



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

AS MEDIDAS DE CORRECÇÃO NO CONTROLO
EUROPEU DE CONCENTRAÇÕES:

A PREFERÊNCIA PELA ALIENAÇÃO DE UM NEGÓCIO
VIÁVEL E INDEPENDENTE

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do
grau de Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios

Por

Marta de Almeida Maia

Escola de Direito – Porto

Janeiro 2012



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

AS MEDIDAS DE CORRECÇÃO NO CONTROLO
EUROPEU DE CONCENTRAÇÕES:

A PREFERÊNCIA PELA ALIENAÇÃO DE UM NEGÓCIO
VIÁVEL E INDEPENDENTE

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do
grau de Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios

Por

Marta de Almeida Maia

Escola de Direito – Porto

Sob orientação da Professoura Doutora Sofia Pais

Janeiro 2012

Resumo

Analisa a abordagem adoptada pela Comissão Europeia quanto à dicotomia entre Medidas de Correção estruturais e comportamentais no regime do controlo Europeu de concentrações. Em particular, critica a preferência pelo compromisso de alienação de um negócio viável e independente à luz dos requisitos consagrados na Comunicação da Comissão sobre Medidas de Correção de 2008.

Reflecte sobre os problemas centrais das soluções de alienação partindo-se do Estudo da Direcção Geral da Concorrência de 2005. Alude-se à Jurisprudência Europeia sobre a preferência para examinar o âmbito de aplicação das medidas comportamentais a partir dos fundamentos jusconcorrenciais que podem justificar a sua aplicação prática mais alargada. Considera-se o princípio da proporcionalidade, os efeitos horizontais, verticais e conglomerais, e ainda os mercados de inovação tecnológica.

Concluiu-se que a preferência não é justificável em todas as situações de anti-concorrencialidade e face à discricionariedade decisional Europeia, denotando-se que a Comunicação não responde de forma satisfatória à necessidade de certeza e segurança jurídica na aplicação dos compromissos comportamentais.

Palavras-chave: União Europeia; Direito da Concorrência; Comissão Europeia; Concentrações; Medidas de Correção; Compromissos; Remédios.

Índice

1. Introdução. Relevância do Tema e Sequência	6
2. As Medidas de Correção no Controlo Europeu de Concentrações.....	9
2.1. Noção e Finalidade.....	9
2.2. Tipos – Estrutura vs. Comportamento.....	10
3. As Medidas de Correção na Comunicação da Comissão Europeia	13
3.1. Aspectos Procedimentais.....	13
3.2. Aspectos Substantivos: a Preferência pelas MC Estruturais	14
3.2.1 A Preferência pela Alienação de um Negócio Viável e Independente	16
4. O Estudo Europeu	18
4.1. Composição do Pacote de Bens e Identificação de um Comprador Adequado.....	19
4.1.1 Assimetrias Informacionais	19
4.1.2 Efeitos Colusivos.....	20
5. Medidas de Correção Comportamentais – Âmbito de Aplicação	24
5.1. O Princípio da Proporcionalidade	24
5.2. Efeitos Concorrenciais: Horizontais vs. Verticais e Conglomerais.....	26
5.3. Tipos de Mercados: Dinâmicos vs. Estáticos – a Inovação Tecnológica.....	28
6. Monitorização da Execução das Medidas de Correção	33
6.1. Mecanismos e Evolução Recente.....	33
6.2. Implicações para as MC Comportamentais.....	35
7. Jurisprudência dos Tribunais da União.....	36
8. Posição Adoptada	38
9. Conclusão	45
Referências Bibliográficas	47

Lista de Abreviaturas

A.	Autor/Autores
Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
Arts	Artigos
CE	Comissão Europeia
Cfr.	Confrontar
Com.	Comunicação
Corp.	<i>Corporation</i>
DE	Disfunção erétil
DG COMP	<i>Director-General for Competition</i>
DOJ	<i>Department of Justice</i>
Et.Seq.	E seguintes
EUA	Estados Unidos da América
FDA	<i>US Food and Drug Administration</i>
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
ICN	<i>International Competition Network</i>
Ibid.	<i>Ibidem</i>
Inc.	<i>Incorporated</i>
JO	Jornal Oficial
Ltd.	Limitada
MC	Medidas Correctivas
No.	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
OFT	<i>Office of Fair Trading</i>
Op.Cit.	Citação
P.	Página
Para.	Parágrafo
Paras	Parágrafos
PI	Propriedade Intelectual
Plc.	<i>Public limited company</i>
PP	Páginas
Proc.	Processo
Pt.	Ponto
Pts	Pontos
Reg.	Regulamento
SA	Sociedade Anónima
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal de Primeira Instância
Trib.	Tribunal
UE	União Europeia
Vs.	<i>Versus</i>

1. Introdução. Relevância do Tema e Sequência

Este trabalho debruça-se sobre as Medidas Correctivas¹ no âmbito do regime do controlo Europeu de concentrações. O controlo prévio operado nesta área jusconcorrencial conhece dois tipos de decisões fundamentais: aprovação ou proibição da concentração notificada.

Todavia, o Direito da Concorrência dispõe de uma terceira via nas situações em que o projecto de concentração levanta questões de compatibilidade com as normas concorrenciais Europeias². As partes notificantes podem propôr à Comissão Europeia MC destinadas ao preenchimento dos pressupostos necessários para a obtenção de uma decisão favorável em relação à transacção³. Estes compromissos são qualificados como condições integrantes da decisão de compatibilidade da concentração enquanto fundamento jurídico da decisão final⁴.

As MC permitem a resolução de problemas suscitados pela redução dos níveis concorrenciais nos mercados relevantes, sem contudo, implicar uma proibição da transacção.

Neste sentido, a possibilidade deixada a cargo das empresas reflecte o interesse por parte da CE na preservação das vantagens associadas às concentrações na prossecução do bem-estar dos consumidores, nomeadamente preços inferiores de bens e serviços, gerados por poupanças nos custos de produção ou transacção, assim como maior qualidade na oferta, ou ainda produtos novos ou melhorados.

¹ Também designadas por compromissos no âmbito do controlo de concentrações, ou ainda “remédios”, em resultado da influência do conceito de *remedies* usado no Ordenamento Jurídico Anglo-Saxónico.

² Definição de concentração do art. 3º do Regulamento relativo ao controlo de concentrações de empresas (JO nº L 024 (2004)), doravante, “Reg.”. O fundamento legal para os compromissos encontra-se consagrado no considerando 30 e arts 6º/2 e 8º/2 do Reg.

³ MENDES PEREIRA (2011) pp 88-90.

⁴ As “condições” são as MC *per se*, que se destinam a resolver os problemas de natureza concorrenciais, e distinguem-se das “obrigações”, que consistem nas medidas de execução destinadas a garantir o sucesso efectivo da condição. Art. 8º/2 do Reg.

As MC constituem portanto um instrumento crucial para a manutenção efectiva da concorrência no Mercado Comum, constatação reflectida na sua ligação de dependência substantiva com a própria decisão final⁵.

A identificação da MC aplicável no caso concreto justifica deste modo a preocupação com o estabelecimento de linhas de orientação presentes na recente Comunicação da Comissão⁶, na qual se estabelecem os requisitos necessários das MC: eficácia, proporcionalidade e exequibilidade praticável, sem necessidade de monitorização ou supervisão a longo prazo⁷.

À luz destes pressupostos, a CE estabelece uma distinção entre MC, “estruturais” e “comportamentais”. Em função dos seus efeitos no mercado e dos requisitos vertidos na Comunicação, estabelece-se uma preferência clara por uma solução estrutural em específico: a alienação de um negócio ou actividade economicamente independente das empresas objecto da operação de concentração.

O presente tema foi até há pouco tempo negligenciado pela Doutrina. Todavia, atenção recente foi despoletada com as conclusões retiradas de Estudos Empíricos⁸ conduzidos por Autoridades da Concorrência dos EUA e UE, que identificaram falhas significativas ao nível do *design* e implementação das MC, especialmente das alienações de activos empresariais. Atendendo à tensão verificada entre a preferência absoluta pela solução de alienação mencionada e Estudos Empíricos, entendemos justificável a escolha do tema em análise.

O nosso trabalho propõe-se a contribuir para a reconsideração da política Europeia no campo das MC partindo do levantamento das questões jusconcorrenciais problemáticas identificadas nos Estudos quanto às soluções de alienação. Numa perspectiva metodológica propomo-nos a analisar teórica e empiricamente a Doutrina existente, sem esquecer os ensinamentos Jurisprudenciais Europeus e a evolução decisional Norte-Americana, para procedermos a uma análise crítica da preferência Europeia.

⁵ O incumprimento das MC determina a ineficácia automática da decisão de aprovação, arts 8º/4 al. b) e nº 7 do Reg., e pt. 20 da Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção (JO 2008/C 267/01), designada por “Com.”

⁶ Que veio desenvolver a versão anterior de 2001 (JO C 68).

⁷ Pt. 9 da Com.

⁸ BAER (1999) e DG COMP (2005).

Partindo da dicotomia-base “Estrutura vs. Comportamento” imanente às Orientações sobre MC exploramos as possibilidades de extrapolação de 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 como pano de fundo a protecção dos consumidores.

O presente trabalho estrutura-se da seguinte forma: (1) enquadramento conceptual das MC no Controlo Europeu de Concentrações: noção jurídica geral e finalidade; distinção entre MC e critérios utilizados; de seguida analisamos os (2) aspectos procedimentais e substantivos na Comunicação à luz da distinção operada; interpretação teleológica inerente à preferência pelas soluções de alienação. Esta análise crítica será baseada na Doutrina e terá dois pontos de partida distintos: por um lado, o (3) levantamento breve dos problemas identificados pelo Estudo Europeu da DG COMP, quanto à composição do pacote de bens e identificação de um comprador adequado (assimetrias informacionais e efeitos colusivos); por outro, os (4) fundamentos jusconcorrenciais que poderão justificar a necessidade de uma maior flexibilidade Europeia em relação às MC comportamentais: o princípio da proporcionalidade; tipos de efeitos – horizontais e não-horizontais –; e ainda os tipos de mercados – “tradicional” e “dinâmicos”. A análise completa-se com a consideração do argumento pragmático da (5) monitorização das MC. Por último, consideramos as lições da (6) Jurisprudência dos Tribunais Europeus e a (7) posição adoptada.

2. As Medidas de Correção no Controlo Europeu de Concentrações

2.1. Noção e Finalidade

As MC constituem modificações a uma concentração notificada a fim de se obter uma decisão de autorização por parte da CE⁹. Estes compromissos são oferecidos pelas partes notificantes¹⁰ 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”¹¹.

A sua finalidade de restauração da concorrência está portanto fortemente associada ao seu enquadramento conceptual e exige 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 aprovação¹².

Numa perspectiva lata, as MC partilham dos mesmos fins integrantes do Direito Europeu da Concorrência quanto à realização dos seus objectivos económicos de protecção do consumidor e da eficiência económica, tradicionalmente enraizados na finalidade primacial da integração económica¹³. Adicionam-se no quadro Europeu objectivos

⁹ Através da Direcção Geral da Concorrência (DG COMP), directamente responsável pela aplicação das regras da concorrência.

¹⁰ Doravante, “partes”.

¹¹ “Em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante”. Art. 2º/2 e 3 do Reg. O conceito de MC distingue-se do de “sanção”, entendida enquanto punição de uma conduta posta em prática e cuja consequência normal é a reparação do dano sofrido pelo lesado (e pela sociedade em geral).

¹² Pts 4 e 5 da Com. As estatísticas demonstram que em 21 anos de controlo Europeu de concentrações aproximadamente 6,6 por cento das decisões foram aprovações com compromissos (equivalente a 301 casos no total, 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 optarão pela retirada da notificação quando se suscitarem problemas de anti-concorrencialidade) in CHALMERS *et al.*, (2009) p. 1084.

¹³ Nas suas três vertentes: alocativa ou afectação de recursos, produtiva/técnica e dinâmica. As funções do Direito da Concorrência continuam actualmente a alimentar debates fervorosos que contrapõem as Doutrinas económicas tradicionais das Escolas Norte-Americanas dos anos 60 e 70. Por um lado, a Escola de Harvard, defensora de um Estado intervencionista e autora do paradigma “Estrutura-Condução-Mercado”. Segundo esta Teoria a estrutura do mercado seria responsável pelo comportamento das empresas, e, conseqüentemente, pela natureza concorrencial ou anti-concorrencial dos mercados. Possivelmente um

político-sociais, reflectidos na protecção do emprego, do ambiente, e ainda da indústria europeia¹⁴. Nesta medida, também os tipos de MC aceitáveis devem reflectir adequadamente esse balanço de interesses.

2.2. Tipos – Estrutura vs. Comportamento

Tradicionalmente as MC estão divididas em dois tipos: estruturais e comportamentais (ou de conduta). Na Comunicação a distinção tem como critério o tipo de efeitos desencadeados, consoante se dirijam à estrutura do mercado, ou à conduta das partes.

Este entendimento reflecte-se no ponto 4, - “efeitos na estrutura do mercado” - relativos às MC estruturais, e no ponto 17, por referência aos “compromissos relativos ao futuro comportamento da entidade resultante da fusão” – quanto às MC comportamentais. Estas últimas prescrevem determinado tipo de comportamentos pós-concentração e abrangem um leque amplo de possibilidades, que variam entre a obrigação de concessão de acesso a “infra-estruturas essenciais” ou o licenciamento de Direitos de PI a concorrentes no mercado relevante¹⁵; soluções contratuais de fornecimento de produtos ou serviços; alteração de relações comerciais prolongadas e/ou exclusivas¹⁶; renúncia a direitos associados a participações sociais¹⁷; e ainda “promessas” de não-adopção de determinadas condutas anti-concorrenciais após a operação de concentração¹⁸. Pela sua natureza, as medidas dirigidas à conduta das empresas destinam-se a garantir um espaço de liberdade

resquício histórico da preferência pelos remédios estruturais (tendo em conta o seu papel-chave na estrutura dos mercados mais prejudiciais para a Concorrência – oligopólios e monopólios), esta Teoria sofreu fortes críticas dos precursores da Escola de Chicago. Esta Escola encontra o fundamento exclusivo do Direito da Concorrência na eficiência económica (entendida na acepção de afectação óptima de recursos) e no poder de auto-correcção do mercado. Estas Teorias foram posteriormente afastadas do seu estado “puro” e ramificaram-se em Teorias mais complexas, como as de Pós-Chicago e o Ordoliberalismo. JONES e SUFFRIN (2010) pp 8-9 e MOURA e SILVA (2008) p. 27.

¹⁴ Este entendimento parece justificar-se na letra do TFUE e na prática Jurisprudencial, que sempre reflectiu interesses sociais e políticos. Tal como enfatizado por FOX e SULLIVAN, a Lei não é Economia e, como tal, as regras concorrenciais não foram criadas para retirar o máximo de lucro dos mercados, *in* CHALMERS, *et al.* (2009) p. 935. Cfr. ainda objectivos concorrenciais no art. 3º/1 al. b) do TFUE (JO 2010/C 83/01).

¹⁵ Pts 62-65 da Com.

¹⁶ Pts 67-68 *ibid.*

¹⁷ Pt. 59 *ibid.*

¹⁸ Pt. 69 *ibid.*

de acção económica¹⁹, sobretudo pela prevenção do encerramento de mercado para que os concorrentes possam desenvolver as suas actividades com base no mérito comercial.

Por seu turno, as MC estruturais induzem alterações na estrutura organizacional das empresas, *maxime* através da venda de um negócio a um novo participante no mercado ou a um concorrente já existente e independente economicamente das partes²⁰.

Por razões de certeza e segurança jurídica, as MC comportamentais não se encontram em pé de igualdade quanto à sua susceptibilidade para eliminar as preocupações concorrenciais identificadas²¹. As disparidades verificadas em razão do seu *design* e implementação levaram alguns autores a divisar uma terceira categoria de MC de conduta, denominadas “quasi-estruturais”. Estas últimas MC, apesar de classificadas de um modo geral como comportamentais revestem-se de um carácter híbrido, isto é, não deixam de resultar em mudanças imediatas e permanentes no mercado, ou alterar as suas condições estruturais²². Por exemplo, uma licença de acesso exclusiva com validade prolongada ou perpétua e sem pagamentos periódicos pode ser considerada como uma MC estrutural de acordo com o critério dos efeitos. Pelo contrário, uma licença que exija algum tipo de comunicação ou colaboração entre as partes inevitavelmente comporta elementos de conduta.

Deste modo, neste Estudo será adoptado um outro critério por considerarmos que a distinção operada na Comunicação não é suficientemente clara. Assim, somente a cessão de direitos de propriedade relativa a activos empresariais – físicos ou intangíveis – define a MC estrutural, pelo que a natureza deste remédio implica uma alienação de qualquer tipo²³, e cuja execução tipicamente requer uma monitorização ou supervisão a curto prazo. A *contrario*, as MC comportamentais implicam o condicionamento do exercício dos direitos de propriedade através de obrigações positivas às quais as partes se vinculam.

¹⁹ MOURA e SILVA (2008) p. 13.

²⁰ LÉVÊQUE (2000) p. 3. Incluem-se também as alienações de activos individuais (como direitos de PI), partes de actividades ou participações minoritárias. Pts 22 e 37 da Com.

²¹ As meras declarações de intenções não são aceites, nos termos do pt. 69 *ibid.*

²² WENT (2006) p. 457, COOK e KERSE (2009) p. 294, MOTTA, *et al.* (2007) p. 611. Para outro tipo de classificações, DAVIES e LYONS (2007) pp 13-14.

²³ Seguimos a distinção de MOTTA, *et al.* (2007) at 606. Pts 61 e 33 da Com., referindo-se a uma empresa, grupo de empresas ou departamento que até ao momento da concentração não tivesse a forma jurídica de Sociedade.

Com este critério não contrariamos a ideia de que tipicamente a MC de alienação - concretizável num único momento - tende a induzir uma imediata e permanente alteração no mercado, ao passo que a MC de conduta se caracteriza por produzir efeitos a médio/longo prazo. Estas características revelam-se fulcrais para a posterior análise da implementação e monitorização das MC que iremos empreender.

Para além disso, permite o afastamento da preferência de princípio enunciada na Comunicação, tomando-se como ponto de partida na procura do remédio adequado a sua susceptibilidade para a eliminação cabal do detrimento concorrencial provocado pela transacção²⁴.

²⁴ Como refere EZRACHI (2006) p. 461, a escolha da classificação não altera a essência da análise.

3. As Medidas de Correção na Comunicação da Comissão Europeia

3.1. Aspectos Procedimentais

Os compromissos podem ser apresentados em duas fases distintas do processo de notificação: fase I (com duração de 25 dias úteis) e fase II (com duração de 90 dias úteis)²⁵.

Existem, no entanto, diferenças substantivas consoante o momento procedimental em que são propostos: se apresentados na fase I devem constituir alterações suficientemente sólidas para retirar as “sérias dúvidas” colocadas para a obtenção de uma decisão de autorização, sem necessidade de uma declaração formal de objecções que dê início à fase II²⁶.

Na prática, a possibilidade de apresentação de compromissos nesta fase liminar do processo apenas se encontra disponível para as situações nas quais o “problema de concorrência for claramente identificável e puder ser facilmente resolvido”, devendo as MC responder de forma precisa e inequívoca a esse problema²⁷.

Nessa medida, as partes em certos casos encetam conversações estratégicas com a CE ainda antes da notificação tendo em vista não só a antecipação da posição desta última, mas também para poderem oferecer compromissos dentro do prazo mais curto possível²⁸.

²⁵ Pts 18 e 78 da Com. e art. 6º/1 al. c) e nº 2 do Reg. para a fase I (extendida para 35 dias úteis caso as empresas ofereçam compromissos) e pt. 88 e art. 8º/3 do Reg. para a fase II (extendida para 105 dias úteis no caso de proposta de compromissos nos termos do art. 10º/3 do Reg.).

²⁶ Na qual se procede a uma investigação aprofundada do mercado.

²⁷ 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], para. 129) confirmou a particular exigência dos objectivos a atingir com os compromissos na fase I, onde se pode ler: “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”. É de assinalar que até 30 de Setembro de 2011 cerca de 69% das decisões tomadas com compromissos pertencem à fase I (208 decisões para 93 na fase II).

²⁸ Em alguns casos, apesar de nesta fase a CE não ter ainda 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. Este comportamento é explicado pela importância do *timing* do processo e 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. COOK e KERSE (2009) pp 288-289.

Perante a apresentação de MC consideradas satisfatórias, a CE está vinculada à aprovação da concentração com condições²⁹.

3.2. Aspectos Substantivos: a Preferência pelas MC Estruturais

O compromisso aceitável deve “suprimir plenamente as preocupações de concorrência” com o “grau de certeza necessário”, susceptível de uma “execução efectiva a curto prazo” e ainda proporcional ao efeito adverso identificado³⁰.

Dado que nos termos da Comunicação a concentração notificada é analisada em função do seu efeito sobre a “estrutura da concorrência”³¹, considera-se implicitamente que as MC devem implicar a “modificação” dos efeitos da concentração sobre as estruturas do mercado de forma duradoura³².

Á luz destas considerações verifica-se uma clara prevalência de compromissos que assumam uma natureza “estrutural”, e especialmente, possibilitem o aparecimento de novos concorrentes ou o reforço do poder de mercado de concorrentes existentes. Presume-se que as MC de alienação de activos empresariais³³ respondem mais eficazmente às preocupações concorrenciais pelo tipo de efeitos que induzem nas estruturas concorrenciais do mercado. Por outro lado, as MC comportamentais revestem-se de maior complexidade e são por natureza mais sujeitas a variadas formas de incumprimento, cujo controlo pode revelar-se difícil ou até impossível³⁴.

Determinam-se assim dois tipos de argumentos na posição da CE em análise: a manifestada superioridade de princípio das soluções estruturais ao nível do seu *design* e

²⁹ Arts 6º/2 e 8º/2 do Reg. Na hipótese de considerar que as MC não eliminam as preocupações concorrenciais, deve providenciar provas factuais suficientes para a fundamentação da decisão. No Ac. *Bertelsmann e Sony (EUA)/Impala* (Proc. C-413/06P [2008], paras 46-52), o TJUE sublinha que o standard probatório exigido à CE é o mesmo em relação às decisões de proibição ou aprovação.

³⁰ Pts 9-14 da Com. e considerando 30 do Reg.

³¹ Pt. 4 da Com.

³² COOK e KERSE (2009) p. 282.

³³ Pt. 22 da Com.

³⁴ EZRACHI (2006) p. 468.

performance na restauração da concorrência, e a sua implementação célere e monitorização a curto-prazo³⁵.

Podemos relacionar esta presunção com a natureza deveras peculiar do regime do controlo Europeu de concentrações. A obrigatoriedade de notificação prévia das operações de concentração com dimensão Europeia impõe maior complexidade na ponderação casuística do conjunto de factores jusconcorrenciais perante os factos concretos³⁶. A natureza prognóstica da análise do impacto concorrencial da transacção implica um exercício complexo de importação para o futuro dos efeitos concorrenciais nos mercados relevantes. Quando se conclua que a anti-concorrencialidade deriva do provável comportamento das empresas após a concentração, a determinação de uma causalidade provável entre condutas futuras e a operação de concentração revela-se particularmente difícil.

Portanto, revela-se menos oneroso do ponto de vista probatório demonstrar que a anti-concorrencialidade advém da estrutura do mercado e não da conduta futura da empresa³⁷.

Para além disso, a preferência pela estruturalidade atribuí, através do regime de controlo de concentrações, uma possibilidade de “correção” *quasi-regulatória* à disposição da CE quanto à escolha das estruturas de mercado: *the status quo and the market that would arise if the merger project is realized*³⁸.

Todavia, a Justiça “Preventiva” operada pelas MC não pode deixar de se fundamentar juridicamente no dano para a concorrência através do qual ocorre o efeito adverso para o bem-estar dos consumidores³⁹. A acção discricionária da CE está não só

³⁵ E, conseqüentemente, menor alocação de recursos administrativos.

³⁶ Pts 12 e 16 da Com. quanto às MC e considerando 34 do Reg. quanto ao controlo de concentrações em geral.

³⁷ Decisão *GE/Honeywell* (COMP/M.2220), paras 531 *et seq.* O peso dado ao futuro comportamento da empresa pode justificar parcialmente a resistência em relação às MC não-estruturais, dadas as conseqüências ao nível do ónus da prova: será exigível à CE que o tipo de prova factual apresentada seja objectivamente sólida, segundo princípios económicos consensuais, para se concluir com suficiente probabilidade que após a concentração as partes entrarão em comportamentos exclusionários/predatórios ou coordenados.

³⁸ MOTTA, *et al.* (2007) p. 628.

³⁹ A identificação do efeito adverso da concentração para a concorrência concretiza-se pela comparação da situação de mercado actual com a situação hipotética pós-concentração, sem aplicação de

legitimada na solidez da Teoria defendida *in casu* mas também limitada pelas competências delegadas e restantes princípios consagrados no TFUE, nomeadamente os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade⁴⁰. Aderimos a estes princípios para a análise da posição Europeia quanto ao compromisso de alienação de um negócio viável e independente.

3.2.1 A Preferência pela Alienação de um Negócio Viável e Independente

Esta MC é considerada a “forma mais eficaz de manter a concorrência”, constituindo o parâmetro de referência para o nível concorrencial expectável no mercado pós-concentração⁴¹.

A preferência encontra-se sustentada no argumento de que a viabilidade económica prévia à separação jurídica do negócio/actividade permite a continuação bem-sucedida da empresa cessionada enquanto concorrente efectivo com probabilidade superior em relação, por exemplo, às restantes MC de alienação⁴².

Na Comunicação é assumido igualmente que as MC comportamentais não se encontram numa situação comparável ao nível dos riscos implicados para a viabilidade e autonomia dos bens enquanto concorrentes efectivos no futuro⁴³. Deste modo, exige-se como requisito substantivo adicional que estas MC sejam equiparáveis a alienações quanto

MC. Alguns A. utilizam a designação “Teoria(s) do Dano Concorrencial” para a definição da origem da anti-concorrencialidade no caso concreto. LINDSAY e BERRIDGE (2009) pp 623-628.

⁴⁰ Art. 5º do TFUE e considerando 30 do Reg.

⁴¹ Pts 17, 22-33 e 61 da Com. Esta preferência é claramente defendida nas concentrações que produzem sobreposições horizontais em mercados relevantes, uma vez que a junção de capacidades comerciais de empresas que desenvolvam previamente à concentração as mesmas actividades (total ou parcialmente) conduz a um reforço directo do poder de mercado. Porém, é também indiciada a sua aptidão para a resolução de questões ligadas a sobreposições verticais (verificadas entre concorrentes activos em diferentes níveis de produção).

⁴² Por exemplo, uma alienação constituída por uma combinação de activos corpóreos ou incorpóreos que não constituam anteriormente objecto de uma actividade viável e independente. Pts 23, 30 e 37 *ibid.*

⁴³ Assim, a concessão de licenças sobre Direitos de PI, ou mudanças de marca “não serão consideradas soluções adequadas sempre que a alienação de uma actividade se afigurar exequível”, isto é, a título excepcional e em circunstâncias específicas, pts 35-42 e 69 da Com.

aos seus efeitos, presumindo-se que apenas nesses casos serão capazes de “suprir todas as preocupações eventuais”⁴⁴.

Para além do reforço positivo da concorrência, desencadeado num único momento, o factor da independência económica prévia em princípio permitirá a preservação de economias de escala e outras sinergias económicas sem necessidade de “fornecimento de matérias-primas ou outras formas de cooperação para além de um período transitório”⁴⁵.

⁴⁴ Pts 17 e 61 *ibid.*

⁴⁵ Pts 30 e 32 da Com.

4. O Estudo Europeu

Analisada a teleologia e vantagens inerentes da manifestada superioridade da alienação de um negócio viável e independente, cabe-nos analisar de forma breve os resultados do Estudo Europeu⁴⁶, para em seguida procedermos à análise crítica da preferência que molda toda a política Europeia sobre MC.

O Estudo teve como objecto a avaliação da eficácia das MC a partir de uma amostra de concentrações com aprovação condicional no período entre 1996 e 2000⁴⁷. Um Estudo similar, ainda que apenas dirigido à avaliação de alienações de activos empresariais foi conduzido pela Autoridade Norte-Americana FTC⁴⁸.

As conclusões retiradas do Estudo estão na base da actual Comunicação sobre MC⁴⁹, que, por sua vez, acolheu os resultados do Estudo da FTC, no qual se concluiu que cerca de 75% das soluções de transferência de poder de mercado através de alienações se revelaram eficazes na eliminação do dano concorrencial⁵⁰.

Parecem-nos, contudo, relevantes as limitações metodológicas do Estudo para a nossa análise, sobretudo a amostra insuficiente de MC comportamentais analisadas. Reconhecemos que não pode servir com rigor o objectivo de retirar conclusões sólidas quanto à eficácia destas últimas, nem legitimar a política Europeia sobre MC⁵¹. Todavia, já o mesmo não podemos dizer quanto às MC de alienação, sobre as quais se concluiu que 94% dos negócios cessionados continuavam no mercado três a cinco anos após a implementação da MC. No entanto, estas estatísticas revelaram-se enganadoras⁵²: de entre

⁴⁶ DG COMP (2005). Doravante, “Estudo”.

⁴⁷ PAPANDEPOULOS e TAJANA (2006) p. 443.

⁴⁸ BAER (1999). Estudos de outras entidades foram igualmente realizados: OCDE (2004), ICN (2005) e OFT (2005).

⁴⁹ Pt. 2 da Com.

⁵⁰ BAER (1999) p. 9.

⁵¹ De referir que foi utilizada uma diferente classificação de MC: (1) transferência de posição de mercado; (2) saída de uma empresa-comum; (3) concessão de acesso; (4) outras MC. O método utilizado baseou-se em informação qualitativa: entrevistas às empresas concentradas, compradores dos bens cessionados e administradores. 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”. Estudo, pp 16 e 18.

⁵² LÉVÊQUE (2006) p. 27.

as alienações totalmente eficazes encontram-se apenas 56-57% dos casos, sendo que 25% foram apenas parcialmente eficazes⁵³. Cabe-nos deste modo analisar a origem das falhas graves na aplicação das soluções preferidas.

Esta problematização está intimamente ligada aos riscos associados à composição e capacidade competitiva do pacote de bens e, de uma forma mais atenuada, à identificação do comprador adequado⁵⁴. Podemos reconduzir estes factores centrais a duas questões jusconcorrenciais igualmente identificadas no Estudo da FTC: as (i) assimetrias informacionais de mercado por um lado, e os (ii) efeitos colusivos, por outro.

4.1. Composição do Pacote de Bens e Identificação de um Comprador Adequado

4.1.1 Assimetrias Informacionais

A pedra-de-toque na criação de um concorrente viável depende, em parte, do comprador dos bens alienados. Porém, ainda que a sua *expertise* quanto ao tipo de negócio e a posse dos recursos logísticos e financeiros necessários estejam asseguradas, isto não se reflecte necessariamente em pressão concorrencial efectiva em relação às partes.

Em primeiro lugar, os interesses das partes não são os mesmos da CE: o vendedor envidará os melhores esforços para garantir que o comprador não será um concorrente à altura, dado que não tem qualquer incentivo em cooperar na escolha de um comprador com o qual se irá confrontar pós-concentração⁵⁵.

⁵³ Apesar disso, a alienação das participações sociais em empresas-comuns foram consideradas as soluções mais bem-sucedidas, seguidas da alienação de um negócio viável e independente. Verificou-se ainda uma relação directa entre o sucesso da MC e a sua apresentação na fase I. Estudo, pp 133-134.

⁵⁴ PAPANDEPOULOS e TAJANA (2006) pp 446-447.

⁵⁵ MOTTA (2004) p. 268. 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. Identificaram-se ainda situações relacionadas com a contribuição activa das partes na desvalorização dos bens no período entre a aprovação e a execução das MC. PAPANDEPOULOS e TAJANA (2006) 446-447 e Estudo, p. 24. Parece-nos portanto ilógica a possibilidade de perante sobreposições horizontais as partes poderem optar entre duas actividades, tal como disposto no pt. 34 da Com.

Em segundo lugar, o comprador pode revelar incapacidade na utilização eficaz dos bens que adquire. Isto sucede perante a falta de experiência operacional no mercado relevante, assim como o desconhecimento do alcance do pacote de bens necessário para o desenvolvimento de uma actividade plenamente concorrencial⁵⁶.

Não havendo sujeito melhor preparado para conhecer os segredos do negócio do que o seu proprietário, o comprador partirá para o mercado com uma desvantagem inicial (ainda que seja um concorrente efectivo no mercado), não podendo presumir-se que conhece à partida a melhor forma de operar o negócio recém-adquirido. Esta situação pode complicar-se na alienação de activos tecnológicos, como analisaremos na secção relativa ao tipo de mercados. O exposto chama à colação a ideia de que não é líquido que um negócio previamente integrado na estrutura da empresa vendedora mantenha a sua viabilidade económica nas mãos do comprador com suficiente probabilidade.

Directamente associadas a estas considerações estão as assimetrias informacionais provocadas pela lacuna de conhecimentos especializados por parte da CE quanto ao tipo de negócio/indústria e a forma como as partes conduzem a sua actividade comercial em específico⁵⁷.

Consciente deste cenário de informação imperfeita, a CE tende a prevenir posições abusivas usando no processo negocial a sua posição de superioridade de forma a obter a aplicação de medidas de alienação. Mas isto não permite ultrapassar o risco de colusão em certos ambientes concorrenciais.

4.1.2 Efeitos Colusivos

Nem sempre a ineficácia da alienação resulta da posição vulnerável do cessionário. Na hipótese de o comprador ser previamente um concorrente activo no mercado relevante,

⁵⁶ 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. Estudo, p. 25.

⁵⁷ Pt. 7 da Com. A disparidade de informações está igualmente presente nas MC comportamentais. Todavia, dado que pela sua natureza exigem uma atitude regulatória mais intervencionista, o seu potencial dano pode ser atenuado.

a cessão de participações sociais pode operar uma redistribuição do poder de mercado, que por seu turno poderá reforçar a concorrência pela maior eficiência dos operadores fora da concentração⁵⁸.

Porém, com a alienação, partes e comprador pertencem ao mesmo mercado enquanto concorrentes directos. Perante factores estruturais como a homogeneidade de produtos, transparência, elevadas barreiras à entrada e estabilidade da procura⁵⁹, o aumento da simetria de capacidades comerciais pode alterar a natureza da concorrência no mercado. Deste modo, comprador e vendedor podem concluir que tiram mais vantagens – no sentido da maximização dos lucros de ambos – através da coordenação de comportamentos, expressa ou tácita⁶⁰.

Daqui resulta que da aplicação da MC pode verificar-se um aumento dos incentivos para a efectividade ou estabilidade de posições de dominância colectiva através da redução da pressão concorrencial.

Este risco é superior nos casos em que comprador e adquirente são concorrentes consolidados nos tipos de mercado concentrados, ou cuja concorrência prévia à concentração já se encontrava distorcida⁶¹.

⁵⁸ VASCONCELOS (2010) p. 16 e VERGÉ (2010) pp 735-736, que defende que a transferência de poder de mercado numa concentração horizontal através da MC estrutural permite compensar assimetrias significativas (entendidas como disparidades de poder de mercado) anteriores à concentração, dado que permite o re-ajustamento dos custos marginais das empresas. Segundo este último 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.

⁵⁹ MOTTA (2004) pp 142-150.

⁶⁰ COMPTE, *et al.* (2002) pp 27-28; MOTTA, *et al.* (2007) p. 613 e VERGÉ (2010) p. 733. Estudo, para. 18.

⁶¹ Para mais, tendo em conta que a escolha da MC apropriada está limitada pelo *status quo* prévio à transacção, questionamo-nos quanto à apropriação da opção por uma MC e não pela proibição da concentração. DAVIES e OLCZAK (2010) pp 4-7 e 26-27, demonstram que as MC analisadas em 47% dos casos da amostra não conduziram a estruturas concorrenciais de mercado, dada a limitação da competência da CE na reposição do *satus quo* anterior, não podendo exercer prerrogativas de Autoridade reguladora no mercado. Nesse sentido, os A. defendem que a CE será levada a escolher o cenário pós-concentração menos anti-concorrencial: a CE tem menos tendência para aplicar uma MC em casos de dominância colectiva se verificar que a empresa pós-concentração não detém uma posição dominante. Assim, apesar do maior poder de mercado atribuído pela concentração à empresa nº 2 no mercado e o consequente risco de colusão, a CE implicitamente prefere este último cenário, uma vez que por via da concentração o concorrente nº 2 terá maior capacidade para comprometer a posição dominante do líder. Já o mesmo não ocorrerá se a empresa concentrada ocupar já a posição dominante de mercado, preferindo nestes casos emitir uma decisão de proibição. 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. Podemos, no entanto dizer que nestes casos a MC tenderá a não evitar um aumento de preços anti-concorrencial.

Atendendo à associação entre colusão e os factores estruturais identificados, a inadequação da alienação – apesar da sua capacidade de alteração de estruturas de mercado – advém da impossibilidade de um membro do oligopólio se afigurar como um adquirente apto e adequado⁶². Também um novo concorrente estará numa posição de assimetria informacional, ou pelo incentivo a “juntar-se ao grupo”, verificados os pressupostos de dominância colectiva⁶³.

Alguns autores afirmam ainda que o procedimento de escolha do comprador adequado pode ser viciado, do ponto de vista do bem-estar concorrencial, por premissas económicas desajustadas. Assumindo que existem dois compradores potenciais, um pretende usar uma estratégia menos agressiva porque tenciona coludir com o vendedor: em função de maiores lucros, estará disposto a pagar um preço de aquisição mais elevado. O segundo comprador, assumindo maiores riscos com a cessão, prefere propôr um preço inferior, perdendo deste modo o direito ao pacote de bens⁶⁴.

Perante estas considerações, entendemos que o potencial anti-concorrencial associado à probabilidade de colusão pós-concentração tem que se reflectir nos compromissos apropriados: serão aqueles que influenciam directamente a conduta da empresa concentrada no sentido pró-concorrencial e, em consequência, desincentivam os restantes concorrentes a reacções similares.

Foram adoptadas medidas positivas em 2008 quanto aos problemas de assimetrias informacionais⁶⁵ e de colusão⁶⁶. Mantém-se, no entanto, a questão de saber se foram

⁶² EUROPE ECONOMICS (2001) p. 115.

⁶³ MOTTA, *et al.* (2007) pp 616 e 628. Para que se evitassem os problemas colusivos identificados no Estudo e para a 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. RAKOVSKY (DG COMP) assertivamente refere que não existem garantias de que o comprador irá respeitar o plano de negócio assumido no âmbito do processo, *in* LINDSAY e BERRIDGE (2009) p. 653 e Estudo, para. 22.

⁶⁴ MOTTA (2004) p. 268; LINDSAY e BERRIDGE (2009) 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.

⁶⁵ Anexo IV contendo o Formulário RM relativo 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 Reg. Especifica as informações e documentos que devem ser prestados, 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. De referir que a CE pode aplicar coimas no caso de infracção deliberada ou negligente ao dever de prestação de informações (art. 14º/1 do Reg.).

⁶⁶ Com 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

suficientemente longe na eliminação das incertezas levantadas pelo Estudo. Na verdade, continua a não existir razão para as partes manifestarem total colaboração no cumprimento da obrigação de informação perante as assimetrias informacionais e sobretudo perante o condicionamento provocado pela preferência pelas soluções estruturais na submissão de compromissos pelas partes.

Também o chamado “teste de mercado”⁶⁷ não fornece respostas satisfatórias, uma vez que as opiniões de terceiros não dão garantias de imparcialidade por poderem ser dirigidas por interesses económicos contrários à defesa da (anti-)concorrencialidade da concentração⁶⁸.

A Doutrina tem identificado várias situações nas quais as MC comportamentais poderão ser mais apropriadas. De seguida analisamos os fundamentos jurídicos para a aplicação das MC comportamentais, perante o princípio da proporcionalidade, os efeitos não-horizontais da concentração e ainda nos mercados de inovação tecnológica.

administrador de controlo encarregue da supervisão da execução dos compromissos (objecto de atenção no capítulo 5). Pts 52, 107-116, 117-130 da Com.

⁶⁷ Através do qual consulta clientes, concorrentes, fornecedores e outros terceiros interessados na decisão final e ainda através da audição de consultores especializados ou Autoridades regulatórias. DG COMP (2004) paras 26-28.

⁶⁸ Em face das considerações aduzidas consideramos que os problemas identificados no Estudo poderiam ter sido evitados com a utilização do mecanismo do “adquirente inicial” (pts 50-55 da Com.) numa base sistemática. Através deste instrumento, as partes não podem concluir a operação notificada sem terem identificado e submetido para aprovação um adquirente adequado. Este mecanismo pode ser uma valiosa arma na eliminação dos riscos expostos e dar à CE o tempo necessário para avaliar as MC, permitindo analisar a viabilidade dos bens e ainda os incentivos do comprador *ex ante*. Podem também ser aptos a resolver os problemas de atrasos na implementação da alienação (dado que transfere os riscos de demoras para as empresas) e com isso dissipar o perigo de deterioração do valor dos bens. A avaliação liminar do perfil dos compradores interessados no pacote de bens revela-se particularmente útil face ao facto – consubstanciado no Estudo – de que a inexistência de candidatos aceitáveis pode significar o afastamento das MC estruturais. PARKER e BALTO (2000) p. 13, PAPANDROPOULOS e TAJANA (2006) p. 452. A prática decisória Americana recorre a este instrumento num conjunto variado de situações, ao contrário da CE.

5. Medidas de Correção Comportamentais – Âmbito de Aplicação

5.1. O Princípio da Proporcionalidade

Enquanto princípio geral do Direito da União, o princípio da proporcionalidade funciona como um “critério na apreciação da legalidade de qualquer actuação”⁶⁹ das Instituições Europeias.

Nessa medida, o princípio da proporcionalidade funciona como um limite para a medida da acção da CE⁷⁰: de entre o leque de opções susceptíveis de resolver o problema de forma plausível, deve-se escolher o menos oneroso ou gravoso para as partes⁷¹. Não se pode assim descortinar qualquer *trade-off* entre a eficácia e o princípio da proporcionalidade.

Este princípio é transversal nesta temática e indica que nem sempre existe uma correlação directa entre as soluções estruturais e o bem-estar do consumidor.

Em primeiro lugar, a aplicação de MC que ultrapassem o necessário e adequado beneficiam os restantes operadores no mercado em detrimento das empresas vendedoras, que têm à disposição um negócio viável e independente por um preço muitas vezes inferior ao de mercado⁷².

Em segundo lugar, as partes podem ser levadas a optar pela retirada da notificação e efectuarem uma alienação estratégica para dar novamente início ao processo. Ora, nesta situação não existe possibilidade de controlar o tipo de comprador ou o conjunto de bens, o que conduz a uma menor protecção dos consumidores⁷³.

De uma outra perspectiva, a afirmação de outros interesses concorrenciais, como as eficiências económicas, podem colocar em causa a legitimidade da opção por soluções rígidas: as empresas tendem a apresentar argumentos baseados em eficiências para tentar

⁶⁹ Ac. do TJUE *Comissão/Alrosa*, Proc. C-441/07 P [2010], para. 36.

⁷⁰ Não se referindo a Com. ao princípio de forma específica, presumimos que a sua conceptualização neste âmbito é a geral, isto é, nos termos do TFUE, art. 5º/ 1 e 4.

⁷¹ Ac. *Easyjet/Comissão*, *op.cit.*, para. 133.

⁷² Na hipótese de as partes não alienarem a actividade no prazo fixado, o administrador responsável é mandatado para a alienação sem fixação de preço mínimo. Pt. 97 da Com.

⁷³ BAER e REDCAY (2002) p. 1711.

compensar eventuais efeitos anti-concorrenciais⁷⁴. Todavia, as soluções estruturais podem desencadear nas partes o incentivo para a internalização das vantagens económicas (nomeadamente economias de escala ou poupança em custos de transacção) e, conseqüentemente, esses benefícios não serão transferidos para os consumidores através de preços mais baixos ou melhoria na qualidade da oferta de bens/serviços⁷⁵.

Por outro lado, a natureza estrutural da MC é inerentemente capaz de condicionar a quantidade de eficiências económicas projectadas tendo em conta o *trade-off* entre estas e a MC⁷⁶.

Por fim, este princípio não pode deixar de considerar-se perante excessivos custos de transacção nos contextos onde o problema concorrencial seja identificado em territórios circunscritos, como é o caso de mercados locais ou nacionais. Por exemplo, em certas indústrias - “tradicionalis”⁷⁷ e dinâmicas⁷⁸ - os mercados relevantes onde são identificadas questões anti-concorrenciais podem ser confinados geograficamente.

Nesse tipo de casos, os consumidores sairiam mais beneficiados com medidas de conduta menos gravosas, desde que susceptíveis de execução controlável. Exemplificamos com uma licença exclusiva combinada com a retirada do licenciante do território em específico, eventualmente incluindo-se a alienação de alguns bens físicos⁷⁹.

⁷⁴ 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).

⁷⁵ LANGLAIS e TROPEANO (2012) p. 1, defendem que para obstar à falta de 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.

⁷⁶ VERGÉ (2010) p. 734, defende que, a não ser que importantes sinergias sejam identificadas, 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.

⁷⁷ Como os sectores grossistas e retalhistas, onde a concorrência se realiza sobretudo com base no preço, variedade de produtos e serviços. HOEHN, *et al.* (2009a) p. 153.

⁷⁸ Marcados pela variável da investigação e desenvolvimento, com elevada diferenciação de produtos.

⁷⁹ WENT (2006) *at* nota FN6 e DAVIES e LYONS (2007) p. 247.

5.2. Efeitos Concorrenciais: Horizontais vs. Verticais e Conglomerais

As concentrações não-horizontais não tendem a colocar questões de anti-concorrencialidade directamente associadas à dominância singular.

Todavia, em certos casos de concentrações do tipo conglomerado⁸⁰ as partes desenvolvem actividades em mercados estreitamente relacionados – por exemplo, fornecem produtos complementares –, podendo adoptar condutas que privem os consumidores da liberdade de escolha de bens/serviços ou preços baixos resultantes de potenciais ganhos de eficiência⁸¹.

Também nas concentrações verticais⁸² o exercício abusivo do poder de mercado consubstancia-se em comportamentos de exclusão possibilitados pela integração vertical, através de restrições ao fornecimento de factores de produção a clientes ou no acesso a “infra-estruturas essenciais”⁸³, ou ainda com o estabelecimento de relações comerciais exclusivas que impeçam o acesso dos rivais a montante à mesma clientela.

Ambos os tipos de efeitos se reconduzem a um encerramento de mercado que pode, em última instância, levar os concorrentes actuais a abandonar o mercado e impossibilitar a concorrência potencial pela elevação das barreiras à entrada⁸⁴. Neste sentido, o detrimento para o bem-estar dos consumidores não resulta da eliminação de um concorrente directo – verificável nas concentrações horizontais –, mas sim de um “balanço de probabilidades”⁸⁵ quanto ao comportamento das partes após a concentração.

⁸⁰ Concentração entre empresas pertencentes a mercados do produto ou geográficos distintos. Pts 5, 11, 91 *et seq.* das Orientações sobre Concentrações Não-Horizontais, *op.cit.*

⁸¹ Ocorrem normalmente quando a empresa utiliza o seu poder económico num mercado para exercer influência noutro, através do “efeito de alavanca”, adoptando comportamentos de exclusão de concorrentes através do agrupamento ou subordinação das vendas, pts 93-104 das Orientações *ibid.* Isto pode traduzir-se em restrições de acesso a produtos ou matérias-primas essenciais aos rivais, ou aumentos nos preços do conjunto dos produtos no mercado em prejuízo dos consumidores finais.

⁸² Concentração entre empresas pertencentes a diferentes níveis de produção. Pts 4, 12-13, 28 e seguintes das Orientações *ibid.*

⁸³ Pt. 31 *ibid.*

⁸⁴ PAPON (2009) p. 552, referindo-se aos *gatekeeper effects* (tradução possível, “efeitos de porteiro”) isto é, ao encerramento de mercado pela detenção de bens-chave para a competitividade nos mercados, sobretudo se associados a “efeitos em rede” (através destes os consumidores pertencentes a redes saem beneficiados sempre que outros clientes aderem ao sistema).

⁸⁵ MOSSO (2007) pp. 1447-1449.

Podemos igualmente identificar no tipo de concentrações conglomeradas efeitos concorrenciais mais directos resultantes de trocas de informação comercialmente sensível entre os rivais em vários mercados - através de mecanismos de retaliação - nas concentrações conglomeradas. Do mesmo modo, também a integração vertical possibilita o acesso a informações entre os vários sectores de produção, podendo não só resultar em comportamentos unilaterais, como modificar os incentivos de concorrentes para a coordenação.

As MC de alienação não são aptas a obstar a esses problemas⁸⁶, tendo em conta que o impacto concorrencial derivado da criação ou reforço de uma posição dominante numa concentração horizontal não pode ser avaliado da mesma forma numa não-horizontal, uma vez que o poder de mercado detido pelas partes só resulta em condutas anti-concorrenciais futuras uma vez verificada a capacidade, os incentivos e o tipo de efeitos no mercado⁸⁷.

Isto é especialmente relevante atendendo a que as concentrações não-horizontais colocam outras especificidades na análise prospectiva, resultantes do seu impacto no mercado cobrir normalmente um período de tempo prolongado⁸⁸. A aplicação de uma MC estrutural, por natureza mais inflexível a possíveis realidades de mercado cuja definição não é ainda clara poderá implicar custos desnecessários e provavelmente, menor eficácia.

Adicionalmente, um aspecto preponderante surge à luz do critério jurídico plasmado no art. 2º/2 do Regulamento: o efeito negativo de encerramento pode não ser dissipado pelas soluções estruturais na medida em que estas não são capazes de replicar as condições de acesso não discriminado aos restantes concorrentes quando estas sejam necessárias para a restauração da concorrência, ou pode mesmo ser impossível a alienação no caso em concreto.

⁸⁶ MOTTA, *et al.* (2007) at 623.

⁸⁷ Pt. 32 das Orientações sobre Concentrações Não-Horizontais, *op.cit.* Outros tipos de MC comportamentais têm sido aplicadas nos EUA - designadas por *vertical firewalls* “muralhas chinesas” -, destinadas a impedir a circulação de informação comercialmente importante associada a posições dominantes; provisões de cláusulas de não-concorrência; restrições à requalificação de efectivos, entre outras. DOJ (2011), pp 13-17.

⁸⁸ Ac. *GE/Honeywell*, Proc. T-210/01 [2005] paras 85-86.

Isto verifica-se particularmente em sectores da indústria caracterizados por fraca concorrência potencial, nos quais se recorre à “Teoria das Infra-Estruturas Essenciais”⁸⁹ quando se verifique o preenchimento dos seus pressupostos.

5.3. Tipos de Mercados: Dinâmicos vs. Estáticos – a Inovação Tecnológica

Uma concentração aprovada com condições deve minimizar eventuais perdas relativas à geração de eficiências resultantes de produtos/serviços novos ou melhorados resultantes de processos de investigação e desenvolvimento⁹⁰.

No tipo de mercados onde a inovação tecnológica é o factor mais importante, a ponderação de um conjunto de especificidades - em comparação com os chamados “mercados tradicionais” -, tornam o *design* óptimo dos compromissos particularmente difícil. Por um lado, a evolução rápida a que estão sujeitos entra em tensão com a irreversibilidade das MC estruturais perante circunstâncias dinâmicas de mercado⁹¹. Por outro lado, a necessária consideração de potenciais efeitos benéficos da inovação a médio/longo prazo conduz a um impacto concorrencial mais estendido temporalmente e com implicações directas na complexidade da análise prospectiva.

Neste sentido, os factores estáticos das quotas de mercado e níveis de concentração são indicadores frágeis em mercados dinâmicos, nos quais o bem-estar dos consumidores não passa necessariamente pela procura do menor preço possível⁹².

⁸⁹ 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 objectiva e (5) possibilidade prática de permitir a sua utilização sem impacto negativo para a manutenção da sua actividade comercial. MASSADEH (2011) pp 4-8.

⁹⁰ Para. 81 da Com. sobre Concentrações Horizontais e para. 13 das Não-Horizontais *op.cit.*

⁹¹ Que pode alterar a passo rápido a definição de mercado relevante. JENNY *in* LÉVÊQUE e SHELANSKY (2003) p. 167. O Estudo revelou que dentro dos compromissos relativos ao acesso, 5 foram considerados desnecessários, qualificando-se por erro tipo I, em contraposição com o de tipo II, definido pela aprovação de concentrações anti-concorrenciais. Estudo, p. 133.

⁹² 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 e SHELANSKY (2007) *at* 78.

Para além disso, as considerações relativas ao encerramento de mercado e fraca concorrência potencial acima aduzidas quanto às concentrações não-horizontais colocam-se aqui de forma mais agudizada⁹³.

Vários factores explicam esta afirmação: a normal heterogeneidade de produtos conduz frequentemente a diminutas sobreposições horizontais ou rígidas curvas da procura (ainda que os concorrentes se encontrem ao mesmo nível de produção). Também a normal circunscrição dos mercados geográficos ao nível nacional impede a substituíbilidade entre produtos.

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 distinta. Ora, isto é agravado tratando-se de um tipo de produto relativamente recente ou em fase final de desenvolvimento⁹⁴.

As soluções estruturais entram igualmente em conflito neste tipo de mercados – caso paradigmático das Farmacêuticas, exemplo a partir do qual se parte nesta análise – com a definição dinâmica que decorre da protecção de interesses jusconcorrenciais paralelos, como a protecção dos mercados emergentes pela existência de poderes monopolistas geradoras de situações anti-concorrenciais transitórias com a finalidade última de protecção do pioneirismo empresarial (*winner-take-al*⁹⁵), e, no longo alcance, do próprio consumidor final. Como consequência, a manutenção da concorrência será preservada, não

⁹³ A detenção de direitos de PI e o controlo de tecnologias-chave são particularmente importantes nos mercados tecnológicos, 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*.

⁹⁴ A especialização de conhecimentos exigível ao comprador implicará que a alienação, ainda que praticável, irá exigir no caso algum tipo de monitorização pela necessidade de colaboração prolongada entre as partes (assistência técnica e fornecimento de informações ou matérias-primas). Esta constatação contraria o argumento do pt. 38 da Com., onde se lê que a alienação da tecnologia ou dos direitos a ela associados será a MC preferível, “uma vez que suprime uma relação duradoura entre a nova entidade e seus concorrentes”, apontando para o argumento da monitorização que será tema de análise na parte final deste trabalho.

⁹⁵ Por exemplo, pela detenção de patentes. KATZ e SHELANSKY (2007) p. 163.

raras vezes, através de meras pressões concorrenciais contínuas entre as (poucas) firmas a operar no mercado⁹⁶.

A combinação da protecção de eficiências tecnológicas e o controlo de mercados tendencialmente monopolistas e geograficamente confinados pode significar a inadaptabilidade das soluções de alienação, mas não implica necessariamente a proibição da transacção. Alguns autores têm por isso defendido o recurso à mencionada “Teoria das Infra-Estruturas Essenciais” nos mercados dinâmicos, dado que a alienação pode não ser suficiente ou possível para a preservação da concorrência no mercado⁹⁷.

Verificamos que o princípio da proporcionalidade representa um papel crucial na ponderação entre alienações e concessão de licenças sobre direitos PI ou marcas associadas a produtos tecnologicamente inovadores⁹⁸.

A busca por uma solução proporcional pode determinar a inviabilidade da alienação - parcial ou total - de actividades que foram o resultado de (longos) processos de investigação e desenvolvimento⁹⁹. Isto é especialmente verdade atendendo ao nível de investimento e riscos associados não só às incertezas de obtenção de lucro final, como à própria transitoriedade dessa posição de mercado¹⁰⁰.

Colocamos portanto a questão de saber se 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 sectores¹⁰¹.

⁹⁶ Deste modo, o acesso ao mercado é fundamental. Verificando-se que a entrada de concorrentes é provável a concentração pode ser aprovada, mesmo na presença de quotas de mercado significativas. No Ac. *Babyliiss/Comissão*, T-114/02 [2003], paras 191-193, 195, 205, 207 e 210, o TPI reafirmou que o critério para a adequação das MC seria verificar se o licenciado teria ou não capacidade para se estabelecer ou consolidar como efectivo concorrente, pelo que os compromissos comportamentais seriam empiricamente aptos a resolver os problemas concorrenciais suscitados.

⁹⁷ RUBINFELD in LEVÊQUE e SHELANSKY (2003) at 138.

⁹⁸ Cujo recurso é apenas admissível nos casos onde a alienação seja impossível de efectuar. Pts 37-42 da Com.

⁹⁹ Juntamente com funcionários, patentes, *know-how*, instalações de produção, listas de clientes, e material resultante da investigação. LINDSAY e BERRIDGE (2009) p. 638.

¹⁰⁰ Durável apenas até um novo desenvolvimento tecnológico ou expiração de patentes. DAVIES e LYONS (2007) pp 150-151.

¹⁰¹ Como as telecomunicações, de serviços de conectividade à Internet, *software* e biotecnologia.

Em primeiro lugar, certas MC comportamentais – designadas “quasi-estruturais” - permitem que o licenciante continue a desenvolver tecnologicamente o seu produto¹⁰², mostrando-se mais capazes de preservar os incentivos à inovação.

Em segundo lugar, não envolvem desrazoáveis custos de monitorização quando delas não resulte nenhum tipo de pagamentos periódicos entre as partes, a duração da licença seja prolongada ou indefenida, e não se verifique uma divisão entre os direitos de propriedade pelos diferentes mercados (o que envolveria porventura uma perda do seu valor económico global)¹⁰³.

Para mais, são especialmente aptas a possibilitar a diminuição de perdas associadas às eficiências dinâmicas, não deixando de se permitir a remuneração do investimento, ao mesmo tempo que se facilita o acesso temporalmente limitado a um conjunto de activos essenciais para a concorrência no mercado. Concluimos, assim, pela sua equivalência de efeitos nos termos da Comunicação¹⁰⁴.

A importância da concorrência dinâmica para o mercado¹⁰⁵ tem sido paulatinamente considerada no sistema Norte-Americano, sobretudo a inovação conducente a produtos em fases de pré-lançamento no mercado (exigindo-se um cuidadoso balanço entre os níveis de concentração no mercado, inovação, e bem-estar dos consumidores). Um exemplo da vivacidade do debate nesta área é a decisão de 2004 da concentração conducente a um monopólio entre a *Genzyme Corp./Novazyme Pharmaceuticals Inc.*¹⁰⁶, baseada nos efeitos da transacção para a inovação quanto ao tratamento de uma doença rara.

Esta foi a primeira decisão formal da FTC a apontar directamente para o papel central da tecnologia e representou para o Presidente MURIS o abandono completo da presunção entre concentração de mercado e prejuízo para a concorrência, ressalvando contudo que é necessário que as empresas relevantes para a inovação sejam poucas e

¹⁰² Excluindo a concessão de uma licença exclusiva.

¹⁰³ ICN (2005) para. 3.18.

¹⁰⁴ Pt. 61 da Com.

¹⁰⁵ Por contraposição à “concorrência no mercado”, OCDE, DADDE/COMP, *op.cit.*, p. 29.

¹⁰⁶ *Genzyme Corp./Novazyme Pharms. Inc.*, FTC ficheiro No. 021-0026 (investigação encerrada a 13.01.2004), disponível em <http://www.ftc.gov/opa/2004/01/genzyme.shtm>.

identificáveis claramente, e a decisão seja sustentada num inquério factual intensivo dos benefícios da concentração¹⁰⁷.

¹⁰⁷ KATZ e SHELANSKY (2007) pp 187-188 e 197. Outros exemplos são a solução de licenciamento compulsório na concentração entre a *Ciba* e a *Sandoz* com o objectivo de promoção de eficiências, inadequação de transferência de uma das subsidiárias e promoção da pressão concorrencial por parte de uma outra multinacional no mercado. Decisão *Ciba-Geigy Ltd. et al.*, *FTC Docket* No. C-3725 (1997).

6. Monitorização da Execução das Medidas de Correção

6.1. Mecanismos e Evolução Recente

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 decisivo na análise.

O uso crescente de vários mecanismos nesta fase permite-nos sustentar a plausibilidade de aplicação das MC comportamentais, mesmo nos casos mais complexos¹⁰⁸, verificada uma aparente evolução nesta matéria.

Surpreendentemente, a inclusão de cláusulas de arbitragem nos compromissos submete as partes a uma forma privada de resolução de conflitos, na qual terceiros podem arguir, entre outras questões, o não-cumprimento das MC enquanto beneficiários¹⁰⁹. Este mecanismo tem constituído cada vez mais um lugar-comum na prática decisória¹¹⁰. Não verificamos, contudo, qualquer conflito entre as soluções de Direito Privado e a natureza pública do Direito Europeu da Concorrência: as partes continuam a poder recorrer à CE caso o prefiram, mantendo-se esta última – na qualidade de mandante – como a principal responsável pelo respeito das regras concorrenciais¹¹¹.

Com consequências directas nas áreas cuja implementação das MC é mais complexa e prolongada, encontramos o papel interventivo das Autoridades Reguladoras, que, em colaboração com a CE, providenciam conhecimentos específicos das condições regulatórias e/ou económicas das indústrias reguladas, que não se obtêm por via dos

¹⁰⁸ EZRACHI (2006) pp 477-478.

¹⁰⁹ ICN (2005) at paras 4.5 e 4.6. A CE reconhece no pt. 66 da Com. que o “acompanhamento dos compromissos pode ser realizado pelos próprios operadores de mercado”.

¹¹⁰ Apesar das críticas do TPI em *Microsoft/Comissão*¹¹⁰ relativas à inadequação da delegação dos poderes da CE na fase de execução, às quais não aderimos. Proc. T-201/04 [2007] para. 1251, embora à luz do art. 102º TFUE. Os mecanismos de resolução rápida de litígios são também usados nas MC estruturais, como na decisão *Johnson & Johnson* (COMP/M.4314), relativa às disputas entre as partes e o comprador em relação à assistência técnica e acordo de fornecimento, destinados a garantir a viabilidade do negócio alienado.

¹¹¹ Preservando-se a sua prerrogativa de sancionamento do incumprimento das condições como derradeira “guardiã dos Tratados”.

instrumentos de carácter passivo ou perante assimetrias informacionais. Estas Autoridades auxiliam na preservação da liberdade de escolha final do consumidor, e podem propor *ab initio* um espectro mais amplo de MC adequadas, assim como estarem activamente envolvidas na supervisão.

Todavia, o aspecto mais relevante quanto à temática da monitorização reside no aprofundamento operado do papel dos administradores na delegação das responsabilidades administrativas da CE¹¹². O administrador – enquanto “olhos e ouvidos”¹¹³ da CE - assume a garantia de preservação dos bens durante o período transitório, supervisiona a gestão do negócio e determina, em consulta com as partes, todas as medidas necessárias para evitar fluxos de informação confidencial¹¹⁴. A sua nomeação numa fase inicial de negociações parece-nos fulcral em ambas as modalidades de MC, especialmente na fase de *design* das MC comportamentais, em contraste com as formas passivas de monitorização desencadeadas pelas partes ou pela arbitragem¹¹⁵.

Adicionalmente, as suas funções têm vindo a alargar-se: à competência “inequívoca de intermediário entre as empresas e a CE”¹¹⁶, nele têm sido delegados poderes para o desempenho de funções de um verdadeiro mediador entre terceiros e as partes, tanto na fase de controlo, como na fase inicial do processo de arbitragem¹¹⁷. Neste âmbito de actuação passa a receber queixas de terceiros, representando um “catalisador da re-aproximação comercial entre as partes”¹¹⁸ e apresentando propostas de resolução de litígios.

¹¹² BRUECKNER e HOEHN (2010) *at* 77. Em linha também com o pt. 117 na Com.: “a Comissão não pode, numa base quotidiana, intervir directamente no processo de supervisão da execução dos compromissos”.

¹¹³ Pt. 118 *ibid.*

¹¹⁴ BRUECKNER e HOEHN (2010) p. 75.

¹¹⁵ BRUECKNER e HOEHN (2010) p. 78. No Estudo verificou-se que o *timing* de nomeação do administrador seria fundamental na prevenção de comportamentos oportunistas do vendedor, que foram causa de falhas identificadas no sucesso das MC.

¹¹⁶ BLANKE (2007) pp 683-684.

¹¹⁷ Pts 119 e 130 da Com. O caso *Axalto/Gemplus* (COMP/M.3998) é um exemplo recente de previsão de uma cláusula de arbitragem em conjugação com a nomeação de um administrador.

¹¹⁸ Enfatizamos a abordagem recente de utilização exclusiva da mediação – com a supervisão do administrador de controlo - como forma amigável de resolução de litígios. Porém, esta hipótese não foi acompanhada de regras procedimentais próprias, o que nos leva a questionar qual será o passo a tomar no caso de um acordo de mediação não seja atingido. Possivelmente, operará a devolução do poder de resolução à CE, tendo em conta a sua posição de mandante. BLANKE (2007) p. 691.

6.2. Implicações para as MC Comportamentais

Os mecanismos apresentados têm um impacto limitado na eficácia das MC, sobretudo na sua capacidade de compensação dos problemas associados às soluções comportamentais. Por um lado, as formas de resolução passiva de litígios podem constituir uma solução demasiado onerosa para a garantia do cumprimento e estão dependentes da acção de terceiros.

Por outro lado, o papel do Regulador do sector está limitado pelos recursos administrativos disponíveis e – não raras vezes – é condicionado por actividades de *lobbying*, que se encontram fora do controlo da CE.

Consideramos que o papel destes instrumentos deve ser complementar, sendo fundamental numa primeira linha a definição em termos claros e objectivos do conteúdo das MC de conduta para que as partes e terceiros conheçam o exacto alcance das suas obrigações e direitos¹¹⁹.

Em especial, a posição proactiva do administrador e a sua *expertise* colocam-no numa posição privilegiada quando as competências a ele incumbidas possuam carácter regulatório, como nas MC comportamentais. Desde logo, o impacto a longo prazo dos efeitos concorrenciais associados a estas MC e o maior contacto exigido com beneficiários que dependem do seu correcto cumprimento devem nortear a escolha do administrador de acordo com critérios diferentes usados nas MC estruturais¹²⁰.

A flexibilidade demonstrada no recurso a instrumentos de monitorização representam importantes indicadores de que a descrição detalhada das funções do administrador¹²¹ constitui uma lacuna, considerando a monitorização uma característica premente nas soluções comportamentais¹²².

¹¹⁹ COOK e KERSE (2009) p. 308.

¹²⁰ A importância do administrador reflecte-se no maior controlo da CE no que diz respeito à escolha da entidade adequada, apesar de nomeado de entre as propostas das partes (e remunerado por estas). Pt. 124 da Com.

¹²¹ Reservada apenas ao controlo da alienação. Pts 117-129 da Com.

¹²² BLESSING (2003) at 80. O A. defende que seria expectável a existência de uma secção específica para as MC comportamentais. Apesar de concordarmos com o entendimento de que “não podem ser definidos quaisquer requisitos gerais e exaustivos em relação à execução deste tipo de compromissos”, no pt.

7. Jurisprudência dos Tribunais da União

O caso Jurisprudencial pioneiro nesta temática – *Gencor/Comissão*¹²³ - não distingue as modalidades de MC consoante o tipo de efeitos no mercado¹²⁴. Para o TPI o critério juridicamente atendível deve ser o da susceptibilidade de eliminação das preocupações concorrenciais, ainda que o efeito de alteração durável e imediata sobre a estrutura do mercado possa atribuir uma maior aptidão às soluções estruturais na prevenção de estruturas oligopolistas ou de monopólio¹²⁵.

Em consequência, a interpretação do Ac. sugere o reconhecimento implícito do papel potencial das MC comportamentais à luz do critério jurídico do art. 2º/2 do Regulamento, e ao contrário dos princípios da Comunicação.

No caso *ARD/Comissão*¹²⁶ no mercado relevante dos serviços de televisão paga esbate-se a divisão entre as MC. O Tribunal foi mais longe e avaliou os compromissos atendendo à sua capacidade de resolver o problema estrutural do mercado - o acesso por parte de terceiros – qualificando-os como “estruturais”¹²⁷. Adicionalmente, a exequibilidade das MC estaria assegurada por um processo de arbitragem efectivo e vinculativo que inverteria o ónus da prova a favor da CE, que só teria que provar a existência de incumprimento das condições pelas partes. A aplicação de MC revelou-se nesta medida uma alternativa mais vantajosa à aplicação de outro tipo de procedimentos dirigidos ao comportamento pós-concentração das empresas, por via do art. 102º do TFUE¹²⁸.

130 na Com., onde se lê que poderão ser necessários “esforços significativos em matéria de controlo e instrumentos específicos” quando se exija a nomeação de um administrador em conjunto com uma cláusula de arbitragem.

¹²³ Proc. T-102/96 [1999].

¹²⁴ WENT (2006) p. 456.

¹²⁵ Paras 318-327 do Ac. *ibid.* O critério jurídico de apreciação da anti-concorrencialidade na altura dos factos era apenas a criação ou reforço de uma posição dominante nos termos do Reg. nº 4064/89. As medidas que assegurem uma redução nas quotas de mercado eram preferíveis na medida em que a alteração que induzem nas estruturas concorrenciais eram particularmente aptas a prevenir abusos de posição dominante.

¹²⁶ Proc. T-158/00 [2003].

¹²⁷ Paras 193 e 199 *ibid.*

¹²⁸ Dado o conteúdo pormenorizado dos compromissos, a satisfazer em prazos curtos, proporcionando às MC comportamentais maior segurança jurídica. Para. 203 *ibid.* O TPI sublinhou o entendimento de que a

Em *Comissão/Tetra Laval BV*¹²⁹, o TJUE definiu a dicotomia estrutural/comportamental como sendo “imaterial”. Este caso conglomeral apresenta-se nos especialmente relevante dado que representou uma rejeição peremptória do argumento de que os compromissos comportamentais oferecidos contrariavam os princípios da política Europeia na matéria das MC¹³⁰.

Num segundo plano, fundamentou-se a relevância da análise factual na opção da MC mais adequada, tendo-se concluído que o mercado que se pretendia proteger concorrencialmente não tinha sido alterado na sua estrutura em resultado da concentração. Essa constatação tornou menos fundamentada a legitimidade de aplicação de uma alienação que alterasse a estrutura de mercado¹³¹.

necessidade de monitorização não pode ser considerada como um ponto negativo *per se*. A questão está em saber se os compromissos em causa providenciam ou não uma solução “satisfatória” para os problemas concorrenciais identificados, *at* paras 211, 295-297.

¹²⁹ Proc. C-12/03P [2005].

¹³⁰ Paras 86-89 do Ac. *Comissão/Tetra Laval BV* e 161 do Ac. do TPI, Proc. T-5/02 [2002], e decisão de anulação do compromisso de alienação “imposto”, Proc. T-80/02 [2002].

¹³¹ Paras 82-86, *ibid*. Nessas circunstâncias, qualquer preocupação anti-concorrencial só poderia ser fundamentada pelo comportamento futuro da empresa nesse mercado, e não pela estrutura deixada intacta pela transacção. Assim, as MC de conduta rejeitadas eram aptas a resolver as objecções da CE.

8. Posição Adoptada

O regime do controlo Europeu de concentrações encontra um dos seus pilares na definição de MC eficazes, correctamente delineadas aos diferentes tipos de concentração e de mercados. Apesar de ser uma temática avessa a regras rígidas ou codificações, parece-nos possível divisar padrões de aplicação atendendo a princípios gerais para todas as situações¹³².

Decorre do ónus probatório e dos princípios inerentes ao TFUE nesta matéria que a decisão final tem que se fundamentar no efeito adverso da concentração para o bem-estar dos consumidores¹³³. Antes de verificar a sua implementação, a CE deve determinar com clareza se a MC é aceitável no sentido de responder directa e objectivamente às preocupações concorrenciais.

Respeitando o princípio da proporcionalidade, parece-nos portanto essencial do ponto de vista da fundamentação jurídica o estabelecimento de uma ligação causal directa entre o dano provável e a MC, enquanto limite à discricionariedade da CE. Por isso, e em consonância com a contribuição Jurisprudencial nesta matéria, entendemos que apesar de se encontrar numa posição regulatória única¹³⁴, a CE deve evitar sempre que possível favorecer estruturas de mercado mais concorrenciais através do regime do controlo de concentrações, sempre que isso não seja necessário para a eliminação do dano directamente resultante da concentração projectada.

Esta consciência está ligada à possibilidade de a introdução de MC ser origem de adicionais distorções concorrenciais, por exemplo, o aumento ilegítimo dos lucros dos rivais, ou incentivos para a colusão¹³⁵.

¹³² DOJ (2011) pp 2-3.

¹³³ Também definido pelas Teorias do Dano Concorrencial.

¹³⁴ MOTTA, *et al.* (2007) pp 617, 626-627. Concordamos com o A. quando 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.

¹³⁵ Nesse sentido, como requisito substantivo adicional na Com. deveria estar a necessidade de verificar com especial acuidade a probabilidade de distorções concorrenciais adicionais com as MC (só encontramos referência no pt. 17 quanto às de conduta).

Na Comunicação pode ler-se: “não é de excluir *à priori* que outros tipos de compromissos possam ser igualmente susceptíveis de impedir a criação de um entrave significativo à concorrência efectiva”¹³⁶. Porém, os princípios adoptados são o resultado de uma leitura demasiado estrita da Jurisprudência analisada – à qual de resto aderimos – e restringe significativamente a margem de manobra das partes¹³⁷.

Por um lado, a inclusão das MC relativas ao acesso na categoria das MC estruturais não apresenta qualquer utilidade para a definição das MC aceitáveis, dado que o tratamento dado a estas MC é o mesmo das restantes MC comportamentais¹³⁸.

Por outro lado, constatamos que a preferência manifestada se pode justificar nos casos de sobreposição horizontal, uma vez que a forma mais directa de eliminar o reforço do poder de mercado reside na distribuição desse poder pelos restantes concorrentes. Porém, a realidade das situações de anti-concorrencialidade não estão apenas reservadas a Teorias de dominância originadas em sobreposições horizontais.

Deste modo, a concretização simultânea da eficácia e proporcionalidade ao caso concreto ditam que a MC adequada deverá responder directamente ao tipo de problema identificado, tal como defendido em *Tetra Laval*.

Nas concentrações não-horizontais vimos que as questões jusconcorrenciais podem estar associadas aos incentivos anti-concorrenciais das partes e/ou à coordenação de comportamentos mediante as características dos mercados¹³⁹. Quando o dano efectivo para a concorrência resultante da integração vertical envolva alguma espécie de sobreposição horizontal, a alienação pode ser necessária. Contudo, na presença de uma integração vertical com sobreposições horizontais diminutas, defendemos o aprofundamento de MC

¹³⁶ Pt. 15 da Com.

¹³⁷ KRATSAS (2009) p. 554. Isto sucede apesar de a CE não estar em condições de impor unilateralmente quaisquer condições para a adopção de uma decisão de autorização, pt. 6 *ibid*, ao contrário do que sucede com as regras jurídicas concorrenciais dos arts. 101º e 102º do TFUE. Aliás, apresenta-se-nos igualmente incoerente a discricionariedade da CE na aceitação de MC (muito mais abrangente do que se pressupõe à partida), dado que consideramos que põe em causa a sua legitimidade decisória, atendendo a que não deixa de estar vinculada pelas orientações por si emitidas. Ac. *Babyliss/Comissão*, *op.cit.*, para. 143.

¹³⁸ Pts 17 e 61 da Com. e COOK e KERSE (2009) p. 295. Recorde-se que contraria o afirmado pelo Trib. no Ac. *Babyliss SA/Comissão*, *op.cit.*, para. 191.

¹³⁹ PARKER e BALTO (2000) p. 27.

especialmente criadas para permitir o acesso não discriminado e protecção das eficiências¹⁴⁰.

Deste modo, as MC contratuais podem ser adequadas quando o dano concorrencial esteja directamente ligado à existência de relações comerciais a longo prazo ou direitos exclusivos de fornecimento ou distribuição. A dissipação do efeito de encerramento através do término desses direitos exclusivos evitam as distorções acima mencionadas e reduzem o risco de “sobre-regulação”¹⁴¹, desde que correctamente implementados. Para mais, não envolvem custos excessivos de monitorização pela sua natureza “estrutural”, ou seja, preenchem o requisito de equivalência de efeitos exigido¹⁴².

Na prática as concentrações apresentam uma natureza mista, coexistindo no mesmo caso elementos não-horizontais e horizontais. Nesta perspectiva, a análise que melhor reflecte a realidade dinâmica do mercado deve atender a pacotes de MC de diversa natureza e função atendendo ao tipo de mercados envolvidos¹⁴³. Defendemos portanto maior flexibilidade na fase de negociação para que possa estar disponível às partes um leque maior de MC¹⁴⁴.

Em suma, entendemos que a ideia nuclear de que as MC de alienação são a melhor solução para eliminar sobreposições horizontais (especialmente as não-horizontais) não corresponde à natureza multi-factorial do procedimento de concentrações, nem reflecte adequadamente as questões jusconcorrenciais problematizadas¹⁴⁵. Isto é especialmente verdade quando se verifique *in casu* a mera probabilidade de verificação de condutas anti-concorrenciais não relacionadas com a estrutura do mercado. Nestes casos, as MC devem

¹⁴⁰ ROSENTHAL e THOMAS (2010) pp 80-81, através de soluções do tipo contratual respeitantes ao acesso e licenças não exclusivas ou a celebração de contratos de fornecimento de produtos ou serviços. Pts 62-66 da Com.

¹⁴¹ Pts 58-60 e 67-68 da Com.

¹⁴² EZRACHI (2006) p. 473.

¹⁴³ Por exemplo, envolvendo-se alienações de bens para compensar os efeitos imediatos no mercado, em conjugação com outro tipo de MC dirigidas a facilitar a entrada de novos concorrentes. É atribuída alguma abertura a esta possibilidade que acolhemos no pt. 63 da Com.

¹⁴⁴ KRATSAS (2009), p. 559.

¹⁴⁵ Apesar de a maioria dos casos representarem sobreposições horizontais – 80% dos casos no Estudo -, este argumento estatístico não pode servir de base à preferência. Estudo, p. 20.

ser dirigidas à conduta das empresas, não se devendo alterar a estrutura do mercado *per se*¹⁴⁶, em consonância com o caso *Tetra Laval*.

Relativamente aos casos de sobreposição horizontal ressalvamos ainda as excepções em que a proporcionalidade exija a alienação de um pacote de bens que não constitua um negócio, eventualmente com o recurso simultâneo ao adquirente inicial ou outras provisões que permitam à CE assegurar o correcto cumprimento das MC.

Pretendemos igualmente confrontar a actual política de MC com a promoção da inovação. As especificidades inerentes aos mercados tecnológicos determinam que a alienação de activos só deve ser aplicável mediante uma análise prospectiva suficientemente consolidada do mercado mediante os dados factuais fornecidos no caso.

As MC comportamentais oferecem a flexibilidade e reversibilidade necessárias a circunstâncias de mercado dinâmicas, permitindo não só uma re-avaliação da situação pós-concentração, como também uma reversão mais facilitada dos custos inerentes aos erros tipo I e II (identificados no Estudo) causados às partes e, indirectamente, ao mercado¹⁴⁷.

¹⁴⁶ EZRACHI (2006) p. 470.

¹⁴⁷ A concentração *Pfizer/Pharmacia* (decisão COMP/M.2922) pode ser considerado um caso 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 revelado ineficácia do ponto de vista da substituíbilidade da procura. Se a concentração permitiu a produção de sinergias através da complementaridade dos produtos e ao nível das vendas e marketing, não se obteve o resultado desejado de restauração da concorrência porque o novo produto – ainda que em fase avançada de desenvolvimento no momento da decisão – não pôde ser considerado substituto dos já oferecidos pela *Pfizer* no mercado relevante, devido sobretudo ao preço e efeitos secundários detectados. Podemos considerar que, perante a hipótese de concentração, a *Pfizer* não tivesse incentivo para continuar a desenvolver o spray nasal, dado que na altura estava também a desenvolver produtos similares de segunda geração para o tratamento da DE. Nessa medida, a concentração retirou os incentivos para a continuação dos investimentos feitos no spray nasal (objecto da alienação), dado que teria já produtos semelhantes a serem desenvolvidos, e a sua continuação poderia gerar uma espécie de “canibalismo entre produtos”. Esta alienação poderia assim ser considerada inadequada como MC, lendo-se o pt. 38 da Com.: “acordos de licença como alternativa à alienação (...) nos casos em que esta entrave a prossecução de uma investigação eficiente em curso”.

Adicionalmente, nos últimos anos dois concorrentes no mercado (*Eli Lilly* e *Bayer Schering*) desenvolveram produtos considerados substitutos, mas o adquirente da Apomorfina (molécula base do spray nasal) continuou à procura de um parceiro comercial para o desenvolvimento do produto. O reajustamento da estrutura concorrencial de mercado no mercado relevante da DE deveu-se, não à MC aplicada, mas a factores externos de pressão concorrencial, pelo que nos cabe perguntar se a alienação seria necessária, por um lado, e por outro, se um possível erro tipo I destruiu a entrada de um produto novo no mercado. Resta-nos ressalvar que se atribuiu à *Pfizer* um período de tempo de quase-monopólio no mercado da DE, pelo menos enquanto os concorrentes não conseguiram oferecer produtos substitutos, o que torna indiscutível a necessidade de uma avaliação posterior do mercado à implementação das MC. LEHEYDA, *et al.* (2011) pp 9, 25-29.

Defendemos que no campo da inovação a alienação de um negócio viável e independente deverá ser especialmente justificada, sobretudo se o detrimento para a concorrência for provisório¹⁴⁸. Também a adequada consideração de eficiências deve implicar uma redução efectiva na quantidade de bens cessionados, dado que parte do impacto negativo da concentração é dissipado por outro tipo de factores que não a MC¹⁴⁹. Temos no entanto que chamar à colação as dificuldades na quantificação e materialização de externalidades positivas resultantes de eficiências dinâmicas, que problematizam o *design* da MC adequada, ainda que as MC comportamentais sejam teoricamente as únicas passíveis de serem aplicadas¹⁵⁰.

A importância do acesso ao mercado enquanto factor estimulador da concorrência nos mercados tecnológicos exige que a MC adequada seja objectivamente apta a impedir condutas exclusionárias, sem contudo menosprezar a inovação. Dada a importância dos activos intangíveis nestes mercados, as MC que salvaguardam a interoperabilidade entre produtos tecnologicamente diferentes revelam-se particularmente ajustadas¹⁵¹ (por exemplo, através de licenças ou fornecimento de informações sobre direitos de PI).

Destacamos deste modo a importância das MC comportamentais a dois níveis: em primeiro lugar como suporte dos compromissos de alienação (assegurando a sua eficácia)¹⁵², em segundo lugar, como alternativa independente e expressão jurídica da preocupação com a abertura dos mercados a terceiros nos sectores onde esta questão é premente. Reconhecemos, contudo, que na comparação entre as várias MC o *standard* exigido para os MC comportamentais não deve sofrer qualquer afrouxamento sob pena de não se assegurar a eficácia do regime do controlo de concentrações a final.

¹⁴⁸ A cláusula de re-exame (pt. 71 da Com) ou a negociação de uma alienação sujeita a uma condição jurídica poderá trazer maior adaptabilidade à MC.

¹⁴⁹ MEDVEDEV (2004) p. 11.

¹⁵⁰ MC complexas ou extensas implicarão riscos acrescidos de erros tipo II. FACKELMANN (2006) p. 66.

¹⁵¹ HOEHN (2011) p. 2. Cfr. ainda o Ac. *Babyliss/Comissão*, *op.cit.*, para. 173, 191-196 quanto à concessão de licenças de marca num mercado onde a marca foi qualificada como o principal factor concorrencial.

¹⁵² KRATSAS (2009) p. 556, 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”.

Entendemos por isso justificável a não aceitação de meras promessas de não adopção de certos comportamentos¹⁵³. Porém, na *Oracle/Sun Microsystems*¹⁵⁴, após uma declaração pública da *Oracle* sobre o seu futuro comportamento relativamente aos consumidores a CE aprovou a concentração incondicionalmente¹⁵⁵. Esta decisão é criticável perante a flexibilidade mostrada e comparativamente ao cepticismo na aceitação de compromissos formais sustentados em MC comportamentais.

Com efeito, não tendo qualificado tal “promessa” como um compromisso mas como um facto a ser atendido, não se terá efectuado o teste de mercado. Esta decisão não só está em contradição directa com a Comunicação, como não pode comportar nenhuma espécie de consequência jurídica pelo facto de não se ter “convolado” em “condição” pela decisão vinculativa final de aprovação. Assim, o eventual desrespeito das partes quanto à promessa é juridicamente irrelevante e não pode implicar a ineficácia da decisão da CE¹⁵⁶.

No que diz respeito à implementação e monitorização como argumento pragmático da preferência, reconhecemos as dificuldades inerentes às soluções não-estruturais, apesar de poderem constituir as soluções mais adequadas na resolução do tipo de questões acima apresentadas¹⁵⁷. Exigem maiores esforços na definição clara dos termos comerciais (especialmente o preço), o modo de operar, o que constitui o seu (in)cumprimento e formas de monitorização.

É por isso fundamental que os termos das MC sejam claramente definidos em pormenor, assim como os beneficiários previamente identificados, no sentido de se reduzirem as incertezas relativas ao sucesso da medida remedial.

¹⁵³ Pt. 69 da Com.

¹⁵⁴ Decisão COMP/M.5529.

¹⁵⁵ No caso, a promessa de manter a *MySQL* como uma empresa de desenvolvimento de *software* - especializada em sistemas de gestão de bases de dados - como um produto *open source* ao abrigo de licenças públicas gerais (GPL).

¹⁵⁶ MENDES PEREIRA (2011) p. 118 e pt. 13 da Com. Este compromisso “encapotado” concretizou-se num cenário político, no âmbito de uma concentração com elementos internacionais (a *Oracle* é sediada em *Delaware*): o DOJ emitiu um comunicado público no mesmo dia em que do lado Europeu a CE apresentou a declaração de objecções, no qual reafirmou a sua aprovação incondicional da transacção. Os interesses políticos dos EUA reflectiram-se na intervenção de 59 senadores e culminaram na tomada de decisão da CE no âmbito de um processo urgente. Este caso de “coordenação transatlântica” revela-se controverso perante o princípio da independência de julgamento das decisões das diferentes Autoridades Concorrenciais, e, em última análise, afasta-se da postura convencional adoptada na Com. A decisão foi objecto de recurso por um terceiro com fundamento em erro de direito, *Monty Program/Comissão*, Proc. T-292/10, decisão pendente. ROSENTHAL e THOMAS (2010) pp 265-267.

¹⁵⁷ EZRACHI (2006) p. 463.

Mas rejeitamos o entendimento de que a alienação de um negócio seja por princípio a menos custosa e fácil de implementar perante os excessivos custos de transacção e divisão de direitos de propriedade em mercados geograficamente confinados¹⁵⁸.

Por outro lado, a aceitação de pacotes de MC diluem o argumento dos custos associados às MC de conduta, dado que nestes casos os custos existirão, ainda que indirectamente¹⁵⁹.

Finalmente, apesar de à primeira vista a estruturalidade apontar para uma maior intervenção e controlo por parte da CE, um olhar mais atento mostra que essa política está sustentada num entendimento simplista de que após implementação, a medida estrutural não exige posterior controlo quanto ao seu impacto no mercado e nos consumidores. Ora, sem uma avaliação posterior de mercado não se retiram com rigor conclusões quanto à eficácia das MC estruturais.

Reconhecemos que as MC comportamentais exigem uma postura mais interventiva quanto à preservação da concorrência no mercado e no comportamento das empresas, mas esta realidade pode produzir um efeito dissuasor de eventuais condutas anti-concorrenciais. Constituindo a limitação dos recursos administrativos um importante obstáculo à apropriação destas MC numa perspectiva de supervisão, entendemos que qualquer mudança de paradigma da política actual (que entendemos justificada em determinados sectores) deve ser acompanhada por posteriores Estudos *ex-post* das MC e desenvolvimentos legislativos na medida do reconhecimento inequívoco da importância actual das MC comportamentais¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Pts 52, 73 e 97-98 da Com., quanto à execução da alienação, referindo-se a um “curto período de tempo”, que corresponde normalmente a 6 meses para procurar um adquirente adequado e 3 meses adicionais caso não o consigam, nos quais intervém o administrador responsável pela alienação. É também previsto geralmente um prazo suplementar de 3 meses para o encerramento da operação. Isto significa que em regra, a execução do compromisso demorará cerca de um ano após a decisão ou a conclusão da operação notificada em casos pontuais. Por outro lado, a necessidade de colaboração entre as partes durante o período transitório pode prolongar as relações comerciais entre as partes nas soluções estruturais, problema considerado grave no Estudo.

¹⁵⁹ KRATSAS (2009) p. 556.

¹⁶⁰ EZRACHI (2005) p. 7. Na realidade, as Agências de Concorrência não estão somente a reagir à menor eficácia das MC comportamentais, mas sim a determiná-la a partir do momento em que estabelecem presunções de eficácia. É, com efeito, uma opção com um forte pendor político.

9. Conclusão

Neste Estudo procedemos a uma análise Doutrinal e Jurisprudencial da preferência pela alienação de um negócio viável e independente, partindo-se da dicotomia Estrutural vs. Comportamental consagrada na Comunicação Europeia sobre Medidas de Correção.

Concluimos que, apesar das soluções estruturais serem preferíveis num determinado grupo de situações, não devem servir de parâmetro na resolução dos casos, nem condicionar as partes no momento de propor compromissos. Na verdade, nem sempre a restauração da estrutura de mercado *ex-ante* significa restauração da concorrência¹⁶¹, como tentamos demonstrar com a contribuição do Estudo Europeu de 2005.

Entendemos que a política Europeia nesta área evoluiu positivamente na abordagem mais rigorosa quanto à pormenorização das regras respeitantes à viabilidade – e recursos financeiros – do comprador nas MC de alienação, à colaboração informacional das partes, e nas funções atribuídas ao administrador¹⁶². No entanto, verificamos que estes desenvolvimentos se destinaram a reforçar mais rigidamente a preferência estatuída.

Num segundo plano, as conclusões retiradas dos Estudos Empíricos e da vasta experiência Norte-Americana indiciam que as opções Europeias quanto às soluções de conduta se encontram desactualizadas, especialmente no que concerne às concentrações não-horizontais e nos mercados dinâmicos, merecendo actualmente melhor refinamento e abertura.

O fenómeno da globalização pode também explicar a preocupação recente por esta temática, com a crescente tendência para a integração vertical e conglomeral, o que explica a ultrapassagem da preferência pela estruturalidade em determinados sectores concorrenciais, assim como a especial complexidade e heterogeneidade que a prática decisória tem apresentado nos anos recentes¹⁶³.

¹⁶¹ DAVIES e LYONS (2007) p. 231.

¹⁶² KRATSAS (2009) p. 549.

¹⁶³ SORINAS e JORNS (2009) p. 12.

Nesse sentido, a busca por soluções remediais mais criativas ou *ad hoc* não têm sido acompanhadas de desenvolvimentos legislativos que conduzam a uma maior transparência e certeza jurídica ao nível da eficácia e atempada implementação¹⁶⁴.

Estas considerações vão ao encontro da recente revisão das Orientações sobre MC nos EUA¹⁶⁵, com a introdução de diferenças notáveis em comparação com as de 2004, entre as quais a eliminação da preferência relativa à alienação e o recurso a variadas soluções de conduta em circunstâncias mais alargadas, o que indica uma atitude de maior abertura por parte do Departamento de Justiça Norte-Americano na política das MC.

Dada a proximidade constante de posições entre as Autoridades Norte-Americanas e Europeias nesta temática, esta mudança de paradigma irá certamente levantar novas questões no âmbito do controlo Europeu de concentrações, e eventualmente, num futuro próximo, justificar uma nova Comunicação Europeia sobre as Medidas de Correção.

¹⁶⁴ A título de exemplo, veja-se a decisão *Areva/Urenco/ETC JV* (COMP/M.3099), paras 232 e 238, e *Deutsche/Bahn/EWS* (COMP/M.4746), para. 113. Neste último caso aceitou-se o compromisso da empresa de aderir, previamente à concentração, a planos de negócio relativos a investimentos específicos de forma a proteger a concorrência potencial.

¹⁶⁵ DOJ (2011). As novas linhas de orientação agora determinam que os remédios estruturais são frequentemente suficientes nos casos de sobreposições horizontais, mas quando envolvidos elementos verticais, serão necessários remédios comportamentais. Contêm uma nova secção relativa às MC comportamentais com desenvolvimento das regras aplicáveis, declarando-as como um instrumento valioso na eliminação de problemas concorrenciais e na preservação de eficiências potenciais. Cfr. pp 2-5 e 12-18.

Referências Bibliográficas

Tratados

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

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.

Regulamento (CE) N.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.o e 82.o do Tratado, JO L 1 de 04.01.2003, p. 1

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

Decisões da Comissão Europeia

Areva/Urenco [2004] (COMP/M.3099) JO C 52 de 02.03.2006 p. 5

Deutsche Bahn/English Welsh & Scottish Railway Holdings (EWS) [2007] (COMP/M.4746) JO C 125 de 22.05.2008 p. 6

General Electric/Honeywell [2001] (COMP/M.2220) JO C 042 de 18.02.2004 p.13

Johnson & Johnson/Pfizer Consumer Healthcare [2006] (COMP/M.4314) JO C 39 de 23.02.2007 p. 5

Oracle/Sun Microsystems [2010] (COMP/M. 5529) JO C 91 de 09.04.2010 p. 7

Pfizer/Pharmacia [2003] (COMP/M.2922) JO C 110 de 08.05.2003 p. 24

Comunicações da Comissão Europeia

Comunicação da Comissão sobre as 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

Comunicação 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, JO 2008/C 267/01 de 22.10.2008

Orientações da Comissão Europeia

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

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

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-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 Corp. 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

C-441/07P *Comissão v Alrosa Company Ltd* [2010] CJ 2010 p. I-05949

T-292/10 *Monty Program AB v Comissão*, recurso interposto em 01.07.2010, JO 2010/C 260/21, decisão pendente

Orientações Internacionais

US DOJ, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies* (Junho 2011)

Decisões da Federal Trade Commission

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

Relatórios

AMCHAMEU, *Position Paper on the Revised Commission Notice on Remedies Acceptable Under the Merger Regulation* (2007)

Baer WJ, *A study of the Commission's Divestiture Process* (Federal Trade Commission; Washington, D.C., 1999)

Biro Z e 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* (2005)

Europe Economics, *Study on Assessment Criteria for Distinguishing Between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control* (Europe Economics, 2001) 102-120

Frontier Economics, *Try this for Size - Making Sense of European Merger Remedies* (Frontier Economics, 2006)

Kwoka J e Moss D, *Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement* (The American Antitrust Institute, 2011)

Newton C e Parker D, *Surgery or Medicine? The Use of Behavioural Remedies in Merger Control* (Frontier Economics, 2005)

OECD, *Merger Review in Emerging High Innovation Markets* (2002)

Papanikolaou A e Rosenthal M, *Merger Efficiencies and Remedies* (Hunton & Williams LLP, 2012)

Report for the Fourth ICN Annual Conference (ICN Merger Working Group: Analytical Framework, Subgroup Merger Remedies Review Project, 2005)

Monografias

Blessing M, *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*, vol 14 (Vog NP ed, Helbing & Lichtenhahn 2003) 48-83, 183-197

Chalmers D et al., *European Union Law* (5a edição, Cambridge University Press 2009) 927-936, 1069-1110

Cook J e Kerse C, *EC Merger Control* (5a edição, Thomson Reuters Lmd 2009) 279-311

Davies S e Lyons B, *Mergers and Merger Remedies in the EU: Assessing the Consequences for Competition* (Edward Elgar Publishing 2007)

Jones A e Sufrin B, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials* (4a edição, Oxford University Press 2010) 970-979

Lévêque F e Shelanski H, *Merger Remedies in American and European Union Competition Law* (Edward Elgar Publishing 2003)

Lindsay A e Berridge A, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues* (3a edição, Thomson Reuters Lmd 2009) 602-720

Lyons B, 'An Economic Assessment of European Commission Merger Control: 1958-2007' in *Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome* (Vives, Xavier (ed), Oxford University Press 2009) 159-163

Motta M, *Competition Policy: Theory and Practice* (Cambridge University Press 2004) 142-159, 266-268

Rosenthal M e Thomas S, *European Merger Control* (Hart Publishing 2010) 239-281

Silva MM, *Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial* (Almedina 2008) 7-32, 807-812, 854-926, 939-973

Conferências

Blumenthal W, 'Reconciling the Debate over Merger Remedies: A Discussant's Proposed Decision Rule' (Pyrrhic Victories? Reexamining the Effectiveness of Antitrust Remedies in Restoring Competition and Deterring Misconduct 2001)

Hoehn T, 'Interoperability Remedies in European Merger Control - Enforcement or Regulation?' (3rd International Conference on Competition Law 2011)

Pitofsky R, 'The Nature and Limits of Restructuring in Merger Review' (Remarks at the Cutting Edge Antitrust Conference - Law Seminars International 2000)

Sullivan T, 'Antitrust Remedies in the U.S. and E.U.: Advancing a Standard of Proportionality' (Global Antitrust Law and Policy 2003)

Artigos e Documentos de Trabalho

Baer WJ e Redcay RC, 'Solving Competition Problems in Merger Control: The Requirements for an Effective Divestiture Remedy' (2000) 69(5) *The George Washington Law Review* 915

Berg W e Lipstein R, 'The Revised Merger Remedies Notice - Some Comments' (2009) 98(6) *European Competition Law Review* 281

Blanke G, 'The Use of Arbitration in EC Merger Control: Latest Developments' (2007) 28(12) *European Competition Law Review* 673

Bougette P, 'Preventing Merger Unilateral Effects: A Nash-Cournot Approach to Asset Divestitures' (2010) 64(3) *Research in Economics* 162

Brueckner JS e Hoehn T, 'Monitoring Compliance with Merger Remedies - The Role of the Monitoring Trustee' (2010) 6(2) *Competition Law International* 73

Cabral L, 'Horizontal Mergers with Free-Entry: Why Cost Efficiencies may be a Weak Defense and Asset Sales a Poor Remedy' (2003) 21(5) *International Journal of Industrial Organization* 607

Chopard B, Cortade T e Cosnita-Langlais A, 'Settlement in Merger Cases: Remedies and Litigation', (2008) *EconomiX Working Papers*. Disponível em: http://economix.fr/pdf/dt/2008/WP_EcoX_2008-10.pdf (acedido em: 19/12/2011)

Citron P, 'Mergers: Remedies - New Guidelines Published' (2009) 30(4) *European Competition Law Review* 52

Compte O, Jenny F e Rey P, 'Capacity Constraints, Mergers and Collusion' (2002) 46(1) *Eur Econ Rev* 1

Cosnita-Langlais A e Tropeano JL., 'Do Remedies Affect the Efficiency Defence? An Optimal Merger-Control Analysis' (2012) 30(1) *International Journal of Industrial Organization* 58

Davies S e Olczak M, 'Assessing the Efficacy of Structural Merger Remedies: Choosing Between Theories of Harm?' (2010) 37(2) *Review of Industrial Organization* 83

Drauz G, Chellingsworth T e Hyrkas H, 'Recent Developments in EC Merger Control' (2010) 1(1) *Journal of European Competition Law & Practice* 12

Drauz G, Mavroghenis S e Ashall S, 'Recent Developments in EU Merger Control 1 September 2009 - 31 August 2010' (2011) 2(1) *Journal of European Competition Law & Practice* 46

Elliot G, 'The Gencor Judgement: Collective Dominance, Remedies and Extraterritoriality Under the Merger Regulation' (1999) 24(6) *Eur Law Rev* 638.

Ersboll NC, 'Commitments Under the Merger Regulation' (2001) 22(9) *European Competition Law Review* 357

Ezrachi A, 'Behavioural Remedies in EC Merger Control - Scope and Limitations' (2006) 29(3) *World Competition* 459

Fackelmann C, 'Dynamic Efficiency Considerations in EC Merger Control: An Intractable Subject or a Promising Chance for Innovation?' (2006) *The University of Oxford Centre for Competition Law and Policy (L) 09/06*, pp 64-66. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=910465> (acedido em: 19/12/2011)

Flochel L, 'Les Remèdes Structurels dans le Cadre du Contrôle des Concentrations' (2008)(3) *Concurrences* 28

Hewitt G, 'Merger Remedies: 2. Background Note' (2005) 7(2) *OECD Journal of Competition Law and Policy* 75

Hoehn T e Rab S, 'UK Merger Remedies: Convergence or Conflict with Europe? A Comparative Assessment of Remedies in UK mergers' (2009) 30(2) European Competition Law Review 74

Hoehn T, Rab S e Sagers G, 'Breaking Up is Hard to do: National Merger Remedies in the Information and Communication Industries' (2009b) 30(5) European Competition Law Review 255

Hoehn T, Rab S e Sagers G, 'Retail Therapy: a Cross-Country Comparison of Merger Control Remedies Practice and Experience in the Wholesaling and Retailing Sectors of France, Germany, Italy, the Netherlands, Spain and the United Kingdom' (2009a) 30(4) European Competition Law Review 153

Katz ML e Shelanski HA, 'Mergers and Innovation' (2007) 74(1) Antitrust Law Journal 1

Kratsas G, 'Legislative Development: Structural or Not? A Critical Analysis of the Commission's New Notice on Remedies' (2009) 15(3) Columbia Journal of European Law 549

Leheyda N, Beschoner P and Huschelrath K, 'Ex-post Assessment of Merger Effects: The Case of Pfizer and Pharmacia' (2011) ZEW - Centre for European Economic Research. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1852389> (acedido em: 19/12/2011)

Lévêque F, 'Merger Control: More Stringent in Europe than in the United States?', (2007) CERNA. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=955527> (acedido em: 19/12/2011)

Lévêque F, 'The Conduct vs. Structural Remedies Controversy: an Irrelevant Dichotomy of Antitrust Policy Instruments' (2000) CERNA. Disponível em: <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/FL-MSMay00.pdf> (acedido em: 19/12/2011)

Lévêque F, 'Quelle Efficacité des Remèdes du Contrôle Européen des Concentrations?' (2006)(1) Concurrences 27

Lyons B e Medvedev A, 'Bargaining Over Remedies in Merger Regulation', (2007) Centre for Competition Policy - University of East Anglia 07-3. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=970250> (acedido em: 19/12/2011)

Maier-Rigaud FP e Parplies K, 'EU Merger Control Five Years after the Introduction of the SIEC Test: What Explains the Drop in Enforcement Activity?' (2009) 30(11) European Competition Law Review 565

Massadeh AA, 'The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective' (2011) University of East Anglia Law School 2011-AM-1. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1738326> (acedido em: 19/12/2011)

Maurice VT, 'The European Commission's Revised Remedies Notice - The Trustee's Perspective' (2009) 30(7) European Competition Law Review 332

Medvedev A, 'Structural Remedies in Merger Regulation in a Cournot Framework' (2004) Center for Economic Research and Graduate Education 07-16. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=841904> (acedido em: 19/12/2011)

Morgan E, 'Steering Mergers Through the EU's Regulatory Rocks: Remedies Under the EU Merger Control Regulation' (2002) 20(5) European Management Journal 549

Mosso C, 'Non-Horizontal Mergers: A European Perspective' (2007) 31(5) Fordham International Law Journal 1442

Motta M, 'EC Merger Policy and the Airtours Case' (2000) 21(4) European Competition Law Review 199

Motta M, Polo M e Vasconcelos H, 'Merger Remedies in the European Union: An Overview' (2007) 52(2001) Antitrust Bulletin 603

OECD, 'Merger Remedies: 1.Synthesis by the Secretariat' (2005) 7(2) OECD Journal of Competition Law and Policy 69

Olson G, 'Revised EU Merger Remedy Guidance' (2009) 23(3) Antitrust 80

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: 19/12/2011)

Paas K, 'Non-Structural Remedies in EU Merger Control' (2006) 27(5) European Competition Law Review 209

Papandropoulos P, 'What can be expected from the Commission's non-horizontal merger guidelines?' (2007)(1) Concurrences 31

Papandropoulos P e Tajana A, 'The Merger Remedies Study-In Divestiture We Trust?' (2006) 27(8) European Competition Law Review 443

Papon S, 'Structural versus Behavioural Remedies in Merger Control: A Case-by-Case Analysis' (2009) 30(1) European Competition Law Review 36

Parker RG e Balto DA, 'The Evolving Approach to Merger Remedies' (2000) Antitrust Report 2

Pereira MM, 'Natureza Jurídica e Função de Compromissos, Condições e Obrigações no Controlo Prévio de Concentrações' (2011) 2(5) Revista de Concorrência e Regulação 87

Sorinas S e Jorns C, 'European Union: EU Merger Remedies' (2009) (Competition Supplement) International Financial Law Review 9

Tajana A, 'Mergers: Smart Cards - Remedies' (2007) 28(4) European Competition Law Review

Tenn S e Yun JM, 'The Success of Divestitures in Merger Enforcement: Evidence from the J&J-Pfizer Transaction' (2011) 29(2) International Journal of Industrial Organization 273

Vasconcelos H, 'Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control' (2010) 58(4) *The Journal of Industrial Economics* 742

Vergé T, 'Horizontal Mergers, Structural Remedies, and Consumer Welfare in a Cournot Oligopoly with Assets' (2010) 58(4) *The Journal of Industrial Economics* 723

Vergé T, Gunther J e Spector D, 'Analyse Économique des Remèdes en Droit de la Concurrence' (2011)(3) *Concurrences* 4

Waller SW, '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: 19/12/2011)

Went D, 'The Acceptability of Remedies Under the EC Merger Regulation: Structural Versus Behavioural' (2006) 27(8) *European Competition Law Review* 455