

Controlo das concentrações de empresas no direito comunitário — Algumas notas sobre as alterações introduzidas ao regulamento n.º 4064/89 de 21.12.89 pelo regulamento n.º 1310/97 de 30.6.97

SOFIA OLIVEIRA PAIS

Sumário: 1. Introdução. 2. Alterações introduzidas ao Regulamento n.º 4064/89. I) Modificação dos limiares definidores do carácter comunitário da operação de concentração; II) Alargamento do conceito de empresa comum; III) Introdução do critério das receitas bancárias; IV) Alterações às cláusulas alemã e holandesa; V) Modificações a nível de gestão interna. 3. Conclusão.

1. Introdução

Em Setembro de 1996, a Comissão apresentou ao Conselho duas propostas de regulamento que alteram o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho de 21.12.89, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas,¹ cumprindo o compromisso que tinha assumido

¹ COM (96) 313 final. Note-se que estas propostas, apresentadas pela Comissão, foram precedidas pela adopção, em 31 de Janeiro de 1996, de um Livro Verde relativo à

perante o Conselho² de reexaminar o regulamento das concentrações à luz da experiência adquirida, o mais tardar até ao final de 1996. A apresentação de duas propostas resultava de as alterações sugeridas ao regulamento se basearem em diferentes fundamentos, que previam procedimentos distintos.

A primeira proposta fundamentava-se apenas no art. 3.º, n.º 1 do Regulamento n.º 4064/89 — que estabelecia que os limiares definidores da dimensão comunitária das concentrações sujeitas ao regulamento «serão revistos pelo Conselho deliberando por maioria qualificada sob proposta da Comissão»³ — e diz respeito à redução desses limiares e à introdução de um mecanismo para o tratamento dos processos nacionais múltiplos. A revisão dos limiares, fixados no art. 1.º, foi, deste modo, confirmada como necessária em ordem à observância dos princípios da subsidiariedade e do interlocutor único, garantindo a igualdade de tratamento das concentrações com efeitos transfronteiras significativos.

A segunda proposta baseava-se nos artigos 87.º e 235.º do Tratado da Comunidade Europeia (exigindo este último que o Conselho delibere por unanimidade) e referia-se aos outros aspectos do regulamento que, segundo a Comissão, necessitavam de aperfeiçoamento. Destacavam-se essencialmente os seguintes domínios: revisão dos limiares definidos no art. 1.º; reformulação da categoria das empresas comuns abrangidas pelo regulamento, por forma a que as empresas comuns com carácter de concentração e aquelas com carácter de cooperação que desempenhas-

revisão do Regulamento n.º 4064/89, onde foram discutidas as alterações que deviam ser introduzidas ao texto do regulamento, sendo simultaneamente apresentadas várias opções com vista a solucionar as dificuldades levantadas pela sua aplicação.

² COM (93) 385 de 28 de Julho de 1993. Neste documento a Comissão sugeriu ao Conselho que as alterações ao regulamento, as quais, de acordo com o próprio texto do regulamento, teriam lugar até ao final de 1993, deviam ser adiadas, o mais tardar até ao final de 1996, posição que veio a ser seguida pelo Conselho.

³ Note-se que a revisão pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, dos limiares fixados no art. 1.º do regulamento, não foi uma questão pacífica na doutrina. Enquanto certos autores afirmavam que tal alteração só podia ser realizada por unanimidade, visto tratar-se de um elemento essencial do regulamento — assim, Anand S. Pathak, «EEC concentration control: the foreseeable uncertainties», *European Competition Law Review*, 3, 1990, pág. 120 —, outros defendiam a solução legal, argumentando que o regulamento se baseia não apenas no art. 235.º, que exige unanimidade, mas também no art. 287.º, que apenas requer maioria qualificada — neste sentido, Leon Brittan, «The law and policy of merger control in the EEC», *European Law Review*, October 1990, pág. 352.

sem todas as funções de uma entidade económica autónoma beneficiassem do mesmo grau de segurança jurídica; substituição do critério, fixado no art. 5.º, n.º 3, para o cálculo do volume de negócios das instituições de crédito e das instituições financeiras, baseado nos activos pelo critério das receitas bancárias; alterações das cláusulas alemã — art. 9.º, que consagra um desvio ao princípio do interlocutor único, alargando as competências nacionais — e holandesa — art. 22.º, que concede excepcionalmente competência à Comissão para apreciar concentrações sem dimensão comunitária; e, finalmente, com o intuito de «melhorar ou clarificar o texto do regulamento» a Comissão introduzia algumas alterações de «gestão interna». As alterações propostas foram, na sua generalidade, seguidas no Regulamento n.º 1310/97 do Conselho de 30.6.97, que modifica o regulamento de 1989⁴.

Proceder a uma primeira análise das alterações introduzidas ao regulamento comunitário de 1989 é o objectivo deste trabalho.

2. Alterações introduzidas ao Regulamento n.º 4064/89

D) - Modificação dos limiares definidores do carácter comunitário da operação de concentração

A aplicação do Regulamento n.º 4064/89 depende da existência de uma operação de concentração com dimensão comunitária. O conceito de dimensão comunitária, fixado no art. 1.º, n.º 2 do regulamento, encontra-se preenchido quando o volume de negócios das empresas envolvidas na operação exceder os 5 mil milhões de ecus — limiar principal —, e em relação a pelo menos duas dessas empresas exceder os 250 milhões de ecus a nível comunitário — limiar de *minimis* —, não devendo as empresas envolvidas na operação realizar mais de 2/3 do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-membro — critério da transnacionalidade. Funcionando como um critério de repartição de competências — concentrações sem dimensão comunitária se-

⁴ O Regulamento n.º 1310/97 foi publicado no *JOCE* n.º L 180/1 de 9.7.97. Na sequência deste regulamento, surgiu ainda o Regulamento n.º 447/98 da Comissão de 1.3.98, relativo às notificações, prazos e audições previstos no regulamento de 1989 — publicado no *JOCE* n.º L 61/1 de 2.3.98 —, substituindo o Regulamento n.º 3384/94.

rão analisadas, à partida, pelas autoridades nacionais/concentrações com dimensão comunitária caem sob a alçada das autoridades comunitárias —, desde cedo ficou claro que a fixação de valores tão elevados comprometeria os objectivos do regulamento de assegurar um tratamento seguro, claro e eficaz às operações de concentração.

De facto, os limiares estabelecidos deixam de fora um grande número de concentrações com efeitos transfronteiras importantes na Comunidade, comprometendo as finalidades do regulamento de garantir o princípio da subsidiariedade bem como a segurança jurídica das empresas, alcançada especialmente através do princípio do interlocutor único⁵. Daí que a Comissão tenha declarado⁶ a intenção de baixar os limiares principal e *de minimis* para 2000 milhões e 100 milhões de ecus, respectivamente. Aliás, o próprio texto do Regulamento de 1989 procurou solucionar o problema ao estabelecer no n.º 3 do art. 1.º a obrigação de tais limiares serem revistos o mais tardar até ao final de 1993⁷, prazo que a Comissão, com a aprovação do Conselho, adiou para 1996, alegando nomeadamente a necessidade de adquirir uma maior experiência neste domínio⁸.

Por outro lado, a aplicação deste critério de repartição de competências suscitou cada vez mais dificuldades à medida que aumentava o número de sistemas nacionais de controlo das concentrações, e crescia o número de operações realizadas a nível comunitário⁹. Com efeito, os limiares elevados, fixados no art. 1.º, n.º 2 do regulamento, permitem que um número significativo de concentrações ditas infracomunitárias, mas com efeitos transfronteiras apreciáveis, possam ficar obrigadas a

⁵ De facto, como esclarece a Comissão, a «aplicação do princípio do 'interlocutor único' do Regulamento das Concentrações [às concentrações com efeitos transfronteiras significativos na Comunidade] simplifica os procedimentos administrativos e cria um tratamento equitativo garantindo que os mesmos requisitos de notificação e normas em termos de procedimentos e jurídicas são aplicáveis» — cfr. considerando 8, COM (96), cit.

⁶ Cfr. as declarações da Comissão no Boletim das Comunidades Europeias, Suplemento 2/90, pág. 25.

⁷ Para uma visão geral deste compromisso político — limiares elevados vs revisão até o final de 1993 —, que a Comissão se viu obrigada a aceitar para garantir a aprovação do regulamento, cfr. Sofia Pais, *O controlo das concentrações de empresas no direito comunitário da concorrência*, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 204 e segs.

⁸ COM (93) cit.

⁹ Livro Verde relativo à revisão do regulamento das concentrações, pág. 5, nota 4.

múltiplas notificações a nível nacional. Divergindo as obrigações em matéria de notificações e os procedimentos existentes nas várias legislações nacionais, as empresas envolvidas na operação deixam de beneficiar da segurança jurídica conferida pelo princípio do interlocutor único, tendo de suportar custos acrescidos, além do risco de decisões contraditórias.

Com o objectivo de alargar o campo de aplicação do regulamento às concentrações com um impacto significativo em diversos Estados-membros, o Regulamento n.º 1310/97 dá uma nova redacção ao n.º 3 do art. 1.º do regulamento de 1989, que passa a ter o seguinte teor:

«3. Para efeitos de aplicação do presente regulamento, uma operação de concentração que não atinja os limiares estabelecidos no n.º 2 tem dimensão comunitária quando:

– O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa representar um montante superior a 2500 milhões de ecus;

– O volume de negócios total realizado pela totalidade das empresas em causa em cada um de pelo menos três Estados-membros for superior a 100 milhões de ecus;

– Em cada um de pelo menos três Estados-membros considerados para o efeito do disposto na alínea b), o volume de negócios total realizado individualmente por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 25 milhões de ecus; e

– O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 100 milhões de ecus,

A menos que cada uma das empresas em causa realize num único Estado-membro mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade.»¹⁰

¹⁰ A Comissão, no relatório apresentado ao Conselho em 1993, levantava a hipótese da recuperação da regra de $\frac{1}{4}$, na medida em que permitiria abranger um maior número de concentrações com efeitos transfronteiras significativos — cfr. COM (93) cit. Esta sugestão acabou por ser afastada pela própria Comissão, em 1996, salientando que a substituição da regra de $\frac{1}{3}$ pela de $\frac{1}{4}$ tinha como reverso da medalha o facto de serem «provavelmente abrangidas muitas concentrações com efeitos essencialmente nacionais» — cfr. Livro Verde, cit., ponto 66.

II) Alargamento do conceito de empresa comum

Em segundo lugar, o Regulamento n.º 1310/97 introduz alterações ao conceito de empresa comum, contribuindo para o tratamento global e harmonizado da figura.

Actualmente põe-se em causa a distinção, com larga tradição no direito comunitário da concorrência¹¹, entre empresas comuns com carácter de concentração — abrangidas pelo Regulamento n.º 4064/89 — e empresas comuns com carácter de cooperação — abrangidas pelo Regulamento n.º 17/62 e por outros regulamentos de aplicação do art. 85.º do Tratado CE. Esta distinção afirmava-se essencial no direito comunitário, dado o objectivo das autoridades comunitárias de concederem um tratamento mais favorável às concentrações, consideradas necessárias para o reforço das estruturas industriais europeias. Deviam ser aplicadas regras diferentes às concentrações, às quais se encontram geralmente associadas substanciais vantagens económicas¹², sendo igualmente consideradas menos perigosas do ponto de vista da concorrência — visão

¹¹ A distinção entre estas duas categorias de empresas comuns, inspirada na teoria do *double standard*, que já tinha sido amplamente debatida à luz do Tratado da Comunidade Europeia, ainda hoje mantém certa acuidade — sobre esta questão pode, aliás, consultar-se vasta doutrina: Horst-Peter Gotting — Werner Nikowitz, «EEC Merger Control: Distinguishing concentrative joint ventures from cooperative joint ventures», *Fordham International Law Journal*, 1989-1990, vol. 13, pág. 185; Horst Satzky, «New EEC Antitrust Regime for Joint Ventures», *International Business Lawyer*, December 1990, pág. 518; Barry Hawk, «Joint Ventures under EEC law», *Fordham International Law Journal*, vol. 15, n.º 2, 1991-1992, pág. 303; Barry Hawk, «Concentrative/Co-operative joint ventures, metaphysics and the law», *European Business Law Review*, vol. 3, n.º 1, January 1992, pág. 3; Valentine Korah, «Collaborative joint ventures for research and development where markets are concentrated: the competition rules of the common market and the invalidity of contracts», *Yearbook of European Law*, 13, 1993, Clarendon Press, Oxford, pág. 39, e Alec Burnside, «Concentrative vs Cooperative: Joint Ventures under the EC Merger Regulation and Article 85 EEC», *European Business Law Review*, August/September 1993, pág. 195.

¹² Essas vantagens, como por exemplo as economias de escala e de gama, o progresso técnico, a maior eficácia a nível da produção e distribuição, são ainda hoje salientadas na doutrina. Sobre esta questão, cfr., entre muitos, Henrique Medina Carreira, «Concentrações de empresas e grupos de sociedades. Aspectos históricos, económicos e jurídicos», *Documentos do IESF*, n.º 3, Edições ASA, 1992, págs. 25 e segs. e Vasco Raúl Barrote Rodrigues, *Fusões Intervenção Pública e Mercado pelo Controlo de Empresas*, Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Economia do Porto, Dezembro de 1993, págs. 22 e segs.

ainda hoje muito discutível¹³ —, e às *ententes*. Enquanto estas estariam subordinadas a um regime de proibição automática, aquelas ficariam sujeitas sobretudo a uma análise estrutural, e só raramente não seriam autorizadas. A existência de regimes diferentes tornava essencial a qualificação da empresa comum como tendo carácter de cooperação ou de concentração.

Nos termos do n.º 2 do art. 3.º do Regulamento de 1989, uma empresa comum tinha carácter de concentração quando desempenhasse de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma e não implicasse uma coordenação do comportamento concorrencial, quer entre as empresas fundadoras quer entre estas e a empresa comum. As empresas comuns que não preenchessem estes pressupostos teriam carácter de cooperação¹⁴.

Cedo foram denunciadas as contradições e as limitações sentidas pela Comissão na aplicação dos pressupostos definidores do carácter de concentração da empresa comum; recordemos apenas algumas.

A primeira condição, fixada no regulamento de 1989, para a empresa comum ter carácter de concentração traduz-se na necessidade de desempenhar de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma. Isto significa que a empresa comum «deve operar num mercado, desempenhando as funções habitualmente desenvolvidas pelas outras empresas que operam no mesmo mercado», dispondo, para o efeito, «de recursos necessários, incluindo recursos de natureza finan-

¹³ Sobre esta questão cfr. B. Hawk, *Concentrative...*, ob. cit., págs. 6 e segs.

¹⁴ Com o objectivo de esclarecer o regime das empresas comuns com carácter de cooperação, a Comissão publicou a Comunicação 93/C 43/02 (Comunicação de 16 de Fevereiro de 1993, JO n.º C 43/2), cujo ponto 10 dispõe: «(...) não constituem uma operação de concentração: as empresas comuns cuja actividade não se prevê assumir um carácter duradouro, nomeadamente quando é limitada de forma imediata pelos fundadores a um período de curta duração; as empresas comuns que não desempenhem todas as funções de uma entidade económica autónoma, e em especial aquelas a quem os fundadores se limitam a confiar certas funções determinadas, entre as funções normalmente realizadas por uma empresa; as empresas comuns que desempenham todas as funções de uma unidade económica autónoma, desde que impliquem uma coordenação do comportamento concorrencial dos fundadores entre si ou com a empresa comum». Para uma análise global desta comunicação cfr. Michel Charles, «Les entreprises communes a caractere cooperatif face a l'article 85 du Traite CEE. Communication de la Commission C.E.E., du 16 février 1993, sur les entreprises communes coopératives», *Cahiers de Droit Européen*, 1994, n.º 1-2, pág. 327.

ceira, pessoal e activos (corpóreos e incorpóreos)»¹⁵. Na prática, a verificação desta condição é afirmada ainda que a empresa comum se encontre dependente das empresas-mãe «para efectuar as suas vendas ou proceder às suas aquisições», desde que seja num «período de arranque», ou «utilize a rede ou canais de distribuição das empresas-mãe», quando estas «operem apenas como agentes da empresa comum»¹⁶. Dito de outro modo, a necessidade de garantir a aplicação do regime mais favorável do regulamento das concentrações levou a Comissão a interpretar esta condição de forma muito flexível, diluindo os seus contornos¹⁷, o que tinha como reverso da medalha a criação de uma certa insegurança jurídica para as empresas envolvidas na operação.

Note-se, ainda, que a exigência de autonomia não será facilmente conciliável com a existência de um controlo conjunto. De facto, sendo definidas as empresas comuns como «empresas controladas conjuntamente por várias outras empresas, as empresas-mãe»¹⁸, coloca-se a questão de saber como é que a empresa comum pode ser autónoma, pelo menos no planos das decisões¹⁹. A justificação ensaiada é que tudo não passa de uma questão de «grau»²⁰, de uma «ficção jurídica»²¹. A maior

¹⁵ Comunicação 94/C 385/01, publicada no *JO* n.º C 385/1 de 31.12.94, ponto 13. Assim, por exemplo, na decisão *Texaco/Norsk Hydro*, de 9.1.95, processo IV/M511, *JO* n.º C 23 de 28.1.95. Todavia, em sentido contrário, v. a decisão *ATR/BAE*, de 25.7.95, processo n.º IV/M551, (*JO* n.º C 264 de 11.10.95), onde a Comissão decidiu que a empresa comum de aeronaves regionais entre a *Aérospatiale*, a *Alenia* e a *British Aerospace* não constituía uma operação de concentração, visto que a empresa comum não «seria uma empresa plenamente funcional na primeira fase da sua existência».

¹⁶ Comunicação de 1994, cit., ponto 14.

¹⁷ Assim, por exemplo, na decisão da Comissão, *Union Carbide/Enichem*, de 13 de Março de 1995, processo n.º IV/M550, *JO* n.º C 123 de 19.5.95.

¹⁸ Comunicação 90/C 203/06 (publicada no *JO* n.º C 203/10 de 14.8.1990), ponto 7, substituída pela Comunicação 94/C 385/01, cit., ponto 10. Mantendo-se, portanto, a concepção de empresa comum seguida pela Comissão no 4.º relatório sobre a política de concorrência.

¹⁹ Sobre a exigência feita inicialmente pela Comissão de uma autonomia funcional e de decisão da empresa comum cfr. Mario Siragusa e Romano Subiotta, «Le contrôle des opérations de concentration entre entreprises au niveau européen: une première analyse pratique», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 28 année, n.º 1, 1992, pág. 51.

²⁰ William Sibree, «EEC merger control and joint ventures», *European Law Review*, April 1992, pág. 95.

²¹ Calvet e Berlin, «L'entreprise commune et le contrôle de la concurrence... ou l'accessoire commande le principal», *La Semaine Juridique (JCP)*, 1995, Ed. E, n.º 47, pág. 464.

ou menor independência da empresa comum face às empresas-mãe levará à sua qualificação como concentração ou cooperação²².

Igualmente problemática se afigurava a segunda condição fixada no regulamento, que exigia a inexistência de qualquer coordenação entre as empresas-mãe e entre estas e a empresa comum. A Comissão começou por afirmar que este pressuposto só se encontraria preenchido se as empresas-mãe, concorrentes antes da criação da empresa comum, se retirassem, de forma completa e permanente, do mercado da empresa comum e dos mercados vizinhos. Na prática, a retirada imediata das empresas-mãe podia revelar-se impossível de concretizar pelas mais variadas razões, o que levaria a colocar sob a alçada do art. 85.^o inúmeras operações imbuídas à partida de uma finalidade «concentrativa». Daí a necessidade sentida pela Comissão de flexibilizar igualmente a aplicação da condição negativa. Desta forma, na Comunicação de 1994, relativa à distinção entre empresas comuns com carácter de concentração e empresas comuns com carácter de cooperação²³, introduziu um critério *de minimis* — uma cooperação limitada entre as empresas-mãe não retira o carácter de concentração à empresa comum²⁴ —, eliminou a exigência de que todas as empresas-mãe se retirem do mercado²⁵, e procurou afastar uma análise centrada nas relações verticais — empresas fundadoras/empresa comum²⁶.

²² O problema, como salientam CALVET e BERLIN — ob. cit. loc. cit. —, é que esta condição positiva, que devia consistir num critério material diferenciador dos dois tipos de empresa comum, aponta sobretudo para uma «diferença de grau» e não para uma «diferença de natureza» entre as empresas comuns com carácter de concentração e de cooperação.

²³ Comunicação da Comissão 94/C 385/01, publicada no JO n.º C 385/1 de 31.12.94, que substitui a Comunicação adoptada pela Comissão em 25 de Junho de 1990.

²⁴ Segundo a Comissão «o facto de uma empresa comum dar origem a uma coordenação do comportamento concorrencial das empresas-mãe não exclui por si só a presunção de uma concentração, se esses elementos de cooperação assumirem apenas uma importância económica mínima relativamente à operação no seu conjunto (*de minimis*)», salvo quando «uma grande acumulação de elementos de coordenação de pequena importância é susceptível de dar origem a uma situação em que a operação no seu conjunto tem de ser considerada como apresentando um carácter de cooperação» — ponto 20 da Comunicação de 1994, cit.

²⁵ O ponto 18 da Comunicação de 1994, cit., dispõe: «regra geral, não existe coordenação nos casos em que as empresas-mãe não operam no mesmo mercado que a empresa comum, transferem para esta a totalidade das actividades que desenvolvem nesse mercado ou apenas uma das empresas-mãe continua a operar no mesmo mercado que a empresa comum (...).»

²⁶ Nos termos do ponto 17 da Comunicação de 1994, cit., a «coordenação entre as empresas-mãe e a empresa comum, referida no n.º 2, segundo parágrafo do artigo 3.º, assume relevância unicamente na medida em que constitua um instrumento de criação

Em síntese, o carácter misto, ambivalente, das empresas comuns²⁷, que incorporam simultaneamente aspectos concentrativos e cooperativos, tornavam difíceis e artificiais as tentativas, ensaiadas pela Comissão, de reconduzir esta complexa realidade económica a uma única categoria jurídica — concentração ou cooperação²⁸.

Particulares escolhos surgiam em relação às empresas comuns com carácter de cooperação de natureza estrutural, isto é, empresas comuns «que desempenham todas as funções de uma entidade económica autónoma e certas empresas comuns que desempenham parcialmente as funções de uma entidade económica autónoma sem terem acesso ao mercado, em especial, as empresas comuns que têm por objecto a investigação e o desenvolvimento ou a produção»²⁹, mas em que a presença das empresas-mãe no mercado da empresa comum ou em mercados vizinhos podia suscitar a coordenação do comportamento concorrencial das empresas-mãe, não se encontrando preenchido o requisito negativo,

ou reforço da coordenação entre as empresas-mãe». Esta referência feita pela Comissão foi de encontro às críticas formuladas por certos autores, que censuravam a insistência da autoridade comunitária nesse domínio [ainda que as intenções manifestadas pela Comissão na Comunicação desvirtuassem de certa forma o art. 3.º, n.º 2 do regulamento, que exigia a análise da ausência de coordenação entre as empresas fundadoras e a empresa comum]. Neste sentido, afirma Aurelio Pappalardo: «l'EC, même si elle est appelée à fonctionner comme une entreprise à part entière (*full function venture*), n'en reste pas moins sous le contrôle et l'influence des entreprises fondatrices, qui l'ont constituée en vue de l'exercice d'une action commune sur le marché. L'existence d'une relation verticale semble donc inévitable, voire naturelle, et ne devrait pas être incompatible avec la notion d'EC concentrative» — cfr. «Nouvelles orientations de la Commission dans l'interprétation du règlement n.º 4064/89 sur le contrôle des concentrations», *Revue du Marché Unique Européen*, 1/1995, págs. 108-109.

²⁷ Questão que já foi amplamente debatida na doutrina — cf., por exemplo, Louis Vogel, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Serie: Études et Recherches, Ed. Économica, Paris, 1988, pontos 253 a 296; Barry Hawk e Henry L. Huser, «A brightline shareholding test to end the nightmare under the EEC merger regulation», *Common Market Law Review*, vol. 30, n.º 6, 1993, págs. 1161 e segs.; B. Hawk, *Concentrative...*, ob. cit., págs. 6-7; e Calvet e Berlin, ob. cit., pág. 459.

²⁸ A incapacidade da autoridade comunitária para distinguir «racionalmente» os dois tipos de empresas comuns resultaria, segundo Barry Hawk, do facto de não atender à função da restrição. Segundo este autor a aplicação de regimes distintos não deve resultar da classificação da operação como concentração ou cooperação mas da função da restrição. Isto é, se a restrição da concorrência for justificada por razões de eficiência, quer seja uma concentração ou uma *entente*, deve beneficiar de um tratamento mais favorável, cfr. *Concentrative...*, ob. cit., págs 6-7.

²⁹ Livro Verde, cit., nota 26.

estabelecido no art. 3.º, n.º 2 do regulamento das concentrações de 1989, atributivo do carácter de concentração à empresa comum. Era, desta forma, afastada a aplicação do regulamento das concentrações, ainda que tais empresas comuns com carácter de cooperação tivessem efeitos sobre a estrutura de mercado semelhantes aos desencadeados pelas empresas comuns com carácter de concentração. Por outras palavras, existiam diferenças significativas de tratamento entre os dois tipos de empresas sem que tal discriminação jurídica parecesse encontrar justificação em razões económicas. Note-se, aliás, que as divergências existiam não só a nível material — os critérios de apreciação das empresas comuns com carácter de concentração vinham fixados no art. 2.º do regulamento das concentrações, enquanto as empresas comuns com carácter de cooperação eram analisadas à luz do art. 85.º do Tratado CE — como a nível processual — recorde-se, apenas, que enquanto aquelas eram apreciadas dentro dos prazos fixados no regulamento das concentrações (que podiam ir de um a cinco meses, consoante a decisão fosse adoptada na primeira ou segunda fase do processo), não existia um prazo legal para a análise das empresas comuns com carácter de cooperação. Ora, a difícil operação de qualificação da empresa comum associada ao relevo prático da distinção — existência de regimes distintos — podia desvirtuar as escolhas dos operadores económicos. Na verdade, a insegurança sentida pelos agentes económicos, resultante da complexa aplicação dos critérios enunciados, escolha essa não desprovida de efeitos práticos, podia contribuir quer para o abandono da figura da empresa comum quer para tentativas de mascarar-la como concentração de forma a poder beneficiar de um tratamento mais vantajoso³⁰.

A importância do tratamento global e harmonizado da figura levou a Comissão a sugerir, na segunda proposta de 1996, alterações ao concei-

³⁰ Daí que certos autores, como é o caso de Barry Hawk, salientem que a distinção entre empresas comuns com carácter de concentração e de cooperação, apesar de «não visar criar normas substantivas, acaba por operar no plano material» — cfr. *Concentrative.*, ob. cit., págs. 6-7. No mesmo sentido, Hugues Calvet e Dominique Berlin afirmam que se trata de um domínio onde o «acessório» se sobrepõe ao «principal». Por outras palavras, «savoir si une entreprise peut être qualifiée de commune, question de qualification qui, comme-telle, devrait demeurer accessoire, mobilise des efforts et des ressources disproportionnés dans le cadre d'un contrôle qui devrait être dédiée au 'principal', c'est-à-dire à la recherche de l'efficacité économique» — cfr. Calvet e Berlin, «L'entreprise commune et le contrôle de la concurrence... ou l'accessoire commande le principal», *La Semaine Juridique (JCP)*, 1995, Ed. E, n.º 47, pág. 459.

to de empresa comum formulado no regulamento de 1989, modificações essas que foram adoptadas pelo Conselho no Regulamento n.º 1310/97. Desta forma, o art. 3.º, n.º 2, é alargado a *todas* as empresas comuns que desempenhem todas as funções de uma entidade económica autónoma, sendo eliminada a referência à necessidade de a empresa comum não implicar «uma coordenação do comportamento concorrencial, quer entre as empresas fundadoras quer entre estas e a empresa comum».

As empresas comuns com carácter de cooperação que desempenhem todas as funções de uma entidade económica autónoma ficam, portanto, sujeitas aos critérios de apreciação fixados no art. 2.º do regulamento comunitário. Além disso, o próprio art. 2.º foi alterado de forma a poder ter em conta os aspectos «cooperativos» da empresa comum com carácter de cooperação e de natureza estrutural. Desta forma, é aditado ao art. 2.º um novo n.º 4 com a seguinte redacção: «Na medida em que a criação de uma empresa comum que constitua uma operação de concentração na acepção do artigo 3.º tenha por objecto ou efeito a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que se mantêm independentes, essa coordenação será avaliada segundo os critérios previstos nos n.ºs 1 e 3 do artigo 85.º do Tratado, a fim de determinar se a operação é ou não compatível com o mercado comum»³¹.

O Regulamento n.º 1310/97 afastou, deste modo, as soluções propostas no Livro Verde³² quanto à introdução de alterações de natureza meramente processual que, mantendo critérios distintos para a apreciação das empresas comuns, estendiam apenas o tratamento processual mais vantajoso, fixado no regulamento das concentrações, às empresas comuns com carácter de cooperação de natureza estrutural. Optou por dar um tratamento mais amplo à questão, englobando igualmente modificações substanciais, com vista a uma aplicação mais eficaz da política de concorrência. Deste modo, eliminou a distinção entre empresas comuns com carácter de concentração e empresas comuns com carácter de cooperação de natureza estrutural, ficando estas últimas sujeitas ao re-

³¹ Tal sucederá, segundo o regulamento do Conselho, nomeadamente, no caso de duas ou mais empresas-mãe continuarem activas no mercado da empresa comum, ou no caso de a criação da empresa comum dar origem à coordenação das actividades das empresas-mãe a montante, a jusante ou em mercados vizinhos — cf. nova redacção do n.º 4 do art. 2.º

³² Cit., págs. 32 e segs.

gulamento das concentrações, com a vantagem de ser adoptada apenas uma decisão final com base na apreciação de todos os aspectos do processo. É claro que o alargamento do conceito de empresa comum implicará uma redefinição das competências da Comissão que não se apresenta totalmente isenta de obstáculos jurídicos³³. A solução adoptada no Regulamento n.º 1310/97 significa que empresas comuns com carácter de cooperação que desempenhem todas as funções de uma entidade económica autónoma e com dimensão comunitária serão abrangidas pela competência exclusiva da Comissão, ainda que tenham por objecto ou efeito coordenar o comportamento concorrencial das empresas-mãe. As outras, sem dimensão comunitária, ficarão eventualmente sujeitas à aplicação, pelas autoridades nacionais, das respectivas legislações nacionais (ou mesmo do art. 85.º, n.º 1 do Tratado CE) ou à invocação do Regulamento n.º 17, pela Comissão. Contudo, a Comissão já afirmou a intenção de não aplicar este regulamento aos aspectos de coordenação dessas empresas comuns sempre que a sua avaliação puder ser efectuada pelos Estados-membros³⁴.

III) Introdução do critério das receitas bancárias

Em relação às instituições de crédito e outras instituições financeiras o regulamento das concentrações de 1989 adoptou o critério dos activos³⁵, para aferir a dimensão comunitária da concentração, em substituição do critério do volume de negócios, visto que tais entidades não têm um volume de negócios em termos rigorosos³⁶.

³³ Como já se afirmou (Calvet e Berlin, ob. cit., pág. 468) o alargamento do campo do regulamento suscita dificuldades jurídicas na medida em que se restringe o direito originário (art. 85.º do Tratado CE) em benefício de direito derivado (regulamento das concentrações).

³⁴ COM (96), cit., ponto 28.

³⁵ Nos termos do art. 5.º, n.º 3, al. a) do Regulamento n.º 4064/89, «o volume de negócios é substituído, no caso das instituições de crédito e de outras instituições financeiras, no que diz respeito [ao limiar principal] por um décimo total dos balanços, [ao limiar *de minimis*] pelo décimo total dos balanços multiplicado pela relação entre os créditos sobre as instituições de crédito e sobre a clientela resultantes de operações com residentes da Comunidade e o montante total desses créditos, [à regra de $\frac{1}{3}$] pelo décimo total dos balanços multiplicado pela relação entre os créditos sobre as instituições de crédito e sobre a clientela resultantes de operações com residentes desse Estado-membro e o montante total desses créditos».

³⁶ Como sublinham Christopher Jones e Enrique González-Díaz — *The EEC merger regulation*, London, Sweet & Maxwell, 1992, pág. 33 —, o rendimento das instituições financeiras é proveniente sobretudo de juros, empréstimos e adiantamentos.

A verdade é que o critério seguido pelo regulamento levantava igualmente problemas, que foram, aliás, resumidos pela Comissão, no Livro Verde para a revisão do regulamento³⁷, nos seguintes termos: «um volume de negócios teórico calculado com base em activos excluí determinadas operações (por exemplo, as receitas das operações de câmbio e das operações sobre títulos)»; por outro lado «o local de residência de um mutuante pode ser difícil de determinar e pode variar durante o período do empréstimo. A afectação geográfica do volume de negócios constitui, por conseguinte, uma dificuldade para os bancos».

A necessidade de utilizar um critério que reflecta mais rigorosamente a realidade económica subjacente a estas instituições justifica, deste modo, a introdução no Regulamento n.º 1310/97 quer do conceito de receitas bancárias, tal como definidas na Directiva 86/635/CEE³⁸, quer a previsão de que a afectação geográfica das receitas bancárias deve basear-se na localização da sucursal ou divisão que concede o empréstimo ou presta o serviço³⁹.

IV) Alterações às cláusulas alemã e holandesa

A repartição das competências, para o controlo das concentrações, entre o direito comunitário e os direitos nacionais é operada com base no critério da «dimensão comunitária» da operação. Como já referimos, os princípios da subsidiariedade e do interlocutor único justificam a atribuição à Comissão da competência para controlar as concentrações com dimensão comunitária, aplicando o regulamento comunitário, enquanto as operações sem essa dimensão ficarão sob a alçada das autoridades nacionais, que, para o efeito, recorrerão às respectivas legislações nacionais.

³⁷ Livro Verde, cit., pág. 38.

³⁸ Directiva do Conselho de 8 de Dezembro de 1986, publicada no JO N.º L 372/1 de 31.1.2.1986. Nos termos da Directiva as receitas bancárias [que correspondem ao rendimento bancário bruto] incluem proveitos dos juros e equiparados, rendimentos de títulos — rendimento de acções e de outros títulos de rendimento variável, rendimento de participações, rendimento de partes de capital em empresas coligadas, comissões recebidas, lucro líquido proveniente de operações financeiras e outros proveitos de exploração.

³⁹ Cfr. a nova redacção dada, no Regulamento n.º 1310/97, ao art. 5.º, n.º 3, al. a) do regulamento das concentrações de 1989.

Há, todavia, concentrações que, apesar de atingirem os limiares fixados no art. 1.º do regulamento das concentrações, apenas têm impacto a nível nacional. Nestes casos, o regulamento prevê, no art. 9.º, designado por cláusula alemã⁴⁰, a hipótese de as operações de concentração serem enviadas às autoridades nacionais, cumprindo, desse modo, o princípio da subsidiariedade⁴¹.

A competência das autoridades dos Estados-membros dependia de dois requisitos, fixados no n.º 2 do art. 9.º: as autoridades nacionais tinham de provar que a operação de concentração corria o risco de criar ou reforçar uma posição dominante que tinha como consequência a criação de entraves significativos a uma concorrência efectiva num mercado no interior do seu território; e que esse mercado apresentava todas as características de um mercado distinto, quer se tratasse ou não de uma parte substancial do mercado comum.

A aplicação destes requisitos não se revelou, todavia, isenta de dificuldades. Desde logo, foi muito discutida a questão de saber se a Comissão era obrigada a remeter o processo para as autoridades nacionais, quando o mercado distinto não constituísse uma parte substancial do mercado comum. Como já tivemos oportunidade de referir⁴², a interpretação mais razoável da cláusula alemã seria restringir os poderes da Comissão, nessas hipóteses, atendendo à *ratio* do art. 2.º como limite à sua competência. Uma outra solução, que concedesse à Comissão a faculdade de remeter ou não o processo às autoridades nacionais, poderia originar lacunas no controlo das concentrações⁴³.

⁴⁰ Dado ter sido proposta pela delegação alemã, ainda que depois viesse a receber o apoio do Reino Unido.

⁴¹ Deste modo, a Comissão já ordenou a remessa de operações de concentração às autoridades britânicas — decisão *Stetley/Tarmac*, de 12 de Fevereiro de 1992, processo n.º IV/M180 — às autoridades alemãs — decisão *McCormick/CPC/Rabobank/IOsmann*, de 29 de Outubro de 1993, processo n.º IV/M330 — e às autoridades francesas — decisão *Holdercim/Cedest*, de 16 de Fevereiro de 1994, processo n.º IV/M460. Cfr. *EEC Merger Control Reporter*, págs. 671, 1237 e 1533, respectivamente.

⁴² Sofia Pais, ob. cit., pág. 323.

⁴³ De facto, como salienta Aurelio Pappalardo, a Comissão tem a obrigação de enviar o processo às autoridades nacionais, nos casos em que o mercado distinto não constitui uma parte substancial do mercado comum, visto que o processo não pode terminar numa declaração de incompatibilidade (art. 8.º, n.º 3 do regulamento das concentrações) nem de compatibilidade (art. 8.º, n.º 2 do regulamento das concentrações), dado que as decisões baseadas no art. 8.º pressupõem que a operação de concentração observe o critério fixado no art. 2.º, o qual exige a produção de «entraves

Por outro lado, debateu-se o problema de saber se a remessa efectuada pela Comissão devia abranger todos os aspectos do caso, ou só os que dissessem respeito ao mercado distinto no interior desse Estado. A melhor solução, como já foi sublinhado⁴⁴, seria seguir esta segunda hipótese, já que à luz do art. 9.º, n.º 8 do regulamento das concentrações, o Estado só pode adoptar as medidas «necessárias para preservar ou restabelecer uma concorrência efectiva no mercado em causa».

Tais ambiguidades, existentes no processo de remessa, foram esclarecidas no Regulamento n.º 1310/97. Por um lado, acrescentou ao art.º 9.º os seguintes parágrafos: no caso de um mercado distinto no interior do território de um Estado-membro não constituir uma parte substancial do mercado comum, o Estado-membro pode solicitar a remessa do processo demonstrando apenas que a concentração afecta a concorrência nesse mercado, ficando dispensado da prova que a concentração ameaça criar ou reforçar uma posição dominante; nestes casos a Comissão reverterá a totalidade ou a parte do caso relativa ao mercado distinto em causa, se considerar a existência desse mercado distinto⁴⁵. Além disso, introduziu alterações à redacção do n.º 3 do art. 9.º, de forma a esclarecer que a remessa feita pela Comissão pode referir-se à totalidade ou a uma parte de um caso.

Uma outra excepção ao princípio do interlocutor único, que consagra a hipótese inversa à estabelecida no art. 9.º, vem fixada no art. 22.º, n.º 3. Esta disposição, conhecida por cláusula holandesa⁴⁶, prevê a possibilidade de um Estado-membro pedir à Comissão para aplicar o regulamento a uma concentração sem dimensão comunitária que crie ou reforce uma posição dominante, dando origem «a entraves significativos a

significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste» — cfr. «Concentrations entre entreprises et droit communautaire», *Revue du Marché Unique Européen*, 2, 1991, pág. 38. Ver, no entanto, aparentemente em sentido contrário, Jacques Bourgeois e Bernd Langeheine, «Jurisdictional issues: EEC merger regulation. Member state laws and articles 85-86», *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Capítulo 26, 1991, pág. 599.

⁴⁴ Christopher BRIGHT, «The European merger control regulation: Do member states still have an independent role in merger control?», *European Competition Law Review*, vol. 12, 1991, pág. 143.

⁴⁵ Segundo a Comissão, «esta alteração é justificada pelo facto de a Comissão poder proibir uma concentração apenas se esta criar ou reforçar uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum» — cfr. ponto 24, COM (96) cit.

⁴⁶ Visto ter sido introduzida a pedido nomeadamente da delegação holandesa.

uma concorrência efectiva no território do Estado-membro (...) na medida em que essa concentração afecte o comércio entre Estados-membros». Introduzido com o objectivo de evitar lacunas no controlo das concentrações, o interesse deste instrumento ficará progressivamente reduzido à medida que os Estados-membros adoptarem legislações nacionais, destinadas especificamente ao controlo dessas operações⁴⁷. Entretanto, trata-se de um mecanismo útil para os Estados-membros que não dispõem de um sistema de controlo das concentrações⁴⁸. Desta forma, com o objectivo de melhorar o funcionamento da cláusula, o Regulamento n.º 1310/97 estendeu a aplicação do art. 7.º aos casos em que, existindo um pedido nos termos do art. 22.º, n.º 3, a concentração não tenha sido realizada na data em que a Comissão informar as partes de que foi apresentado um pedido; e introduziu alterações no sentido de o pedido do art. 22.º, n.º 3, poder ser apresentado por vários Estados-membros «actuando em conjunto», quando os entraves à concorrência afectarem o território desses Estados, permitindo à Comissão apreciar a operação na sua globalidade.

V) Modificações a nível de gestão interna

O regulamento das concentrações entrou em vigor em 21 de Setembro de 1990, surgindo logo nos primeiros anos da sua aplicação aspec-

⁴⁷ Portugal adquiriu pela primeira vez um mecanismo destinado ao controlo das concentrações com o Decreto-Lei n.º 428/88, de 19 de Dezembro. O facto de este diploma se ter inspirado em várias propostas do regulamento comunitário das concentrações, cujas soluções nem sempre transitaram para o texto do Regulamento n.º 4064/89, levou ao aparecimento de soluções nacionais por vezes desajustadas das existentes a nível comunitário. Por outro lado, a necessidade de adaptação do diploma nacional à nova realidade interna e internacional, de forma a garantir um controlo eficaz das operações de concentração, conduziu à publicação, em 29 de Outubro de 1993, do Decreto-Lei n.º 371/93, que revoga, nomeadamente, o Decreto-Lei n.º 428/88. Para uma visão geral do tratamento das concentrações no novo diploma legal, cfr. Sofia Pais, *O controlo das concentrações de empresas no direito português. Decreto-Lei n.º 371/93 de 29/10*, Universidade Católica Editora, Porto, 1997.

⁴⁸ Este mecanismo já foi, de facto, utilizado algumas vezes. O primeiro pedido feito à Comissão para a aplicação desta cláusula foi o *caso British Airways/Dan Air* — decisão de 17 de Fevereiro de 1993, processo n.º IV/M27 — cfr. *EEC Merger Control Reporter*, pág. 1003. Neste caso o governo belga comunicou à Comissão a aquisição da empresa Dan Air pela British Airways, nos termos do art. 22.º do regulamento das concentrações, tendo a autoridade comunitária autorizado a operação mediante a aplicação conjugada dos arts. 22.º e 6.º, n.º 1, al. b).

tos que necessitavam de ser harmonizados e mesmo melhorados. A redacção dada a certas disposições do regulamento exigia esclarecimentos que a Comissão se foi esforçando por fornecer na sua prática decisória. Recordem-se, apenas a título de exemplo, as dúvidas suscitadas pela redacção do art. 6.º, n.º 1, al. b), que nada dispunha sobre a possibilidade de a decisão adoptada pela autoridade comunitária na primeira fase do processo poder ser acompanhada de condições e obrigações destinadas a garantir que as partes respeitavam os compromissos assumidos perante a Comissão, hipótese esta prevista expressamente para a segunda fase, nos termos do art. 8.º, n.º 2 do regulamento das concentrações. Apesar de esta questão não reunir o consenso da doutrina⁴⁹, a prática da Comissão foi no sentido de aceitar compromissos das partes na primeira fase do processo⁵⁰.

Com o Regulamento n.º 1310/97 foram, finalmente, introduzidos melhoramentos e esclarecimentos ao texto do regulamento de 1989, especialmente nos seguintes domínios:

- compromissos associados às operações de concentração — alterou-se o art. 6.º de forma a tornar claro que a Comissão pode aceitar e fazer observar os compromissos na primeira fase do processo (nova redacção do art. 10.º, n.º 1).

- restrições acessórias — é aditado um parágrafo ao art. 6.º, n.º 1, al. b), nos termos do qual a decisão que declara a concentração compatível abrange igualmente as restrições directamente relacionadas com e necessárias à realização da concentração;

- suspensão das concentrações — harmonização do período de suspensão com os prazos estabelecidos para a adopção de uma decisão final (nova redacção do art. 7.º, n.º 1);

- suspensão do prazo — as circunstâncias que justificam a suspensão do prazo são válidas quer os processos se encontrem na primeira quer na segunda fase (nova redacção do art. 10, n.º 4);

⁴⁹ Enquanto uns invocavam, entre outros argumentos, a analogia das situações previstas no art. 6.º, n.º 1, al. b), e no art. 8.º, n.º 2, do regulamento comunitário, para dar uma resposta positiva ao problema, outros contestavam a possibilidade de a Comissão impor condições com base no art. 6.º, n.º 1, al. b), dado o perigo de diminuição de garantias dos particulares. Para uma visão geral do problema cfr. Sofia Pais, *O controlo das concentrações de empresas no direito comunitário da concorrência*, pág. 434.

⁵⁰ Assim, por exemplo, na decisão *Air France/Sabena*, de 5 de Outubro de 1992, processo IV/M157, JO n.º C 272/5 de 21.10.92.

— regras de execução — são aditadas àreas em que a Comissão pode adoptar regras de execução (nova redacção do art. 23.º).

3. Conclusão

O Regulamento n.º 4064/89, adoptado em 1989, e destinado a entrar em vigor em 21 de Setembro de 1990, instituiu, pela primeira vez a nível comunitário, um instrumento destinado ao controlo das concentrações com efeitos transfronteiras significativos. Considerado, desde o início, merecedor de uma apreciação positiva, nem por isso se deixou de reconhecer a existência de lacunas e omissões no sistema existente. A necessidade de melhoramentos e esclarecimentos foi sendo progressivamente afirmada, contribuindo para o efeito essencialmente dois factores. Por um lado, surgiu uma nova realidade jurídica, política e económica à qual o regulamento precisava de se adaptar. O alargamento da União, o aparecimento de novos sistemas nacionais de controlo das concentrações, e a intensificação das concentrações com efeitos transfronteiras importantes aconselhavam, claramente, o ajustamento do texto comunitário, de forma a salvaguardar uma aplicação eficaz do regulamento. Por outro lado, revelou-se decisiva a experiência adquirida pela Comissão através da aplicação do regulamento. O esforço para superar as dúvidas suscitadas com a aplicação de certas disposições do regulamento levou a Comissão a publicar sucessivamente várias Comunicações, relativas à distinção entre empresas comuns com carácter de concentração e de cooperação, ao conceito de concentração de empresas, ao conceito de empresas em causa e ao cálculo de volume de negócios. Introduzidas com o objectivo de clarificar a interpretação de alguns conceitos utilizados no regulamento e melhorar a transparência jurídica das decisões adoptadas, a verdade é que nem sempre tais Comunicações contribuíram para a segurança jurídica das empresas envolvidas em operações de concentração. De facto, as empresas viam-se confrontadas com sucessivas declarações de intenção da Comissão desprovidas de força vinculativa, declarações essas que, por vezes, tendiam a afastar-se do estipulado no texto do regulamento de 1989. Desta forma, as alterações introduzidas pelo Regulamento n.º 1310/97 parecem-nos necessárias em ordem a uma maior eficácia e segurança no controlo comunitário das operações de concentração.