleo e gás que se dedica à exploração e produção de petróleo e gás natural. A empresa também refina e vende combustíveis e outros derivados de petróleo. A Statoil Hydro opera redes de estações de combustível na Escandinávia sob a marca " Statoil ", " Hidro " e " Uno- X" . A Jet Escandinávia opera redes de estações de combustível na Escandinávia no âmbito do " Jet " da marca.

⁶¹⁵ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

A Jet Escandinávia é parte da Conoco Phillips e, em como actividade principal a venda de combustíveis em postos de gasolina. É que, sendo certo que a Jet não actua no mercado a montante do fornecimento de combustível, as actividades das partes sobrepõem-se no mercado a jusante de varejo de combustível de motor.

16.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A investigação inicial da Comissão revelou que esta sobreposição poderia levantar problemas de concorrência, na Suécia e na Noruega, onde a Jet poderia exercer pressão competitiva sobre a Statoil, levando a um impacto significativo sobre os preços de varejo da Statoil.

Na Noruega, a operação proposta teria reforçado a estrutura oligopolista do mercado norueguês.

Com efeito, a posição da Statoil Hydro como o maior fornecedor de combustíveis na Noruega teria sido reforçada. Na Suécia, a Statoil Hydro era já o maior fornecedor do mercado e através da aquisição de um dos seus principais concorrentes, a empresa teria obtido uma quota de mercado mais do dobro da participação do segundo maior concorrente.

Da mesma forma, existia o receio do desaparecimento da Jet como o operador de baixo custo mais eficiente, tanto na Noruega como na Suécia, com uma marca forte e um histórico comprovado de prática de preços inferiores aos dos concorrentes em mercados com elevadas barreiras à entrada. Com efeito, a Comissão receava que o aumento dos preços do petróleo pudesse conduzir a um aumento dos preços para os consumidores no mercado retalhista, sendo fundamental garantir que a Jet continuasse a exercer uma pressão descendente nos mesmos, junto da Statoil, tal como vinha acontecendo e, que se poderia perder após a fusão

Assim, a Comissão concluiu que a proposta de fusão levantava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado único, uma vez que poderia limitar a concorrência nos mercados retalhistas de combustíveis para motores na Suécia e na Noruega, pelo que o processo prosseguiu para averiguação aprofundada.

16.3.SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

A Comissão veio a autorizar a proposta de aquisição por parte de Statoil Hydro da Jet Escandinávia, referente à aquisição da rede Conoco Phillips ' da "Jet", dos postos de combustível na Escandinávia pela Statoil Hydro da Noruega.

Para tal a Statoil Hydro, comprometeu-se a alienar todos os 40 "jet" postos de combustível na Noruega, bem como uma rede de 158 postos de combustíveis na Suécia que, operam sob a marca "Jet", " Hidro " e " Uno- X".

À luz desse compromisso, a Comissão concluiu que a operação proposta não causaria problemas de concorrência no Espaço Económico Europeu (EEE) ou, numa parte substancial deste”.

Assim, de forma a ultrapassar estas preocupações, como se referiu, a StatoilHydro propôs alienar toda a rede "Jet " na Noruega e uma rede de 158 estações na Suécia, inteiramente composta de postos de combustíveis automatizados.

À margem da avaliação da concorrência, a StatoilHydro decidiu também fechar uma série de postos de combustíveis menos eficientes na Suécia.

17.Caso ABF / GBI BUSINESS-M.4980.⁶¹⁶

17.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

Trata-se da proposta de aquisição de certas partes da GBI da Holanda pela empresa sediada no Reino Unido Associated British Foods (ABF).

A ABF é uma empresa de comida, internacional, de ingredientes e retalho. As suas actividades incluem a produção e venda de levedura através da AB Mauri, empresa esta que possui unidades de produção em todo o mundo, incluindo cinco fábricas na UE (Reino Unido, Irlanda, Alemanha, Espanha e Portugal).

A ABF também possui dois ingredientes para panificação no Reino Unido (Cereform) e distribui levedura a partir das suas fábricas em toda a UE e noutros lugares do mundo.

A actividade principal das partes adquiridas da GBI é a produção e venda de diferentes tipos de levedura, incluindo o negócio diversas filiais europeias e activos do grupo GBI na Europa.

⁶¹⁶ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

Com excepção do Reino Unido, a GBI é controlada pela casa holandesa *private equity* Gilde Buy -Out Partners.

Com efeito, a levedura é um ingrediente essencial na produção de pão e outros produtos de panificação, pizzas, bases de massa, cerveja, vinho e outros alimentos.

O negócio em causa, referente `transacção a operar diz respeito à levedura líquida, prensada e seca para o sector de panificação.

Com efeito, ambas as empresas produzem fermento de padeiro seco, comprimido e líquido pelo que a fusão levantava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum devido a problemas de concorrência, em particular no mercado de levedura prensada em Portugal, Espanha e França, que são os Estados-Membros que a Comissão refere.

A transacção inicialmente tinha sido notificada às autoridades nacionais da concorrência, uma vez que não cumpria os limites que devem ser considerados como uma fusão de uma dimensão europeia no âmbito do RC. da UE.

Pelo que a competência da Comissão neste caso é baseada nos pedidos à Comissão para que examine esta concentração feita pelas autoridades de concorrência de Espanha, Portugal e França, ao abrigo do art.º 22º do RC.

17.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

Nestes mercados, a operação proposta teria reduzido o Numero de grandes concorrentes de três para dois, com a empresa Lesaffre a ser o principal concorrente e único restante, além da entidade resultante da concentração.

Com efeito, a transacção prevista poderia vir a prejudicar a qualidade ou o preço de produtos de levedura, que são essenciais para padarias de todos os tipos e tamanhos e, por isso, directamente afectar o pão de cada dia dos consumidores europeus.

Uma análise em profundidade das estruturas de mercado e das condições em Espanha e Portugal levou à conclusão de que da fusão teria resultado num comportamento coordenado no mercado entre os concorrentes remanescentes nestes dois mercados.

No que diz respeito ao mercado da levedura prensada em França, foram confirmados não existirem quaisquer problemas de concorrência, essencialmente devido à diferente estrutura de mercado.

A investigação de mercado levada a cabo pela Comissão, identificou um potencial de efeitos adversos nos mercados da levedura prensada na Europa do Sul, Ocidental (Espanha, França e Portugal) onde a operação seria reduzir o Numero de fornecedores eficazes de três para dois. Com efeito, ao abrigo do RC. da UE, a proposta de aquisição de certas partes da GBI da Holanda pela empresa sediada no Reino Unido, Associated British Foods (ABF), veio a ser aceite sob a a aceitação de compromissos.

Para dissipar as preocupações da Comissão, a ABF propôs a alienação das actividades da GBI em Espanha e Portugal, assegurando que estas empresas serão ligadas a uma capacidade de produção suficiente, garantindo que os clientes de fermento de padeiro não serão prejudicados pela consolidação.

17.3.SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

A aquisição das actividades da GBI no Reino Unido pela Lesaffre foi aprovada com condições pela Comissão em Julho de 2008.

A GBI é controlada pela casa holandesa *private equity* Gilde Buy -Out Partners.

Para eliminar as preocupações da Comissão, a ABF comprometeu-se a alienar as actividades da GBI em Portugal e Espanha a um comprador adequado, com capacidade de produção suficiente para abastecer as empresas.

De forma a garantir que o adquirente terá a capacidade de produção necessária, a ABF comprometeu-se a uma de duas soluções alternativas. Ou o comprador terá o ex-fábrica de produção da GBI adquiridos anteriormente no Reino Unido ou as partes alienam a ABF unidade de produção em Portugal.

18.Caso FRIESLAND / CAMPINA-M.5046.⁶¹⁷

18.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

⁶¹⁷ http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

Em 2008, a CE abriu uma Investigação aprofundada face ao RC. da EU atenta a intenção de fusão entre as empresas Campina e Friesland Foods.

Ambas as empresas, Campina e Friesland Foods, são cooperativas leiteiras em actividade quer na Holanda, quer noutros estados membros da UE As suas actividades envolvem vários mercados ao longo da cadeia de lácteos alimentar.

A empresa Campina labora na aquisição e transformação de leite cru, produzindo e vendendo directamente aos consumidores, a clientes profissionais e clientes industriais A Friesland Foods atua na aquisição e transformação de leite cru, produção e venda de produtos lácteos, assim como também produtos não lácteos e ingredientes para produtos alimentares e farmacêuticos.

Ambas as empresas são igualmente concorrentes nos mercados das sobremesas, bebidas com sabor e creme. Igualmente em produtos industriais vendidos para a Indústria de Processamento de Alimentos e empresas farmacêuticas (emulsões, produtos usados nas Aplicações de panificação e lactose)

18.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A Investigação de mercado levada a cabo pela Comissão concluiu que existiria na transacção sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum, uma vez que as duas empresas competiam entre si nos mesmos mercados de produtos lácteos, existindo o risco de o dominarem, sobretudo o mercado dos produtos lácteos frescos e queijo.

Além do mais, no entender da Comissão, a combinação das actividades das empresas em questão iria levar a problemas de abastecimento dos potenciais concorrentes, pelo que foi decidido proceder à abertura de um inquérito em profundidade.

Na verdade resultou da investigação da Comissão que a concentração, tal como inicialmente notificada, teria levantado preocupações de concorrência nos mercados para a aquisição de leite cru, produtos lácteos frescos e queijo na Holanda bem como de bebidas lácteas de longa duração na Holanda, Bélgica e Alemanha.

18.3.SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

Com vista a eliminar as preocupações da Comissão, as partes na concentração assumiram o compromisso de alienar as actividades Friesland Foods ' fresco produtos lácteos (incluindo a transferência / licenciamento de marcas e uma fábrica em Nijkerk) e uma das fábricas de queijo da Campina, localizada em Bleskensgraaf .

Eles também fizeram o compromisso de vender duas marcas Campina para bebidas lácteas de longa duração.

Além disso, eles ofereceram soluções para garantir o acesso ao leite cru para os produtos lácteos e queijos frescos actividades a alienar pelas partes, bem como para os seus concorrentes, nos mercados de produtos lácteos frescos e queijo na Holanda.

Assim os compromissos incluem três elementos;

- Ambas as actividades alienadas, numa primeira fase, serem capazes de ser fonte leite cru da entidade resultante da fusão, sob um acordo de fornecimento de transição.

-Numa segunda fase, a criação de uma fundação (Fundo de leite Holandês) com a finalidade de garantir o acesso ao leite cru para um volume máximo anual de 1,2 bilhões de quilos de leite cru com as actividades alienadas a outros concorrentes. Este Fundo de leite permaneceria no local até que foram alcançadas as mudanças mais estruturais no mercado de leite cru.

-A entidade resultante da fusão, Friesland Campina, reduziria as barreiras de saída para os produtores de leite que queiram deixar a nova cooperativa. Esta terceira medida teria como objectivo a criação de uma fonte de leite cru holandês que era independente do Friesland Campina e que, assim, proporcionaria uma solução estrutural de longo prazo.

Face aos compromissos assumidos, a Comissão concluiu que a operação projectada não entravaria significativamente uma concorrência efectiva no Espaço Económico Europeu (EEE) ou numa parte substancial deste, pois que as soluções apresentadas mantinham os mercados competitivos e garantiam que os consumidores não seriam prejudicados pela fusão ".

19.Caso ARSENAL / DSP-M.5153.⁶¹⁸

19.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A CE abriu uma investigação aprofundada nos termos do RC. da UE para a aquisição da fabricante holandesa de produtos químicos básicos DSP, pela empresa de acções dos EUA Arsenal , que controla a Velsicol Chemical Corporation .

Ambas as empresas, Velsicol e DSP desenvolvem a actividade de fabricação de ácido benzóico e benzoato de sódio. A Velsicol fabrica igualmente plastificantes, um produto derivado do ácido benzóico.

A Velsicol produz plastificantes, aditivos alimentares e intermediários industriais na sua fábrica na Estónia, e é o único negócio Arsenal com actividades no sector afectado pela concentração proposta DSP produz aditivos alimentares e intermediários industriais na sua fábrica de Roterdão.

A DSP é uma empresa química com uma única unidade de produção, em Roterdão. Ambas as partes produzem ácido benzóico, matéria-prima utilizada na produção de uma variedade de produtos, inclusive como conservante anti- microbiano em alimentos e bebidas, em plastificantes, produtos farmacêuticos e alimentos para animais.

O ácido benzóico é usado como um conservante anti- microbiano em alimentos e bebidas, na alimentação animal, em produtos farmacêuticos, para a produção de outros produtos químicos, em tintas e revestimentos e nos cuidados de saúde pessoal.

O benzoato de sódio é usado principalmente como um conservante anti - microbiano em alimentos e refrigerantes, mas também é usado em produtos farmacêuticos, indústria automóvel, higiene pessoal, produtos de limpeza doméstica e pirotecnia.

Os plastificantes são utilizados principalmente no fabrico de PVC.O ácido benzóico é o principal contributo para a produção de benzoato de sódio e benzoato de plastificantes.

⁶¹⁸ http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

A transacção proposta foi inicialmente notificada às autoridades de concorrência de Espanha. O caso veio dentro de competência da Comissão, após a Comissão aceitar um pedido de remessa feita por Espanha e juntou-se pela Alemanha

O nível de concentração de mercado após a fusão proposta seria muito alta, como a transacção seria combinar os dois únicos produtores no EEE sendo dois dos quatro principais produtores do mundo de ácido benzóico e benzoato de sódio.

Além disso, dado que o ácido benzóico é um insumo fundamental para a produção de plastificantes benzoatos, há um risco de que a forte posição da entidade resultante da concentração no sector de *upstream* reduziria o fornecimento de ácido benzóico para o mercado a jusante.

Numa primeira fase de investigação a Comissão concluiu que a operação proposta levantava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado único como a entidade resultante da concentração, pois que as empresas têm quotas de mercado muito elevadas nos mercados de benzoato de sódio e ácido benzóico.

19.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

Para além do mais, a entidade resultante da concentração estaria presente tanto no mercado do ácido benzóico e do mercado a jusante, dos plastificantes benzoatos, facto que reforçava a preocupação de que seria capaz de usar a sua posição de mercado num mercado para diminuir a concorrência no mercado relacionado.

Os produtos químicos fabricados pela Velsicol e DSP são insumos básicos para a indústria de alimentos e bebidas e de produtos intermediários industriais sendo essenciais para os consumidores para a competitividade da indústria europeia, que poderia ser prejudicada por uma redução da concorrência com riscos de aumentos de preços.

Com efeito, os receios da Comissão prendiam-se com o mercado do EEE para o ácido benzóico sólido, onde a entidade resultante da concentração teria concentrado as duas únicas fábricas de produção no EEE, sendo que a importação deste produto no mercado europeu é muito baixa e insuficiente para ser exercer pressão concorrencial sobre a entidade resultante da fusão.

19.3.SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

Em Janeiro de 2009 a Comissão veio a autorizar a aquisição da empresa química DSM, Produtos Especiais (DSP) da Holanda, pelo grupo Arsenal Capital Partners (Arsenal), numa empresa de *private equity* dos EUA, possuidora da Velsicol, com actividade na EEE, através de uma sucursal na Estónia, no entanto, com sujeição a condições, nos termos do RC.

Como compromissos, a Arsenal obrigou-se a alienar a totalidade da sua produção de ácido benzóico líquido e sólido, assim como a produção de benzoato de sódio no Espaço Económico Europeu (EEE).

Pelo que assim sendo, a Comissão concluiu que a operação pensada não entravaria significativamente uma concorrência efectiva no EEE ou numa parte substancial deste, já que entendeu ter sido afastado o perigo de um quase monopólio e um sério risco de que os consumidores ficariam prejudicados atenta a operação pensada de início.

Assim, o grupo Arsenal propôs-se alienar a fábrica de produção Velsicol na Estónia o que equivale à alienação de toda a sua produção sólida e líquida de ácido benzóico.

A alienação proposta também inclui a produção de benzoato de sódio, um produto derivado do ácido benzóico e utilizado principalmente como conservante em alimentos e refrigerantes,

Por outro lado, de forma a garantir a viabilidade total das actividades alienadas, o comprador das actividades alienadas ficará em condições de competir no mercado do ácido benzóico sólido, tornando-se um fornecedor alternativo credível para a Comissão.

20. Caso LUFTHANSA / SN AIRHOLDING (BRUSSELS AIRLINES)- M.5335⁶¹⁹

20.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

Em 2009, foi aberta pela CE uma investigação aprofundada, nos termos do RC. da UE para a aquisição da SN Airholding (Snah) da Bélgica pela Lufthansa da Alemanha, com actividade no transporte de passageiros e de carga aérea.

⁶¹⁹ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

A Lufthansa é uma companhia que actua na aérea de serviço, nos aeroportos de Frankfurt e Munique, e com uma base em Düsseldorf. A Lufthansa controla igualmente a Swiss International Air Lines Ltd. (Suíça), com base no aeroporto de Zurique, a Air Dolomiti, Eurowings e transportadora de baixo custo Germanwings .

A Snah é a holding da SN Brussels Airlines, a companhia aérea comercial belga com actividade no transporte de passageiros e carga, principalmente na Europa, bem como alguns destinos para a África.

20.2. PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

Numa investigação de fase inicial, a Comissão concluiu que a transacção proposta conduziria à criação de um monopólio no que diz respeito a três rotas a partir de Bruxelas para Frankfurt, Hamburgo e Munique, bem como reduziria substancialmente a concorrência na rota de Bruxelas para Berlim.

A investigação identificou ainda problemas de concorrência nas duas rotas entre a Bélgica e a Suíça, ou seja, de Bruxelas- Zurique e Bruxelas em Genebra.

Existiam dúvidas pelo menos no que diz respeito ao transporte aéreo de passageiros num Numero de rotas entre a Bélgica e a Alemanha e Bélgica e Suíça, relativamente à competitividade nos serviços de transportes aéreos, tanto no que se refere as tarifas como a rotas"

Com a finalidade de ultrapassar as preocupações levantadas pela Comissão, a Lufthansa propôs remédios no dia 5 de Janeiro de 2009 que a Comissão entendeu não serem suficientemente claros para eliminar as sérias dúvidas identificadas na sua primeira fase de investigação, pelo que avançou para uma investigação aprofundada, em Fase II, para investigar o impacto potencial da transacção proposta sobre o transporte de passageiros em um Numero de rotas entre a Bélgica e a Alemanha e da Bélgica e da Suíça, tendo concluído que a operação, tal como inicialmente notificada, teria levantado preocupações de concorrência nas rotas Bruxelas -Frankfurt, Bruxelas -Munique, Bruxelas -Hamburgo e Bruxelas - Zurique.

20.3.SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

Após esta fase II de investigação, veio a aprovar nos termos do RC. da UE, a proposta de aquisição da SN Airholding (Snah), a holding da companhia aérea comercial belga SN Brussels Airlines, da Deutsche Lufthansa AG, da Alemanha, mas sujeita a condições que passaram por um conjunto de medidas, oferecidas pela Lufthansa.

Esta apresentou um conjunto de soluções, oferecendo um mecanismo de atribuição de faixas horárias eficiente e oportuna que permitiria a novos operadores operar voos em cada uma das quatro rotas em que a Comissão tinha dúvidas.

Com efeito, tais compromissos permitiam a entrada no mercado nas rotas afectadas bem como a possibilidade de escolha de alternativas para os passageiros.

Assim sendo, afastadas as preocupações da Comissão, a proposta da Lufthansa para a aquisição BMI foi autorizada pela Comissão em 14 de Maio de 2009. Snah é a holding da Brussels Airlines, a companhia aérea comercial belga activo no transporte de passageiros e carga, principalmente na Europa e para alguns destinos na África. Em 26 de Janeiro de 2009, a Comissão iniciou uma investigação aprofundada por causa de preocupações relacionadas, em especial, a uma série de rotas entre a Bélgica e a Alemanha, Bélgica e Suíça. A investigação da Comissão em profundidade mostrou que a fusão, tal como inicialmente notificada, teria criado um monopólio no que diz respeito às rotas de Bruxelas para Hamburgo e Munique. A investigação também identificou problemas de concorrência nas rotas Bruxelas -Frankfurt e Bruxelas – Zurique.

Com vista a eliminar as preocupações da Comissão, a Lufthansa assumiu o compromisso de oferecer vagas que permitiriam novos operadores para operar voos em cada uma das quatro rotas em que a Comissão identificou preocupações. Tais compromissos propostos prevêem um mecanismo de atribuição de faixas horárias eficiente e oportuna.

Além do mais, qualquer novo operador irá obter os direitos de direitos adquiridos ao longo dos “*slots*” de relevantes, uma vez que tenha operado uma rota por um determinado período de tempo pré-determinado. Os remédios auxiliares, como entretela, acordos especiais pro rata ou code-share e da participação em programas de passageiro frequente foram igualmente propostos.

A investigação da Comissão revelou que os compromissos permitiam a entrada de novos operadores. Os remédios foram no sentido não só de direccionar o problema do congestionamento caça-níqueis que constituía uma barreira de entrada importante nas rotas problemáticas, mas também de aumentar a atractividade para novas entradas nestas rotas.

21. Caso LUFTHANSA / AUSTRIAN AIRLINES-M.5440.⁶²⁰

21.1.IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

Neste caso, a CE decidiu abrir uma investigação aprofundada nos termos do RC. da UE para a planeada aquisição da Austrian Airlines pela empresa Lufthansa da Alemanha.

A Lufthansa é a maior companhia aérea alemã, com hubs nos aeroportos de Frankfurt e Munique. A Lufthansa também controla Suíça, com base no aeroporto de Zurique, a Air Dolomiti, Eurowings e a transportadora de baixo custo Germanwings.

É ainda um dos principais membros da Star Alliance, colaborando de perto com uma série de outras companhias aéreas.

A Austrian Airlines é a maior companhia aérea da Áustria com seu principal hub em Viena. É uma transportadora aérea de serviço completo, sendo que as suas subsidiárias incluem Lauda Air e a Tyrolean Airways.

Apesar de logo de início terem sido apresentados compromissos pela Lufthansa, a Comissão considerou que estes remédios não eram suficientes de forma a afastar definitivamente as questões levantadas pela concorrência, tendo aberto uma investigação em profundidade no dia 1 de Julho de 2009.

À data a Comissão estava também a analisar o apoio do Estado para a Austrian Airlines, no âmbito de uma investigação separada sob regras relativas aos auxílios estatais do Tratado CE

⁶²⁰ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

21.2. PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A investigação aprofundada permitiu à Comissão reduzir o Número de rotas onde ele estava preocupado que a transacção resultaria em que os consumidores sejam enfrentados com a escolha reduzida e, provavelmente, preços mais elevados para as rotas Viena -Frankfurt, Viena – Munique, Viena- Estugarda, Viena - Colónia e Viena- Bruxelas. Lufthansa apresentou compromissos que tenha removido estas preocupações de concorrência em todas essas vias

21.3. SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

O pacote apresentado incluía compromissos para oferecer vagas, de acordo com um mecanismo de atribuição de faixas horárias eficiente e oportuna, o que permitiria aos novos operadores operar voos ou aos concorrentes existentes, melhorar e expandir os seus serviços nas rotas em que a investigação da Comissão confirmou as preocupações de concorrência, ou seja, as rotas de Viena para Frankfurt, Munique, Stuttgart, Colónia e Bruxelas.

Os novos operadores irão, sob certas condições, obter igualmente direitos de direitos adquiridos ao longo dos “*slots*” de relevantes, uma vez que uma rota seja operada por eles durante um período de tempo pré-determinado. O pacote de medidas prevê ainda medidas acessórias, em especial, a participação no programa de passageiro frequente da Lufthansa. Os compromissos foram suficientes no entendimento da Comissão, no sentido de serem susceptíveis de atrair a entrada de novos operadores ou a expansão dos operadores existentes nestas rotas e manter, assim, uma concorrência efectiva para o benefício de passageiros.

22. Caso UNILEVER / SARA LEE BODY CARE-M.5658.⁶²¹

22.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A CE abriu uma investigação aprofundada nos termos do RC. da UE para a aquisição planeada pela empresa de bens de consumo anglo-holandesa Unilever, de corpo e cuidado com a roupa, negócios da Sara Lee Corp dos Estados Unidos.

⁶²¹ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

Em 21 de Abril, a Comissão foi notificada de uma proposta de acordo ao abrigo do qual Sara Lee iria vender Sara Lee Household and Body Care International à Unilever NV e Unilever PLC. A transacção reunia uma série de marcas muito importantes que competiam entre si., sendo da parte da Unilever, as mais conhecidas a Axe, Dove e Rexona, presentes em toda a Europa. Nos produtos de higiene pessoal, a Sara Lee fornece desodorizantes sob a marca Sanex em vários países europeus. O seu negócio de cuidados pessoais também inclui outras marcas como Radox, Duschdas, Badedas ou Monsavon.

Na categoria de cuidados pessoais, a Unilever fornece desodorizantes, produtos para banho e duche, cuidados da pele, produtos de higiene bucal e produtos para cuidados do cabelo.

A Unilever fornece produtos para tecido e superfície de limpeza e higiene. A Sara Lee, fabrica produtos mais na área dos cuidados com o corpo e fornece produtos para banho e duche, desodorizantes, produtos de limpeza de tecido e produtos de condicionamento.

22.2. PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

Nalguns países, a fusão levaria a elevadas quotas de mercado combinadas em vários Estados-Membros e criaria um líder de mercado. Para além de existir o perigo do desaparecimento, de um fornecedor alternativo no mercado, no mercado do produto dos desodorizantes, banho e duche bem como de produtos destinados a cuidados com os tecidos, podendo importar um aumento de preços para o consumidor.

22.3.SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

No final de 2010, a Comissão vem a autorizar o projecto de aquisição da Sara Lee Household e Cuidados com o corpo de negócios da Unilever, mas sujeita a operação de fusão a condições

Com efeito, a investigação em profundidade, confirmou as preocupações de concorrência da Comissão em vários mercados de desodorizantes.

A Comissão verificou que a concentração, tal como inicialmente notificada, levantaria problemas de concorrência na Bélgica, Holanda, Dinamarca, Reino Unido, Irlanda, Espanha e Portugal, onde iria remover uma força concorrencial importante e provavelmente levaria a aumentos de preços.

A investigação da Comissão em profundidade mostrou que a fusão daria à Unilever uma posição de liderança muito forte numa série de mercados de desodorizantes, combinando marcas das partes, principalmente Sanex com Dove e Rexona com que à data competiam umas com as outras.

Pelo que para afastar tais preocupações, as partes na concentração propuseram-se a alienar a marca Sanex, pertença da Sara Lee e negócios relacionados na Europa.

Desta feita a Comissão concluiu que a operação projectada não entravaria significativamente uma concorrência efectiva no Espaço Económico Europeu (EEE) ou numa parte substancial deste. A decisão da Comissão está subordinada ao cumprimento integral dos compromissos assumidos.

23. Caso SYNGENTA / MONSANTO'S SUNFLOWER SEED-M.5675.⁶²²

23.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A Comissão foi notificada em 28 de Abril da proposta de aquisição do negócio de sementes de girassol global de Monsanto pela Syngenta, que atua no desenvolvimento, produção e comercialização de sementes e produtos projectados para melhorar o desempenho das culturas.

Em Junho de 2010 a Comissão decide abrir uma investigação aprofundada com referência à proposta de aquisição do negócio de sementes de girassol global de empresa dos EUA Monsanto pela empresa Syngenta da Suíça.

A empresa foi criada pela cisão e fusão do negócio de protecção de cultivos da Novartis e Astra Zeneca e, o negócio de sementes da Novartis em 2000

As empresas de sementes estão constantemente a tentar desenvolver novas sementes de girassóis híbridos, mais resistentes e que possam produzir melhor rendimento. Com tal finalidade, a maioria das empresas troca e licencia linhagens

⁶²² http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

parentais com outros criadores "comércio de variedades" com o objectivo de acelerar o longo e complexo processo de criação.

As sementes híbridas de girassol são então multiplicadas e vendido para distribuidores e cooperativas "comercialização de sementes de girassol". Sendo posteriormente compradas e semeadas por agricultores todos os anos.

A empresa Syngenta também é um importante produtor de produtos de tratamento de sementes (fungicidas e insecticidas), que são aplicados às sementes de girassol na fase inicial do seu desenvolvimento coma finalidade de protegê-las de pragas e doenças.

A transacção em análise originalmente não se qualificaria em termos de volume de negócios como operação de dimensão comunitária, no entanto, foi notificada às autoridades de concorrência espanhola e húngara, para aprovação.

Ambas as autoridades destes países solicitaram a revisão da operação e a sua tramitação pela Comissão

23.2. PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A investigação de mercado inicial da Comissão identificou preocupações potenciais de concorrência no que diz respeito à criação e comercialização de sementes de girassol e produtos de tratamento de sementes de girassol na Europa, sendo importante no entender desta preservar a concorrência efectiva, manter a inovação e evitar que os preços dos insumos para os agricultores possam subir. A transacção proposta combina dois principais fornecedores de sementes de girassol com actividade na Europa, sendo ambos fortes na criação de novas variedades de girassol e na comercialização de sementes de girassol, pelo que a remoção de um concorrente importante poderia ter um impacto negativo ao nível da inovação, levando a uma redução de escolha para os clientes e a um aumento nos preços das sementes de girassol, bem como à criação de um líder de mercado.

Para além do mais, as preocupações de encerramento foram suscitadas no que diz respeito aos produtos de tratamento de sementes de girassol.

A transacção também levantou preocupações no que diz respeito às actividades de intercâmbio e de licenciamento de variedades de girassol, na medida em que as

partes na concentração estariam numa posição para restringir o acesso de concorrentes à entrada, necessária para a comercialização de sementes de girassol.

23.3. SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

A Comissão veio a autorizar a aquisição por parte da Syngenta , Suíça, do negócio de sementes de girassol da Monsanto, dos EUA, no entanto mediante condições. Nomeadamente, a alienação de híbridos de girassol, da Monsanto ou comercializados em Espanha e na Hungria, bem como as linhagens parentais utilizadas na criação desses híbridos à data em desenvolvimento para a criação de híbridos para Espanha e Hungria.

A operação, tal como inicialmente notificada, teria resultado em elevadas quotas de mercado, combinadas com perspectivas limitadas de entrada e expansão, tanto nos espanhóis como nos mercados húngaros para a comercialização de híbridos de girassol.

Da fusão teria resultado um aumento da capacidade bem como o incentivo para a entidade resultante da concentração reduzir significativamente as suas actividades de intercâmbio e de licenciamento de variedades de girassol na UE , levando nomeadamente à redução da inovação , uma exclusão dos concorrentes nos mercados para a comercialização de sementes de girassol e, finalmente, a uma redução de escolha de híbridos de girassol para os clientes .

Com vista a eliminar as preocupações da Comissão em relação a sementes de girassol, a Syngenta propôs-se alienar híbridos da Monsanto, comercializados na Hungria e na Espanha nos últimos dois anos, bem como os híbridos já sob julgamento oficial para registro nesses mesmos países.

Além disso, a Syngenta propôs alienar linhagens parentais da Monsanto usados para desenvolver estes híbridos, bem como os oleodutos linhagens parentais à data em desenvolvimento, com o objectivo de produzir híbridos para os mercados da Espanha e Hungria.

Os compromissos incluíram, nomeadamente, o direito de usar, cruzar, raçar e licenciar as linhagens parentais oferecidas, bem como para comercializar e licenciar os híbridos daí resultantes.

O âmbito geográfico dos direitos para comercializar os híbridos variou em função de o híbrido já ter sido comercializado ou já estar em testes oficiais ou, ser o resultado de uma nova travessia e reprodução pelo adquirente das actividades alienadas. Esses direitos podem estender-se a Espanha e / ou a Hungria, à UE ou à UE e ainda à Rússia e à Ucrânia ou à Turquia, os países europeus mais significativos girassol crescem fora da UE.

A extensão dos direitos para comercializar alguns tipos de híbridos para a Rússia, a Ucrânia e a Turquia foi necessária para garantir plenamente a viabilidade a longo prazo das actividades alienadas. O âmbito do pacote de medidas garantiu que as actividades a alienar poderiam ser executadas de uma forma viável e sustentável e, que o comprador seria capaz de assumir o papel concorrencial exercido pela Monsanto, no mercado para a negociação da variedade de girassol na UE e para a comercialização de sementes de girassol em Espanha e Hungria.

24. Caso WESTERN DIGITAL IRELAND / VIVITI TECHNOLOGIES-M.6203.⁶²³

24.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

Em Maio de 2011, a CE abriu duas investigações separadas em profundidade ao abrigo do RC. da UE em duas concentrações propostas na unidade de disco rígido ("HDD ") do sector.

A primeira operação consiste na aquisição planeada do negócio de HDD, da empresa coreana Samsung, pela Seagate Technology de os EUA.

A segunda operação consiste na aquisição planeada do negócio de armazenamento da Hitachi do Japão pela Western Digital Corporation of os EUA.

Os sistemas de HDDs são usados numa variedade de produtos electrónicos profissionais e de consumo para armazenar e aceder a dados digitais, incluindo computadores, gravadores de vídeo digitais e filmadoras

As empresas e produtos:

⁶²³ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

A Seagate opera mundialmente na fabricação e venda de HDs, discos de estado sólido (SSDs), marca de dispositivos externos de armazenamento (ESDs) e media players. As suas operações são integradas verticalmente a montante na fabricação de componentes-chave, tais como cabeças de leitura / gravação e média. O negócio Samsung HDD, sendo adquirido, consiste na fabricação e venda de HDDs e ESDs. A marca HDD Business da Samsung não é verticalmente integrada a montante na produção de componentes, mas a jusante na fabricação de computadores e electrónicos de consumo.

Embora a Samsung também produza SSDs, este negócio não seria transferido para a Seagate.

A Western Digital e Viviti Technologies Ltd, antes conhecida como Hitachi Global de Tecnologias de Armazenamento Holdings Ltd., uma subsidiária integral da Hitachi Ltd., são ambas actividades a nível mundial na fabricação e venda de HDs, SSDs e ESDs. As suas operações estão verticalmente integradas a montante na produção de componentes chave, tais como cabeças de leitura / gravação e média.

O HDDis é um dispositivo que utiliza um ou mais discos magnéticos rotativos para armazenar e permitir o acesso a dados digitais, sendo empregue numa variedade de aplicações, tal como computadores desktop e laptop, bem como na área da electrónica de consumo, tal como gravadores de vídeo digitais ou filmadoras.⁶²⁴

Já os SSDs são dispositivos de armazenamento de dados, mas usando uma tecnologia diferente, composta por memória flash. Esta tecnologia melhora as características técnicas, tal como o acesso mais rápido e maior confiabilidade.

Os ESDs permitem aos consumidores completar o espaço de armazenamento de seus computadores, redes domésticas e de pequenas ou dispositivos CE. Ao contrário dos HDDs que são vendidos principalmente para os fabricantes de equipamentos originais (OEMs) e distribuidores de componentes, os ESDs são os produtos acabados vendidos directamente aos consumidores

Existia à data da operação cinco fabricantes de HDD no mundo: A Seagate, a Western Digital, a Hitachi, a Toshiba e Samsung., operando no mercado a jusante para ESDs.

⁶²⁴Os HDDs são classificados em função da sua utilização final, nomeadamente: (i) Empresa ou HDDs servidor, usado em servidores e sistemas de armazenamento corporativos; (ii) HDDs de mesa, usadas por exemplo em PCs e dispositivos electrónicos domésticos; (iii) HDDs móveis, usados em *notebooks* e outros dispositivos electrónicos portáteis e (iv) Consumer Electronics ("CE").

Para além de vários fornecedores de ESD não integrados, como a LaCie, Freecom, Buffalo e Iomega, que dependiam dos produtores de HDD para o fornecimento de HDDs.

24.2.PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A investigação de mercado inicial da Comissão indicou que ambas as transacções podiam levantar potenciais problemas de concorrência.

A fusão entre a Seagate / Samsung, foi notificada em 19 de Abril e, viria consolidar a posição de liderança da Seagate no mercado global para HDDs, particularmente na fabricação de 3.5.HDDs onde só teria de enfrentar dois concorrentes (Western Digital e Hitachi).

A transacção Western Digital / Hitachi que foi analisada à luz do anterior acordo, criaria um líder de mercado do mundo no mercado global de HDD. Para 3.5 HDD de desktop em particular, o único concorrente seria Seagate / Samsung para 2.5" HDD móveis, apenas enfrentaria a Seagate / Samsung e Toshiba.

Seagate/Samsung:

A avaliação da transacção Seagate / Samsung realizada sem ter em consideração a transacção Western Digital / Hitachi a qual foi notificada no dia seguinte à da transacção Seagate / Samsung, ou seja, em 20 de Abril.

O inquérito revelou que a entidade resultante da fusão teria uma quota de mercado significativa no mercado global para HDDs, particularmente em 3.5 HDDs de mesa, onde apenas enfrentaria dois concorrentes, a Western Digital e a Hitachi. Tal operação apenas poderá ter um impacto negativo sobre a capacidade dos clientes na obtenção de preços competitivos para o produto.

A fusão poderia ainda levar à redução dos incentivos dos fabricantes para inovar no mercado.

Igualmente, preocupações com relação a um risco de coordenação entre fabricantes de HDD foram identificadas. Na verdade, a transacção proposta conduziria à integração da Samsung e, TDK do Japão, numa empresa verticalmente integrada na fabricação de cabeças. Tal poderia levar a uma redução significativa na sua demanda, sendo este um componente crucial nos HDDs.

O que poderia resultar em preços não competitivos para a cabeça e a um enfraquecimento da capacidade da TDK para continuar a inovar, facto que afectaria negativamente a competitividade da Toshiba no mercado de HDD, já que esta empresa depende das cabeças TDK

Por último, a investigação de mercado da Comissão revelou que a Samsung é um importante fornecedor de HDDs para dispositivos externos de armazenamento não-integrados (ESD) fabricantes por causa de seus preços competitivos e ofertas de produtos inovadores.

A investigação inicial sugeriu que a entidade combinada pode ter a capacidade e o incentivo para fortalecer a presença no mercado da sua própria marca ESDs, pelo aumento dos preços de HDD ou, restringir a oferta para provedores de ESD não integrados. Tal poderia afectar negativamente a concorrência e a inovação no mercado de ESD.

Western Digital / Hitachi:

A avaliação da transacção Western Digital / Hitachi é feita tendo em consideração a operação Seagate / Samsung , que foi notificada pela primeira vez

A transacção Western Digital / Hitachi criaria um líder a nível mundial, no mercado de HDD. Para 3.5" HDD de desktop, o único concorrente seria a entidade Seagate / Samsung.

Para 2.5" HDD móveis, usados em *notebooks* e outros dispositivos electrónicos portáteis, o único concorrente seria a Seagate / Samsung e Toshiba.

Tal facto poderia igualmente vir a ter um impacto negativo sobre a capacidade de obtenção de melhores preços assim como sobre os fornecedores dos clientes e incentivos para manter os produtos inovadores por parte dos concorrentes. Foram manifestadas preocupações em relação a um aumento do risco de coordenação entre fabricantes de HDD.

A investigação de mercado revelou igualmente preocupações de que a entidade combinada abastecesse menos cabeças no mercado comercial.

Em combinação com a transacção Seagate / Samsung, tal poderia vir a afectar a capacidade da TDK para investir no desenvolvimento de cabeças mais inovadoras assim como a capacidade da Toshiba para competir no mercado de HDD, atenta a sua dependência de cabeças TDK., o que viria a permitir que a entidade resultante da concentração aumentasse os preços de HDD.

Por fim, a investigação de mercado revelou a preocupação de que a transacção proposta pudesse reduzir as fontes disponíveis de HDDs em detrimento dos fabricantes de ESD de forma a reforçar o papel de liderança da entidade combinada no mercado ESD, o que afectaria negativamente a concorrência assim como a inovação no mercado de ESD .

A investigação da Comissão constatou a existência de mercados distintos para HDDs, SSDs e ESDs devido às suas características diferenciadas de produtos, preços diferentes e presença de diferentes fornecedores. Além disso, a investigação de mercado sugeriu que poderia haver sub-mercados distintos dentro de HDDs com base na utilização final e factor de forma, atenta a sua limitada substituibilidade do lado da demanda.⁶²⁵

24.3-SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

Bruxelas, 23 de Novembro de 2011.

A Comissão identificou também um mercado distinto para HDDs externos (ou XHDDs), a jusante de HDDs, no Espaço Económico Europeu (EEE) 1.

Nos mercados de HDDs de Desktop 3.5 polegadas e HDDs electrónicos, a entidade resultante da fusão só enfrentava a concorrência à data, da recentemente fundida Seagate / Samsung.

Tal facto constituía um problema pois para a segurança do aprovisionamento, a maioria dos clientes nestes mercados de compras HDD multi- fonte a Toshiba tinha entrado recentemente no mercado de 3,5 polegadas de negócios HDDs, não havendo certezas de que pudesse substituir a pressão concorrencial exercida pela Viviti.

Para obter aprovação das autoridades regulatórias, a Western Digital propôs a alienação de activos de produção essenciais para a fabricação de HDDs de 3,5 polegadas, incluindo um edifício de produção, a transferência ou licenciamento dos direitos de propriedade intelectual usado pelo negócio de alienação, assim como a

⁶²⁵ O exame da Comissão em profundidade mostrou que há mercados mundiais separados para HDDs baseados na sua forma (3,5 polegadas ou 2,5 polegadas) e utilização final, tal como computadores de mesa, computadores móveis, dispositivos electrónicos de consumo e de negócios da empresa crítica e missão, aplicações críticas.

transferência de pessoal e fornecimento de componentes HDD para a actividade alienada.

A WD comprometeu-se a não fechar a sua proposta de aquisição da HGST antes de concluir um acordo vinculativo para a venda do negócio de venda para um comprador adequado, aprovado pela Comissão.

A CE aprovou, nos termos do RC. da UE, a proposta de aquisição da Hitachi Global Technology Armazenamento (HGST), subsidiária da Hitachi de Singapura, à data recentemente redenominada Viviti Technologies, pelo rival Western Digital de os EUA . A aprovação foi no entanto condicionada à alienação de activos de produção essenciais para drives de 3,5 polegadas disco rígido (HDD), incluindo uma fábrica de produção, assim como de medidas de acompanhamento.

Igualmente, a Western Digital não poderia completar a aquisição de Viviti até encontrar um comprador adequado, aprovado pela Comissão.

25-Caso J&J / SYNTHES-M.6266.⁶²⁶

Bruxelas, 4 de Novembro de 2011

25.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A CE abriu uma Investigação aprofundada nos termos do RC. da UE referente à aquisição planeada da Synthes Inc., pela Johnson e Johnson.

Ambas as empresas são norte americanas e operam na área de dispositivos médicos ortopédicos.

A Johnson e Johnson e a Synthes Produzem e / ou distribuem dispositivos de trauma, utilizados para tratar fracturas ósseas, dispositivos de coluna vertebral, para corrigir varias deformidades da coluna vertebral, dispositivos de substituição de ombro, usados para reconstruir articulações para fazer o ombro, dispositivos crânio- maxilo faciais, usados para o tratamento de fracturas de rosto e crânio e ferramentas de poder cirúrgicas, tais como sistemas de perfuração, brocas, alargadores e serras

⁶²⁶ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

A Comissão analisou os efeitos concorrenciais da aquisição proposta em vários mercados afectados tendo concluído que não havia preocupações concorrenciais para a coluna, substituição do ombro e dispositivos crânio-maxilo-facial, bem como para ferramentas de cirúrgicas.

No entanto, para dispositivos de trauma da operação resultam entraves significativos à concorrência efectiva nos diversos mercados em diferentes Estados-Membros

Estas preocupações foram com base em quotas muito elevadas combinadas de mercado das empresas que se fundem nesses mercados, o carácter maduro dos produtos, bem como a forte posição da Fundação AO, uma organização dirigida por cirurgião de grande renome com sede na Suíça, com uma relação exclusiva com Synthes.

Como resultado, os cirurgiões são geralmente relutantes em mudar para outros fornecedores de dispositivos de trauma, fazendo com que a entrada de outros concorrentes fosse difícil ou pouco atraente.

25.2-PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A Investigação inicial da Comissão revelou que a operação proposta combinaria dois dos principais fornecedores de dispositivos de coluna e reforçaria a posição da Synthes como actual líder de mercado de trauma e dispositivos CMF e, da Johnson & Johnson, os dispositivos de ombro, num numero substancial de estados membros

Os restantes concorrentes nos muitos dos mercados podem não ser capazes de exercer de forma suficiente fortes restrições sobre o comportamento da entidade resultante da fusão.

A remoção de um concorrente importante também pode ter um impacto negativo sobre o nível de inovação, levando uma redução na escolha e, potencialmente, a um aumento de preços.

25.3-SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

A Comissão aprova a aquisição da empresa de dispositivos médicos Synthes pela Johnson & Johnson. Ambas as empresas dedicam-se à área dos dispositivos médicos ortopédicos.

A investigação da Comissão confirmou que, sujeita à alienação do negócio da Johnson & Johnson, a nova entidade continuaria a enfrentar a concorrência de uma série de outros concorrentes fortes e que os clientes ainda dispunham de fornecedores alternativos em todos os mercados em causa.

A fim de eliminar os entraves significativos à concorrência efectiva resultante da operação proposta, a Johnson & Johnson apresentou compromissos à Comissão, que consistiram na alienação de todo o seu negócio trauma no Espaço Económico Europeu.

Esta alienação eliminava, no entender da Comissão, a sobreposição na área de dispositivos de trauma e, assim, os problemas de concorrência.

26-Caso SÜDZUCKER / ED&F MAN-M.6286⁶²⁷

26.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

Bruxelas, 10 de Novembro de 2011.

A CE abriu uma investigação em profundidade, ao abrigo do RC. da UE, para a proposta de aquisição do controle sobre a ED & F MAN pela empresa Südzucker, alemã e que é o maior produtor de açúcar e melado da Europa.

A ED & F MAN é a segunda maior comercializadora de açúcar e a maior comerciante mundial de melado.

A Südzucker pretendia adquirir parte do capital social da ED & F MAN, bem como direitos de veto que, em conjunto, lhe daria o controlo exclusivo sobre o comerciante de açúcar no Reino Unido.

O acordo proposto foi notificado à Comissão para aprovação regulatória em 19 de Setembro.

⁶²⁷ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

O açúcar é um elemento nutricional importante e um ingrediente essencial para o processamento de alimentos. O melaço é um sub produto da refinação de açúcar e é utilizado na fermentação (Levedura, ácido cítrico, destilação) e as indústrias de alimentos para animais.

A Südzucker é uma empresa de comida alemã que opera no sector da produção e comercialização de açúcar, aditivos alimentares, alimentos congelados, produtos alimentícios ração, produção de bio etanol e sucos de frutas concentrados, assim como preparações.

A empresa produz açúcar de beterraba em 29 fábricas e três refinarias na Alemanha, Bélgica, Bósnia Herzegovina, França, Polónia, Áustria, Eslováquia, República Checa, Hungria, Moldávia e Roménia.

A ED & F MAN é essencialmente uma empresa de comércio de *commodities* e também tem participações em instalações de produção. Os seus produtos são compostos por açúcar, bem como líquido de subprodutos da produção de açúcar, tal como melado, café, óleos tropicais e de biocombustíveis.

A ED & F MAN também fornece ainda serviços logísticos e financeiros.

26.2-PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

O açúcar refinado é produzido a partir de beterraba, plantada na Europa, ou a partir da cana, cultivada em áreas tropicais fora da Europa. A Política Agrícola Comum da UE sujeita os mercados europeus de açúcar a quotas de produção e restrições à importação. Ao nível da produção, o grau de concentração e barreiras de entrada em vários Estados-Membros são elevados.

À data da operação, os mercados de açúcar da União Europeia estavam a atravessar um período de preços altos assim como de escassez de açúcar.

A investigação da Comissão confirmou que no que respeita a Itália, o mercado de fornecimento de açúcar para os clientes industriais permanecia nacional. As importações significativas para Itália não eram um sinal do funcionamento da arbitragem de preços transfronteiriços, mas uma consequência da limitação de quotas de produção impostas pela regulamentação italiana.

A Brindisi, refinaria recém-construída começou a operar em Dezembro de 2012 e destina-se a produzir grandes quantidades de açúcar refinado, em particular para

o mercado italiano. Está estrategicamente localizada no centro sul da Itália, uma região sem praticamente nenhuma produção de açúcar de beterraba.

É uma das mais modernas e a segunda maior refinaria de açúcar de cana em bruto na Europa

Numa investigação preliminar, a Comissão identificou problemas de concorrência no que respeita aos mercados de açúcar branco, em particular no Sul da Europa, bem como nas importações de açúcar de cana em bruto, para refinação, no Espaço Económico Europeu (EEE)

Trata-se de um mercado que já se encontrava concentrado e com elevadas barreiras à entrada, onde se tinham verificado recentes aumentos de preços que poderia vir a reduzir ainda mais a pequena margem para a concorrência.

A investigação inicial demonstrou que sobretudo em Itália e na Grécia, a aquisição poderia conduzir a elevadas quotas de mercado, combinadas no mercado já concentrado para o fornecimento de açúcar refinado.

Além disso, poderia acabar com um forte fornecedor alternativo de melão em vários Estados-Membros, num mercado onde os fornecedores alternativos são escassos e as barreiras à entrada elevadas.

Poderia ainda produzir um impacto adverso no acesso dos rivais, com referência ao açúcar bruto de cana para o espaço económico europeu, insumo essencial para a produção de açúcar branco.

26.3-SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

Na sequência de uma análise aprofundada, a CE veio a autorizar, ao abrigo do RC. da UE, a proposta de aquisição do controle pelo grupo Südzucker da Alemanha, o maior produtor de açúcar da Europa, mais da ED & F MAN do Reino Unido, a segunda maior comercializadora de açúcar em todo o mundo e, uma empresa que também atua na produção de açúcar.

No entanto, a aprovação foi condicionada à alienação dos interesses da ED & F MAN na refinaria Brindisi, a maior e mais moderna unidade de produção na Itália.

A investigação da Comissão em profundidade esteve preocupada com o fornecimento de açúcar refinado para alimentos e bebidas, processadores industriais em

Itália, onde a operação proposta trouxe a participação da ED & F MAN na refinaria de Brindisi, sob o controle do líder de mercado actual, Südzucker.

A transacção proposta teria eliminado a concorrência actual e potencial entre as partes e criaria uma posição dominante da empresa, com quotas de mercado superiores a 50%

De forma a ultrapassar as preocupações da concorrência, as partes propuseram-se alienar totalmente a participação da ED & F MAN, na refinaria de Brindisi.

Devido à escassez e alto preço do açúcar de cana em bruto preferencial - ou seja, açúcar bruto de cana à data, não estão sujeitos a direitos de importação ou quotas

As partes também se comprometeram a transferir para o comprador os contractos de longo prazo, através dos quais a Brindisi obtém entrada açúcar bruto de cana suficiente de fornecedores a preços competitivos.

Tais compromissos garantiram que a refinaria de Brindisi continuaria a labora de forma viável e competitiva em Itália, de forma independente da entidade resultante da concentração. A Comissão considerou ainda que a operação proposta não levantou problemas de concorrência para o fornecimento de açúcar bruto de cana e melaço na UE, a oferta de açúcar refinado na Grécia bem como do fornecimento grossista de açúcar refinado para os varejistas em Itália

27-Caso UTC / GOODRICH-M.6410.⁶²⁸

27.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

Em Março de 2012, a CE decidiu-se pela abertura de uma investigação aprofundada nos termos do RC.da EU relativamente à proposta de aquisição do controle sobre a Goodrich Corporation pela United Technology Corporation (UTC), comunicada em 20 de Fevereiro do mesmo ano.

Ambas as empresas são norte-americanas e dedicam-se à produção e venda de equipamentos de aviação a nível mundial

A UTC produzia uma ampla gama de produtos de alta tecnologia e serviços de suporte para os sistemas de construção e aeroespacial em todo o mundo.

⁶²⁸ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

O grupo UTC detinha uma série de grandes unidades de negócios, como o aquecimento do portador e ar condicionado, elevadores Otis, sistemas UTC Fire & Security e células de combustível UTC Power.

Três empresas eram especialmente importantes neste negócio e que são, os Sistemas de Hamilton Sundstrand aeroespaciais e produtos industriais; Os motores de aeronaves Pratt & Whitney, e, os helicópteros Sikorsky.

A Goodrich produzia e vendia sistemas e serviços para a indústria aeroespacial, de defesa e de segurança a nível mundial, desenvolvendo três grandes áreas de negócios: sistemas de actuação e aterragem, naqueles sistemas de interiores e, sistemas electrónicos.

27.2-PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A investigação preliminar da Comissão indicou preocupações potenciais da concorrência nos mercados de controlo de motores e geradores de energia AC, em que as partes têm quotas de mercado muito elevadas

A Comissão identificou igualmente preocupações verticais relativas à remoção da Goodrich como fornecedora independente de bicos de combustível e controlos de motor, bem como na área de serviços pós-venda.

Na verdade, a investigação inicial da Comissão revelou que a transacção levaria a quotas de mercado muito elevadas no mercado de geração de energia AC, um mercado com elevadas barreiras à entrada, em que o grupo Goodrich apareceu como o candidato mais forte para a posição dominante da UTC e como um potencial parceiro para os participantes.

Além disso, a operação criaria uma estrutura de mercado concentrada a nível mundial sobre controlos de motor.

O inquérito identificou ainda, preocupações verticais para alguns clientes Goodrich que competem com o motor subsidiária da UTC Pratt & Whitney .

Pelo que a remoção da Goodrich como um fornecedor independente de controlos do motor e bicos de combustível, especialmente para motores pequenos, poderia no entendimento da Comissão, resultar em preços mais altos de insumos para os fabricantes de motores concorrentes com Pratt & Whitney.

Sobretudo, a mudança de fornecedor poderia levar tempo e ser caro para aqueles que faziam o seu abastecimento na Goodrich.

Por último e relativamente aos serviços de pós-venda, a investigação preliminar indicou potenciais preocupações quanto ao acesso dos concorrentes às peças sobressalentes e insumos relacionados com a UTC e a Goodrich.

A investigação da Comissão revelou que a operação teria reduzido a concorrência nos mercados aeroespacial para geração de energia AC, e teria tido efeitos prejudiciais para os produtores do motor através de seus efeitos sobre os mercados de controlos de motor para motores pequenos e bicos de combustível para motores.

Como os mercados de geração de energia de corrente alternada apresentavam elevadas barreiras à entrada e as partes eram concorrentes próximas umas das outras, a operação propôs-ta teria deixado a entidade resultante da concentração, sem pressão concorrencial suficiente sobre o mercado em causa.

Com efeito, concluiu-se que a Goodrich fornecia os produtores de motores tais como a Wil-liams e a Honeywell, com controles do motor que dependem de quando eles competem contra produtores de motores da UTC Pratt & Whitney .

A Comissão identificou então preocupações de que a entidade resultante da concentração teria a capacidade e o incentivo para usar essas relações de fornecimento em vantagem da Pratt & Whitney.

Da mesma forma, a Rolls Royce dependia da Goodrich para desenvolver um novo bocal de combustível de mistura pobre, que seria usado em futuros motores de aviões de turbina a gás, ambientalmente responsável e que iria competir com a Pratt & Whitney.

27.3-SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

A CE veio a autorizar a proposta de aquisição da Goodrich Corporation pela United Technologies Corporation (UTC), com sede nos EU.

No entanto, esta aprovação foi condicionada à alienação de negócios da Goodrich na geração de energia eléctrica (AC) e nos controles de motor para motores pequenos.

Está também sujeito a Rolls Royce, sendo concedida uma opção para adquirir uma magra queima de combustível bocal de R Goodrich & D projeto.

A Comissão preocupou-se com que a operação pudesse eliminar os incentivos da Goodrich para fazer o desenvolvimento deste novo produto um sucesso.

Assim, de forma a ultrapassar estas preocupações, a UTC apresentou as seguintes propostas:

i) alienar os negócios da Goodrich em sistemas de geração de energia elétrica e distribuição de aeronaves;

ii) alienar as actividades da Goodrich em controles do motor para motores de pequena aeronave e;

iii) oferta à Rolls- Royce de uma opção para adquirir magra queima de combustível bocal de R Goodrich & D projecto .

Os compromissos propostos resolveram completamente as preocupações da Comissão.

Tais compromissos permitiram à Comissão concluiu que a nova entidade a criar enfrentaria concorrencialmente uma série de fortes concorrentes e, os clientes ainda tariam também suficientes fornecedores alternativos.

Relativamente aos outros mercados afectados, a Comissão analisou os efeitos concorrenciais da aquisição proposta sobre os mesmos, tendo concluído que a operação não levantaria problemas de concorrência em nenhum deles.

Em particular, a Comissão examinou esses efeitos em relação aos controles do motor. A Rolls Royce anunciou durante a investigação a sua intenção de exercer a opção de compra Goodrich fora dos controles Aero Engine (AEC) joint venture, que detém todas as actividades Goodrich para controles do motor para motores de grande porte.

Em combinação com a alienação das actividades de controlo do motor de Goodrich para pequenos motores acima mencionados, tal removeria toda a sobreposição entre o UTC e a Goodrich nos mercados controles do motor.

28- Caso UNIVERSAL MUSIC GROUP / EMI MUSIC-M.6458.⁶²⁹

28.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

⁶²⁹ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

A CE abriu uma investigação, à operação notificada em 17 de Fevereiro de 2012, nos termos do RC da UE para a proposta de aquisição do negócio de música gravada da EMI pela Universal Music Group.

A Universal é uma empresa de gravação de música do mundo de liderança, actuando na descoberta, desenvolvimento e promoção de artistas, bem como na venda grossista de música gravada e desenvolve igualmente actividades noutros campos, como o varejo “*on-line*” de música, edição de música, gerenciamento de artistas, merchandising, gerenciamento de eventos e serviços de eventos locais.

A Universal integra o grupo Vivendi, empresa de média internacional, cujas actividades incluem as telecomunicações, a criação e distribuição de conteúdos e canais de TV, de varejo de música digital e de videogames.

A EMI (música gravada) tem actividade na descoberta, desenvolvimento e promoção de artistas, bem como na venda grossista de música gravada. Tem ainda actividades noutros campos, como o varejo de música, edição de música, gestão de artista e merchandising.

28.2-PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

Numa primeira fase, os problemas de concorrência identificados foram no mercado de música física e digital gravada, em numerosos Estados-Membros, bem como no Espaço Económico Europeu (EEE), como um todo, sobretudo atendendo à elevada quota de mercado bem como ao aumento do poder de mercado que a fusão poderia criar.

A CE veio a aprovar, nos termos do RC. da UE, a proposta de aquisição do negócio de música gravada da EMI, pela Universal Music Group, mas condicionada à alienação de Parlophone, etiqueta da EMI e inúmeros outros bens de música a nível mundial.

A Comissão tinha dúvidas de que a operação, tal como inicialmente notificada, viesse a fazer com que a Universal piorasse os termos do licenciamento que oferecia para plataformas digitais que vendem música para os consumidores.

A Comissão teve a preocupação de que após a fusão, a Universal passaria a deter um poder de mercado excessivo para com os seus clientes directos, que vendiam música física e digital gravada, no mercado de retalho.

Centrou a sua investigação sobre os mercados em que as gravadoras licenciam as suas músicas para os varejistas digitais, tais como a Apple e Spotify, tendo concluído que a operação tal como inicialmente notificada, teria aumentado o tamanho da Universal de uma maneira que provavelmente lhe permitiria impor preços mais elevados e condições de licenciamento mais onerosas para os prestadores de música digital., facto que poderia levar a uma afectação negativa das possibilidades de fornecedores inovadores para expandir ou lançar novas ofertas de música, acabando por reduzir a escolha dos consumidores por música digital, assim como a diversidade cultural no Espaço Económico Europeu.

Como se referiu, investigou mercados físicos e digitais, com maior incidência nos mercados da distribuição por grosso de música digital, particularmente importantes para os consumidores, uma vez que as vendas de músicas tendem a superar as vendas de CDs e outras músicas físicas.

Por outro lado, nestes mercados digitais existem empresas menores, mas inovadoras e que estão a desenvolver novas formas de consumir música.

Estes clientes teriam sido particularmente vulneráveis a quaisquer efeitos negativos da concentração.

28.3- SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

Assim, de forma a afastar as preocupações da Comissão, a Universal comprometeu-se a alienar activos significativos.

Com efeito, as alienações incluíram a EMI Gravação Limited, que detém a gravadora Parlophone icónico, sendo que os desinvestimentos também englobam a EMI France, etiquetas da EMI de música clássica, Chrysalis, Mute, entre vários outros rótulos e ainda um grande Número de entidades locais EMI.

O pacote de alienações também inclui Coop, uma empresa de licenciamento de rótulo.

Além disso, comprometeu-se a vender 50% da participação da EMI no popular Now, conhecida por música compilação JV e, continuar a licenciar o seu repertório para a compilação nos próximos dez anos.

Por fim, a Universal comprometeu-se a não incluir cláusulas a seu favor em qualquer contrato novo ou renegociados com os clientes digitais no EEE por dez anos.

As Cláusulas NMF obrigam os clientes digitais a estender qualquer termo favorável concedido aos concorrentes da Universal, para a Universal.

Este compromisso permitirá aos concorrentes da Universal negociar mais livremente com os clientes digitais bem como a obtenção de outros níveis de igualdade entre os concorrentes e a Universal.

Os direitos a alienar são mundiais e abrangem tanto a música digital como a física, facto que irá garantir uma exploração viável e competitiva dos artistas alienados e catálogos por parte do adquirente dos bens.

À luz desses compromissos, a Comissão concluiu que a concorrência nos mercados de música digital no EEE será devidamente preservado e que a transacção não terá impacto negativo nos consumidores.

A investigação da Comissão em profundidade mostrou que, nestes mercados o tamanho de uma gravadora aumenta o seu poder de fazer saldos e, conseqüentemente, a sua capacidade de aumentar os preços de licenciamento e impor termos de licenciamento mais onerosos.

A Comissão concluiu que se Universal aumentasse significativamente o seu tamanho após a fusão, as plataformas digitais seriam provavelmente confrontadas com um aumento significativo do custo de licenciamento. Particularmente o caso das plataformas menores, que oferecem maneiras inovadoras para os consumidores comprar e ouvir música digital.

A Comissão estava preocupada que as novas plataformas digitais pudessem ser prejudicadas na sua capacidade de iniciar ou expandir os seus serviços, facto que levaria à redução da escolha do consumidor para a música e prejudicaria a diversidade cultural. Algumas plataformas poderiam até ter sido forçadas a aumentar os preços que os consumidores pagam por downloads de música.

Ambos os cenários causariam danos aos consumidores. Os remédios propostos deveriam resolver essas preocupações.

Assim, a fim de permitir que o comprador explorasse activos alienados de forma eficaz, os direitos alienados deveriam cobrir as vendas físicas e digitais de música.

A alienação também afasta qualquer preocupação possível que a fusão pudesse prejudicar os clientes físicos de música, como supermercados, produtos electrónicos de consumo e locais de entretenimento, como a FNAC, e varejistas de música especializada, bem como, em última instância, os consumidores finais da música físico gravado.

Concretamente, como condição para a habilitação de sua fusão com a EMI, a Universal deveria alienar os seguintes activos:

-EMI Gravação Limited, incluindo selo Parlophone icônico da EMI, com excepção dos Beatles , outros rótulos , como EMI e Mute Records -EMI Classics / Virgin Classics artista e compositores;

-A participação da EMI no popular " Isso é o que eu chamo música " compilações de negócios.

-Os seguintes rótulos Universal: Sanctuary , Co -op Music Limited , King Island Roxystar e MPS Records ;

-A participação da Universal em Jazzland.

Além disso, a Universal tem a alienar as seguintes entidades locais EMI nos seguintes Estados-Membros:

EMI France; EMI Espanha; EMI Portugal; EMI Bélgica; EMI Dinamarca; EMI Suécia; EMI Noruega; EMI Polónia; EMI República Checa e a Universal Grécia.

A Universal comprometeu-se a alienar as entidades locais EMI em 10 Estados do EEE. Estas entidades vendem tanto o repertório internacional como o local.

Nos restantes Estados-Membros em que a Comissão suscitou reservas, Anglo repertório da EMI gera vendas significativas. Este repertório é principalmente com os negócios do Reino Unido EMI que a Universal tem a alienar.

A Comissão concluiu que, para os restantes Estados-Membros, as alienações propostas seriam suficientes para restabelecer uma concorrência efectiva.

A Universal teria que vender os activos a compradores que já actuam como uma gravadora, ou tenham um histórico comprovado na indústria da música, por exemplo, se fossem editores de música que procurassem entrar ou re- entrar no mercado de música gravada.

Desta forma, a Comissão garantia que a alienação permitiria o surgimento de um forte concorrente que fizesse frente à Universal que pudesse desenvolver a

actividade alienada, inclusive, atraindo novos artistas em função dos activos que são alienadas, e desafiar futuramente a posição de mercado da Universal.

Por outro lado, a Universal comprometeu-se a não voltar a adquirir os activos ou reassinar qualquer artistas assinados com as entidades em questão por um período de dez anos. A alienação dos activos foi desta feita definitiva e duradoura. Os requisitos do comprador dos activos da universal, que a Comissão aceitaria de bom grado, era que fosse já actuante no sector da música gravada e editor de música e que pudesse entrar nos mercados da música gravada, na base desta alienação.

O que significa o compromisso da Universal não incluir cláusulas mais favorecidas nos seus contractos com os clientes digitais no EEE.

Com efeito, as cláusulas de nação mais favorecida prevêm que, se um cliente digital negociasse um acordo de licenciamento atraente com os concorrentes da Universal, este cliente precisava de oferecer as mesmas condições, à Universal.

O efeito destas cláusulas é duplo. Em primeiro lugar, o custo de licenciamento deste cliente aumenta à medida que ele precisa de oferecer condições mais favoráveis, tanto para a Universal como para o seu concorrente.

Em segundo lugar, os concorrentes da Universal podem ser limitados nas suas negociações com os clientes digitais, uma vez que estas negociações teriam lugar sob a ameaça de que os clientes precisam para beneficiar de qualquer tratamento favorável, ter feito acordo entre o cliente e concorrente da Universal.

A Universal comprometeu-se a não celebrar qualquer contrato com qualquer cliente digital no EEE que contenha cláusulas NMF, o que inclui novos acordos que a Universal negocie com os clientes digitais, assim como a renegociação ou renovação de contractos existentes. Este compromisso deverá auxiliar os clientes digitais na prevenção de aumentos do custo de licenciamento. Também auxilia concorrentes a competir efectivamente com a Universal, já que não irão mais negociar com os clientes digitais sob as restrições da cláusula MFN da Universal.

Os remédios, neste caso concreto, são de longo alcance e suficientes de forma a reduzir o tamanho da Universal, após a fusão. Desta forma, a Comissão evitou que os concorrentes fossem confrontados com uma Universal significativamente maior e que teria a capacidade de reduzir seriamente o seu acesso a canais de distribuição suficientes para os seus artistas e músicas.

Em particular, a Universal provavelmente não seria capaz de reduzir significativamente o acesso destes concorrentes para plataformas digitais, que são particularmente importantes para venda de música. Tal facto permite que concorrentes menores para a Universal têm acesso suficiente aos consumidores e, podem naturalmente optar por adquirir parte dos activos que a Universal terá de alienar bem como reforçar a sua posição, desta forma. A alienação a compradores que já actuam na gravação da música ou também têm histórico comprovado, iria permitir o surgimento de uma forte alternativa para os artistas poderem assinar as suas ofertas de gravação, mantendo canais alternativos suficientes para o consumidor sendo a diversidade cultural na Europa preservada.

29-Caso OUTOKUMPU / INOXUM-M.6471.⁶³⁰

29.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A Outokumpu é uma empresa finlandesa sendo a empresa-mãe de um grupo que produz e distribui produtos de aço inoxidável no mundo. Produz também ferro-cromo.

A Inoxum é a divisão de aço inoxidável da empresa alemã ThyssenKrupp AG . A Inoxum produz e distribui produtos de aço inoxidável e alta liga.

A operação foi notificada à Comissão em 10 de Abril de 2012. Em Maio de 2012, a CE abriu uma investigação aprofundada nos termos do RC. da UE para a proposta de aquisição da Inoxum, a divisão de aço inoxidável da Thyssen Krupp da Alemanha pela empresa finlandesa de aço inoxidável Outokumpu.

29.2-PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

Em sede de investigação preliminar da Comissão foram identificados os potenciais problemas de concorrência nos vários mercados para a produção e distribuição de produtos planos de aço inoxidável, tendo-se concluído que a entidade resultante da concentração teria quotas de mercado muito elevadas.

⁶³⁰ http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

Com efeito, a Comissão analisou os efeitos concorrenciais da proposta de aquisição em mercados do EEE afectadas pela venda de placas, laminados a quente e laminados a frio produtos de aço inoxidável.

Após a transacção, apenas três produtores integrados de produtos planos de aço inoxidável permaneceriam a laborar no Espaço Económico Europeu.

29.3-SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

Após a fase de investigação aprofundada a aprovação veio a acontecer, mas condicionada à alienação da Unidade de Produção de Aço Inoxidável da Inoxum los Terni, Itália, já que uma combinação dos dois maiores fornecedores de produtos de aço laminado a Frio teria dado à nova entidade o poder de aumentar preços.

Os compromissos oferecidos responderam a estas preocupações.

A Investigação da Comissão em profundidade foi voltada para a produção de produtos de Aço Inoxidável laminado a frio no Espaço Económico EUROPEU (EEE). Como já se referiu, neste mercado, a fusão irá juntar a primeira e a segunda maior fornecedora.

A Investigação da Comissão concluiu que, embora as importações representem uma parte significativa do Mercado da EEE, são no entanto insuficientes para limitar os aumentos de preços.

A fim de responder a estas preocupações, propuseram alienar a Fábrica de Aço Inoxidável da Inoxum los Terni e um Numero de Centros de Distribuição na Europa.

A alienação proporcionaria ao comprador, uma empresa de produção e distribuição totalmente autónoma, tendo acesso a todos os principais países do EEE, incluindo a forja de Terni-Societa ' delle Fucine e o Grande e Brilhante reconhecimento, Linha LBA2.

A Comissão certificar-se-ia se este negócio seria vendido a um comprador adequado, bem como que os Compromissos propostos garantiam que a Opaco, entidade resultante da concentração, continuaria a enfrentar uma pressão concorrencial suficiente no mercado.

30-Caso HUTCHISON 3G AUSTRIA / ORANGE AUSTRIA-M.6497.⁶³¹

30.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A CE abriu uma investigação aprofundada nos termos do RC. da UE para a aquisição planeada pela Hutchison 3G Áustria da sua concorrente Orange. A operação foi notificada à Comissão em 7 de Maio de 2012.

A Hutchison 3G Áustria /Orange são os dois operadores de redes móveis e prestação de serviços de telecomunicações móveis a consumidores finais na Áustria, bem como em mercados relacionados, tais como grossista de acesso em rede e originação de chamadas.

Na Áustria, apenas dois outros operadores de rede móvel estão presentes nesses mercados, ou seja, a A1 Telekom Áustria e a T-Mobile.

O acordo H3G / Orange está estreitamente ligado a duas novas operações. Primeiro, a H3G pretendia vender 700 000 clientes servidos sob as Yesss, marca para A1 Telekom Áustria.

Tratava-se de uma transacção separada para fins de controlo das concentrações, que foi notificada à Autoridade da Concorrência austríaca (BWB).

Em segundo lugar, a A1 Telekom Áustria iria adquirir da H3G, certos activos detidos pela Orange, tal como sites, frequências de espectro e direitos de propriedade intelectual. De acordo com H3G/Orange, a transferência de frequências do espectro teria de ser aprovado pela Telecom, regulador austríaco (RTR / TKK).

A H3G (Hutchison 3G Austria GmbH) é uma subsidiária integral indirecta da Hutchi-son Wham-poa Limited, de Hong Kong e fornece serviços de telecomunicações móveis (voz, SMS e MMS), bem como de banda larga móvel e produtos multimédia, como a televisão móvel, música e chamadas de vídeo na Áustria.

A Orange (Orange Austria GmbH Telecomunicações) fornece serviços de telecomunicações móveis na Áustria. A Orange entrou no mercado austríaco em 1998, na época sob o nome de "One". Oferece serviços tradicionais de comunicações móveis (voz, SMS e MMS), bem como serviços de banda larga móvel. Foi rebaptizada de Orange em Setembro de 2008.

⁶³¹ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

30.2-PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A investigação de mercado inicial da Comissão revelou que a proposta de aquisição poderia criar problemas significativos de concorrência através da remoção da empresa Orange como um concorrente no mercado de varejo para os consumidores finais e, no mercado grossista de acesso à rede e origem de chamadas.

Com efeito, a pretendida fusão iria reduzir o Numero de operadores da rede de quatro para três, na Áustria.

Os negócios ocorrem no contexto de um leilão de espectro próximo eo roll-out da nova quarta geração LTE protocolo de comunicações móveis.

Em 29 de Maio de 2012, a BWB solicitou a remessa do transacção H3G/Orange da Comissão para a BWB.

30.3- SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

Após a investigação aprofundada levada a cabo, a CE aprovou, nos termos do RC. da UE, a proposta de aquisição do negócio de telefonia móvel da Orange na Áustria, pela Hutchison 3G (H3G).

A aprovação foi no entanto condicionada à implementação de um conjunto de compromissos que iriam facilitar a entrada de novos *players* no mercado de telecomunicações móveis austríaca.

A Comissão teve a preocupação de que a eliminação de um de apenas quatro operadores de redes móveis na Áustria poderia ter levado a uma menor concorrência e preços mais elevados em detrimento dos consumidores finais.

Para responder a estas preocupações, a H3Gpropos remédios, oferecendo, em particular, a alienação do espectro de radiofrequências e direitos conexos bem como fornecer acesso grossista à sua rede.

Para além de concentrado, o mercado em questão é caracterizado por elevadas barreiras à entrada de concorrentes e os consumidores têm pouco poder de negociação quando se trata de negociação de contractos com operadores.

Com efeito, a análise económica feita pela Comissão, tendo em conta a força especial das partes nos segmentos de clientes e de mercado de dados privados, concluiu

que o poder de mercado das partes teria sido maior do que as suas partes de mercado sugerido.

A Comissão manifestou preocupações de que a operação na sua forma original levaria a preços mais elevados e a uma redução da concorrência.

Compromissos:

A H3G compromete-se a alienar o espectro de radiofrequências e os direitos adicionais a um novo operador interessado no mercado de telefonia móvel austríaco.

O novo operador de rede móvel potencial (MNO) terá o direito de adquirir espectro não só da empresa H3G mas também espectro adicional em um leilão planejado em 2013 pelo regulador de telecomunicações da Áustria.

Este último vai reservar espectro para um novo operador permitindo construir uma rede física de serviços de telecomunicações móveis na Áustria.

O novo operador também beneficiará de condições privilegiadas para a aquisição de locais para a construção de sua própria rede, na Áustria.

A H3G compromete-se a fornecer, nos termos acordados, acesso grossista à sua rede até 30 % de sua capacidade, para até 16 operadoras de redes móveis virtuais (MVNOs) nos dez anos seguintes.

Tal permitiria que a MVNOs pudesse oferecer serviços de telefonia móvel para clientes finais na Áustria em termos e condições competitivas. A MVNOs geralmente precisaria de entrar num acordo comercial com uma operadora de rede móvel, a fim de fornecer serviços de telefonia móvel para os seus clientes.

As partes obrigaram-se a celebrar um compromisso antecipado que garantisse que a H3G não iria completar a aquisição da Orange, antes de ter entrado num acordo desse tipo de acesso grossista com uma MVNO.

Os compromissos propostos têm em conta a variedade de concorrentes e modelos de negócio presente em mercados de telefonia móvel da Europa.

Os remédios traduzem a combinação de um remédio estrutural de desinvestimento em espectro e locais suficientes para atrair um MNO, com o remédio de acesso grossista, redução das barreiras à entrada de MVNOs que garanta que a concorrência iria ser salvaguardada.

À luz desses compromissos, a Comissão concluiu que a operação não levantaria problemas de concorrência.

A decisão foi no entanto condicionada ao cumprimento integral dos compromissos assumidos.

II-DESCRIÇÃO DAS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO-OS CASOS DE PROIBIÇÃO RMT0. 139/2004

1. Caso RYANAIR/AER LINGUS⁶³² - M4439.

1.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

Trata-se de um caso analisado no ano de 2007 em que a Comissão proíbe a proposta de aquisição da Aer Lingus pela Ryanair. Ambas as companhias aéreas operam a partir da Irlanda e são entre si concorrentes.

A Ryanair é uma companhia aérea irlandesa de "low cost" que comercializa serviços de transporte aéreo em inúmeras rotas em toda a Europa, sendo uma das maiores companhias aéreas do mundo.

A Aer Lingus é a ex companhia aérea de bandeira irlandesa e que mudou o seu modelo de negócios nos últimos anos para oferecer a baixo custo, voos de curta distância

As actividades da Aer Lingus são limitadas às rotas de e para a Irlanda, operando a partir de Dublin, Shannon e Cork.

Tal como aconteceu em casos anteriores de fusão aérea, a Comissão analisou os efeitos da concentração sobre as rotas individuais em que as actividades de ambas as empresas se sobrepõem.

1.2-PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A fusão, no entendimento da Comissão, teria prejudicado os consumidores, acabando com a competição, levando à criação de um monopólio ou posição dominante em 35 rotas operadas por ambas as partes.⁶³³

Tal facto acabaria por resultar na diminuição da escolha dos consumidores e provocaria preços mais elevados para os passageiros da UE que utilizassem essas rotas.

A Ryanair ofereceu remédios mas estes não foram suficientes para eliminar as preocupações da concorrência. Com efeito, no entendimento da Comissão, o Numero

⁶³² http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

⁶³³ http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4439_20070627_20610_en.pdf, p. 345.

limitado de “slots” oferecidos nos aeroportos, não provocaria uma concorrência suficiente de forma a igualar a pressão existente à data da operação, exercida pela concorrente.

Nas ligações aéreas operadas, a Air Lingus e a Ryanair são as concorrentes mais próximas uma da outra, sendo que a fusão teria reduzido a escolha do consumidor, uma vez que levaria a uma retenção do mercado, por incorporação, em mais de 60% na sua extensão.

Por outro lado, a Comissão concluiu também que as maiores duas companhias aéreas não eram susceptíveis de entrar em concorrência directa na Irlanda, contra a fusão Ryanair / Aer Lingus.

E isto porque a entidade resultante da concentração seria capaz de operar na Irlanda a partir das grandes bases da Ryanair e da Aer Lingus, tendo acesso a clientes através das suas duas marcas, bem como porque a Ryanair dispunha de uma reputação de retaliação agressiva contra qualquer tentativa de entrada de concorrentes.

A fusão Ryanair / Aer Lingus poderia ainda, concluiu a Comissão, provocar reduções de preços a curto prazo, selectivos, bem como um aumento de capacidade, com a finalidade de proteger a sua posição no mercado, se os concorrentes pretenderem concorrer em rotas de / para a Irlanda.

A probabilidade de entrada era, por outro lado, muito reduzida pelo congestionamento em tempo de pico no aeroporto de Dublin e de outros aeroportos nas ligações com sobreposição.

1.3-SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

A Ryanair ofereceu vários remédios para resolver os problemas de concorrência identificados mas a Comissão entendeu não serem suficientes para garantir que os clientes não acabassem por ser prejudicados pela transacção.

Na Fase I da Investigação, em 29 de Novembro de 2006, apresentou compromissos em fase inicial, que foram posteriormente substituídos por um conjunto revisto de compromissos em 14 de Dezembro do mesmo ano.

Em 17 de Abril de 2007, a Ryanair apresentou, juntamente com a sua resposta à comunicação de objecções, compromissos a fim de remover os problemas de concorrência identificados na Declaração de Objecções – Autorizações, Fase Inicial II

Com efeito, após uma reunião com a Comissão, que teve lugar em 26 de Abril de 2007 e em que a Ryanair foi informada sobre a avaliação preliminar da Comissão referente aos compromissos iniciais, Fase II, a companhia aérea veio a apresentar um conjunto de compromissos modificados da Fase I, denominados de compromissos finais, em 3 de Maio de 2007.

Os compromissos apresentados pela Ryanair, propostos na Fase I, ou seja, na fase inicial, consistiam em dois elementos principais:

1-Um remédio relacionado com caça-níqueis;

2-Um remédio comportamental, relacionado com as tarifas da Aer Lingus e Ryanair;

3-Um compromisso espraído no tempo, de 2 a 4 anos para acomodar a entrada, permitindo que um novo candidato que não conseguia obter as faixas horárias, necessárias em 5 a 10 rotas das especificadas, as poderia obter a partir da Ryanair ou da Aer Lingus, desde que não fossem entregues mais “*slots*” do que as necessárias para oferecer uma frequência igual às frequências da Ryanair ou da AerLingus.

3-A Ryanair propôs ainda não aumentar a sua capacidade durante três anos, para além do nível antes da entrada, após a nova entrada facilitada ocorrer;

4-Um remédio comportamental, bem como reduzir na Aer Lingus as tarifas médias de curta distância por um mínimo de 2,5 por cento ao ano, durante quatro anos, tendo esta última proposta de redução de tarifa sido eliminada na versão proposta de seguida.

5- Nos seus compromissos alterados da Fase I, a Ryanair ofereceu ainda faixas adicionais no aeroporto de Dublin, incluindo intervalos de tempo de pico de manhã necessários.

6- Além disso, aumentou o Numero de rotas para as quais as ranhuras iriam ser disponibilizadas.

A Comissão, na sua decisão de iniciar o processo, nos termos do nº 1 c) do art.º 6º do RC. considerou que os compromissos propostos não foram suficientes para afastar os problemas de concorrência identificados.

Com efeito, no seu entendimento, estes não cobriam todas as rotas em que a Comissão tinha identificado esses problemas, sendo que os “*slots*” oferecidos foram igualmente considerados insuficientes para permitir que um concorrente viesse a

estabelecer-se com um tamanho suficiente em Dublin, nomeadamente através da criação de uma base.

A Comissão observou também que as faixas horárias disponibilizadas nos aeroportos não congestionados não eram susceptíveis de atrair nova entrada, tendo através do teste de mercado identificado uma série de outras preocupações relacionadas com a eficácia e a praticabilidade das propostas remédio.

Por outro lado, o factor mais importante que levou à decisão, foi o facto de durante o teste de mercado, nenhuma companhia aérea ter manifestado um interesse concreto em estabelecer-se com uma presença sequer numa base, no aeroporto de Dublin e, assim, assegurar que a rivalidade competitiva de transportadores no Aeroporto de Dublin seria mantida após a fusão.⁶³⁴

Face aos problemas aqui identificados na Fase II, a Ryanair veio a apresentar compromissos revistos em 17 de Abril de 2007 e que consistiram num compromisso " comportamental ", relacionado com as tarifas e sobretaxas de combustível e, uma parte relacionada com a libertação de "slots", modificado por comparação com a proposta anterior, conforme se descreve de seguida.

Nos compromissos II Fase Inicial, a Ryanair comprometeu-se a reduzir a curto prazo na Aer Lingus tarifas pelo menos em 10 %, para eliminar as sobretaxas de combustível que a Aer Lingus aplicava nos seus voos de longo curso, bem como manter a marca da Aer Lingus para continuar a operar de forma separada da Ryanair, mantendo ambas as marcas no mercado.

A Ryanair ofereceu-se também a disponibilizar "slots" nas rotas de sobreposição existentes, incluindo um certo Numero de "slots" para voos entre Dublin e Londres / Heathrow e (2) "slots" para outras rotas de / para Dublin.

Tendo analisado a Fase Inicial Compromissos II, a Direcção-Geral da Concorrência informou a Ryanair numa reunião que os compromissos apresentados não eram suficientes para eliminar os problemas de concorrência identificados assim como não seriam sequer enviados a terceiros, com a finalidade de se proceder a testes de mercado.

Atenta a posição da Comissão, foram então apresentados os compromissos finais que se basearam em algumas propostas da Fase Inicial I-Compromissos ("slots" de Heathrow, "slots" para outras rotas Dublin, compromissos fare-/brand-related),

⁶³⁴ Pág 322 da decisão.

tendo sido adicionados vários novos elementos (“*slots*” para rotas Shannon / Cork, proposta adquirente inicial parcial, e congelamento das frequências).

O seu principal conteúdo pode ser resumido como se segue:

1º-Compromissos relacionados com caça-níqueis-Faixas horárias em Heathrow.

A Ryanair comprometeu-se a disponibilizar, para um período ilimitado, “*slots*” para a rota Londres-Heathrow, ao abrigo de um "acordo de leasing", sendo que esses “*slots*” são exclusivamente reservados para a British Airways e Air France, permitindo-lhes voos diários em cada direcção e ainda, se entendido como necessário, “*slots*” para outras rotas de / para Dublin.

2º Bem como a disponibilizar “*slots*” para outras ligações com sobreposição de e para Dublin, permitindo que outras companhias aéreas operem com aviões baseados em Dublin, disponibilizando um Numero equivalente de faixas horárias específicas, em aeroportos de destino, nas rotas de sobreposição, se necessário.

3º A Ryanair também se comprometeu a disponibilizar “*slots*” para ligações com sobreposição a partir de Cork e Shannon se necessário e “*slots*” diários em Shannon e um Numero equivalente de faixas horárias em Londres / Stansted para voos para Londres / mais, chegada e origem, em Cork e Liverpool, a fim de facilitar a entrada na rota Cork-Manchester/Liverpool);

4º-O compromisso "adquirente inicial":

A Ryanair propôs-se também a não concluir a aquisição da Aer Lingus, antes de ter encontrado um "comprador" empenhado em aceitar os “*slots*” baseados nas operações da aeronave, com base em Dublin.

5º Compromissos denominados de compromissos Fare / Relacionadas com a marca.

6º A Ryanair reitera a sua oferta para reduzir na Aer Lingus, as tarifas de curta distância, em pelo menos 10%, de imediato, de forma a eliminar a sobretaxas de combustível nos voos de longo curso;

7º Manter a marca da Aer Lingus de forma a continuar a operar a Ryanair e a Aer Lingus, separadamente.

8º Compromisso de "congelamento Frequency":

A Ryanair comprometeu-se também a não aumentar o número de frequências em qualquer uma das suas ligações com sobreposição, em causa, no caso de um novo

operador existir para operar nas mesmas, nas frequências operadas conjuntamente pela Ryanair e Aer Lingus, durante um período de seis temporadas IATA, após a conclusão da operação pretendida estar concluída, assim como se comprometeu a não reduzir as frequências nestas rotas, a menos que a rota seja ou se torne inútil.

A Comissão acabou por efectuar um teste de mercado, enviando a terceiros em 8 de Maio de 2007, uma versão não confidencial dos compromissos propostos, para que opinasse, assim como para esclarecer certas questões factuais tais como a margem de manobra suficiente do remédio, a probabilidade de entrada provocada pelos compromissos finais, entre outros.

A Comissão procedeu à sua avaliação tendo concluído que eles não podem eliminar os problemas de concorrência identificados que a fusão geraria pois que não eram formulados de maneira suficientemente clara de forma a poderem ser implementados e executados, padecendo de deficiências formais, sendo contraditórios e insuficientes para resolver os problemas de concorrência levantados

No entendimento da Comissão, os compromissos propostos como solução neste caso eram igualmente divergentes, uma vez que problemas de interpretação e eventualmente até de litígio, poderiam provocar atrasos na sua implementação, com graves consequências para os clientes afectados, sendo crucial para que os compromissos possam ser aceites que forneçam um grau suficiente de segurança jurídica quanto ao que diz respeito ao seu conteúdo assim como que sejam, parafraseando agora a sua expressão, "totalmente workable"

Também no que concerne ao compromisso referente ao "adquirente inicial", em particular, os compromissos da Ryanair, "solução de *up-front*" oferecidos, não foram, no seu entendimento, da mesma forma suficientemente claros.

Os compromissos referentes à vontade da Ryanair de encontrar um adquirente inicial antes desta adquirir o controle da Aer Lingus, não apresentam um texto que defina como a "solução *up-front*" iria funcionar em detalhe.

Em particular, no entendimento da Comissão, um compromisso que visa uma solução adquirente inicial não só deve definir claramente os critérios segundo os quais a Comissão pode aceitar ou rejeitar o respectivo comprador; estipulando os requisitos do comprador, assim como deve conter uma cláusula que deixe claro que a venda final e contrato de compra está condicionada à aprovação por parte da Comissão do comprador.

É esta cláusula que distingue uma alienação ordinária de uma solução adquirente inicial, sendo no caso apreciado totalmente ausente no texto final apresentado à Comissão.

Com referência aos compromissos que estabelecem as regras para a alienação das ranhuras, a Ryanair refere-se na sua " carta de compromissos " a um " limite de tempo " para a implementação do adquirente inicial.

No entanto, a Comissão observa que tal " limite de tempo " não é definido em qualquer lugar do texto, pois que os compromissos não continham nenhuma explicação detalhada sobre os prazos pertinentes.

Além disso, o prazo definido para encontrar um adquirente inicial dependeria da data em que a oferta fosse lançada pela Ryanair e, portanto, o prazo plasmado nos compromissos não é claro.

Existem também algumas contradições intrínsecas nas soluções propostas, sobretudo referentes ao tema da duração dos Compromissos que estão para a Comissão em contradição com a solução comprador inicial

O primeiro refere-se a uma situação em que as fendas não são retomadas em ou antes do sexto aniversário da data da consumação da Concentração. No entanto, num cenário inicial, a consumação da concentração está dependente de todos os "slots" serem absorvidos, pelo que não pode existir uma situação em que as ranhuras não sejam tomadas após a consumação.

Igualmente, não é inteiramente claro no texto se a solução comprador inicial se refere apenas às "slots" para a operação da aeronave no aeroporto de Dublin, ou se a Ryanair poderia ter a intenção de incluir também os "slots" oferecidos em Shannon e Cork Aeroportos, para exigir que a Ryanair encontre um adquirente inicial para aeronaves com base em Dublin, e ocupe as faixas horárias nos aeroportos de Cork e Shannon.

Outra ambiguidade quanto ao comprador inicial é a questão de saber se as ranhuras só podem ser atribuídas a diferentes companhias aéreas ou a um único comprador.

Relativamente à mecânica da alienação das ranhuras, a Comissão observa que a descrição da alienação ranhura oferecido na "Carta de compromissos" e no " Anexo 1 " muitas vezes não é coerente, sendo apresentada de forma insuficientemente detalhada.

A título de exemplo, a definição de " Heathrow "slots" " no Anexo 1 é a seguinte:

"Tais vagas serão alocadas ao longo do tempo, de modo a cumprir com os art.º s da Associação da Aer Lingus ".

Este tipo de formulação vaga, no entendimento da Comissão, não atende aos requisitos necessários de um texto de compromisso exequível.

Quanto ao "Compromisso nº.1 ", a Comissão observa que o texto só descreve as intenções da Ryanair em geral, sem definir em pormenor o âmbito do que é oferecido. Este omite os detalhes relativos à implementação e acompanhamento do compromisso proposto, tais como por exemplo, as obrigações de comunicação sobre a Ryanair, a nomeação de um trustee para fiscalizar o cumprimento destes compromissos, etc.

Já no que concerne à substância, os compromissos finais propostos não consistem numa alienação de negócios mas, principalmente, num remédio de acesso.

Seguindo o modelo de casos de companhias aéreas anteriores, a Ryanair propôs compromissos para resolver o problema do congestionamento do aeroporto e pretendeu remover obstáculos à entrada de outras companhias aéreas, disponibilizando ranhuras a potenciais candidatos. Segundo esta, isso permitiria que as companhias aéreas competissem com a Ryanair / Aer Lingus nas 35 ligações com sobreposição, bem como noutras ligações em que tal ocorresse, eliminando os impedimentos à concorrência.

No entanto, na investigação da Comissão concluiu-se que tais remédios de acesso, independentemente das suas deficiências formais, não seriam suficientes para descartar os identificados problemas de concorrência nas rotas identificadas, não sendo os compromissos comportamentais adicionais oferecidos também de molde a poder compensar a perda de competição.

Os remédios caça-níquel não são uma solução adequada neste caso, uma vez que não são susceptíveis de desencadear qualquer entrada substancial nas ligações com sobreposição

A Comissão é de opinião, como a investigação de mercado sugere, que o acesso à infra-estrutura aeroportuária "slots" não seria suficiente para restabelecer a concorrência no presente caso.

Na verdade, o inquérito revelou que o aeroporto de Dublin é apenas parcialmente congestionado e que existem muitas outras razões que impedem os

concorrentes de entrar em directa competição com a Ryanair / Aer Lingus nas ligações com sobreposição na Irlanda, tais como por exemplo, as marcas fortes da Aer Lingus e Ryanair, assim como as suas grandes bases em Dublin.

A Comissão considera que os remédios de acesso podem ser aceitáveis em circunstâncias onde é suficientemente claro que haverá entrada de novos concorrentes que eliminem qualquer entrave significativo à concorrência efectiva.

Contudo, numa situação em que não pode ser concluído que a redução das barreiras à entrada pelos compromissos propostos, vai levar com o grau de certeza suficiente à entrada de novos concorrentes no mercado, a Comissão acabou por rejeitar tais remédios neste caso concreto.

Assim, como se alcança, a Comissão ponderou saber se foi possível concluir, com o necessário grau de certeza se os compromissos finais iriam realmente provocar a entrada nas ligações, com sobreposição relevante ou não.⁶³⁵

No caso concreto, o alcance dos compromissos propostos foi considerado insuficiente. Com efeito, Comissão considerou, com base nos resultados do estudo de mercado que o aeroporto em que se verificava o congestionamento não era a principal barreira para outros operadores entrarem em concorrência directa com a Ryanair / Aer Lingus.

Independentemente, porém, da adequação do instrumento de " ranhura remédios " no presente caso, o âmbito dos remédios oferecidos também pode não ser considerado suficiente para estimular a entrada numa escala que permitiria que o participante substituísse a perda da concorrência provocada pela fusão proposta.

Independentemente da questão de saber se os remédios caça-níqueis podem ser considerados como uma medida adequada a todos no contexto da presente operação e assumindo que, apesar das barreiras à entrada identificadas, os compromissos finais estimulariam os concorrentes para entrar em concorrência com a Ryanair / Aer Lingus e

⁶³⁵ A Comissão tem em casos anteriores aceite chamadas soluções " *up-front* comprador ", onde a viabilidade do pacote de remédios proposto depende da identidade do novo operador ou comprador. Nesta situação, a Comissão emite uma decisão onde conclui que a aquisição fica condicionada à aprovação de um comprador adequado pela Comissão. Uma decisão desta natureza, combinada com uma condição de " *up-front* " pode ser aceite nos casos em que há um grau suficiente de probabilidade de que um novo participante eliminará todos os problemas de concorrência identificados, assim como que o remédio com a solução de " *up-front* " seja viável e exequível, em particular, que a concepção do remédio permitiria encontrar um candidato adequado dentro de um período razoável de tempo.

para ocupar todos os “*slots*” oferecidos, essa entrada ainda não seria suficiente para fazer frente de forma eficaz à entidade resultante da concentração.

Quanto aos compromissos adicionais, a Ryanair compromete-se a reduzir a tarifa de curta distância da Aer Lingus em pelo menos 10 %, para eliminar as sobretaxas de combustível da Aer Lingus, de forma a manter a marca Aer Lingus e continuar a operar as duas companhias aéreas " separadamente ", durante um período de seis temporadas IATA.

Após a conclusão da fusão de não aumentar o Numero de frequências operadas em conjunto pela Ryanair e pela Aer Lingus, em qualquer uma das ligações com sobreposição reclamadas, em caso de uma nova entrada, bem como a não reduzir as frequências nestas rotas a menos que uma rota seja ou se torne Inútil.

Estes compromissos adicionais não são de natureza estrutural, mas traduzem a preocupação de elementos que estão relacionados com o comportamento futuro da Ryanair.

Estes remédios comportamentais, estão redigidos em termos muito gerais, na carta dos compromissos, sem fornecer mais regras para o seu funcionamento tais como por exemplo, definições de termos chave, descrição detalhada do funcionamento e do mecanismo de vigilância desses remédios, pelo que não permitiram, na opinião da Comissão, a possibilidade da sua consideração como uma solução para os problemas identificados de concorrência.

Por outro lado, também o conteúdo desses remédios não podem eliminar os problemas de concorrência identificados.

Em particular, o compromisso da Ryanair de reduzir imediatamente as tarifas da Aer Lingus em 10% não fornece qualquer certeza quanto ao seu conteúdo e duração, já que a Ryanair não indica quanto tempo tal redução deve ter lugar.

Além disso, o compromisso parece referir-se às tarifas médias e não garante que as tarifas em qualquer rota de sobreposição seriam reduzidas. Isso não impede a Ryanair de fazer aumentos de preços selectivos sobre itinerários de sobreposição.

Não há também nenhuma garantia de que a qualidade do serviço da Aer Lingus não seria afectada negativamente pela redução do preço, nem a Ryanair seria impedida de aumentar Aer Lingus outras componentes do preço declarado como "impostos " ou "encargos".

Com relação ao compromisso da Ryanair para eliminar as sobretaxas de combustível da Aer Lingus, a Comissão constata que a Aer Lingus aplica sobretaxas de combustível só nos seus voos de longo curso.

Assim, este compromisso não está directamente relacionado com os mercados de sobreposição de curta distância em que a Comissão identificou problemas de concorrência e não é provável que tenha qualquer impacto nas rotas de curta distância afectados pela concentração, pelo que não altera o impacto concorrencial da transacção proposta.

A Ryanair compromete-se também a manter a marca Aer Lingus e, continuar a operar as duas companhias separadamente. Este remédio não trata directamente qualquer identificado problema de concorrência, mas não há uma explicação sobre a forma como monitorar esse compromisso.

Também pode ser observado que não está claro como o compromisso proposto, ainda que parcialmente, possa remover o entrave significativo à concorrência efectiva criado pela operação notificada, já que prosseguindo a maximização do lucro, a propriedade comum da Ryanair e da Aer Lingus é suficiente para provocar os efeitos anti concorrenciais definidos, sendo que na opinião da Comissão, uma dupla estratégia de marca permitiria à Ryanair explorar o seu poder de mercado de forma mais eficaz e assim extrair lucros adicionais, em comparação com uma estratégia de marca única, a partir dos seus clientes.

Com efeito, uma dupla marca pode tornar mais fácil para uma empresa cobrar preços mais elevados para clientes com uma vontade maior de pagar e baixar os preços para um preço mais elástico, aumentando os lucros da empresa.

A Ryanair finalmente propõe um remédio " frequência frio", pelo qual se comprometeu, por um período de seis temporadas IATA, após a conclusão da fusão, em não aumentar o Numero de frequências operadas em conjunto pela Ryanair e pela Aer Lingus, assim como a não reduzir as frequências nessas rotas a menos que uma rota fosse ou se tornasse inútil.

Mais uma vez, o conteúdo deste compromisso, concretamente de " via inútil ", não se encontra definido no texto dos compromissos

Também não está claro se os compromissos propostos podem ser implementados sem o consentimento do outro accionista, Aer Lingus.

Existiam igualmente sérias dúvidas sobre se a Ryanair poderia implementar os compromissos de forma plena e atempada e com sucesso.

A Aer Lingus afirma que sob a lei irlandesa e dos estatutos da Aer Lingus, os compromissos assumidos em geral, e a oferta de faixas horárias em Heathrow em especial, não podiam ser legalmente entregues pela Ryanair.

De acordo com o Art.º 10º dos Estatutos da Aer Lingus, estes contém um procedimento específico referente à disposição dos “*slots*” Londres Heathrow, envolvendo os accionistas da Aer Lingus.

Com efeito, os dois accionistas da Aer Lingus, em conjunto podem bloquear qualquer disposição de “*slots*” da Aer Lingus em Londres Heathrow. A Ryanair parece não disputar esta mas encaminhar esses “*slots*” que poderiam ser disponibilizados por meio de contractos de arrendamento de curto prazo, que são isentos das regras na alienação de faixas horárias em Heathrow e que exigem o envolvimento de Shareholders.⁶³⁶

Consequentemente, sem tomar uma posição sobre os outros argumentos levantados pela Aer Lingus, a Comissão conclui que não é suficientemente provável que o compromisso da Ryanair para disponibilizar oito pares de Aer Lingus London Heathrow “*slots*” possa ser implementado de forma bem-sucedida, plena e atempada.

Em conclusão e pelas razões mencionadas acima, a Comissão conclui que da notificada

concentração resultam entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou uma parte substancial do mesmo, nos termos do nº 3 do art.º 2º do RC., em particular em resultado da criação de uma posição dominante da Ryanair e da Aer Lingus em 35 rotas de e para Dublin, Shannon e Cork e, a criação ou reforço de uma posição dominante em 15 outras rotas de e para Dublin e Cork.

A concentração foi consequentemente declarada incompatível com o mercado comum e do EEE, nos termos do nº 3 do art.º 8º do RC. e do art.º 57º do Acordo EEE.

⁶³⁶ Embora o texto dessa disposição possa estar aberto a diferentes interpretações, parece no entanto claro que, mesmo na leitura estreita e técnica do artigo 10º defendida pela Ryanair, o mais provável seria a Aer Lingus não ser capaz de alugar os oito pares de “*slots*” de Londres Heathrow por um período de mais de 36 meses, por meio de contractos de arrendamento de curto prazo. Qualquer posterior arrendamento para os mesmos entalhes já não se qualifica como um contrato de arrendamento de curto prazo, mas como uma transacção de alienação. Consequentemente, a Aer Lingus não seria capaz de entrar num segundo conjunto de contractos de arrendamento de curto prazo para estes oito pares de “*slots*” de Londres Heathrow

⁶³⁶ Pt.1499 da decisão.

2- Caso -OLYMPIC/AEGEAN AIRLINES⁶³⁷-M5830.

2.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO;

Trata-se de uma pretensão de fusão notificada à Comissão em 24 de Junho de 2010, tendo esta no dia 30 de Julho iniciado uma investigação aprofundada

A CE proibiu a fusão entre a Aegean Airlines e a Olympic Air, que faz parte do maior grupo de empresas propriedade de Marfin Investment Group da Grécia.

A Egeu opera no mercado de transporte aéreo de passageiros regulares e charter, bem como transporte de carga na Grécia e, em rotas de curta distância internacionais, a partir do Aeroporto Internacional de Atenas, servindo cerca de 45 destinos de curta distância, inclusivé para as ilhas gregas, integra o grupo da Star Alliance desde 2010. O grupo Olímpic é composto por três entidades legais:

1- Olympic Air que exerce a sua actividade desde 1 de Outubro de 2009, após a privatização das antigas Olympic Airlines;

2- Manipulação Olímpic que presta serviços de assistência em escala em 39 aeroportos gregos, servindo a Olympic Air e as companhias aéreas de terceiros, e;

3- Engenharia Olímpico, à data em início de actividade e com actuação na área dos serviços de manutenção, reparação e revisão.

Ambas, a Egeu e a Olympic Air operam em rotas abrangidas pelas obrigações de serviço público (OSP), sendo que a Egeu tem essas obrigações em quatro rotas e a Olímpico em treze rotas.

2.2-PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

A Comissão analisou a fusão entre a Aegean Airlines e a Olympic Air, tendo vindo a proferir decisão de proibição ao abrigo do RC. da UE, uma vez que no seu entendimento a operação teria resultado, num quase monopólio no mercado de transporte aéreo grego.

⁶³⁷ http://ec.europa.eu/competition/eojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

No seu entendimento, a fusão teria provocado o aumento de tarifas numa proporção de quatro para seis milhões de consumidores gregos e europeus que viajam anualmente em rotas de e para Atenas, bem como numa menor qualidade de serviço para os gregos e turistas que viajassem entre Atenas e as ilhas gregas.

Com efeito, em conjunto, as duas companhias controlavam mais de 90 % do mercado grego do transporte aéreo doméstico.

Tal como aconteceu na análise das fusões de companhias aéreas anteriores, a Comissão analisou os efeitos combinados da fusão proposta sobre as rotas individuais em que ambas as empresas operam, tendo identificado um quase monopólio em nove rotas.

A fusão teria levado a um quase monopólio entre Atenas e Salónica, e entre Atenas e oito aeroportos, ou seja, Heraklion e Chania, Creta, Rhodes, Santorini, Mytilini, Chios, Kos e Samos.

Por outro lado, atento o inquérito levado a cabo, a Comissão concluiu que os serviços de ferry não são um substituto suficientemente próximo de serviços aéreos, de forma a disciplinar o comportamento de preços da nova entidade pós- fusão, pois os tempos de viagem são muito mais longos e as frequências mais baixas. Existiria apenas uma única rota doméstica, onde os serviços de ferry poderiam ser considerados um substituto próximo para serviços aéreos que era a rota de Atenas-Mykonos. Por outro lado ainda, concluiu também a investigação de mercado que não haveria perspectiva de que qualquer outra nova entidade económica entrasse no mercado grego após a fusão, em escala suficiente no que diz respeito a voos domésticos de e para Atenas

2.3-SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

Como forma de ultrapassar as objecções da Comissão, as empresas ofereceram a cedência de faixas horárias de descolagem e de aterragem nos aeroportos gregos, mas tal medida não afastou as suas preocupações, até porque os aeroportos em questão não sofriam com o congestionamento tal como acontecia noutros casos decididos pela Comissão e em que a medida foi aceite.

As empresas em causa, disponibilizaram-se a libertar caça-níqueis em Atenas e outros aeroportos gregos, bem como ofereceram outros remédios, tais como o acesso aos seus programas de passageiro frequente e a acordos *interline*.

No entanto, a natureza e o alcance de tais remédios não foram suficientes para garantir que os clientes não fossem prejudicados pela transacção.

A análise de mercado levou igualmente a Comissão a concluir que os remédios não eram susceptíveis de atrair um novo actor credível para criar uma base no aeroporto de Atenas de forma a poder exercer uma pressão concorrencial credível, nas rotas afectadas.

Convém dizer que relativamente às fusões de companhias aéreas analisadas pela Comissão anteriormente, foram examinadas 11 fusões e muitas alianças neste sector desde 2004, sendo esta apenas a segunda proibição negativa.

A primeira, foi em 2007 e é o caso aqui analisado anteriormente, ou seja, a proposta de aquisição da Aer Lingus pela Ryanair.

Ambas as transacções tinham em comum a fusão de duas companhias aéreas com base no mesmo aeroporto mãe. Foram as duas proibidas.

- Os compromissos de 12 Novembro de 2010.

Os compromissos de 12 de Novembro 2010, previstos para o mercado de transporte aéreo de passageiros referem-se a três rotas domésticas gregas para o mercado de atribuição de rotas OSP na Grécia.

Foi proposto:

a) Liberar faixas para operar o seguinte Numero de frequências:

1- Atenas- Mytilini: frequências oferecidas diariamente;

2-Atenas- Rhodes;

3-Atenas-Salónica;

b)-Congelar frequências da entidade resultante da concentração com base no Egeu e Olympic Air combinado 2010 frequências temporada de verão;

c) Conceder a oportunidade a novos operadores de entrar num acordo de *interline* com a referida entidade, limitado a verdadeira origem e destino do tráfego no par de cidades identificado operado pela Companhia Aérea; e

d) -Dar acesso a FFP da Incorporada da Entidade.

Tais compromissos foram estabelecidos com uma duração máxima de tempo, sujeitos a duas limitações:

a) Para poder beneficiar dos compromissos, as receitas totais do grupo do novo operador não poderiam ser maiores do que os de Egeu no Exercício de 2009 ou, se for o caso, o mais recente exercício;

b) Os compromissos de cada par de cidades estavam em vigor somente até a entidade resultante da concentração enfrentar a concorrência de outras duas companhias aéreas.

Nos compromissos no mercado para atribuição de rotas OSP na Grécia, as partes ofereceram um remédio para as quatro rotas que se refere o SO: (i) Atenas-Ikaria , (ii) Atenas- Cárpatos (Olympic) , (iii) Atenas- Citera (Olímpico) e (iv) Thessaloniki- Corfu (Egeu) .

Tendo-se comprometido a que a nova entidade iria concorrer na oferta do processo de licitação para essas rotas,

As partes vieram a apresentar uma versão substancialmente modificada dos compromissos onde incluíram uma rota adicional-Atenas- Kos, bem como aumentaram o Numero de “slots” que haviam oferecido na rota Atenas-Salónica, tendo ainda retirado o congelamento das frequências e das condições referentes ao volume de negócios máximo do novo operador, bem como ao Numero de participantes que poderiam beneficiar dos compromissos, entre outras medidas tais como a concessão de preferência para candidatos que pretendessem operar um maior Numero de rotas.

Segundo os resultados obtidos do estudo de mercado inicial efectuado, os aspectos técnicos destes compromissos, apresentados em 18 de Novembro, foram no geral entendidos como adequados.

No entanto, no que diz respeito aos “*slots*” adicionais foi sentida a necessidade de se efectuar algumas melhorias.

Além disso, os entrevistados chamaram a atenção para a inadequação dos compromissos de “*slot*”, tendo em vista a falta de congestionamento em Atenas e outros aeroportos gregos atenta a falta de quaisquer concorrentes credíveis.

Assim, as medidas foram consideradas inadequadas para resolver os problemas de concorrência identificados, pelo que foram apresentados os compromissos de 29 de Novembro de 2010.que acabaram por incluir as seguintes alterações substanciais:

a) Lançamento de caça-níqueis em três rotas adicionais;

b) Limite de frequência em que as partes se comprometeram a não adicionar frequências além daquelas operadas em conjunto pelo Egeu e Olímpico, durante a temporada de verão de 2010 IATA;

c) Disponibilidade de acesso não discriminatório à assistência em escala e serviços de MRO no AIA ou em qualquer aeroporto de destino para os sete pares de cidades identificados;

d) Acesso a outros destinos por meio do acordo de interline, isto é, incluindo também " qualquer por trás ou além rotas que ligam o par de cidades identificadas relevantes e exploradas pela empresa ";

e) Tarifa compromisso de controlo pela qual a entidade resultante da concentração não iria aumentar as suas tarifas publicadas nas rotas sujeitas aos compromissos durante um período de quatro estações IATA consecutivas.

A Comissão veio a manifestar a opinião de que medidas como o congelamento das frequências poderiam ter o efeito de não permitir aos consumidores colher os benefícios da maior quantidade possível de frequências oferecidas como resultado da interacção competitiva dos participantes do mercado. Para além do facto de ser muito difícil de implementar e monitorar, assim como ir contra o objectivo de deixar as forças do mercado definir o preço de mercado para produtos e serviços.

Atenta esta posição, as partes vieram ainda a apresentar uma nova versão de compromissos, em 6 de Dezembro 2010, que veio a operar as seguintes modificações substanciais em relação à versão anterior, de 29 de Novembro de 2010:

1- O mecanismo de controlo de tarifa e o congelamento das frequências foram removidos.

2- Lançamentos caça-níqueis em duas rotas adicionais, elevando o Numero total de rotas sujeitas a obrigações a nove

Como se vê, os compromissos apresentados pelas partes, no caso em análise, consistem principalmente numa " solução de acesso".

No entendimento da Comissão, se os compromissos de acesso garantirem a entrada de concorrentes suficientes, poderão ser considerados como tendo um efeito similar sobre a concorrência no mercado, tal como acontece com uma alienação.

Se não se poder concluir que a redução das barreiras à entrada por parte dos compromissos propostos vai levar com toda a probabilidade à entrada de novos concorrentes no mercado, a Comissão rejeitará tal pacote remédio.

Foi o que aconteceu neste caso, tendo a Comissão seguido o parágrafo 68 das “Orientações das Concentrações Horizontais”. Com efeito, para a entrada de um novo operador exercer pressão concorrencial suficiente sobre as partes na concentração, deve ser demonstrado que é provável, tempestivo e suficiente para impedir ou anular os efeitos anti concorrenciais potenciais da fusão. ⁶³⁸

Quando vários concorrentes tinham manifestado interesse em entrar nos mercados afectados, tal identificação é requerida⁶³⁹. Assim, a contrario, quando nenhum concorrente mostra interesse credível, a Comissão pode exigir a identificação do novo participante (s) em rotas problemáticas, de modo a verificar que uma entrada é provável que ocorra.

Com efeito, embora o RC. não exija a identificação de um novo operador ⁶⁴⁰ este” pode ser necessário , em certos casos [...] em especial quando nenhum concorrente mostra qualquer interesse em entrar nas rotas afectadas. ”

No presente caso, não há evidências de que uma simples ameaça de entrada fosse suficiente para restringir a entidade resultante da concentração, em particular tendo em vista o fato de que não existia nenhuma outra companhia aérea com base em Atenas que fosse suficiente mente forte para exercer uma pressão concorrencial credível sobre a entidade resultante da fusão. ⁶⁴¹

Além disso, os compromissos apresentados não conseguem remover as barreiras à entrada identificadas.

Assim, todos os compromissos pacotes oferecidos pelas partes têm uma característica comum que consiste na oferta de lançar um Numero de “slots” em vários aeroportos gregos que conectam as rotas para as quais foram identificados problemas de concorrência.

Enquanto os compromissos de 12 Novembro de 2010 continham ranhuras relativos apenas a três rotas, os compromissos de 6 Dezembro 2010 ofereciam vagas para novos operadores referentes a todas as rotas.

Os compromissos de “slot” são acompanhados por vários compromissos auxiliares, que são comuns nos casos de fusão das companhias aéreas, em especial, o

⁶³⁸ Ver Pt. importante da decisão 1401.

⁶³⁹Pt. 1403 da decisão.

⁶⁴⁰Pt. 2148 da decisão.

⁶⁴¹Pt. 2149 da decisão.

acesso a FFP da nova entidade e a possibilidade de o novo operador concluir acordo *interline* com a entidade resultante da fusão.

Além disso, os compromissos de 29 Novembro de 2010 e de 6 de Dezembro 2010 também incluem o acesso de forma não discriminatória a assistência em escala e serviços de MRO no AIA ou em qualquer aeroporto de destino nas rotas relevantes.

Para além de um congelamento de frequência e/ou uma forma de controlo de preços, oferecidos nos compromissos de 12 e 29 de Novembro de 2010, em que os preços não poderiam ser aumentados em algumas delas, medidas estas que vieram a ser retiradas dos compromissos apresentados pelas partes.

Convém referir que o presente caso é caracterizado por duas características principais⁶⁴²:

1-A transacção equivale à fusão das duas únicas companhias aéreas regulares com base em AIA e, de facto, que cobre a totalidade do mercado doméstico regular grego.

2-Ao contrário do anterior caso de fusão, os “*slots*” não estão congestionados na medida em que as faixas horárias no primeiro constituíam uma barreira à entrada que não poderia ser superada por potenciais novos operadores, o que no caso concreto não se passa por os aeroportos gregos não se encontrarem congestionados, como se referiu.

A fim de ser capaz de exercer pressão concorrencial suficiente sobre a entidade resultante da concentração de modo a neutralizar os efeitos da pós transacção referentes a um potencial aumento de preço⁶⁴³, um novo operador teria, em especial, que ser baseado no AIA e ter uma credibilidade de marca de forma a poder competir com a da entidade resultante da concentração, estando numa posição para desenvolver a sua conexão / alimentador de tráfego. Daqui resulta que, para ser eficaz, qualquer compromisso no presente caso teria de abordar estas questões.

No caso concreto, aconteceu que o resultado do teste de mercado confirmou a análise da Comissão, tendo-se concluído que as faixas horárias não são a principal barreira à entrada, neste caso, pelo menos, como a maioria dos aeroportos estão em causa.

No que respeita às obrigações acessórias, nomeadamente os acordos de FFP e *interline*, a grande maioria dos concorrentes considerou o âmbito das ofertas como

⁶⁴²Pt.2156 da decisão.

⁶⁴³Pt.2156 da decisão.

suficiente, embora tivesse havido quem entendesse que os compromissos deveriam também incluir o acesso a “*pro rata*” especial e a acordos de “code-share”, para que o novo provedor tivesse igualdade de tratamento com os parceiros de aliança de companhias aéreas da nova entidade e dessa feita, com certeza suficiente levarem ao desenvolvimento do novo concorrente

No que respeita ao compromisso de oferecer aos novos operadores, serviços de manuseio e de terra, MRO, numa base não discriminatória nos aeroportos em causa pelos compromissos, a grande maioria dos entrevistados considerou que poderiam ter impacto positivo sobre os novos operadores que pretendessem entrar nos mercados em que o compromisso fosse aplicável.

Compromissos com Potenciais novos operadores e probabilidade de entrada:

Relativamente a este item, enquanto a maioria dos concorrentes indicaram que, em sua opinião, os compromissos de 6 de Dezembro de 2010 seriam suficientes para resolver os problemas de concorrência identificados na investigação de mercado da Comissão, o resultado do teste de mercado revelou pouco interesse entre as companhias aéreas em compromissos propostos e não permitiu a identificação de um candidato, assim como não revelou também planos de entrada de companhias aéreas internacionais.

Com efeito, os compromissos propostos não abordavam as barreiras à entrada identificadas no presente caso. Para serem adequados e de forma a resolver os problemas de concorrência, os compromissos, deveriam visar remover as barreiras à entrada identificadas na investigação de mercado da Comissão. -Princípio da adequabilidade.

Como se referiu, as principais barreiras à entrada não incidiam nem sobre a disponibilidade de “*slots*”, nem sobre as outras características abordadas pelos compromissos auxiliares.

Na verdade, dada a ausência de congestionamento do aeroporto no que diz respeito à maioria dos aeroportos no presente caso, os “*slots*” suficientes estavam disponíveis gratuitamente, a partir das autoridades aeroportuárias competentes.

As principais barreiras à entrada no presente caso, referiam-se à capacidade dos novos operadores sobre a criação de uma base de AIA, de modo a ser capaz de cobrir mercado doméstico grego bem como para a necessidade de uma marca reconhecida com possibilidade de competir com o da nova entidade.

O mesmo aconteceu no caso Ryanair / Aer Lingus, onde o Tribunal de Primeira Instância concluiu que o caso era diferente das fusões de companhias aéreas anteriores dando razão à Comissão no entendimento de não ser suficiente os compromissos de slot e alguns compromissos auxiliares adicionais apresentados pelas partes, uma vez que não eram garantia de acesso a uma rota.

Com efeito, esta não é uma operação que envolva operadores activos que tenham um aeroporto doméstico em diferentes países. A Ryanair e a Aer Lingus operam a partir do mesmo aeroporto, o Aeroporto de Dublin, onde têm vantagens significativas que não podem ser facilmente combatidas pelos concorrentes.

Por outro lado, os compromissos propostos, no entendimento da Comissão, também não levam a uma entrada oportuna, provável e suficiente. Na verdade, com base nas respostas dos participantes no mercado, nenhuma entrada parece ser provável no mercado doméstico grego. Excepto para as três companhias aéreas locais Athens Airways, Hellas Jet e Hellenic Imperial, cuja entrada é altamente duvidosa e não suficientemente credível, nenhuma companhia aérea manifestou vontade de entrar em qualquer das rotas, seja em função dos compromissos propostos ou por sua própria iniciativa.

Por fim, para que qualquer entrada devesse ser considerada como tendo um efeito suficiente no mercado para restabelecer uma concorrência efectiva, teria que acontecer em escala suficiente, ou seja, com uma base de AIA para ser capaz de cobrir as rotas domésticas gregas de Atenas e, com uma marca que é reconhecida no mercado grego, tendo sido entendido que as empresas gregas acima mencionados não seriam capazes de poder concorrer com a entidade resultante da fusão.

Com efeito a avaliação da Comissão, com base em toda a evidência disponível e os resultados do estudo de mercado, indicou que, considerando os compromissos, a entrada oportuna e, provavelmente de uma escala suficiente, não teria lugar.

Assim, atenta a ausência de entrada, a mera existência de compromissos não era por si só suficiente para disciplinar a entidade resultante da concentração.

A Comissão investigou no presente caso, em que medida os potenciais candidatos poderiam ter reconsiderado a sua decisão de entrar nas rotas afectadas precisamente nas circunstâncias em que a entidade resultante da concentração aumentasse os preços após a operação e, no caso a entrada não ocorrer, até que Pt.

participantes do mercado acreditam que a mera existência de compromissos disciplinaria o comportamento de preços da nova entidade.

No que diz respeito aos planos de entrada no caso de os níveis de preços aumentarem após a operação, o resultado foi o mesmo que a maioria dos concorrentes indicaram ou seja, que a sua decisão de não entrar nos mercados em questão era independente da transacção / compromissos e dos níveis de preços, sendo antes relacionada com a estratégia de negócio de se concentrar em diferentes mercados (mercados de nicho, sem rotas de competição, etc.) ou a indicadores macroeconómicos de longo prazo.

Pelo que a Comissão considerou que a mera existência dos compromissos não era suficiente para disciplinar o comportamento de preços da nova entidade, notadamente porque os compromissos com base em lançamentos de “*slot*” ainda que acompanhados de algumas medidas auxiliares, não seriam adequados, no presente caso, não incentivando suficientemente uma provável entrada.

Em sede de conclusão, dir-se-á que a Comissão entendeu que os compromissos de acesso, como lançamentos de “*slots*”, poderão ser aceites em circunstâncias em que é suficientemente claro que haverá entrada de novos concorrentes que exercem uma pressão concorrencial suficiente sobre a entidade resultante da concentração, de modo a prevenir eventuais efeitos anti concorrenciais postar transacção.

No entanto, a avaliação da Comissão, com base na evidência disponível e nos resultados do teste de mercado foi a de que os compromissos propostos não são susceptíveis de resolver os problemas de concorrência, de forma suficiente e oportuna.

O teste de mercado não permitiu identificar com grau de probabilidade qualquer novo operador com planos credíveis para entrar no mercado e competir com a entidade resultante da concentração, nas rotas onde foram identificados problemas de concorrência.

Assim, o resultado não pode ser verificado, pelo que não se pode concluir que os compromissos propostos seriam eficazes na prática. Em tal situação, quando não se pode concluir com grau de certeza que os compromissos propostos visam a redução de barreiras à entrada, importaria efectivamente levar apresentar novos concorrentes aptos a exercer pressão concorrencial suficiente sobre a entidade resultante da concentração. O que não aconteceu pelo que à Comissão outra alternativa não restou a não ser a, a de rejeitar o pacote dos compromissos.

Pelo que com base no exame dos compromissos de 6 de Dezembro de 2010, conclui-se que estes não são capazes de resolver o entrave significativo identificado a uma concorrência efectiva e, portanto, não podem tornar o projecto de concentração compatível com o mercado interno, na acepção do art.º 2º (3) do RC. , em particular como resultado da criação de uma posição dominante que se refere aos possíveis mercados para os passageiros sensíveis ao tempo na rota Athens- Thessaloniki, Atenas- Heraklion , Atenas- Chania, Atenas- Rodes, Atenas- Santorini, Atenas- Mytilini, Atenas- Chios, Atenas- Kos, e rotas Atenas- Samos , e nas Atenas- Rodes e Atenas – Salónica, para os passageiros em que o tempo de duração a viagem é importante.

Para os mercados onde os serviços de ferry podem ser parte do mercado relevante, ou seja, os possíveis mercados para os passageiros não sensíveis ao tempo e todos os passageiros das rotas Atenas- Heraklion, Atenas- Chania, Atenas- Santorini, Atenas- Mytilini, Atenas- Chios, Atenas - Kos e Atenas - Samos rotas, não for necessário concluir definitivamente sobre a criação de uma posição dominante, uma vez que mesmo na ausência da criação de uma posição dominante, a operação, em qualquer caso, criaria sempre entraves significativos à concorrência efectiva no mercado interno, como resultado da eliminação de um particular, perto da relação de concorrência entre Egeu e Olympic Air e, portanto, das pressões concorrenciais importantes que ambas as companhias exercem uma sobre a outra.

Além disso, da transacção resultavam entraves significativos à concorrência efectiva no mercado interno, através da eliminação de um potencial candidato credível na rota Atenas- Corfu. Foi este o entendimento da Comissão.

3- Caso DEUTSCHE BÖRSE / NYSE EURONEXT ⁶⁴⁴-M.6166.

3.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A fusão em questão foi notificada à Comissão em 29 de Junho de 2011, sendo que a 4 de Agosto de 2011, decidiu a Comissão avançar para uma investigação em profundidade. O prazo para a decisão foi prorrogado por duas vezes com a finalidade da avaliação dos remédios.

⁶⁴⁴ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_6166

A Eurex é operada pela Deutsche Börse e a Liffe, operada pela NYSE Euronext. Tratava-se de uma operação que envolvia as duas maiores bolsas do mundo de produtos financeiros derivados, baseados em subjacentes europeus, competindo uma com a outra e sendo igualmente as concorrentes mais próximas uma da outra.

3.2-PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

No entendimento da Comissão, a fusão teria resultado num quase monopólio na área de derivados financeiros europeus, comercializados em bolsas, pois que as duas bolsas em questão controlavam mais de 90 % do comércio mundial.

A investigação da Comissão concluiu que o aparecimento de novos concorrentes que pudessem entrar no mercado com sucesso e de forma a poder exercer pressão concorrencial sobre a empresa fundida não era expectável.

Apesar de as empresas se oferecerem para vender certos activos e fornecer acesso à sua câmara de compensação nalgumas categorias de novos contractos, os compromissos foram tidos como insuficientes para resolver os problemas de concorrência identificados. A fusão teria eliminado a competição existente global e criado um quase monopólio numa série de classes de activo, levando a danos significativos para os usuários de derivados e à economia europeia em geral.

A Comissão concluiu que a concorrência manteria, o benefício dos preços aos clientes, por um lado, sendo que, por outro lado, a operação desembocaria em menos inovação numa área onde o mercado competitivo é fundamental, tanto para as PME, como para as grandes empresas.

Para efeitos de determinação do mercado relevante, a análise da Comissão centrou-se nos efeitos da fusão proposta sobre os mercados de derivados financeiros europeus.⁶⁴⁵

⁶⁴⁵ Os derivativos são contractos financeiros cujo valor deriva de um activo subjacente (por exemplo, taxa de juros, capital), sendo usados por empresas e instituições financeiras para gerir o risco financeiro, assim como um veículo de investimento por parte dos investidores de varejo e institucionais, incluindo os fundos mútuos e de pensão que investem em nome dos consumidores finais. Os derivados são produtos que podem ser negociados em bolsas ou "over-the-counter" (OTC). Os derivados transaccionados em bolsa (TVP) são de alta liquidez, tamanho relativamente pequeno (cerca de 100 000 € por comércio) e contractos totalmente padronizados em todos os seus termos e condições legais e económicas. Os derivados OTC são contractos muito maiores (cerca de 200 000 € por comércio) que permitem a personalização de seus termos e condições legais e económicas. O inquérito revelou que os ETDs e OTCs, geralmente não são considerados como substitutos pelos clientes, uma vez que são usados

Durante o inquérito ficou claro que, devido às elevadas barreiras à entrada⁶⁴⁶, nenhum outro actor económico teria a capacidade de desenvolver o comércio de derivados financeiros europeus, numa escala suficiente de forma a poder manter o mercado competitivo.

Teria sido muito difícil a um novo actor, entrar no mercado porque, dadas as vanta-gens da limpeza e, contractos similares numa única câmara de compensação, os clientes teriam sido relutantes em negociar derivados semelhantes noutra troca. A dinâmica do próprio mercado teria reforçado a posição monopolista da fusão, resultando em pre-ços mais elevados e menores incentivos para inovar.

As duas empresas alegaram que a fusão iria beneficiar os clientes através de uma maior liquidez, argumento que a Comissão entendeu ser improvável que a fusão trouxesse tais benefícios. No entendimento desta, historicamente, a competição ao invés da consolidação cambial, gerou sempre ganhos de liquidez.

Apesar de as empresas argumentarem que os clientes beneficiariam de ter que suportar menos garantias para a segurança, esses benefícios no entendimento da Comissão seriam contudo significativamente menos do que os que os que as partes argumentaram na concentração e de qualquer forma, poderiam mesmo assim ser obtidos sem a fusão.

Acresce que os ganhos de eficiência não seriam suficientemente substanciais para compensar os danos causados aos clientes pela fusão. Por outro lado, a criação de um monopólio, levaria a que os benefícios também seriam improvavelmente obtidos em benefício dos clientes.

3.3.SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

para fins diferentes e em diferentes circunstâncias. Alguns usuários de trocas também não são autorizados pelos seus mandatos para operar no mercado de balcão, devido a considerações de gestão de risco. Por outro lado, constatou-se também um quase monopólio sobre derivados financeiros europeus negociados em bolsas. Embora outras empresas, tais como a Chicago MeRCantile Exchange (CME), prestem serviços semelhantes em todo o mundo, só o fazem de forma marginal, nas categorias de activos em causa.

⁶⁴⁶ Ambas, a Eurex e a Liffe operam em silos verticais fechados fazendo as suas trocas, na sua própria câmara de compensação, pelo que a fusão teria criada um único silo vertical, de negociação e de compensação de mais de 90 % do mercado global de ETDs financeiros europeus.

Ambas as empresas propuseram-se vender acções e derivativos de acções, produtos europeus da Liffe que competiam com os da Eurex.

No entanto, os bens propostos a alienar no entendimento da Comissão eram muito pequenos e não suficientemente diversificados para serem passíveis de viabilização, de forma autónoma

Na área comercial mais significativa de derivados europeus de taxas de juros, as em-presas não se ofereceram para vender produtos derivados de sobreposição, mas para fornecer o acesso à compensação da empresa resultante da fusão, para algumas categorias de "novos" contratos.

Tal oferta foi igualmente entendida como sendo insuficiente, sobretudo porque não estendida aos produtos concorrentes existentes, tendo a Comissão duvidado também da viabilidade e da eficácia do remédio de acesso.

Para ultrapassar os problemas de concorrência identificados pela Comissão no SO, as partes notificantes inicialmente apresentaram uma primeira série de compromissos em 17 de Novembro de 2011, nos termos do art.º 8º (2) do RC. que foram substituídos por um conjunto revisto de compromissos apresentados em 21 de Novembro 2011.

O teste deste conjunto de compromissos de mercado foi lançado em 22 de Novembro 2011, sendo que na sequência dos resultados do primeiro teste de mercado, as partes notificantes apresentaram um novo conjunto de compromissos em 12 de Dezembro de 2011 que foram posteriormente alterados e substituídos por compromissos apresentados em 14 de Dezembro de 2011 a que se seguiu o segundo teste do mercado.

O pacote de remédios inicial apresentado em 21 de Novembro de 2011, no seu essencial, continha dois compromissos, a saber:

a)A alienação de partes do negócio de derivativos de acções das partes notificantes, ou seja, o "Compromisso de Desinvestimento"⁶⁴⁷ e;

⁶⁴⁷ Quanto à sua substância o compromisso de desinvestimento refere-se ao negócio na área de derivados de capital, conforme especificado nos compromissos de 21 de Novembro de 2011 incluindo os seguintes activos principais.-Contractos de derivativos de acções da NYX listadas na NYSE Liffe, em Londres, Reino Unido, incluindo juros abertos criados no LIFFE CONNECT, plataforma livro de ofertas central e um direito permanente aos contratuais / regras de enquadramento com base em que os direitos surgem e subsistem, excepto opções de stock de acções individuais em belga, francês, holandês, Português, e Reino Unido ("mercados domésticos de Nyx") subjacentes, e incluindo os juros abertos, uma licença não exclusiva para usar e modificar determinada propriedade intelectual, alguns serviços relacionados com TI, dados históricos do mercado, necessário pessoal / funcionários;-Instalações da NYX Bclear, excepto no que se refere aos derivados de índice de acções, derivativos de *commodities* e opções de acções individuais, contractos em subjacentes listados nos mercados nacionais da NYX, incluindo contractos e

b) Oferta para garantir o acesso à entidade resultante da fusão, denominada de margem de piscina para certos contratos de derivativos de taxa de juros e índices de acções, independente de acesso chamado de " ITPA Compromisso ".

O compromisso ITPA consistia em fornecer acesso à casa de compensação da entidade resultante da concentração, bem como a chamada margem de piscina, incluindo os serviços relacionados com a gestão de riscos, infra-estrutura e rede, bem como com mecanismos de inadimplência, a terceiros independentes e elegíveis " ITP ", para determinados contratos de derivativos elegíveis, com base em obrigações europeias, o índice de acções europeias ou subjacentes europeus taxas de juros.

Tais contratos de ITP tinham que ter um coeficiente de correlação não maior do que 85%, em comparação com os contratos já com a margem de piscina da nova entidade, incluindo contratos da entidade resultante da concentração e outros contratos em que tenham sido introduzidas margens de piscina, de acordo com estes compromissos.

De acordo com o Compromisso ITPA, a introdução de produtos idênticos aos já existentes na margem piscina da nova entidade, não seriam permitidos. No entanto, foi contemplada a excepção de durante o primeiro ano, após o lançamento de um novo produto por um ITP ou, a entidade resultante da concentração, qualquer outro ITP assim como a entidade resultante da concentração, estaria em posição de lançar contratos de derivativos através de câmara de compensação da nova entidade, semelhantes ou idênticos para o novo produto.

Neste período de inovação e, um ano decorrido, qualquer contrato para ser apresentado a margem piscina da nova entidade teria de cumprir os critérios de elegibilidade definidos pelos limiares de correlação.

Para ser elegível como ITP um terceiro teria que operar num mercado regulamentado domiciliado na União Europeia bem como ser autorizado a negociar

contractos em aberto para todos os contractos futuros de acções individuais (independentemente do país de subjacente) e todos contractos de opções de acções no único subjacentes de diferentes mercados nacionais da NYX , países disponíveis através de instalações da NYX Bclear , licenças , permissões e autorizações para software, sistemas dedicados de hardware e documentação ; -Os contractos da DB e contractos em aberto em opções individuais, estoque de capital disponíveis no livro de ofertas central, através de ofícios bloco de balcão, e através de OTC Flex com base no Reino Unido, francês, holandês e belga acções, subjacentes operados como parte da negociação Eurex Deutschland e Eurex Zurich plataformas, com activos relacionados, incluindo dados históricos do mercado.

taxas de juros e derivativos de índices de acções pelas autoridades de supervisão competentes.

O acesso à margem de piscina da nova entidade, seria concedido ao ITP na sequência de um processo aplicativo gerenciado por um Comité ITPA que seria composto por quatro membros, incluindo um membro independente.

A ITPA seria concedida nos termos de um acordo de cinco anos aos Serviços de Compensação, sujeito a uma série de taxas de acesso determinadas pela entidade resultante da fusão, em condições justas, razoáveis e não discriminatórias

O remédio ITPA foi concebido para ser posto em prática por um período de três anos a partir da conclusão da transacção, com possibilidade de ser prorrogado pela Comissão por um período adicional de dois anos.

Relativamente ao compromisso de desinvestimento, no que diz respeito aos negócios de alienação, os participantes do mercado expressaram preocupações de que o negócio de desinvestimento não tenha escala suficiente tendo sido composta por contractos sem atractivos. Com efeito, na ausência de oportunidades de margem com contractos intimamente ligados, a alienada margem de piscina desapareceria.

O comprador teria de ser activo na negociação de caixa e na compensação das acções subjacentes, semelhante à Liffe e à Eurex.

Tendo em conta que a actividade alienada não previa a alienação de qualquer um destes produtos, o *link* seria quebrado colocando pressão sobre a sustentabilidade da actividade alienada ao longo do tempo.

Isso ocorre porque a sustentabilidade de uma margem de piscina depende de uma selecção cruzada de contractos, a capacidade de oferecer compensações de margem e a amplitude do portfólio de produtos. Como resultado, os participantes do mercado expressaram sérias preocupações sobre a viabilidade de forma duradoura da actividade alienada.

No que diz respeito aos aspectos técnicos da transferência da actividade alienada, o teste de mercado forneceu indicações de que embora tecnicamente, a transferência de contractos em aberto seja possível, há uma série de obstáculos associados a esse tipo de exercício que podem afectar os incentivos de clientes para manter o interesse aberto com o novo adquirente e, que teriam que ser tratados de forma adequada. Sendo que a sua reacção seria naturalmente a de transferir o seu interesse para onde a liquidez é mais concentrada.

Da mesma forma, qualquer transferência de margem de piscina implicaria necessariamente aos concorrentes custos de conectividade para os clientes, o que diminuiria ainda mais os incentivos dos clientes para transferir os seus contratos para o novo adquirente e apoiar o seu negócio. No mesmo sentido, as incertezas regulamentares inerentes a essa transferência também teriam de ser gerenciadas.

Em geral, os participantes do mercado indicam que o escopo do negócio de alienação proposto era insuficiente para restaurar a concorrência que seria perdida como resultado da fusão proposta entre a Eurex e Liffe na área de derivativos de ações individuais.

No que diz respeito ao Compromisso ITPA, o primeiro teste de mercado identificou que além de uma série de questões-chave relacionadas com a própria viabilidade de qualquer acordo de acesso, o defeito fundamental da proposta era que o escopo do ITPA refere-se aos novos contractos.

De fato, de acordo com os participantes do mercado a limitação do compromisso ITPA materialmente a novos contractos (definidos por um coeficiente de correlação inferior a 85 %, com todos os contractos existentes da entidade resultante da fusão, impediria a introdução de praticamente todos os contractos existentes com base em derivados financeiros europeus que estão actualmente negociados pelas partes notificantes e seus concorrentes

Trata-se de uma definição pouco clara e demasiado restritiva. De fato, foi sugerido por concorrentes que, sob uma certa leitura, os mercados não regulamentados e sistemas de negociação multilateral, seriam excluídas do âmbito do compromisso ITPA.

Incerezas a este respeito também foram mencionadas por alguns reguladores.

No que diz respeito ao procedimento para obter acesso do mercado, os compromissos de 21 de Novembro de 2011 não previam garantias suficientes de que o procedimento fosse realizado de forma não discriminatória e em tempo oportuno.

Em relação ao período de inovação de um ano durante o qual se previa que um novo contrato podia ser copiado pela nova entidade ou de outra ITP, alguns participantes do mercado expressaram preocupações de que o prazo de prescrição era incompatível com a sua finalidade.

A protecção deve ser dada no primeiro período após o lançamento pelo que um ano seria um prazo muito curto para um derivado provar o seu sucesso.

Em segundo lugar, essa limitação poderia afectar os incentivos dos novos operadores a introduzir novos contractos, assim como as suas inovações podiam ser copiadas pela nova entidade, que teria a vantagem de sua própria margem piscina, ou seja, colocar o novo operador em desvantagem aos olhos de seus clientes.

De fato, conforme especificado pelo ICAP, o "risco de a nova entidade copiar rapidamente um contrato de ITP e entrar de forma agressiva para eliminar a entrada ITP pode muito bem funcionar como um desincentivo importante à entrada por um ITP.

Preocupações foram também expressas sobre as diversas taxas de acesso estabelecidas nos compromissos.

Quanto à adequação, viabilidade e eficácia do pacote global, a opinião maioritária foi a de que os compromissos de 21 de Novembro, combinando um remédio de desinvestimento e acesso em diferentes áreas de produtos, não iriam fornecer um novo operador com as ferramentas para competir eficazmente com a entidade resultante da concentração em curso.

Para ser viável, o negócio de alienação teria que ter acesso a uma margem de piscina de contractos correlacionados com escala suficiente já existente ou para a da nova entidade.

Também foram levantadas questões relacionadas com o monitoramento. Com efeito, foi referido que a negociação de acordos de acesso para novos contractos específicos, seria oneroso e levaria a situações de conflito. Da mesma forma, os concorrentes expressaram preocupações de que, na ausência de supervisão regulatória, a aplicação não discriminatória e transparente dos vários critérios de elegibilidade não poderia ser adequadamente aplicada.

Os compromissos de 21 Novembro 2011 foram considerados insuficientes para resolver os problemas de concorrência identificados no SO, difíceis de serem implementados na prática e com eficácia prática improvável.

Por comparação com os compromissos de 21 de Novembro de 2011, contém algumas alterações tanto no que diz respeito ao compromisso de desinvestimento, como ao compromisso ITPA, assim como apresentam um novo compromisso de concessão de uma licença para o *software* de troca de Eurex de derivativos de taxa de juros.

1-No que diz respeito ao compromisso de desinvestimento, os compromissos de 14 de Dezembro de 2011 contêm duas mudanças em relação aos compromissos de 21 de Novembro de 2011.

Em primeiro lugar, para enfrentar a crítica de adoptar um "*mix and match*"⁶⁴⁸, combinado de contratos da Nyx e DB, o negócio de desinvestimento incluiria todo o negócio NYX derivativos de ações individuais, inclusive nos mercados nacionais da NYX onde o desinvestimento estaria sujeito a aprovações regulatórias relevantes.

Na eventualidade de as aprovações não serem obtidas em alguns desses países, os negócios da DB seriam alienados.

Na prática, isso significa que, dependendo de aprovações regulatórias do negócio de desinvestimento, este teria duas alternativas: ou seria constituído o único negócio de derivativos de ações em todos os mercados da NYX, ou seria uma combinação de negócio de NYX e o negócio da DB, em mercados onde a aprovação regulamentar não tivesse sido obtida.

Em segundo lugar, para enfrentar a crítica de uma divisão da margem entre os vários tipos de contratos, as partes notificantes propuseram, por opção do comprador, um serviço de compensação incluindo margens com equidade única e contratos de índice de ações apuradas no Eurex Clearing.

No entanto, o compromisso não previa a fungibilidade de contratos do comprador e contratos da nova entidade, com base na mesma equidade única subjacente e, portanto, a compensação era expressamente excluída do seu âmbito. Este novo compromisso para fornecer acesso para derivativos de ações individuais era no entanto um benefício exclusivo para o comprador do negócio de desinvestimento, como já se falou anteriormente.⁶⁴⁹

2-Já quanto ao compromisso ITPA, as modificações trazidas nos compromissos de 14 Dezembro de 2011 dizem respeito a três áreas principais, nomeadamente ao nível dos limiares de correlação para certos contratos elegíveis, a definição de ITP elegíveis para solicitar o acesso, o papel e a composição do Comité de ITPA.

Além dessas três áreas, algumas alterações ao pedido de procedimento de acesso e do mecanismo de *firewall*, foram também incluídas na nova proposta.

3-Em terceiro lugar, os compromissos de 14 Dezembro de 2011 trazem uma alteração na composição da Comissão de ITPA. Sob o novo set-up, o Comité de ITPA teria oito membros, em vez dos quatro membros previstos nos compromissos de 21 de

⁶⁴⁸ Pt.1203 da decisão.

⁶⁴⁹ Pt.1206 da decisão.

Novembro, sendo quatro dos oito membros funcionários da Eurex e quatro membros independentes da entidade resultante da fusão.

Os novos compromissos introduziram adicionalmente a função de presidente do Comité, que seria realizada por um membro do Eurex e iria realizar o voto de desempate.

4-Por fim, os compromissos de 14 de Dezembro de 2011 contêm um novo remédio na área de derivativos de taxa de juros, ou seja, o compromisso de conceder uma licença de *software* de troca de taxa de juros Eurex, denominado de Compromisso de Licença.

De acordo com este compromisso, a entidade resultante da concentração pode conceder uma licença do seu *software* de troca de taxa de juros a terceiros independentes dispostos a negociar os contratos de taxas de juros, incluindo os contratos idênticos aos comercializados pela nova entidade.

Esta licença para o *software* de troca de taxa de juros Eurex seria concedido de forma não -exclusiva contra um montante fixo ou numa base de royalties.

A licença não inclui o código fonte do *software* e portanto, os serviços de manutenção de software e desenvolvimento do software licenciado seria fornecido pela nova entidade de acordo com um esquema pré-acordado.

5-As partes notificantes, por meio de carta, informalmente ofereceram-se ainda a declarar publicamente que por um período de três anos após a consumação da fusão, não teriam planos para aumentar as taxas de negociação e de compensação padrão para contratos de derivativos negociados nas suas bolsas de derivados europeus.

A Comissão procedeu a nova investigação no sentido de apurar se o novo conjunto de compromissos seriam suficientes para remover na íntegra todos os problemas de concorrência resultantes da fusão proposta, no sentido de saber se eram viáveis, eficazes e susceptíveis de conduzir a uma entrada suficiente e oportuna que restabelecesse a concorrência.

De acordo com os participantes do mercado, após a concentração, a maior parte da liquidez nos contratos de derivativos em questão ainda estaria concentrada na nova entidade, e o pacote de remédios não produziria a alteração deste equilíbrio, pelo que foi entendido que os mesmos não seriam suficientes.

Na verdade, a falta de fungibilidade dos contratos em conjunto com as limitações ao empenho ITPA e a dependência da entidade resultante da concentração

para a prestação de serviços críticos, impedem um novo concorrente de atingir dimensão suficiente para ser viável e poder competir contra a entidade resultante da concentração, de forma duradoura.

O Compromisso de Desinvestimento.⁶⁵⁰

No que respeita à nova estrutura do compromisso de desinvestimento em que se trataria de alienar todos os contratos NYX, os clientes e concorrentes indicaram que se tratava de uma melhoria relativamente à versão anterior do pacote, aumentando assim as chances da sua competitividade.

No entanto, existe sempre o risco de execução associado ao escopo alternativo da proposta da actividade alienada. As incertezas relacionadas com a obtenção das aprovações regulatórias poderão vir a colocar em dúvida a viabilidade da nova proposta.

Com efeito, a obtenção de aprovação regulamentar para um projeto como este poderia levar muitos meses, trazia o risco de execução, custos adicionais, assim como a possibilidade de os negócios migrarem para outros locais, podendo levar à diminuição do Numero de potenciais interessados.⁶⁵¹

Os compromissos de licença

Relativamente aos compromissos de licença, o segundo teste de mercado concluiu que ele não seria suficiente para restabelecer a concorrência na comercialização de derivados de taxa de juros existentes, uma vez que a licença de software e derivados de taxa de juros não seria um bem necessário para competir efectivamente na área de derivativos de taxa de juros europeia no âmbito das condições atuais de mercado sendo que a maioria deles já têm acesso a tais softwares.⁶⁵²

Pelo que o software de negociação não é uma barreira real para entrada em mercado de negociação e compensação de derivativos de taxa de juros de referência europeu

⁶⁵⁰ Pt.1404 da decisão.

⁶⁵¹ Conforme comentário do Bank of New York Mellon, referenciado em Pt.1221 da decisão em análise.

⁶⁵² Pt.1246 da decisão.

Viabilidade e eficácia dos compromissos de 14 de Dezembro de 2011

Além disso, como apontado no primeiro teste de mercado, os incentivos de clientes para transferir os seus negócios para o potencial comprador pode ser limitado, levando a uma erosão rápida do interesse de alienar. Isto é porque a migração dos contratos está associada a um Numero de diferentes custos que os clientes têm que suportar.

É preciso equacionar o custo do cliente versus inconveniente na migração dos contratos, em toda a frente, middle e back office, sendo improvável que superam a utilidade adicional que se obtém da migração. Portanto, é improvável que os clientes gostem de mudar as suas posições, apesar dos serviços de transição oferecidos pelas partes nos remédios atuais.

Para além de que haveria ainda muitos custos adicionais para o cliente relacionados com a rede, conectividade, de gestão entre outros, pelo que seria muito pouco provável a opção pela mudança.

ITPA Compromissos.⁶⁵³

O segundo teste de mercado não considerou que o remédio de acesso teria um efeito equivalente a uma alienação de uma das empresas das partes notificantes e, portanto, não seria eficaz para restabelecer a concorrência na área da taxa de juros e índice de acções europeia de derivativos.

De fato, apesar da alteração inicial do Compromisso ITPA, o remédio de acesso proposto apresentava uma série de deficiências que afectam a sua eficácia prática. Estas deficiências relacionadas principalmente com o âmbito de contratos elegíveis limitado pelo coeficiente de correlação, o período de inovação e o custo de acesso, bem como o fato de a independência do Comitê da ITPA não ser reconhecido na íntegra pelo mercado de participantes.

-Compromisso de licença.

Já relativamente ao compromisso de licença, conclui-se ser improvável que fosse eficaz na prática, pois tinha pouca relevância para os concorrentes das partes

⁶⁵³ Pt.1422 da decisão.

notificantes, que na maioria dos casos já possuíam ou licença desse *software* ou compromisso de licença.

Enquanto alguns concorrentes indicavam que o compromisso de licença poderia diminuir as barreiras à entrada, tal redução não seria material, pois haveria outros factores mais relevantes e atraentes para entradas eficazes.

Nos compromissos de 14 Dezembro de 2011, a Comissão avaliou, com base em todas as evidências disponíveis, incluindo os resultados do estudo de mercado, se o âmbito dos compromissos propostos era suficiente, tendo em vista os problemas de concorrência identificados, se são viáveis na prática e adequados para remediar os problemas de concorrência, se podiam ser efectivamente implementados e monitorados e se levariam a uma entrada viável, restaurariam a competição existente entre a Eurex e a Liffe na área de derivados financeiros europeus, capital, de acções e índices de acções e derivados de taxa de interesse europeu de curto prazo e longo prazo.

Estes compromissos não abordam o problema de concorrência identificado relativo à eliminação da concorrência efectiva e potencial na área de contratos de derivativos de taxas de juros existentes.

Na verdade, o SO e presente decisão, concluem que a Eurex e a Liffe são concorrentes reais e potenciais mais próximos uns dos outros na área de derivativos de taxa de juros, independentemente de o mercado de derivativos de taxa de juros dever ser subdividido em curto prazo e longo derivativo de taxa de juros de longo prazo.

No entanto, o compromisso ITPA apenas abordava um aspecto da dinâmica competitiva entre as empresas notificantes na área de interesse de derivados de taxa, ou seja, a preocupação relacionada com a eliminação da concorrência em novos produtos.

Em segundo lugar, o âmbito da actividade alienada permanece incerto devido às questões regulamentares associadas com a venda de contratos de NYX "nos seus mercados domésticos, já que essa alienação é condicionada à concordância da autoridade reguladora nacional."⁶⁵⁴

Pelo que a realização do negócio dependeria de terceiros, ou seja, dos reguladores competentes, para além de poder implicar atrasos no processo de desinvestimento bem como no risco de avaliação para um potencial comprador.

⁶⁵⁴ Pt.1300 da decisão.

Por outro lado, seria possível que⁶⁵⁵ com a finalidade da sua viabilidade, o negócio de desinvestimento tivesse que incluir alguns activos adicionais.

Os compromissos de 14 de Dezembro de 2011, não eram adequados para remediar os problemas de concorrência, uma vez que não gerariam com grau certo de probabilidade um operador que exercesse uma pressão concorrencial sobre a entidade resultante da concentração semelhante à que existe entre as partes notificantes.

A operação implicaria que os concorrentes da entidade resultante da concentração teriam de contar com esta nova entidade resultante da concentração para os seus serviços de compensação, entidade esta que de acordo com os compromissos de 14 de Dezembro de 2011, através do Comité de ITPA, teria a capacidade de determinar que novos produtos os seus concorrentes trariam para o mercado, e qual o seu custo e velocidade.

Por outro lado, esta exclusividade reforçaria ainda mais a margem piscina da nova entidade e a sua posição como um jogador dominante na área da negociação de derivativos e clearing na Europa.

Conclui-se que nestas circunstâncias, os compromissos propostos não são susceptíveis de criar uma força concorrencial viável independente nos mercados de derivativos em questão na Europa.

Além disso, a ineficiência associada com a divisão das piscinas de margem não é abordada pelos novos compromissos. O comprador estaria em posição de desvantagem em comparação com a entidade resultante da concentração, uma vez que não poderia oferecer aos seus clientes os benefícios de margem.

Os outros concorrentes que não beneficiassem do compromisso de desinvestimento, estariam ainda numa posição pior com uma piscina ainda maior de contractos que não seriam elegíveis para a entidade resultante da concentração, pois não poderiam beneficiar de acesso para derivativos de acções individuais.

Por fim, era improvável que a proposta de compromisso da licença de *software* na área de derivativos da taxa de juros resolvesse os problemas de concorrência, pois não foi no mercado identificada como uma barreira efectiva à entrada para negociação e compensação de derivativos de taxa de juros.

⁶⁵⁵ Pt.1448 da decisão.

Na melhor hipótese, os compromissos tomados em conjunto criariam um concorrente de pequena escala que não seria capaz de limitar suficientemente as duas bolsas.

Os compromissos de 14 de Dezembro de 2011 não são susceptível de conduzir a uma entrada suficiente e oportuna. Com efeito, de acordo com o Aviso dos remédios, "os compromissos devem ser susceptíveis de ser aplicados de forma eficaz e dentro de um curto período de tempo"⁶⁵⁶

Falando de compromissos estruturais, tal significa que um comprador adequado deverá ser encontrado num prazo razoável.

No que diz respeito à cessação de compromissos, estes serão aceitáveis para a Comissão em circunstâncias em que é suficientemente claro que não haverá entrada de novos concorrentes que eliminariam qualquer entrave significativo à concorrência efectiva⁶⁵⁷.

Em primeiro lugar, no que respeita à actividade alienada, quanto à sua forma e abrangência, conforme especificado nos compromissos de 14 de Dezembro de 2011, não está claro se um comprador adequado poderia ser encontrado em tempo útil. Isto é, em especial, tendo em conta a viabilidade questionável dos negócios e os obstáculos regulatórios provavelmente levando a uma valorização substancial e risco de execução para um comprador potencial.

Quanto aos remédios de acesso, como já explicado, estes só podem ser considerados suficientes e ser aceites se equivalentes a uma alienação no seu efeito. Este é apenas o caso em que pode ser estabelecido com um grau suficiente de probabilidade que uma entrada oportuna ocorrerá e será capaz de exercer pressão concorrencial suficiente para disciplinar a entidade resultante da concentração, na medida em que os efeitos anti- concorrenciais da operação são neutralizados

Os compromissos de 14 de Dezembro de 2011 eram difíceis de implementar e monitorar⁶⁵⁸

De facto, menciona esta que " as partes apresentaram propostas remédios que são tão extensas e complexas que não é possível à Comissão determinar, com o grau de certeza necessário, no momento da sua decisão, que será totalmente implementado e que

⁶⁵⁶Pt. 1309 da decisão.

⁶⁵⁷Pt. 1310 da decisão.

⁶⁵⁸Pt. 1467 da decisão.

são susceptíveis de manter uma concorrência efectiva no mercado, uma decisão de autorização não pode ser concedida a Comissão pode rejeitar tais recursos, em particular, com o fundamento de que a implementação dos remédios não pode ser eficazmente controlado e que a falta de um acompanhamento eficaz diminui, ou até mesmo elimina o efeito dos compromissos propostos. ⁶⁵⁹

Além disso, no respeitante ao acesso, os compromissos são muitas vezes de natureza complexa e, portanto, "a Comissão só vai ser capaz de aceitar tais compromissos, onde a complexidade não levam a um risco de a sua eficácia desde o início, e onde os dispositivos de monitoramento propostos possam garantir que esses compromissos serão efectivamente implementadas levando o mecanismo de execução a resultados em tempo útil" ⁶⁶⁰

Os compromissos apresentados pelas partes notificantes neste caso são ao mesmo tempo complexos e inovadores.

No que diz respeito ao compromisso de desinvestimento, conforme especificado nos compromissos de 14 de Dezembro de 2011, há dúvidas sobre o seu âmbito que não torna a sua implementação simples.

O fato de existir incerteza sobre as aprovações regulatórias necessárias para a alienação de NYX " mercados domésticos " sejam concedidas, agrava a complexidade do processo de alienação, comprometendo a eficácia do compromisso proposto.

Em segundo lugar, existem alguns pontos de interrogação sobre a própria viabilidade da transferência de contractos em aberto, em especial tendo em vista a sua possível erosão durante um processo de desinvestimento que é provável que seja longa e complexa.

Em terceiro lugar, o papel do Comité de ITPA, (presidido por um representante Eurex com um voto de desempate) no processo de aplicação e determinação do ITP, elegíveis poderia dar origem a práticas discriminatórias que seriam difíceis de monitorar, tendo em vista os critérios de vagas em com base no qual o Comité ITPA se destina a tomar decisões em conformidade com os compromissos.

Da mesma forma, o Compromisso ITPA proposto levanta uma série de questões lançando dúvidas significativas sobre a sua eficácia.

⁶⁵⁹Pt. 1315 da decisão.

⁶⁶⁰Pt. 1316 da decisão.

Pois é de natureza complexa e exigiria monitoramento que seria difícil de pôr em prática usando as ferramentas fornecidas pelas regras de controlo das concentrações aplicáveis, como a nomeação de um mandatário.

Dada a natureza da indústria e da complexidade do compromisso ITPA, seria necessário um quadro regulamentar para garantir que o acesso é concedido de forma não discriminatória, com base em regras transparentes e de uma estrutura de taxas clara e previsível.

A Comissão concluiu não ser possível determinar com um grau suficiente de certeza que os compromissos propostos no caso analisado fossem efectivamente implementados para que a concorrência efectiva fosse mantida nos mercados onde haveria um entrave significativo à concorrência.

Relativamente à avaliação da Comissão sobre a promessa informal para congelar as taxas de negociação e compensação durante três anos⁶⁶¹, a comissão salientou que esta promessa não estava em nenhuma parte do tempo do pacote de compromissos formais oficialmente apresentado à Comissão e, portanto, a sua aptidão para resolver problemas de concorrência não estava sujeito a qualquer teste de mercado na presente decisão.

Sendo que segundo a jurisprudência da Comissão, esta não é obrigada a avaliar os compromissos que não são apresentados em devida forma, conforme especificado no art.º 20º do Rmto.(CE) n.º 802 /2004, de 07 de Abril de 2004 que aplica o Rmto. (CE)

⁶⁶¹ De qualquer forma, a promessa do congelamento de preços, mesmo que fosse para ser apresentado formalmente como um compromisso, não seria susceptível de resolver os problemas de concorrência identificados neste caso. De acordo com o Aviso remédios " compromissos relativos ao comportamento futuro da entidade resultante da concentração pode ser aceitável só excepcionalmente, em circunstâncias muito específicas. Em particular, os compromissos em forma de uma empresa não aumentar os preços, [...] em geral, não vai eliminar os problemas de concorrência resultantes de sobreposições horizontais . Em qualquer caso, esses tipos de remédios só podem, excepcionalmente, ser aceites se a sua viabilidade for plenamente assegurada pela efectiva implementação e monitoramento, e se não arriscar levando a efeitos de distorção da concorrência. "⁶⁶¹ A este respeito, a Comissão observa que, dada a natureza da indústria em jogo, e em particular o fato de as taxas de negociação e de compensação reais serem baseadas numa série de sistemas de descontos complexos e não transparentes e não na lista publicada de preços, a relevância dessa promessa informal parece limitada. Isto também significa que qualquer promessa seria demasiado complexa para implementar e acompanhar na prática. Além disso, a advertência segundo a qual os honorários podem ser alterados ", devido à evolução do mercado, as restrições legais ou regulamentares ou outras circunstâncias, "aumentaria ainda mais as dificuldades associadas com o acompanhamento de um tal compromisso. Por último, mas não menos importante, historicamente, a concorrência mostra que, ao invés de regulação de preços, gera os benefícios de redução de taxa mais eficientes para os clientes. Como tal, apenas compromissos promovendo uma concorrência efectiva deve ser esperado para levar a reduções de taxas.Com base no que precede, a Comissão considerou que, mesmo que fosse para ser enviado como um compromisso formal da presente decisão, é pouco provável que o congelamento de taxa sugerida seria adequado para resolver os problemas de concorrência.

n.º 139/2004 de 20 de Janeiro de 2004, sobre o controlo das concentrações de undertakings.⁶⁶²

Concluindo, a Comissão analisou a adequação dos compromissos de 14 de Dezembro de 2011, com a finalidade de remediar a totalidade das preocupações de concorrência identificadas na presente decisão, tendo também em consideração a sua eficiência.

Para este fim, analisou o alcance dos compromissos propostos, a probabilidade de uma entrada oportuna e suficiente sobre a base dos compromissos propostos, bem como a capacidade de ser implementado e monitorado, assim como a probabilidade de ser eficaz na prática.

Sendo que com base na análise dos compromissos de 14 de Dezembro de 2011 e os resultados do estudo de mercado, a conclui que os compromissos de 14 de Dezembro de 2011 não são adequados para restaurar a concorrência, tornando a operação de concentração compatível com o mercado interno.

Assim, a Comissão conclui que a operação notificada criava entraves significativos à concorrência efectiva no mercado interno ou numa parte substancial deste, na acepção do art.º 2.º (3) do RC. uma vez que resultaria na criação de uma posição dominante ou quase monopólio, assim como na eliminação do concorrente mais próximo real e potencial da área de derivativos existentes e novos europeus negociados em bolsa.

Finalmente, a operação notificada criaria entraves significativos à concorrência efectiva através da criação de uma posição dominante ou quase monopólio e eliminaria o concorrente mais próximo real e potencial, nos mercados de serviços de catálogo de off- fim para o tamanho do bloco de contratos ETD europeus, independentemente de como esse mercado pode ser dividido e, para registo de negociação, confirmação e serviços de compensação CCP para versões flexíveis de futuros de acções europeias e opções negociados OTC.

Pelo que deve ser declarada incompatível com o mercado interno e com o Acordo EEE, nos termos do art.º 8.º (3) do RC. e do art.º 57.º.

⁶⁶² Pt. 1319 da decisão.

4-Caso-UPS/TNT EXPRESS⁶⁶³-M.6570.

4.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A UPS é um fornecedor global norte-americano de serviços de transporte e de logística, especializados.

ATNT Express é uma empresa holandesa que também atua no sector de logística global.

No EEE, as duas empresas atuam em serviços de entrega de encomendas, transporte aéreo e rodoviário de cargas, expedição de mercadorias e logística de contratos.

A operação foi notificada à Comissão em Junho de 2012, sendo que em Julho, esta iniciou uma investigação aprofundada, tendo enviado à UPS uma comunicação de objecções que definia as suas preocupações de concorrência em Outubro de 2012.

A UPS propôs à Comissão vários remédios em Novembro, em Dezembro de 2012 e em 3 de Janeiro de 2013, mas nenhum deles veio a ser considerado suficiente para afastar as preocupações que a operação suscitava a nível de concorrência, pelo que veio a ser proibida.

4.2-PROBLEMAS IDENTIFICADOS:

Com efeito, esta considerou que a aquisição teria restringido a concorrência em quinze Estados, na entrega expresso de pacotes pequenos para outro país europeu pois teria reduzido o número de agentes económicos importantes para apenas três ou dois, deixando a DHL como a única alternativa para a UPS, o que causaria um prejuízo para os clientes, levando naturalmente a um aumento de preços.

A investigação da Comissão centrou-se nos mercados de entregas expressas internacionais de pequenos pacotes no Espaço Económico Europeu (EEE), sendo os prestadores destes serviços os chamados "integradores" que controlam o ar integrado internacional e, redes de entrega de pacotes terrestres de pequeno porte.⁶⁶⁴

⁶⁶³ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

⁶⁶⁴ A Comissão identificou os mercados relevantes:

Existiam apenas quatro integradores na Europa: A UPS, a TNT, a DHL e a FedEx. A FedEx, por sua vez, detinha quotas de mercado reduzidas num determinado número de países, não exercendo uma pressão concorrencial significativa nem sobre a UPS nem sobre a TNT, por causa da falta de densidade e da escala da sua rede europeia.

Outros agentes do mercado, como os operadores postais nacionais, só podiam competir de forma limitada, porque não alcançam eficiência ou confiabilidade comparável, atenta a sua maior dependência da estrada em vez do transporte aéreo.

Se a operação tivesse sido autorizada, muitos clientes dos 15 Estados-Membros só teriam sido capazes de escolher para os serviços de que necessitam, entre a UPS, a DHL e a FedEx, esta última de forma residual, facto que com toda a certeza teria provocado um aumento dos preços.

Além disso, os possíveis benefícios da fusão, ou seja, qualquer redução de custos repassados aos clientes, como resultado da combinação da UPS e redes de ar da TNT, entendeu a Comissão que não teriam sido suficientes para compensar os efeitos negativos sobre a concorrência.

4.3-SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

De forma a ultrapassar as objecções da Comissão, a UPS propôs:

a) A alienação de subsidiárias da TNT nos quinze Estados-Membros relevantes, sob determinadas condições;

Considerou que o pacote pequeno e os serviços de entrega de mercadorias devem ser distinguidos como mercados relevantes. As embalagens pequenas diferem do frete e podem ser manuseadas por uma única pessoa. São transportadas por meio de uma infra-estrutura específica, os centros de triagem automatizada, bem como por veículos de pequeno porte, não adequados para a carga. Dentro dos serviços de entrega de pacotes pequenos, a Comissão diferenciou neste caso, entre as entregas domésticas, as entregas internacionais no EEE e ainda os serviços internacionais para o resto do mundo. Essas categorias satisfazem as necessidades diferentes e exigem diferentes redes. A Comissão diferenciou também os serviços expressos de serviços mais lentos, chamados entregas "diferidas" Existem utilizadores que necessitam de ter a certeza de que certos produtos, tais como por exemplo peças de reposição entre outras, exemplo, serão entregues no prazo de um dia. Estes utilizadores específicos, não seriam capazes proceder à mudança para serviços diferidos, face a um aumento de preços. Determinados serviços internacionais intra-EEE são predominantemente utilizados por usuários de negócios para o transporte de produtos sensíveis, tais como documentos de tempo crítico, produtos acabados ou semi-acabados, peças de reposição, amostras, etc. Tal como proposto pela UPS, a Comissão concluiu também que os mercados de entregas expressas intra-EEE eram de âmbito nacional. Trata-se de mercados definidos por referência ao local do cliente nos quais a Comissão identificou problemas de concorrência em quinze deles.

b) O acesso à rede de ar durante cinco anos, no caso de o comprador não ser um assim chamado integrador.

No entanto, para fornecer entregas expressas intra-EEE dos dezassete países abrangidos pelo pacote de medidas, o comprador teria precisado de redes ou parceiros adequados nesses outros países.

Esta exigência só limita severamente o número de compradores potencialmente adequados, lançando dúvidas sobre a eficácia dos remédios.

Para dissipar esta incerteza, a Comissão notou que a UPS deveria ter-se proposto a assinar um contrato com um comprador adequado, antes da implementação da concentração, o que não aconteceu.

Além disso, a Comissão concluiu existirem sérias dúvidas quanto à capacidade dos poucos compradores potenciais que viessem a ter interesse em exercer uma pressão concorrencial suficiente sobre a entidade resultante da concentração, em mercados intra EEE de entrega expressa, por contraposição com os remédios oferecidos.

Com efeito, seria duvidoso que um comprador que não fosse já um integrador tivesse a capacidade e o incentivo para investir na sua própria solução de transporte aéreo, bem como para actualizar a sua rede de terra, de forma a que pudesse tornar-se uma ameaça concorrencial suficiente sobre a entidade resultante da concentração. Pois que, sem volume suficiente de entregas expressas, tal incentivo não parecia existir.

5-Caso RYANAIR / AER LINGUS III ⁶⁶⁵ - M 6663.

5.1. IDENTIFICAÇÃO DA OPERAÇÃO.

A Ryanair é a transportadora dos serviços de ar, de baixas tarifas, operacional, ponto a ponto que opera essencialmente na Europa.

A Aer Lingus é uma transportadora irlandesa e, oferece essencialmente serviços de transporte aéreo de ponto a ponto, agendados, tendo a sua base no Aeroporto de Dublin de onde opera uma parte substancial dos seus voos regulares.

A Aer Lingus não é membro de nenhuma aliança de companhias aéreas e desenvolve um conceito de " arquitectura de rede aberta ", em que a sua neutralidade

⁶⁶⁵ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result

permite um parceiro através de alianças e oferta de conectividade através de grandes centros para destinos em todo o mundo, além de transportar tráfego Pt.-a- Pt..

A participação minoritária da Ryanair na Aer Lingus representa 29,8% do capital social total da Aer Lingus sendo a Ryanair o maior accionista da Aer Lingus. O Governo irlandês é o seu segundo maior accionista, com uma participação de cerca de 25,1%.

A operação foi notificada à Comissão para aprovação das autoridades regulatórias no âmbito do RC. da União Europeia em 24 de Julho de 2012 e, em 29 de Agosto de 2012, esta decidiu iniciar uma investigação aprofundada.

O prazo para a decisão foi estendido para avaliar as medidas de correcção apresentadas em 7 de Dezembro de 2012.

As partes foram avisadas da comunicação de objecções enviada em Novembro de 2012, de que a concentração suscitava sérias preocupações e poderia ser proibida.

Tratou-se da terceira vez que a proposta de aquisição da Aer Lingus pela Ryanair foi notificada à Comissão., tendo sido também pela terceira vez proibida.

Em 2007, a Comissão proibiu a primeira tentativa da Ryanair para a aquisição da Aer Lingus, como analisamos atrás, decisão que veio a ser de resto confirmada pelo Tribunal Geral da União Europeia.

No ano de 2009, a segunda notificação efectuada pela Ryanair à Comissão acabou por ser retirada.

A segunda decisão de proibição incidiu sobre a proposta de aquisição pela Olympic Air da Aegean Airlines, no ano de 2011

Todas as decisões de proibição estiveram relacionadas com transacções envolvendo duas companhias aéreas que possuem grandes bases no mesmo aeroporto "casa", tendo os casos esse aspecto em comum

5.2-PROBLEMAS IDENTIFICADOS.

Após uma fase aprofundada de investigação, a entidade reguladora europeia concluiu que a fusão teria prejudicado os consumidores, pois criaria um monopólio ou posição dominante em 46 rotas, onde ambas as companhias concorriam uma contra a outra.

Tal facto teria reduzido a escolha e, muito provavelmente, teria levado a aumentos de preços para os consumidores que pretendessem viajar nestas rotas.

Na decisão em análise, a Comissão considerou as mudanças nas circunstâncias de mercado desde 2007, tais como o fato de as posições da Ryanair e da Aer Lingus no mercado, se terem tornado ainda mais forte, sendo que as suas quotas de mercado passaram de 80 % em 2007 para 87% em 2012. Consequentemente, o número de rotas de e para a Irlanda, explorado em concorrência pela Ryanair e pela Aer Lingus, aumentou de 35 em 2007, para 46 em 2012.

Desta feita, a fusão desejada entre a Ryanair e a Aer Lingus, teria levado a quotas de mercado muito elevadas em todas estas 46 rotas, sendo que segundo o estudo da Comissão, em 28 rotas teria criado um monopólio total.

O estudo concluiu ainda que em 11 novas rotas, a única alegada pressão concorrencial para a entidade resultante da concentração teria vindo de companhias aéreas *charter*, pese embora o facto de as companhias *charter* terem um modelo de negócio muito diferente, facto que não contribuía para o exercício de pressão concorrencial forte.

Finalmente, em 7 rotas, a Ryanair e a Aer Lingus operam ao lado de outras operadoras, sendo concorrentes muito próxima, pois que o modelo de negócio dos outros operadores é o de trazer os passageiros de conexão aos seus próprios centros de rede, tal como actua a British Airways (para Londres Heathrow), a Lufthansa (para Frankfurt) e a Air France (para Paris Charles de Gaulle).

A concentração iria acabar com a concorrência entre a Ryanair e a Aer Lingus, em todas as rotas, onde as suas actividades se sobrepõem.

Além disso, a investigação da Comissão identificou a existência de elevadas barreiras à entrada não se vislumbrando perspectivas de que qualquer nova operadora entrasse no mercado irlandês após a fusão, especialmente através da criação de uma base para os aeroportos irlandeses relevantes que pudesse desafiar a entidade resultante da fusão e, em escala suficiente.

Os clientes acabariam por ver reduzidas as suas opções de viagem, sendo pouco provável que os concorrentes fossem capazes de restringir suficientemente a entidade resultante da concentração no seu comportamento no mercado, provocando naturalmente a subida dos preços para os passageiros.

5.3-SOLUÇÕES ENCONTRADAS.

De forma a ultrapassar as preocupações acima descritas, a Ryanair ofereceu vários conjuntos de remédios durante o procedimento.

Sendo que o pacote de remédio final consistiu em:

1-Alienação das operações da Aer Lingus em 43 ligações com sobreposição à Flybe;

2-Cessão de descolagem e de aterragem nas ranhuras para a IAG / British Airways nos aeroportos de Londres, a fim de que a IAG / British Airways pudesse operar em 3 vias (Dublin- Londres, Shannon- Londres e Cork- Londres).

3- A Flybe e a IAG operariam as rotas durante 3 anos.

4-Foram igualmente oferecidas as alienações de “slots” adicionais, nas rotas Londres -Irlanda.

Apesar dos remédios propostos, a Comissão concluiu que a Flybe não era um comprador adequado, com capacidade para poder competir com a Ryanair / Aer Lingus, a entidade resultante da fusão.

Por outro lado, a investigação concluiu que a IAG / British Airways não iria exercer pressão suficiente sobre a entidade resultante da concentração, sendo que teria pouco incentivo para permanecer nas rotas, para além de um período de 3 anos

Acresce que a Comissão não concluiu com o grau de certeza necessário que os compromissos propostos pudessem de facto vir a ser postos em prática, de forma atempada. Assim como não era certo que iriam funcionar na prática, também não era certa a duração do período sustentado de quanto tempo duraria o seu funcionamento.

-Descrição geral dos compromissos revistos apresentados pela Ryanair:

Os compromissos finais revistos da Ryanair, mantêm os elementos essenciais dos compromissos de 15 de Janeiro de 2013, incluindo a participação da Flybe e IAG / BA, assim como da alienação de aviões, caça-níqueis, e outros bens necessários para estabelecer serviços concorrentes em todas as 46 ligações onde foram identificados problemas de sobreposição.

Nesta proposta, ao contrário das outras, a Ryanair já havia entrado em acordos com ambas, tendo celebrado contractos de alienação de forma a encontrar soluções estruturais de forma a ultrapassar os problemas encontrados com as sobreposições.

A Ryanair considera também que o negócio vendido à Flybe representa aproximadamente um terço da capacidade de médio curso da Aer Lingus, correspondendo a cerca de metade do seu tráfego de curta distância.

Com base no desempenho das operações de curta distância da Aer Lingus, em conjunto com a Flybe Irlanda, a Flybe será uma maior companhia aérea após a transacção do que anteriormente.

-A questão da alienação do negócio sobre as 43 rotas para a Flybe:

A Ryanair compromete-se a alienar à Flybe um negócio independente, compreendendo praticamente todas as operações da Aer Lingus em 43 ligações com sobreposição.

O desinvestimento do negócio consistirá na transferência de um número de activos que incluirão, entre outros, dinheiro, um contrato de arrendamento de pelo menos nove aeronaves Airbus A320, faixas horárias nos aeroportos de origem e destino, uma não sub licenciável, isenta de royalties, não exclusiva e não transferível para a Aer Lingus, marca registada por três anos, pessoal, contratos, imóveis, etc.

Para a determinação dos activos e passivos da actividade alienada a Ryanair, em parceria com a Flybe, desenvolverá um plano de negócios para o desinvestimento que irá projectar os lucros antes dos impostos anuais acordados entre a Ryanair e a Flybe.

No primeiro ano a Ryanair garantiria que o plano de negócios era apropriado para cumprir a meta da rentabilidade, através da identificação e transferência de bens suficientes para a actividade alienada, sendo que caso tal não viesse a acontecer, comprometeu-se a entregar à Flybe dinheiro adicional para a actividade alienada, de forma a garantir a sua viabilidade.

Por outro lado, a Flybe deverá operar em 43 rotas, durante um período mínimo de seis temporadas IATA, adquirindo os "slots" nas 43 rotas actualmente operadas pela Aer Arann, assumindo o contrato de franquia detido por esta.

A Flybe teria também o direito de substituir o Airbus A320 arrendado para a empresa de desinvestimento, pelo seu próprio avião a jato, Embraer 195.

Preocupações concernentes com publicidade adicional e reconhecimento da marca foram também contempladas nas propostas dos compromissos finais:

Quanto à licença de marca Flybe seria concedido um direito não exclusivo, livre de royalties, não sub licenciável e não transferível de uso da marca "Aer Lingus",

apenas para efeitos de funcionamento do desinvestimento do negócio e durante um período transitório de três anos.

Numa fase inicial de 30 dias, a marca Aer Lingus só poderia ser utilizada em conjunto com o próprio nome da marca da Flybe, como por exemplo " Aer Lingus pela Flybe " ou " Flybe Aer Lingus".

Já relativamente à publicidade do desinvestimento de negócios no site da Aer Lingus, durante os três primeiros da IATA, a tela de boas vindas do site da Aer Lingus seria dividida de forma vertical em duas metades, com os nomes comerciais e logótipos da Aer Lingus assim como a actividade alienada.

Em caso de utilização abusiva dos "slots", se a Flybe operar menos de 85% das frequências em qualquer uma das rotas da Flybe, deverá pagar uma penalização para uma conta bloqueada, sendo o seu valor/quantitativo determinado em função dos rendimentos obtidos na rota, durante as duas estações IATA completos anteriores.

Estes valores reverteriam, nos termos a decidir pelo monitoramento Trustee, para incentivar a concorrência e / ou nova entrada nas 43 rotas.

Além disso, se a Flybe não funcionar em 60% das frequências em qualquer uma das suas rotas, durante duas temporadas IATA consecutivas, a Ryanair poderia usar os seus melhores esforços para identificar um outro concorrente que entre na rota e voe por pelo menos duas estações IATA para compensar a quebra nas frequências operadas pela Flybe sendo que a Trustee Monitoramento poderia lançar mão de sanções pecuniárias para facilitar essa nova entrada.

Desinvestimentos fenda para IAG / BA

Durante seis estações IATA, a Ryanair compromete-se a que a IAG / BA iria operar na rota Du-blin-Londres, ou Cork- Londres e a rota Shannon- Londres, usando Airbus A 319 ou uma aero-nave equivalente, usando as suas próprias faixas em combinação com as alienadas pela Ryanair.

O Acordo IAG também prevê que a Ryanair deverá pagar o chamado "Quebra Fee" à IAG. Os compromissos finais devem prever um mecanismo em caso de utilização indevida pelo IAG da IAG.

Programa Frequent Flyer

A pedido do IAG, Flybe, ou Aer Arann , a Ryanair deve permitir a realização do Programa de Passageiro Frequentador da Aer Lingus, para qualquer uma das rotas operadas pela Flybe , IAG ou Aer Arann .

Durante as primeiras seis estações IATA e em todas as vezes depois disso, a Ryanair compromete-se a transferir “slots” para as rotas de concorrência potencial para qualquer companhia aérea da EU, para permitir que o Requerente relevante possa operar frequências com a sua própria aeronave em qualquer das rotas concorrência potencial, até um número máximo de frequências identificadas numa base de rota.

A Ryanair defendeu que o negócio de desinvestimento- " Flybe Irlanda"-teria todos os recursos necessários para que seja uma transportadora forte, credível e independente, incluindo, capital suficiente, pessoal e contratos para operar nas rotas, imóveis e uma licença de acordo com os quais a Flybe Irlanda obtém um royalty livre, direito, não exclusivo e não- transferível para usar a marca " Aer Lingus”, por um período de três anos, podendo desta forma competir com a entidade resultante da concentração nas rotas da ex-Irlanda.

Pelo que a Comissão examinou se o desinvestimento do negócio teria de facto, tal como defendido, os recursos necessários, a fim de ser um negócio viável e competitivo, verificando de seguida a sua compatibilidade com as orientações da Comissão referentes a esta matéria.

Na verdade foi aqui analisado o modelo de negócios da Flybe, a independência da Flybe das partes a sua experiência passada, a sua capacidade para em assumir operações significativas, no mercado irlandês assim como competir com a Ryanair recorrendo aos seus próprios recursos financeiros.

Foi igualmente analisada a questão da capacidade da Flybe para manter e desenvolver a Flybe Irlanda como uma entidade competitiva, viável e activa, assim como os incentivos ao seu dispor e que o negócio em si proporcionava, para o fazer.

Embora a resposta dos entrevistados tenha sido maioritariamente no sentido de entenderem que a lista de activos a serem transferidos para a Flybe Irlanda seria suficiente para que esta assumisse as operações da Aer Lingus nas 43 rotas, a Comissão levantou a questão de que o negócio a transferir para a Flybe só compreendia actividades de curta distância, enquanto dentro da Aer Lingus essas actividades fazem parte de uma rede global, abrangendo também as actividades de longa distância.

Enquanto a Ryanair argumentou que os acordos de conectividade e de code-share de longa distância da Aer Lingus são irrelevantes para as 43 rotas, já a Flybe admitiu que é cética relativamente à rentabilidade real da Aer Lingus no negócio de curta distância, pelo que a rentabilidade do Flybe Irlanda como um negócio independente não é uma questão assim tão clara.

Por outro lado, a Comissão observa ainda que o negócio da Flybe Irlanda não irá incluir a venda da marca Aer Lingus, mas apenas três anos de licença não exclusiva de uso de marca para a Flybe, em combinação com a sua própria marca.

Acresce que não há uma definição exacta dos activos e passivos que serão transferidos para Flybe Irlanda, mas apenas genérica.

A Flybe opera um modelo de negócio que combina opções de baixas tarifas, níveis elevados de vendas pela internet, vendas a bordo, incluindo alimentos e bebidas.

Como resultado dos compromissos finais, a Flybe assumiria várias centenas empregados e adicionaria quarenta e três rotas às de que dispunha, a serem operados com Airbus e cinco jatos regionais. Os compromissos finais, portanto, implicam um aumento significativo no âmbito do negócio da Flybe.

Existiam muitas incertezas na opinião da Comissão sobre se a Ryanair estaria numa posição para entregar este compromisso e se disporia de pessoal suficiente com o conhecimento necessário para gerir uma empresa que operava com aeronaves Airbus A320, a ser transferido de facto para a Flybe Irlanda, especialmente considerando a resistência de gestão da Aer Lingus para a oferta da Ryanair.

Considerou-se não ser improvável que a Flybe viesse a enfrentar desafios em termos de operações e horários, pelo menos num período inicial assim como que precisasse de passar por um processo de aprendizagem, no que respeita às operações de aeronaves Airbus A320.

A Comissão considerou que as operações das rotas que ligam a Irlanda para o Reino Unido se encaixariam no modelo de negócios da Flybe, dependendo da aeronave utilizada. No entanto, no seu entendimento, as rotas de lazer com distâncias mais longas do sector, não caberiam no modelo de negócios da Flybe.

Além disso, a Comissão observou que a Flybe, devido ao seu modelo de negócio, não teria experiência com a operação de aeronaves Airbus A320, tendo entendido que enfrentava um desafio na compreensão do mercado em que iria operar.

Por outro lado, a Comissão considerava também que a viabilidade da actividade alienada a ser transferida para a Flybe dependeria em grande medida da capacidade e do incentivo da Ryanair em fornecer um negócio rentável, pelo que concluiu que o acordo pelo qual a Ryanair preparava o plano de negócios anual para a Flybe Irlanda e, o acordo pelo qual a Ryanair poderia avançar para a (re) estruturação da base de custos da actividade alienada, apesar de não ser uma relação duradoura entre a entidade resultante da concentração e da actividade alienada, não parecia conciliável com o conceito de concorrentes independentes.

Ainda que em rigor o plano de negócios não fosse vinculativo para a Flybe, esta confiaria em grande medida na Ryanair para realizar a transição e a reorganização da actividade alienada, seja quanto à sua forma, seja quanto ao seu desenvolvimento, seja quanto à sua estrutura de custos.

Igualmente os resultados negativos apresentados nos últimos anos, sugeriram uma capacidade limitada para resistir a choques. As preocupações referentes à viabilidade da actividade alienada, o risco de retaliação agressiva da Ryanair, assim como as limitações para fazer investimentos adicionais para melhorar a probabilidade da actividade alienada de forma a torná-la viável, levantaram sérias dúvidas sobre se a empresa poderia ser o seu comprador adequado

Atentos os motivos expostos, a Comissão acabou por concluir que a Flybe não possuía os recursos financeiros necessários para manter e desenvolver a Flybe Irlanda como uma força competitiva viável e activa em concorrência com a entidade resultante da concentração, no médio prazo.

Relativamente à problemática das barreiras à entrada, em termos de criação de uma marca forte nas rotas sujeitas à presente decisão, um número de concorrentes, incluindo a Flybe, identificaram o reconhecimento da marca tal, em rotas objecto da presente decisão, sendo conseqüentemente os custos de marketing e promoção necessários para actualizar a marca bastante significativos.

A utilização paralela da marca Aer Lingus pela entidade resultante da concentração e da marca Aer Lingus pela Flybe Irlanda (em combinação com a marca Flybe) confundiria os clientes, podendo até lavá-los a acreditar que a Flybe não é uma opção alternativa independente da entidade resultante da concentração e, portanto, dissuadi-los de investigar a oferta da Flybe.

A Comissão considerou ainda que tal estratégia de branding poderia ser à custa da Flybe, criando um forte nível de consciência da sua própria marca.

Neste contexto, observa que a licença de marca é concedida para o mesmo termo como o período mínimo, o que significa que o momento em que a Flybe perderia o direito de uso da marca Aer Lingus iria coincidir com o momento em que estaria livre para sair das rotas, sem incorrer em nenhuma penalidade, facto que poderia aumentar o incentivo da Flybe para sair das rotas no final do período mínimo.

A possibilidade nos compromissos finais da Flybe pagar uma multa no caso de não funcionar com pelo menos 85 % das frequências, dá-lhe a possibilidade de não operar até 15% das frequências em qualquer rota, sem violar os termos dos compromissos finais, o que implicaria que de facto o incremento em termos de frequências resultantes da operação não seria totalmente coberto, na eventualidade de a Flybe fazer uso desta faculdade.

Ao decidir, a Comissão considerou que uma avaliação da viabilidade da actividade alienada foi importante para decidir se os compromissos da Flybe eram viáveis no sentido de determinar se o negócio era credível.

As contas de resultados preparadas pela Ryanair são baseadas numa série de suposições gerais que não são suportados por evidências convincentes e que oferecem uma irrealisticamente alta estimativa de rentabilidade da actividade alienada.

Deve ser esclarecido que este plano de negócios não é vinculativo para a Flybe, excepto na medida em que determina o montante da contribuição em dinheiro a ser pago à Flybe para assumir a actividade alienada.

No Pt. 95 dos compromissos deparamos-nos com uma cláusula que exige salvaguardas para garantir a sua aplicação efectiva e atempada, referindo-se que os compromissos finais devem prever que, no âmbito do Acordo Flybe, a Ryanair deverá vender e a Flybe deverá adquirir a actividade alienada logo que possível, após a conclusão com êxito pela Ryanair da Oferta.⁶⁶⁶

Relativamente ao Slot de alienações a IAG / BA nas três rotas de Londres (Dublin, Cork e Shannon a Comissão, excepcionalmente, decidiu examinar os

⁶⁶⁶Além disso, nos parágrafos 97 e 100 do aviso sobre os remédios, determina-se que a alienação deve ser concluída dentro de um período de tempo fixo, acordado entre as partes e a Comissão e que para as soluções Fix it, para as quais, em geral, um acordo vinculativo com o comprador deverá ser celebrado durante o procedimento, sendo que após a decisão da Comissão, apenas um novo período para o fecho da operação terá que ser previsto, sendo esse período de acordo com o aviso sobre os remédios geralmente de três meses.

compromissos finais embora estes não resolvam claramente os problemas de concorrência previamente identificados.

De acordo com o aviso sobre os remédios, enquanto alienação é o remédio preferido pela Comissão, esta poderá também aceitar os outros.

Poderá haver situações em que a alienação de uma actividade é impossível. No entanto, as alienações são o Pt. de referência para os outros remédios em termos de eficácia e eficiência.

Em tais circunstâncias, a Comissão tem de determinar se ou não outros tipos de remédio podem ter efeito suficiente no mercado para restabelecer uma concorrência efectiva (parágrafos 14 e 61 da comunicação sobre as soluções).⁶⁶⁷

Assim, os compromissos de entalhe do tipo proposto pela Ryanair nas três rotas entre Londres e Dublin, Cork e Shannon, respectivamente, são baseados no facto de que a disponibilidade de “*slots*” em Gatwick ou Heathrow ser uma barreira à entrada significativa.

Os compromissos finais para as três rotas London-Irlanda são, sem prejuízo da questão de saber se e quando a transferência Heathrow é satisfeita. De acordo com o aviso sobre os remédios, o grau de certeza sobre a implementação dos compromissos propostos pode, designadamente, ser afectada por riscos em relação à transferência de uma actividade a alienar, como os direitos de terceiros em relação ao negócio.

Com efeito, a Comissão deixou claro em várias ocasiões que a capacidade da Ryanair de dispor dos “*slots*” de Heathrow da Aer Lingua após a transacção, levantaria questões complexas e gerava incertezas quanto à implementação desses compromissos, especialmente por causa das restrições do art.º 10º da Aer Lingua e art.º s de Associação e demais disposições legais pertinentes.⁶⁶⁸

A Comissão considerou que os compromissos finais não indicavam de forma suficientemente clara o significado preciso da transferência da condição Heathrow no sentido de saber se a Ryanair poderia transferir as faixas horárias em Heathrow, sendo improvável que o Governo vem da sua participação de 25,11 % na Aer Lingua.

Avaliação da Comissão:

⁶⁶⁷ Ver Pt.1983 da decisão.

⁶⁶⁸ Ver Pt. 1988 da decisão.

Assim, na opinião da Comissão, os compromissos finais no que respeita às seis rotas operadas pela Aer Arann não são claras, sendo ambíguos. Enquanto a Ryanair reconhece que a atribuição ou resolução do contrato de franquia é " em cada caso, sujeito a um acordo com a Aer Arann ", a Ryanair compromete-se a " envidar esforços razoáveis " para que este compromisso possa acontecer.

O mesmo se diga do acordo Flybe.⁶⁶⁹ A redacção pouco clara levanta preocupações quanto à possibilidade Flybe realmente se comprometer a entrar nas rotas em questão com as suas pró-prias operações ou se apenas se compromete a assumir a franquia Aer Arann, devendo a Aer Arann concordar com ela.

O prazo do contrato de franquia entre a Aer Lingus ea Aer Arann é de 10 anos, sujeito a um termo.

Além disso, a Ryanair não teria o direito de modificar ou denunciar unilateralmente o âmbito do contrato de franquia após a transacção, uma vez que quaisquer mudanças ou alterações dos serviços de franquia estão sujeitos a acordo mútuo entre a Aer Lingus ea Aer Arann. Tal é reconhecido pela própria Ryanair, quando afirma que a atribuição ou terminação é " em cada caso, sujeitos a um acordo com a Aer Arann".

Da mesma forma, uma cedência do contrato de franquia a Flybe também não pode ocorrer sem o consentimento da Aer Arann.

Sendo que a Aer Arann referiu que não concorda com qualquer forma de rescisão ou remoção de rotas, e o contrato de franquia é fundamental para o retorno antecipado de investimento.⁶⁷⁰

Em conclusão, os compromissos finais não são susceptíveis de ser implementados em tempo útil, enquanto o contrato de franquia estiver em vigor. Além disso, a Comissão não pode concluir com certeza que os compromissos finais, uma vez executados, resolverão os problemas de concorrência identificados na decisão no que respeita às rotas Aer Arann.

Também em relação aos compromissos propostos referentes ao potencial de rotas de competição, entendeu a Comissão não serem capazes de eliminar os entraves significativos à concorrência efectiva identificados e, portanto, não poderem tornar o projecto de concentração compatível com o mercado interno.

⁶⁶⁹Pt. 1836 da decisão.

⁶⁷⁰Pt. 1843 da decisão.

A Comissão concluiu, com base nos resultados do estudo de mercado final, que a operação tal como foi proposta não iria provavelmente levar à entrada de novos concorrentes aptos a exercer pressão concorrencial suficiente sobre a entidade resultante da concentração.

Com efeito, entendeu esta que os compromissos finais não lhe permitiram concluir, com o grau de certeza necessário, que seria possível implementar em tempo hábil, num futuro relativamente próximo e de forma suficientemente viável e duradoura uma concorrência efectiva

Com efeito, considerou tendo também em conta a avaliação anterior da Flybe, que a Flybe Irlanda não exerceria uma pressão de concorrência suficiente sobre a entidade resultante da fusão, pelo menos num número significativo de rotas de desinvestimento de negócio, apesar de ter uma base em Dublin e uma aeronave com base operacional no aeroporto de Cork.

As provas recolhidas na investigação de mercado indicaram que nenhuma entrada ou expansão de projectos de transportadores concorrentes poderia ser considerada oportuna, provável e suficiente para vir a constituir uma pressão concorrencial sobre a entidade resultante da concentração, nas seis vias de concorrência potencial⁶⁷¹A Comissão veio desta feita a concluir que a operação era susceptível de entravar significativamente a concorrência efectiva no mercado interno ou numa parte substancial dos mesmos, nos termos do art.º 2º (3) do RC., como resultado da criação de uma posição dominante Ryanair e da Aer Lingus em quarenta e seis rotas de e para Dublin, Shannon Cork e Bato.

Já nos mercados onde outras operadoras operam, inclusive as companhias charter, a transacção era susceptível de entravar significativamente a concorrência efectiva no mercado interno ou numa parte substancial dos mesmos, nos termos do art.º 2º (3) do RC. como resultado da eliminação da particular relação de concorrência entre a Ryanair e a Aer Lingus e, portanto, das pressões concorrenciais importantes que ambas as companhias exercem umas sobre as outras Além disso, a transacção era também susceptível de entravar significativamente a concorrência efectiva no mercado interno ou numa parte substancial do mesmo, nos termos do art.º 2º (3) do RC. pela eliminação de um potencial candidato credível em seis rotas de e Dublin e Cork

⁶⁷¹ Ver Pt. 1854 da decisão.

Pelo que na opinião da Comissão, a concentração veio a ser declarada incompatível com o mercado interno e com o Acordo EEE, nos termos do art.º 8º (3) do RC. e art.º 57º do Acordo EEE.