

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
CATÓLICA LISBON SCHOOL OF BUSINESS AND ECONOMICS



ANÁLISE COMPARATIVA DO
DIREITO DA CONCORRÊNCIA EUROPEU E DAS
REGRAS DE *ANTITRUST* NORTE-AMERICANAS
NA PERSPECTIVA DAS CONCENTRAÇÕES DE
EMPRESAS

Sara Isabel Boavida Reis

MESTRADO EM DIREITO E GESTÃO

ORIENTADOR: Professor Doutor João Confraria

31 DE OUTUBRO DE 2013



ÍNDICE

Índice.....	2
I – Introdução	3
II – Explicitação de Conceitos	5
1. Concentrações – conceito e diferenciação	5
2. Enquadramento Legislativo e Autoridades Executivas.....	7
2.1. União Europeia.....	7
2.2. Estados Unidos da América	11
III – Análise.....	15
1. Concentrações Horizontais.....	15
1.1. União Europeia.....	15
1.1. Estados Unidos da América	21
1.2. Conclusão Comparativa	22
2. Concentrações Não-Horizontais.....	24
2.1. União Europeia.....	25
2.2. Estados Unidos da América	30
2.3. Conclusão Comparativa	34
IV – Conclusão.....	36
V – Referências Bibliográficas	38
1. Legislação.....	38
2. Jurisprudência.....	38
3. Bibliografia.....	39



I – INTRODUÇÃO

No início do milénio afirmava KOFI ANNAN que havia já quem tivesse dito que *‘argumentar contra a globalização era como argumentar contra as leis da gravidade’*¹. Embora o âmbito inicial da afirmação fosse então diferente, esta mantém-se verdadeira em qualquer contexto: a globalização é uma realidade inegável e que influencia os mais diversos campos da actividade humana.

A rápida integração económica, em concreto, é um fenómeno presenciado diariamente e que, pela sua importância, tem vindo a alertar as autoridades de Direito da Concorrência de diferentes ordenamentos jurídicos para a necessidade de cooperação entre si para a obtenção de uma política de concorrência global e coerente². Esta convergência de regras é a forma de o Direito da Concorrência se adaptar ao passo acelerado da evolução económica. Esta adaptação deve, no entanto, ser feita com os devidos cuidados, devendo o legislador procurar que o controlo por si exercido consiga equilibrar os objectivos que norteiam o Direito da Concorrência com a liberdade de iniciativa económica e empresarial dos agentes³.

Em matéria de controlo de concentrações (fenómeno que tem vindo a crescer, especialmente desde 2007⁴, sendo muitas vezes uma forma de sobrevivência e até de crescimento de algumas empresas) é notória a disparidade das regras aplicáveis pelas autoridades da União Europeia (UE) e dos Estados Unidos da América (EUA) responsáveis pela Concorrência.

Tomando em consideração o acima exposto relativamente ao dinamismo dos mercados e à necessidade de convergência das regras existentes para a construção de um Direito da Concorrência global e dado que o Direito da Concorrência tem uma importância muitas vezes fundamental na concretização (ou não) das concentrações, pretendemos no âmbito deste estudo analisar de que forma divergem as abordagens levadas a cabo até agora pelas leis da Concorrência da UE e pelas *antitrust laws* dos EUA, procurando também compreender os

¹ Disponível em: <http://www.un.org/dpi/ngosection/annualconfs/53/sg-address.html>, tradução nossa.

² Neste sentido, GIFFORD, Daniel J. e KURDLE, Robert T., *‘Rhetoric and Reality in the Merger Standards of the United States, Canada, and the European Union’*, *Antitrust Law Journal* – Vol. 72, Issue 2, American Bar Association (2005), pg. 424.

³ BRICE, Miriam. *‘Revisão do regime comunitário de controlo de concentrações e evolução dos modelos de avaliação jusconcorrencial de concentrações’*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Comunitárias – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2007), pg. 6.

⁴ Disponível em: http://dealbook.nytimes.com/2011/01/03/confident-deal-makers-pulled-out-checkbooks-in-2010/?_r=0



pontos onde existe convergência, por forma a concluir se o conceito de Direito da Concorrência global se tornará uma realidade num futuro próximo ou se, pelo contrário, existe ainda muito trabalho e cooperação pela frente.

Assim, iremos proceder inicialmente a uma explicitação dos conceitos utilizados no âmbito do Direito da Concorrência em ambos os ordenamentos jurídicos, passando à apresentação dos instrumentos reguladores que fixam as regras aplicáveis e das autoridades que exercem a aplicação do Direito da Concorrência nestas diferentes ordens jurídicas. Tendo em conta a vertente prática desta área do Direito e a importância do *case law* em ambas as instâncias, faremos ainda menção a casos decididos pelas autoridades competentes que demonstram significativamente a evolução histórica e a direcção que está a ser tomada por estas.



II – EXPLICITAÇÃO DE CONCEITOS

1. CONCENTRAÇÕES – CONCEITO E DIFERENCIAÇÃO

O conceito de concentração no âmbito do Direito da Concorrência Europeu vem explicitado no art. 3.º do Regulamento 139/2004⁵ (Regulamento das Concentrações). O seu n.º 1 expõe:

‘1. Realiza-se uma operação de concentração quando uma mudança de controlo duradoura resulta da:

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

b) Aquisição por uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa, ou por uma ou mais empresas por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou por qualquer outro meio, do controlo directo ou indirecto do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.’

Assim, e de acordo com o Considerando 23 do Regulamento, este conceito de concentração deverá *‘abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura no controlo das empresas em causa e, por conseguinte, na estrutura do mercado’*.

No âmbito da diferenciação de tipos de concentração e numa tentativa de aprofundar esta noção, é necessário nesta sede referirmo-nos aos conceitos de concentrações horizontais, conglomeradas e verticais, que são conceptualizados da mesma forma em ambos os ordenamentos jurídicos aqui em causa.

Assim, o conceito de concentração horizontal é o mais claro e usual no âmbito da Concorrência. Este tipo de concentração refere-se a duas ou mais empresas que se encontram em concorrência directa, levando a cabo a sua actividade no mesmo mercado e no mesmo nível de produção ou distribuição. Uma concentração horizontal leva a uma alteração imediata do nível de concorrência de determinado mercado.

Por sua vez, as concentrações verticais são relativas a empresas que se encontram no mesmo mercado, mas em níveis diferentes de produção ou distribuição.

⁵ Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (“Regulamento das concentrações comunitárias”), J.O. n.º L 24 de 29.1.2004.



Por último, as concentrações de conglomerado (ou conglomeradas) são concentrações entre empresas que não se encontram numa situação de relação horizontal nem vertical, actuando antes em mercados diferentes.

Nestes dois últimos casos, as alterações que podem vir a ocorrer no mercado não são tão imediatas, uma vez que não há, desde logo, uma alteração na concentração do mercado relevante. Isto não significa, no entanto, que não levantem problemas ao nível da concorrência.

Nota SOFIA OLIVEIRA PAIS⁶ que o Regulamento das Concentrações não faz qualquer menção relativamente à sua aplicação a concentrações conglomeradas ou verticais, explicando, no entanto, que ‘o comissário Leon Brittan afirmou publicamente que o aplicaria a tais situações – cfr. Leon Brittan apud Hawk, Barry, *The EEC merger regulation: the first step toward one-stop merger control*, ALJ, vol. 59, n.º 1, 1990, pág. 207⁷. O Regulamento 139/2004 não as exclui, fazendo referência no seu artigo 2.º a ‘todas as concentrações’ pelo que consideramos que estão incluídas no seu âmbito. Para mais, em 2008, foram emitidas as Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas⁸, o que confirma esta interpretação. Parece-nos, porém, que é necessário um maior detalhe quanto a esta aplicação, pois que este tipo de concentrações carece do tratamento atento e detalhado dado às concentrações horizontais.

Assim, a regulação das concentrações horizontais tem sido mais desenvolvida (devido às circunstâncias práticas e à necessidade do julgador) do que as restantes. Em 2004, foram emitidas pela União Europeia as Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas⁹, o que, no caso das concentrações verticais e conglomeradas, só veio a acontecer no ano 2008, conforme referimos acima, e no mesmo documento: Orientações para a apreciação das concentrações não-horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo

⁶ PAIS, Sofia Oliveira. *O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina (1996).

⁷ apud PAIS, Sofia Oliveira. *op. cit.*, Nota 218, pg. 234.

⁸ Orientações para a apreciação das concentrações não-horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO C 265 de 18.10.2008. (‘Orientações não horizontais’)

⁹ Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, J.O. 31 de 5.2.2004. (‘Orientações...’)



das concentrações de empresas¹⁰.

Por sua vez, também do outro lado do Atlântico existem ‘*Horizontal Merger Guidelines*’, desta feita emitidas pelo *US Department of Justice* e pela *Federal Trade Commission*, encontrando-se estas também mais profundamente analisadas do que as concentrações verticais ou conglomeradas. As razões para tal serão expostas mais adiante.

A análise destas Orientações e *Guidelines* no âmbito de cada tipo de concentração será feita em sede própria, levando a cabo uma comparação das normas e casos relevantes e influenciadores das decisões das Autoridades na União Europeia e nos Estados Unidos.

2. ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO E AUTORIDADES EXECUTIVAS

2.1. UNIÃO EUROPEIA

Até à data da introdução do Regulamento (CEE) n.º 4064/1989, de 21 de Dezembro, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas¹¹, que entrou em vigor a 21 de Setembro de 1990, a União Europeia (Comunidade Económica Europeia, na altura) não tinha um sistema de controlo de concentrações propriamente dito em vigor. Assim, o controlo de concentrações era feito *a posteriori*, nesta altura, recorrendo aos actuais artigos 101.º e 102.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia. Estes artigos, porém, não incluem expressamente as concentrações no seu âmbito. Ainda assim, é possível interpretar a letra da lei por forma a que as concentrações sejam abrangidas pelo seu texto legal. Assim, o texto ‘(...) *associações de empresas (...) susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros*’ e ainda ‘(...) *uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno (...)*’ foi, durante muitos anos, o enquadramento legal onde as concentrações podiam ser reconduzidas no tocante ao Direito da Concorrência. Por tal, nesta época, foi este o procedimento levado a cabo pelos aplicadores da lei. São disso exemplos os casos *Continental Can*¹² e *Philip Morris*¹³, entre outros.

¹⁰ Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, J.O. 265 de 18.10.2008.

¹¹ Regulamento (CEE) n.º 4064/1989 do Conselho, de 21 de Dezembro, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, J.O. n.º L 395, de 30.12.1989, pg. 1-12, com rectificação, texto integral publicado no J.O. n.º L 257, de 21.09.1990, pg.13, posteriormente alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho, de 30 de Junho, que altera o Regulamento (CEE) n.º 4064/1989 do Conselho, de 21 de Dezembro, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, J.O. n.º 180, de 09.07.1997, pg. 1-6.

¹² *Europemballage Corporation e Continental Can Company inc. vs. Comissão Europeia* [1973].



No caso *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. vs. Comissão Europeia* a Comissão concluiu que a aquisição de uma empresa rival por uma empresa que gozava de posição dominante no Mercado Comum (ainda que através de uma filial, como era o caso da *Europemballage Corporation*) poderia constituir uma exploração abusiva da sua posição, em violação do artigo 102.º. Embora o Tribunal Europeu de Justiça tenha, na altura, anulado a decisão da Comissão relativamente ao caso em questão, concordou com esta interpretação do artigo 102.º. Para mais, o Tribunal acrescentou ainda que há ilegalidade quando uma empresa dominante aumenta a sua posição, ainda que não utilize o seu poder de mercado para tal.

Já no caso *Philip Morris*, a aplicação do Artigo 101.º foi posta em causa pelo facto de a empresa *Philip Morris* pretender adquirir uma participação minoritária no capital de uma empresa concorrente, a *Rothmans Tobacco (Holding) Limited*. Assim, embora a participação minoritária adquirida não levasse directamente ao controlo, o TJCE considerou ‘expressamente [...] que a aquisição por uma empresa de uma participação minoritária no capital social de outra empresa poderia configurar uma coligação incompatível com o artigo 101.º’¹⁴, pois que esta aquisição poderia ‘servir como instrumento para influenciar o comportamento das empresas em causa, restringindo a concorrência no mercado em que operam’¹⁵.

O acima mencionado Regulamento 4064/1989 foi entretanto substituído pelo novo Regulamento Comunitário de controlo de operações de concentração de empresas, aplicável actualmente, o Regulamento (CE) 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro, que entrou em vigor a 1 de Maio de 2004¹⁶. Este novo regulamento pretendeu a reformulação das anteriores normas por forma a que a União Europeia conseguisse responder, mais facilmente, ‘(...) aos desafios de um mercado mais integrado e de um futuro alargamento da União Europeia.’¹⁷.

¹³ *British-American Tobacco Company Ltd e R. J. Reynolds Industries Inc. vs. Comissão Europeia* (Philip Morris) [1987].

¹⁴ Assim claro nas palavras de GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. ‘A Aquisição de Empresas no Direito da Concorrência’, in ‘Aquisição de Empresas’, Coimbra Editora, 1.ª Edição (2011), pg. 276.

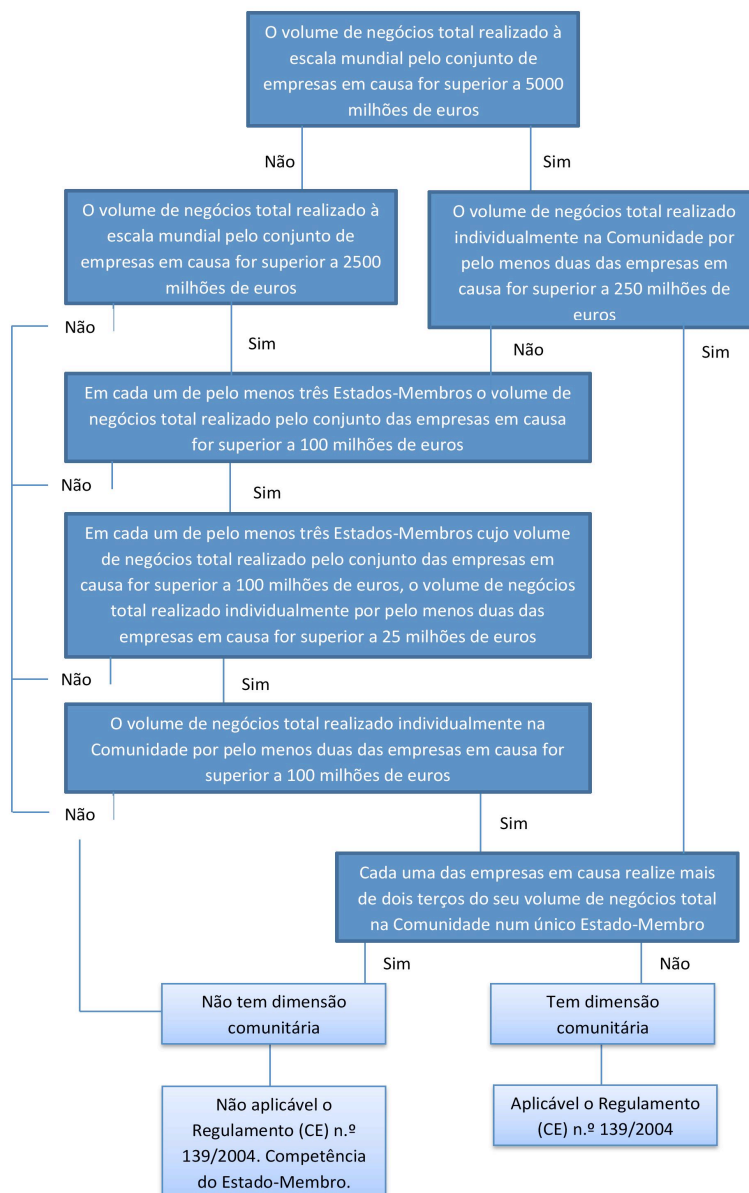
¹⁵ BRICE, Miriam. op. cit., pg. 21.

¹⁶ Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (“Regulamento das concentrações comunitárias”), J.O. n.º L 24 de 29.1.2004, pg. 1-22.

¹⁷ Considerando (6) do Regulamento 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004.



No âmbito deste diploma, serão submetidas ao escrutínio e controlo por parte da Comissão Europeia¹⁸, enquanto órgão executivo da União Europeia com competência exclusiva para a aplicação do referido Regulamento, as concentrações que tenham ‘*dimensão comunitária*’, conforme a definição presente no Artigo 1.º do Regulamento e que passamos a condensar no quadro abaixo¹⁹:



Quadro 1. – Definição do conceito ‘*dimensão comunitária*’ e conseqüente aplicação ou não do Regulamento (CE) n.º 139/2004

¹⁸ Considerando (17) do Regulamento 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, que acrescenta também que a actuação da Comissão está submetida ao controlo do Tribunal de Justiça.

¹⁹ Quadro baseado na figura apresentada em BROBERG, Morten P. *The European Commission’s Jurisdiction to Scrutinize Mergers*, Kluwer Law International (1998), pg. 11.



Conforme se retira do Quadro 1., não tendo a concentração em causa a requerida ‘*dimensão comunitária*’, será então da competência dos Estados-Membros o controlo de tais concentrações, de acordo com o sistema de ‘balcão único’ e com o princípio da subsidiariedade²⁰.

Nos termos do artigo 2.º, n.º 3, deverão ser declaradas como ‘*incompatíveis com o mercado comum as concentrações que entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante*’ – a apreciação por parte da Comissão visa então ‘*estabelecer se [as concentrações abrangidas pelo Regulamento] são ou não compatíveis com o mercado comum*’²¹, indo de encontro aos objectivos de uma concorrência efectiva, livre, dinâmica e não falseada, que contribua para ‘*aumentar a competitividade da indústria europeia, para melhorar as condições do crescimento e para elevar o nível de vida na Comunidade*’²².

Como base e razão para o controlo das concentrações no âmbito da concorrência, a Comissão aponta a garantia da concorrência efectiva que se traduz, primordialmente, ‘*em benefícios para os consumidores, tais como preços reduzidos, produtos de elevada qualidade, uma vasta escolha de bens e serviços e inovação*’.²³ Porém, e conforme notam os autores norte-americanos DANIEL J. GIFFORD e ROBERT T. KUDRLE²⁴, o objectivo inicial das normas de concorrência presentes no Tratado de Roma era a unificação da Europa, factor que deve ser tido em conta aquando da análise das acções da Comissão e do Tribunal de Justiça, para sua devida compreensão. Numa crítica à União Europeia, estes autores afirmam que as políticas concorrenciais da UE, embora estatuem como objectivo os benefícios para o consumidor, não o fazem na prática²⁵, promovendo antes a rivalidade empresarial²⁶. A isto acresce o facto de o Direito da Concorrência Europeu incorporar em si uma série de valores distributivos que

²⁰ Considerando (8) do Regulamento 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004.

²¹ Parágrafo 1. das ‘*Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas*’, J.O. n.º C 31, de 5.2.2004, pg. 5.

²² Considerando (4) do Regulamento 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004.

²³ Parágrafo 8. das ‘*Orientações...*’, pg. 5.

²⁴ GIFFORD, Daniel J. e KUDRLE, Robert T. *op. cit.*, pg. 425.

²⁵ *Idem*, pg. 433.

²⁶ *Ibidem*, pg 424.



acabam por, não raras vezes, se sobrepor à maximização dos benefícios imediatos para o consumidor²⁷.

Em termos práticos e processuais, a apreciação das concentrações de dimensão comunitária pela Comissão tem início por via de uma notificação prévia à realização da concentração por parte das empresas envolvidas aquando da conclusão do acordo, do anúncio de oferta pública de aquisição ou da aquisição de uma participação de controlo.

Pode também ser notificada à Comissão a intenção de determinadas empresas estabelecerem entre si um acordo com vista a concentração, desde que o plano para a concentração proposta seja suficientemente concreto²⁸. Conforme dispõe o artigo. 7.º, n.º 1 *‘uma concentração de dimensão comunitária (...) não pode ter lugar nem antes de ser notificada nem antes de ter sido declarada compatível com o mercado comum por uma decisão tomada’* pela Comissão.

Abaixo iremos aprofundar a forma de utilização destas regras, bem como explicar quais os passos tomados em sede de apreciação de uma concentração no âmbito do Direito da Concorrência.

2.2. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Data de 1950 a redacção da versão actual da Secção 7 do *Clayton Act*, peça legislativa que se ocupa da questão das concentrações no âmbito do Direito da Concorrência norte-americano, que declara:

*‘No person (...) shall acquire (...) the whole or any part of the stock or (...) the whole or any part of the assets of another person (...) where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.’*²⁹

É desde logo óbvia a diferença existente entre as regras de ambos os ordenamentos jurídicos

²⁷ GIFFORD, Daniel J. e KUDRLE, Robert T. *op. cit.*, pg. 424

²⁸ Artigo 4.º, n.º1 e Considerando (34) do Regulamento 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004.

²⁹ Nossa tradução livre: ‘Ninguém poderá adquirir o todo ou parte das acções ou o todo ou parte dos bens de outra pessoa onde em qualquer linha de comércio ou actividade que afecte o comércio em qualquer secção do país, o efeito de tal aquisição seja o de diminuir substancialmente a concorrência, ou tender à criação de um monopólio.’



em termos de letra da lei, tendo o direito norte-americano optado por uma cláusula geral abrangente deverá ser interpretada pelo decisor e moldada caso a caso. Esta interpretação, como é sabido, baseia-se e é limitada também pela doutrina do precedente, ou seja, o subsequente peso que os casos decididos anteriormente e as regras e testes que deles se retiram têm nas decisões presentes.

Assim, nos termos da Secção 7 do *Clayton Act*, serão proibidas as concentrações que tenham como efeito o decréscimo da concorrência ou tendam a criar um monopólio. Esta regra não explana desde logo o que levará a esta diminuição da concorrência ou à criação de um monopólio, estando os elementos que conduzem a esta conclusão plasmados na jurisprudência e também em ‘*Guidelines*’ emitidas pelas autoridades responsáveis (sobre as quais nos iremos debruçar mais abaixo).

Em termos de princípios regentes que norteiam a tomada de decisões, a preocupação norte-americana passa, essencialmente, pela condução das regras de *antitrust* ao objectivo da maximização do excedente do consumidor/benefício para o consumidor, ou seja, o excesso de valor que os consumidores obtêm em relação ao preço que pagam. É essa a mais marcada direcção tomada pela *case law* dos EUA, embora seja muitas vezes referida como sendo a base para a obtenção de eficiências³⁰. Este objectivo a que almejam as autoridades executivas poderá ser reconduzido à ideia de que uma concentração não deverá ser aceite a menos que traga benefícios para o consumidor ou, pelo menos, não ponha em causa a sua posição, trazendo para o mercado o perigo de piorar a situação do consumidor, através da utilização do poder de mercado para proceder ao aumento dos preços.

Conforme referimos acima, também neste ordenamento jurídico foram emitidas ‘*Guidelines*’ para o controlo de concentrações horizontais, embora tal não signifique que o vazio legislativo relativamente às concentrações verticais e conglomeradas seja similar ao da União Europeia, desde logo pelo já referido peso das decisões anteriores, que iremos discutir com maior profundidade em local apropriado.

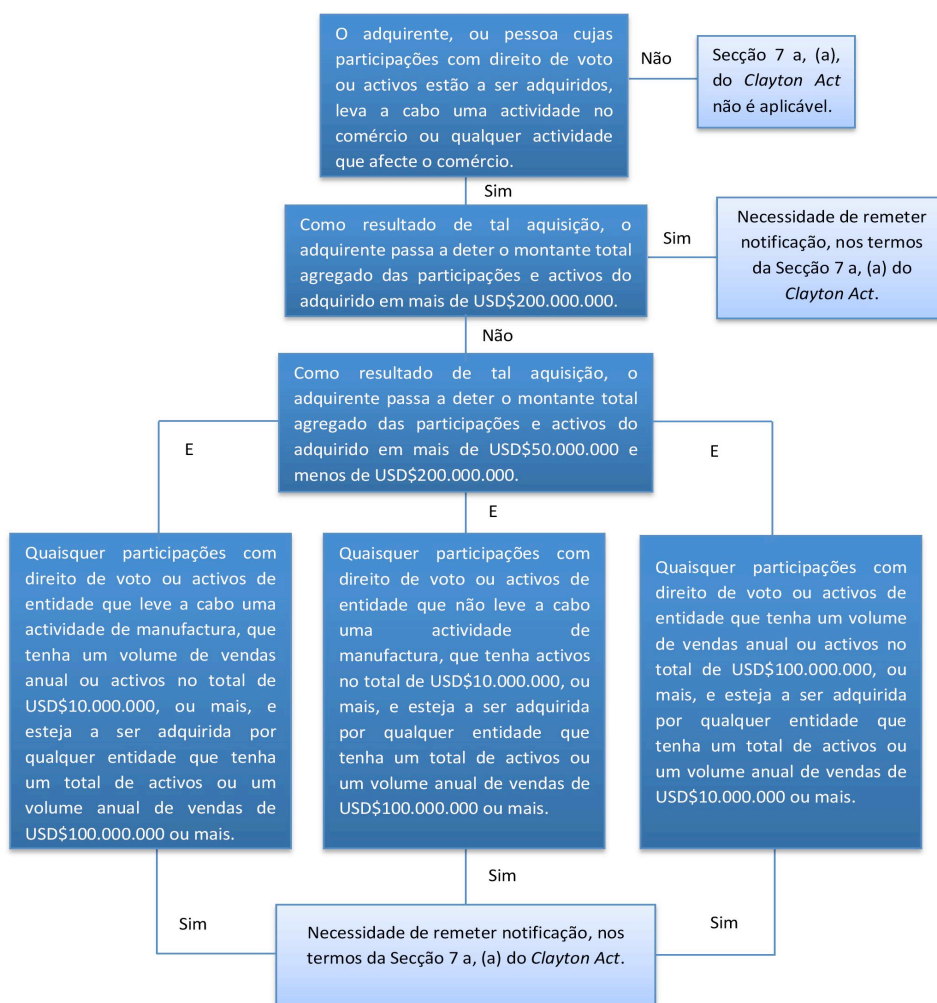
Ao contrário da realidade vivida na União Europeia, nos Estado Unidos o controlo das concentrações pode ser levado a cabo por diversas entidades: **a)** *Antitrust Division of the Department of Justice (DoJ)*, que pode apresentar aos Tribunais Federais acções (civis ou criminais) contra empresas ou indivíduos; **b)** *Federal Trade Commission (FTC)*, que tem

³⁰ Assim, GIFFORD, Daniel J. e KUDRLE, Robert T. *op. cit.*, pg. 424.



competência concorrente em matéria de acções civis; **c)** *State Attorney Generals*, que têm o poder para a execução das normas da concorrência ao nível estatal; e **d)** Entidades privadas, que podem apresentar acções em tribunal caso acreditem terem sido prejudicadas por acções que violaram normas do Direito da Concorrência norte-americano.

Em termos processuais, existe também a necessidade de notificar as autoridades, de acordo com os trâmites previstos na Secção 7a do *Clayton Act*. Assim, previamente à concentração é necessário que as empresas envolvidas submetam ao escrutínio das autoridades por via de notificação os termos em que pretendem levar a cabo tal concentração. Esta obrigação de notificação existe quando:



Quadro 2. – Obrigação de notificação nos termos da Secção 7a, (a) do Clayton Act.

Após esta notificação, haverá um período de espera durante o qual as partes não poderão fechar o negócio de concentração, que terá início quando a notificação das partes envolvidas



for recebida pela *Federal Trade Commission* e pela *Antitrust Division of the Department of Justice*. Depois de recebida a notificação, as autoridades acima terão 30 dias para se pronunciarem, podendo o período de espera ser menor se a *FTC* e o *DoJ* concordarem que a aquisição poderá proceder e que não pretendem, dentro dos 30 dias que existem para o efeito, dar início a qualquer procedimento ou acção. Este prazo poderá ser alargado caso as entidades responsáveis pela fiscalização da aquisição entenderem que necessitam de mais informação e, por tal, requererem a entrega por parte das empresas envolvidas de documentação relevante para a aquisição proposta. Este alargamento poderá ser apenas de 30 dias após a recepção de tal documentação ou de declaração que justifique uma eventual não entrega.



III – ANÁLISE

1. CONCENTRAÇÕES HORIZONTAIS

1.1. UNIÃO EUROPEIA

Como apontámos acima, o desenvolvimento da forma como são analisadas as concentrações horizontais em sede do Direito da Concorrência Europeu tem tido primazia nas preocupações do legislador comunitário. Isto fica a dever-se, essencialmente, ao facto de as concentrações horizontais ocorrerem com maior frequência, mas também porque são o tipo de concentrações que mais claramente e com maior facilidade trazem preocupações na manutenção da livre concorrência nos mercados relevantes.

Assim, para proceder à análise das concentrações horizontais no âmbito do Direito da Concorrência da União Europeia vamos nesta sede fazer-nos valer dos materiais disponibilizados pela Comissão Europeia, por forma a traçar o caminho percorrido por este aquando da apreciação de concentrações em Direito da Concorrência.

Em primeiro lugar, e conforme já referimos, para que a Comissão se debruce sobre determinada concentração, é necessário que esta tenha *dimensão comunitária* nos termos do art. 1.º do Regulamento das Concentrações³¹.

Se assim for, então a Comissão passará à sua apreciação por forma a estabelecer se a concentração em causa é ou não compatível com o mercado comum, nos termos do art. 2.º do mesmo Regulamento que expõe que:

‘Nessa apreciação, a Comissão deve ter em conta:

- a) A necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efectiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade;*
- b) A posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder económico e financeiro, as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores,*

³¹ Melhor explanado em II.2.2.1., *supra*.



o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento, a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão, os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência.

2. Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as concentrações que não entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.

3. Devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as concentrações que entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.

4. Na medida em que a criação de uma empresa comum que constitua uma 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 deve ser apreciada segundo os critérios previstos nos n.os 1 e 3 do artigo 81.º do Tratado, a fim de determinar se a operação é ou não compatível com o mercado comum.

5. Nessa apreciação, a Comissão deve ter em conta designadamente:

- a presença significativa e simultânea de duas ou mais empresas fundadoras no mesmo mercado da empresa comum, num mercado situado a montante ou a jusante desse mercado ou num mercado vizinho estreitamente ligado a esse mercado,*
- a possibilidade de as empresas em causa, em virtude da coordenação directamente resultante da criação da empresa comum, eliminarem a concorrência em relação a uma parte significativa dos produtos ou serviços em causa.³²*

Este articulado é mais detalhado nas já referidas Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das

³² Cfr. Regulamento 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004.



concentrações de empresas que visam dar a conhecer o processo da Comissão na análise das concentrações por forma a concluir se desta *‘resultam entraves significativos à concorrência efectiva, em especial através da criação ou reforço de uma posição dominante, no mercado comum ou numa parte substancial deste.’*³³

Por forma a aferir se a concorrência efectiva é afectada ou se determinada concentração leva à criação ou reforço de uma posição dominante, a Comissão procede, isto posto de forma simplificada, a uma comparação das *‘condições de concorrência resultantes da concentração notificada com as condições que se verificariam se a concentração não fosse realizada’*³⁴. Não raras vezes, porém, a Comissão não se fica apenas por aqui, podendo *‘tomar em consideração futuras alterações do mercado que possam ser previstas de forma razoável.’*³⁵

A análise da Comissão Europeia passará então, essencialmente, por duas fases: a definição dos mercados relevantes (do produto e geográfico) e a apreciação da concentração em termos de concorrência.

No que toca à definição dos mercados relevantes, a Comissão emitiu uma comunicação datada de 1997 relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência³⁶. Esta definição pretende delimitar o campo em que a hipotética empresa fruto da concentração se moverá e definir quais os seus concorrentes imediatos, para que se possa então proceder à apreciação da concentração em termos de concorrência.

Nas *‘Orientações...’*, a Comissão esclarece ainda que para *‘apreciar o impacto previsível de uma concentração nos mercados relevantes, (...) analisa os seus possíveis efeitos anticoncorrenciais e os factores de compensação relevantes (...)’*³⁷. Assim, a Comissão junta, inicialmente, informação relativamente à quota de mercado e de concentração global do mercado e aos efeitos anticoncorrenciais da potencial concentração de empresas, sopesando-os, seguidamente, contra os factores de compensação, se estes existirem.

Assim, estando os mercados relevantes devidamente definidos, a Comissão irá então procurar definir os níveis de quotas de mercado e de concentração por forma a conseguir ter uma visão

³³ Parágrafo 1. das *‘Orientações...’*, pg. 6.

³⁴ Parágrafo 9. *idem*.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, JO C 372 de 9.12.1997, pg. 5.

³⁷ Parágrafo 12., *idem*.



mais clara da estrutura do mercado e do impacto da concentração das empresas na concentração do mercado.

Assim, no tocante a quotas de mercado, informa-nos a comunicação da Comissão, tendo por base a jurisprudência, que uma quota de mercado igual ou acima de 50% pode, por si só, ‘constituir um elemento de prova das existências de uma posição dominante’. Ainda assim, é necessário ter em conta que isto não é linear, uma vez que os restantes concorrentes podem ter ‘força de pressão suficiente’ para retirar ou não permitir a prevalência desta posição dominante. Da mesma forma, numa situação em que a quota de mercado é inferior a 50%, pode ainda haver preocupações concorrenciais. Como tal, a Comissão estabeleceu que ‘as concentrações que levam a quotas de mercado situadas entre 40% e 50% e, nalguns casos, inferiores a 40%, conduzem à criação ou reforço de uma posição dominante’. Por outro lado, se a quota de mercado não ultrapassar os 25%, presume-se então que estas concentrações são compatíveis com o mercado comum e não são uma ameaça à livre concorrência.

Quanto aos níveis de concentração do mercado, estes são medidos através da soma das quotas de mercado, ao quadrado, de cada empresa nesse mesmo mercado – este cálculo dá pelo nome de Índice de Herfindahl-Hirschman (ou IHH). Nestes termos, raramente será submetida ao escrutínio da Comissão uma concentração que se insira num mercado que, num cenário pós-concentração, tenha um IHH inferior a 1000. Pouco provável é também que surjam preocupações numa concentração com um IHH no mercado pós-concentração entre 1000 e 2000, com um delta inferior a 250, ou superior a 2000 com um delta inferior a 150. No entanto, a Comissão enumera uma série de ‘circunstâncias especiais’ que podem levantar preocupações ainda que dentro dos acima mencionados valores de IHH. Assim, estando presentes os factores abaixo, não será tão linear o afastamento das preocupações por parte da Comissão:

- a) Uma concentração que envolva um concorrente potencial que entre no mercado ou um concorrente recente com uma quota de mercado reduzida;*
- b) Uma ou mais das partes na concentração são inovadores importantes e este facto não está reflectido nas quotas de mercado;*
- c) Existência de participações cruzadas significativas entre os participantes no mercado;*
- d) Uma das empresas na concentração é uma empresa ‘dissidente’, existindo grandes*



probabilidades de perturbar o comportamento coordenado;

e) Indícios de existência de coordenação passada ou presente ou de práticas que a facilitam;

*f) Uma das partes na concentração possui uma quota de mercado anterior à concentração igual ou superior a 50 %.*³⁸

Para mais, acrescenta ainda a Comissão que estes níveis de IHH podem servir de ‘*indicador inicial da ausência de preocupações*’, não permitindo, no entanto, ‘*presumir nem a existência nem a ausência de tais preocupações*’.³⁹

Como tal, é necessário ainda analisar com detalhe os possíveis efeitos anticoncorrenciais que podem ser levantados por determinada concentração, por forma a aferir se haverá lugar à criação ou reforço da temida posição dominante. De referir que, em termos de apreciação global do impacto de uma concentração, nem todos os elementos terão sempre o mesmo peso ou serão analisados com o mesmo nível de detalhe, variando conforme as características da concentração.

Os acima mencionados efeitos anticoncorrenciais podem levar a obstruções significativas à concorrência efectiva e podem ser agrupados da seguinte forma:

*a) Por um lado, os efeitos não coordenados, que se caracterizam por eliminarem ‘pressões concorrenciais importantes sobre uma ou mais empresas que, conseqüentemente, beneficiarão de um aumento do poder de mercado, sem recorrer a um comportamento coordenado’*⁴⁰. Se determinada concentração gerar estes efeitos não coordenados e, portanto, gerar entraves significativos à concorrência efectiva, diz-nos o Considerando 25 do Regulamento das Concentrações que deve ser declarada como incompatível com o mercado comum. A Comissão considera como efeitos não coordenados⁴¹ os seguintes⁴²: *i) a detenção de elevadas quotas de mercado pelas empresas na concentração; ii) a proximidade concorrencial das empresas que participam na concentração; iii) a fraca possibilidade dos*

³⁸ Parágrafo 20. das ‘*Orientações...*’, pg. 7.

³⁹ Parágrafo 21. *idem*.

⁴⁰ Parágrafo 22. a) *idem*.

⁴¹ Sobre os quais se alonga desde o Parágrafo 27 ao 38 das ‘*Orientações...*’, pgs. 8 a 9, para os quais remetemos para mais detalhe relativamente a esta matéria.

⁴² Embora ressalve que esta lista ‘*não deve ser considerada exaustiva*’, no Parágrafo 26. das ‘*Orientações...*’, pg. 8.



clientes mudarem de fornecedor; iv) a fraca probabilidade de os restantes concorrentes aumentarem a oferta se houver aumento de preço; v) a possibilidade de a entidade pós-concentração impedir a expansão dos concorrentes; e vi) a concentração eliminar uma importante força concorrencial.

b) Por outro lado, os efeitos coordenados, que podem surgir no âmbito de uma concentração por via da alteração da natureza da concorrência num determinado mercado e que levam a que *‘empresas que anteriormente não coordenavam o seu comportamento [sejam] agora muito mais susceptíveis de o coordenar e de aumentar os preços ou de prejudicar de qualquer outra forma a concorrência efectiva.’* Pode acontecer ainda que a nova dinâmica do mercado torne a *‘coordenação mais fácil, mais estável ou mais efectiva para as empresas que já coordenavam o seu comportamento antes da concentração’*⁴³. A título de exemplo, a Comissão aponta, no Parágrafo 40., tipos de coordenação que poderão ter lugar: i) manutenção dos preços acima do nível concorrencial; ii) limitação da produção ou do volume da nova capacidade introduzida no mercado; e iii) repartição do mercado (por área geográfica, características dos clientes, etc.).

A análise da Comissão, porém, não se foca apenas nos efeitos negativos da concentração. Assim, a Comissão procura também efeitos positivos que a concentração possa ter no mercado. Só depois de comparar os efeitos anticoncorrenciais contra estes factores de compensação poderá a Comissão determinar se a concentração em causa terá, ou não, efeitos negativos na concorrência. A Comissão aponta como factores de compensação o poder de compensação dos compradores⁴⁴, a facilidade de entrada de outros concorrentes no mercado⁴⁵ e os ganhos de eficiência conseguidos pela empresa pós-concentração. Por último, há ainda um argumento, utilizado excepcionalmente, que serve como factor de compensação porque diminui os problemas que uma eventual concentração poderia trazer ao mercado a nível de concorrência – é o argumento da empresa insolvente⁴⁶.

⁴³ Parágrafo 22. b) das *‘Orientações...’*, pg. 7.

⁴⁴ Isto é, *‘o poder de negociação do comprador face ao vendedor, no âmbito das negociações comerciais, devido à sua dimensão, à sua importância comercial para o vendedor e à sua capacidade de mudar para fornecedores alternativos’*. Parágrafo 64. das *‘Orientações...’*, pg.12.

⁴⁵ Para que seja tida como factor compensatório, é necessário demonstrar que a *‘entra é provável, será realizada em tempo útil e será suficiente para evitar ou anular os eventuais efeitos anticoncorrenciais da concentração’*. Parágrafo 68. das *‘Orientações...’*, pg. 12.

⁴⁶ Para que este argumento possa ser utilizado é necessário que estejam preenchidos três critérios: *‘Em primeiro lugar, a empresa alegadamente insolvente seria num futuro próximo excluída do mercado devido a dificuldades financeiras, se não fosse adquirida por outra empresa. Em segundo lugar, não existe qualquer aquisição*



Tudo isto fará parte do processo levado a cabo pela Comissão durante a apreciação de uma concentração que lhe tenha sido notificada, sendo que a *‘abordagem descrita na comunicação [será aplicada] aos factos e circunstâncias específicos de cada caso.’*⁴⁷

1.1. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Conforme acima referimos, a norma essencial a ter em conta no âmbito do direito da concorrência norte-americano é a Secção 7 do *Clayton Act*. Assim, e nos termos do texto em apreço, para que haja violação do direito da concorrência e esta seja posta em causa, é exigido que exista uma diminuição da concorrência ou que a criação de um monopólio esteja eminente. Nestes termos, e para clarificar se se está perante uma diminuição de concorrência ou a criação de um monopólio, é necessário proceder a uma análise faseada, composta de diversos passos que se baseiam largamente em presunções quantitativas (quota de mercado e concentração)⁴⁸.

Inicialmente, é necessário definir o mercado relevante, bem como as quotas de mercado dos agentes que nele se movem e a concentração do mesmo. Desta forma, será possível mais facilmente proceder à conclusão de legalidade de determinada concentração.

Para definir a concentração do mercado, o direito da concorrência norte-americano recorre também ao IHH que permite chegar a uma presunção de legalidade ou ilegalidade, conforme os resultados obtidos. Assim, se o IHH se encontrar abaixo de 1500, então o mercado é desconcentrado e há uma forte presunção de legalidade quanto à concentração em causa; por outro lado, se o IHH for superior a 2500, o mercado deve ser considerado altamente concentrado e, como tal, há uma forte presunção de ilegalidade quanto à concentração requerida; entre os 1500 e os 2500, o mercado é considerado moderadamente concentrado e é necessário que os passos posteriores sejam mais explícitos quanto à legalidade ou ilegalidade da concentração.

Posteriormente, é necessário fazer de novo o mesmo cálculo, desta feita num hipotético cenário pós-concentração. Ora, se o aumento do IHH for substancial (acima de 100 num mercado moderadamente concentrado e entre 100 e 200 num mercado altamente concentrado

alternativa que provoque menos distorções da concorrência do que a concentração notificada. Em terceiro lugar, na ausência da concentração, os activos da empresa insolvente sairiam inevitavelmente do mercado.’ Parágrafo 89. da *‘Orientações...’*, pg. 14.

⁴⁷ Parágrafo 5. das *‘Orientações...’*, pg. 5.

⁴⁸ Assim, NÖEL, Pierre-Emanuel. *Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers under European and US Antitrust Law*, in *Competition Law*, Greaves, Rosa, Ashgate Dartmouth (2003), pg. 538.



– sendo que, perante um aumento acima de 200 há presunção de aumento do poder de mercado), então a concentração levantará preocupações de concorrência significativas e será sujeita a uma análise aprofundada. Para afastar esta presunção de ilegalidade, as empresas terão de a refutar através de prova que persuade as autoridades e as leve a crer que tal concentração não levará ao aumento do poder de mercado.

Para além destes factores quantitativos, é ainda necessário ter em conta factores qualitativos, que poderão demonstrar, em determinados casos, que uma quota de mercado significativa não terá um efeito anticoncorrencial. Assim, estes factores passam pelos efeitos unilaterais que a concentração terá no mercado, pelos efeitos coordenados (como seja o risco de comportamentos coordenados entre empresas de um mercado, seja explícito, seja implícito), pelo poder do comprador em negociar os termos da troca, pela análise da dificuldade de entrada de empresas no mercado relevante (se a entrada no mercado relevante for fácil, então a empresa concentrada e as restantes empresas no mercado não poderão aumentar os preços ou reduzir a concorrência, pelo que a concentração dificilmente levará a um aumento do poder de mercado) e pela análise da probabilidade de que uma das empresas parte da concentração ou um departamento de uma dessas empresas desapareça (defesa da empresa insolvente).

Se, no entanto, após a análise acima, a concentração apresentar ainda perigo para a concorrência, então as partes podem procurar demonstrar que esta dará origem a eficiências num cenário pós-concentração.

1.2. CONCLUSÃO COMPARATIVA

Após a análise acima dos procedimentos seguidos na União Europeia e nos Estados Unidos, podemos desde já concluir que existem, desde logo, diferentes parâmetros quantitativos a ter em conta. Mas não só.

No âmbito das concentrações horizontais, é importante referir um caso de meados dos anos 90 que demonstrou a divergência de abordagens existente entre a UE e os EUA. Assim, aquando da avaliação da concentração entre a Boeing e a McDonnell Douglas, empresas do sector da aviação, a União Europeia concluiu pelo bloqueio da concentração num primeira fase, enquanto os Estados Unidos decidiram pela sua aceitação.

As razões que levaram a UE a recusar a concentração inicialmente prendem-se com o facto de a concentração, tal como inicialmente apresentada, violar o Direito da Concorrência comunitário, pois que a posição já dominante da Boeing no mercado ficaria, num cenário pós-



concentração, fortalecida, garantindo-lhe um poder negocial bastante elevado. Para mais, e representando também uma preocupação significativa, a Comissão tinha receio que, tendo a McDonnell Douglas uma presença muito forte no mercado de aviação militar, a Boeing acabasse por se aproveitar dessa posição e deixasse que os fundos disponibilizados pelos Estados para a aviação militar, fossem utilizados no sector de aviação civil da Boeing.

As alterações estruturais do mercado e da sua dinâmica, o aumento da posição dominante da Boeing e a descrença da Comissão na extensão das eficiências geradas pela concentração e no facto de que qualquer redução de preços fosse benéfica para o consumidor, levou a que a Comissão decidisse pela negativa.

Eventualmente, a Boeing decidiu fazer várias concessões que tornaram possível que a concentração fosse aceite pela Comissão.

Ainda assim, a recusa inicial demonstra a diferença de visão que existia em relação aos Estados Unidos, cuja *FTC* aceitou à primeira a mesma concentração. O que aconteceu no caso dos EUA, foi que a *FTC* concluiu que a concentração não traria efeitos negativos à concorrência, nomeadamente ao nível do preço a ser pago pelo consumidor, uma vez que a McDonnell Douglas demonstrou incapacidade concorrencial no mercado pré-concentração. Tal como nota LUIS SILVA MORAIS⁴⁹, os EUA deram até especial relevância às supostas eficiências decorrentes da concentração que se poderiam revelar vantajosas para o consumidor, adoptando a forma de preços mais baixos.

Relativamente às concentrações horizontais, pode dizer-se que os Estados Unidos se preocupam mais com a possibilidade da prática de preços de oligopólio em mercados concentrados, enquanto a União Europeia demonstra maior preocupação com a actuação do líder de mercado e com a possibilidade que este atinja e utilize um poder de mercado significativo⁵⁰.

Assim, parece que ambas as autoridades se focaram mais em determinadas áreas, deixando outras para trás: por seu lado, o *FTC* pareceu não dar peso suficiente à importância do aumento do poder de mercado significativo da nova entidade e das alterações à estrutura e dinâmica do mercado; já a Comissão, como foi atrás dito, não relevou suficientemente os

⁴⁹ MORAIS, Luis Silva. 'Evolutionary Trends of EU Competition Law – Convergence and Divergence with US Antitrust Law in a Context of Economic Crisis', in Revista de Concorrência e Regulação – Ano 1, n.º 1, Janeiro – Março 2010, Almedina (2010), pg. 76

⁵⁰ Neste sentido, MORAIS, Luis Silva. *idem*.



benefícios ao consumidor que as eficiências prometidas poderiam trazer, parecendo preocupar-se mais com a protecção dos restantes concorrentes do que com a concorrência propriamente dita⁵¹.

No âmbito das eficiências, é importante referir que o tratamento que lhes é dado em ambos os ordenamentos jurídicos é também diferente. Assim, na política da União Europeia, e embora o Considerando 29. do Regulamento 139/2004 faça menção expressa aos ‘*ganhos de eficiência*’ que devem ser tomados em consideração aquando da determinação dos ‘*efeitos de uma concentração na concorrência no mercado comum*’, o argumento de eficiência não vale por si só para a aprovação de uma concentração, sendo necessário que não existam conflitos entre as eficiências geradas e o poder de mercado gerado. Porém, visto que as concentrações aumentam o poder de mercado *per se*, parece muito difícil que uma concentração seja aprovada na UE tendo por base este argumento de eficiência. Por sua vez, nos EUA, as autoridades executivas mais facilmente aprovam uma concentração com base em eficiências se estas forem suficientes para prevenir o aumento de preços no mercado relevante.

Em termos de divergências, é importante referir que a Comissão ressalva, no Parágrafo 5 das Orientações, que a aplicação das regras e das orientações dadas deverá ser feita caso a caso. Para NÖEL⁵², esta é uma das importantes diferenças existentes entre a abordagem Europeia (que faz uma abordagem mais casuística) e a abordagem Norte-Americana (que se baseia largamente em presunções baseadas nas quotas de mercado e concentração).

2. CONCENTRAÇÕES NÃO-HORIZONTAIS

Como por nós foi apontado anteriormente, o pormenor com que são tratadas as concentrações horizontais não se estende às concentrações não-horizontais. No entanto, existem também orientações emitidas relativamente a estas concentrações (verticais e conglomeradas) pelo que pretendemos, nesta sede, procurar descortinar quais os factores tidos em conta pelas autoridades executivas dos ordenamentos jurídicos aqui em estudo, tendo por base as regras aplicáveis e as orientações por si emitidas.

⁵¹ MORAIS, Luis Silva. *op. cit.*, pg. 77.

⁵² NÖEL, Pierre-Emanuel. *op. cit.*, pg. 539.



2.1. UNIÃO EUROPEIA

A União Europeia emitiu, em finais do ano 2008, quatro anos volvidos desde a publicação da mais recente versão do Regulamento das Concentrações e das Orientações para a apreciação de concentrações horizontais, um documento cujo objectivo é o fornecimento de *‘orientações sobre a forma como a Comissão aprecia as concentrações quando as empresas em causa desenvolvem actividades em mercados relevantes distintos’*⁵³. Assim, num mesmo documento, a Comissão apresenta aos interessados orientações a ter em conta no âmbito do Regulamento 139/2004 quanto a concentrações verticais e conglomeradas (as chamadas concentrações *não-horizontais*), chamando, no entanto, a atenção para o facto de que são também bastante relevantes as orientações para concentrações horizontais⁵⁴ nesta sede.

A Comissão inicia a exposição relativamente às concentrações não-horizontais fazendo referência ao facto de que o controlo de concentrações pretende assegurar que os consumidores não são privados das vantagens trazidas pela concorrência, pelo que é função da Comissão impedir a *‘realização de concentrações susceptíveis de privar os consumidores destas vantagens ao aumentarem significativamente o poder de mercado das empresas’*⁵⁵. Simultaneamente, refere ainda que as concentrações não horizontais *‘são, regra geral, menos susceptíveis de restringir a concorrência efectiva do que as concentrações horizontais’*⁵⁶, isto porque, desde logo, *‘a principal fonte de efeitos concorrenciais’* não existe nestas situações, pois que as concentração verticais ou conglomeradas não *‘provocam a eliminação da concorrência directa entre as empresas objecto da concentração no mesmo mercado relevante’*⁵⁷ – ou seja: porque estão em mercados diferentes, o problema inicial da junção de dois agentes económicos num só, das suas quotas de mercado e do seu poder de mercado, desaparece. Por outro lado, as concentrações não horizontais demonstram a existência de potencial elevado para a *‘obtenção de ganhos de eficiência’*, sendo, portanto, pró-concorrenciais, uma vez que as empresas que pretendem levar a cabo a concentração serão,

⁵³ Orientações para a apreciação das concentrações não horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO C 265 de 18.10.2008, pg. 6.

⁵⁴ Parágrafo 6. das *‘Orientações não horizontais’*, pg. 6.

⁵⁵ Parágrafo 10. *idem*, pg. 7. A Comissão refere ainda que se entende por aumento do poder de mercado *‘a capacidade de uma ou mais empresas aumentarem os preços de forma rentável, reduzirem a produção, a escolha ou a qualidade dos bens e serviços, diminuírem a inovação ou influenciarem de forma negativa outros parâmetros da concorrência.’*

⁵⁶ Parágrafo 11., *idem*.

⁵⁷ Parágrafo 12., *idem*.



por norma, empresas que se complementam e que, como tal, poderão ter incentivos para reduzir preços e aumentar a produção uma vez que conseguem captar os ganhos associados em diversos níveis. Acresce ainda o facto de a concentração poder ter efeitos positivos ao nível dos custos de transacção, sendo possível, não raras vezes, diminuir estes custos através de uma mais eficaz coordenação, organização, produção e venda de produtos⁵⁸.

Porém, embora sejam menos susceptíveis de gerar restrições à concorrência efectiva, existem *‘circunstâncias em que as concentrações não horizontais podem restringir significativamente a concorrência efectiva, em especial através da criação ou reforço de uma posição dominante’*. Estas restrições demonstram-se, à semelhança do que acontece quanto às concentrações horizontais, através dos efeitos não coordenados e dos efeitos coordenados. Assim, quanto aos efeitos não coordenados o principal perigo a ter em conta é o *‘encerramento anticoncorrencial do mercado’*, isto é *‘situações em que a concentração restringe ou impede o acesso dos concorrentes actuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados, reduzindo assim a capacidade e/ou incentivo destas empresas para concorrerem.’*⁵⁹, o que acaba por permitir às empresas que fazem parte da concentração aumentarem os preços praticados. Quanto aos efeitos coordenados, à semelhança do que acontece com as concentrações horizontais, uma concentração, seja vertical ou conglomerada, pode surgir como uma oportunidade para empresas que não coordenavam o seu comportamento e que passam agora a fazê-lo ou pode ainda tornar essa coordenação mais *‘mais fácil, mais estável ou mais efectiva’*⁶⁰.

A Comissão inicia a sua apreciação referindo, tal como no caso das concentrações horizontais quais os níveis de quota de mercado e os graus de concentração relevantes em termos de concentrações não-horizontais. No entanto, faz a ressalva de que estes limiares servem apenas como *‘primeiro indicador da ausência de preocupações em matéria de concorrência’*, não dando, no entanto, *‘origem a uma presunção legal.’*⁶¹

No caso das concentrações não-horizontais, estas serão consideradas potencialmente

⁵⁸ Parágrafo 14. *idem*.

⁵⁹ Parágrafo 18. das *‘Orientações não horizontais’*, pg. 8.

⁶⁰ Parágrafo 19. *idem*.

⁶¹ Parágrafo 27. *idem*, pg. 9. Segunda a Comissão *‘é menos adequado neste contexto apresentar níveis de quota de mercado e graus de concentração acima dos quais se poderia considerar que seriam prováveis preocupações em matéria de concorrência, visto que um nível significativo de poder de mercado em pelo menos um dos mercados em causa constitui uma condição necessária, mas não suficiente, para a existência de um prejuízo para a concorrência.’*



prejudiciais para a concorrência apenas se a empresa pós-concentração *‘detiver um poder de mercado significativo (...) em pelo menos um dos mercados em causa.’*

Em termos de quota de mercado, a Comissão aponta como limiar abaixo do qual considera pouco provável que surjam preocupações em termos de concorrência, o valor de 30%, em cada um dos mercados em causa, acrescentando que as *‘preocupações em matéria de concorrência são menos prováveis nos casos em que a entidade resultante da concentração tiver uma quota ligeiramente superior ao limiar de 30% num dado mercado e um quota de mercado significativamente inferior a esse limiar noutros mercados relacionados.’*⁶²

Quanto à concentração do mercado, para que haja preocupações anticoncorrenciais por parte da Comissão, é necessário que o IHH num cenário pós-concentração seja inferior a 2000.

No Parágrafo 26., a Comissão aponta, no entanto, excepções em que a sua apreciação será feita de forma aprofundada ainda que os níveis acima referidos não estejam preenchidos:

- a) a concentração envolve uma empresa susceptível de expandir significativamente as suas actividades num futuro próximo, por exemplo, devido a uma inovação recente;*
- b) existência de importantes participações cruzadas ou a presença de um número significativo de administradores comuns nos órgãos de gestão dos participantes no mercado;*
- c) uma das empresas na concentração é uma empresa com grande probabilidades de perturbar comportamentos coordenados;*
- d) indícios de existência de coordenação passada ou presente ou de práticas que a facilitam.*

Posteriormente, as *‘Orientações não-horizontais’* fazem referência especificamente a cada um dos tipos de concentrações aqui em estudo, por forma a apresentar *‘o quadro estabelecido pela Comissão para a análise das concentrações’*⁶³. Seguimos o mesmo modelo, para permitir uma maior organização e mais fácil compreensão.

Começando pelas concentrações verticais, a Comissão aprecia tanto os efeitos anticoncorrenciais como os efeitos pró-concorrência que determinada concentração possa ter.

⁶² Nota de rodapé 3, das *‘Orientações não horizontais’*, pg. 9.

⁶³ Parágrafo 28. *‘Orientações não-horizontais’*, pg. 9.



Como referimos anteriormente, são considerados prejudiciais à concorrência os efeitos não coordenados e os efeitos coordenados de uma concentração.

Nos termos de uma concentração vertical, os efeitos não coordenados apresentam-se na forma de encerramento anticoncorrencial do mercado que, por sua vez, pode ter duas formas: *input foreclosing* e *customer foreclosure*. O primeiro tipo verifica-se quando é restringido o acesso dos concorrentes aos factores de produção levando a um aumento dos seus custos (sendo posto em causa o ‘*acesso às fontes de abastecimento*’, em violação do art. 2.º, n.º 1, al. b) do Regulamento das Concentrações), e o segundo tem lugar quando a restrição é feita relativamente à base de clientes, que deixa de ser suficiente para a manutenção da actividade dos concorrentes (desta feita, o mesmo artigo do Regulamento das Concentrações é violado no que se refere ao ‘*acesso (...) aos mercados*’).

No que toca ao *input foreclosing*, a preocupação da Comissão recai sobre o facto de a ‘*entidade resultante da concentração pode[r] aumentar de forma rentável o preço cobrado aos consumidores*’⁶⁴ porque está num lugar em que lhe é possível ‘*dificultar o seu [dos concorrentes] abastecimento em termos de bens e serviços a preços e condições semelhantes aos prevalecentes caso não se tivesse realizado a concentração*’⁶⁵. É importante também referir que não é necessário que os concorrentes sejam conduzidos para fora do mercado; a preocupação da Comissão está em descortinar se este comportamento leva ou não a um aumento do preço para o consumidor, uma vez que isto não é linear. Assim, é possível que exista por parte da empresa pós-concentração um comportamento que vá de encontro às características do *input foreclosure*, mas que, na realidade seja contrabalançada por ganhos de eficiência que resultem numa redução de preço, ‘*de tal forma que o impacto global provável para os consumidores é neutro ou positivo*’⁶⁶.

Ao analisar este tipo de encerramento anticoncorrencial do mercado, a Comissão tem em conta a capacidade efectiva de a empresa pós-concentração conseguir encerrar significativamente o acesso aos factores de produção⁶⁷, os incentivos para proceder desta

⁶⁴ Parágrafo 31. das ‘*Orientações não horizontais*’, pg. 10.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ No Parágrafo 33. das ‘*Orientações não horizontais*’, pg. 10., a Comissão esclarece algumas das formas que o encerramento anticoncorrencial do mercado pode assumir: ‘*A entidade resultante da concentração pode decidir não fornecer os concorrentes actuais ou potenciais no mercado verticalmente relacionado. A entidade resultante da concentração pode, por outro lado, decidir reduzir os fornecimentos e/ou aumentar os preços aos concorrentes que abastece e/ou tornar as condições de abastecimento menos favoráveis do que as que*



forma⁶⁸ e o facto de, se tal estratégia de encerramento fosse implementada, os efeitos prejudiciais se repercutirem na concorrência efectiva⁶⁹.

Quanto ao *consumer foreclosing*, e à semelhança do que acontece com o *input foreclosing*, a preocupação da Comissão passa também pelo facto de o comportamento da empresa pós-concentração levar a que lhe seja possível ‘fixar, de forma rentável, preços mais elevados’⁷⁰, uma vez que os restantes concorrentes verão os seus custos de abastecimento inflacionados dada a dificuldade de obtenção dos factores de produção. Também neste caso é necessário medir a capacidade⁷¹, o incentivo⁷² e o impacto global provável na concorrência efectiva.

Quanto aos efeitos coordenados, e tendo em conta tudo aquilo que foi já dito anteriormente, importa apenas acrescentar que, no âmbito das concentrações verticais, estes efeitos podem acontecer por via de um aumento do grau de simetria existente entre as empresas activas no mercado, que vai ‘reforçar as probabilidades de coordenação’⁷³, pela redução do número de concorrentes no mercado, devido a um encerramento anticoncorrencial do mercado, ou ainda devido à integração vertical de uma empresa de carácter ‘dissidente’ que não se adaptava aos resultados da coordenação e que, portanto, deixa de ser um impedimento para as restantes.

No caso das concentrações conglomeradas, a Comissão aponta desde início que, na maioria

prevaleceriam na ausência da concentração. Além disso, a entidade resultante da concentração pode optar por utilizar uma tecnologia específica no interior da nova empresa, que não seja compatível com as tecnologias utilizadas pelas empresas concorrentes. O encerramento do mercado pode igualmente assumir modalidades mais subtis, como a degradação da qualidade dos fornecimentos (...).

⁶⁸ Aqui, o incentivo dependerá de uma análise comparativa da rentabilidade que tal estratégia traria à empresa pós-concentração e também da probabilidade de manutenção da procura. Assim, esta estratégia apenas seria um incentivo se se concluísse que as perdas no mercado a montante seriam compensadas pelos ganhos no mercado a jusante. Simultaneamente, apenas haveria razão para ir em frente com esta estratégia se fosse pouco provável que os concorrentes conseguissem, eventualmente, desviar a procura do mercado a jusante.

⁶⁹ Neste ponto é necessário ter em conta o papel desempenhado pelas empresas objecto do encerramento, bem como o ‘aumento de barreiras à entrada de concorrentes potenciais’ e os ganhos de eficiência que poderão ser ‘susceptíveis de reforçar a capacidade e o incentivo para que a entidade resultante da concentração se comporte de uma forma pró-concorrencial em benefício dos consumidores, compensando assim os efeitos negativos (...)’ – cfr. Parágrafo 52. das ‘Orientações não horizontais’, pg. 15.

⁷⁰ Parágrafo. 58. *idem*, pg. 16.

⁷¹ Neste caso, a Comissão focar-se-à na existência de alternativas para os concorrentes escoarem a sua produção. A Comissão não manifestará preocupações em matéria de concorrência efectiva se ‘existir um base de clientes suficientemente ampla, actual ou futura, susceptível de recorrer a fornecedores independentes (...)’ – cfr. Parágrafo 61. *idem*, p. 17.

⁷² Desta feita, o cálculo da rentabilidade porá frente a frente os ‘custos associados ao facto de [a empresa pós-concentração] não adquirir produtos junto dos concorrentes a montante e (...) os eventuais ganhos decorrentes (...) [do facto de] essa estratégia permit[ir] à entidade resultante da concentração aumentar os preços nos mercados a montante ou a jusante’ – cfr. Parágrafo 68. *idem*.

⁷³ Parágrafo 84., *idem*, p. 20.



dos casos, este tipo de concentrações não traz preocupações concorrenciais de maior. No entanto, há casos em que tal pode acontecer.

Os efeitos não coordenados, na modalidade de encerramento anticoncorrencial do mercado, constituem a principal preocupação a nível de concorrência, uma vez que a empresa pós-concentração poderá forçar determinado mercado a adquirir produtos de outro mercado, *‘através de vendas subordinadas ou agrupadas ou de outras práticas de exclusão.’*⁷⁴ Tal como acima referimos, ao apreciar uma situação como esta, a Comissão debruçar-se-à sobre a capacidade da entidade resultante da concentração de excluir os seus concorrentes do mercado⁷⁵, sobre o incentivo económico que tem para o fazer⁷⁶ e quão prejudicial seria esta estratégia para a concorrência efectiva⁷⁷.

Por último, quanto aos efeitos coordenados, as *‘Orientações não-horizontais’* remetem-nos para a Comunicação relativa às concentrações horizontais⁷⁸. À semelhança do que acontece com as concentrações verticais, as concentrações conglomeradas podem levar à redução do número de concorrentes e, conseqüentemente, facilitar o processo de coordenação no seio do mercado. Importante também é o que refere a Comissão no parágrafo final, relativamente à concorrência multi-mercados. Assim, a *‘interacção concorrencial em diversos mercados pode aumentar a gama e a eficácia dos mecanismos disciplinadores para garantir o respeito das condições da coordenação.’*⁷⁹

2.2. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Também do outro lado do Atlântico foram emitidas orientações comunicando de que forma

⁷⁴ Parágrafo 93. das *‘Orientações não horizontais’*, pg. 22.

⁷⁵ Acerca deste ponto, diz-nos a Comissão que *‘a forma mais directa de utilizar o seu poder [da entidade pós-concentração] num determinado mercado com o objetivo de excluir concorrentes noutra mercado, será condicionando as vendas de forma a ligar entre si os produtos dos diferentes mercados. O método mais directo consiste em ou subordinar ou agrupar as vendas.’* – cfr. Parágrafo 95., *idem*.

⁷⁶ Neste caso, pesam-se os *‘eventuais custos associados às vendas subordinadas ou agrupadas dos seus produtos e, por outro, os eventuais ganhos resultantes da expansão das quotas de mercado no(s) mercado(s) em causa ou, consoante os casos, da sua capacidade de aumentar os preços nesse(s) mercado(s) graças ao seu poder de mercado.’* – cfr. Parágrafo 105., *idem*, pg. 23.

⁷⁷ Aqui, a questão põe-se na perspectiva da entrada de potenciais concorrentes. Assim, as vendas subordinadas ou agrupadas podem levar a que os restantes concorrentes não tenham incentivos suficientes para concorrer, dissuadindo novos concorrentes de entrar no mercado, pois que estes podem ver reduzidas *‘as perspectivas de vendas dos concorrentes potenciais num determinado mercado a um nível inferior à escala mínima de viabilidade.’* – cfr. Parágrafo 112., *idem*, pg. 24.

⁷⁸ Parágrafo 119, *idem*, pg. 25.

⁷⁹ Parágrafo 121., *idem*.



seria expectável ver as autoridades actuarem quando perante concentrações não horizontais. No entanto, estas datam de 1984, pelo que devem ser seguidas e tidas em conta com a devida precaução e tendo sempre em mente a evolução do direito da concorrência dos últimos 30 anos.

No documento que estabelece estas Orientações⁸⁰ (de agora em diante, *Non-Horizontal Guidelines*), são estabelecidas as principais teorias que podem levar o *DoJ* e outras entidades a submeter aos seu escrutínio determinada concentração.

Tal como acontece na União Europeia, estas *Non-Horizontal Guidelines* chamam a atenção para o facto de, embora as concentrações não-horizontais não se apresentem como um perigo imediato para a concorrência efectiva, uma vez que não alteram imeditamente os níveis de concentração do mercado, não são sempre inofensivas.

Numa primeira fase geral, são apresentados os principais perigos que as concentrações não-horizontais⁸¹ representam no mercado e, posteriormente, a especificidade dos problemas que podem surgir devido às concentrações verticais.

Um dos perigos que surgem no âmbito da concorrência quando tem lugar uma concentração não-horizantal é a eliminação da concorrência potencial, ou seja, a entrada de novos participantes no mercado.

Assim, referem as *Non-Horizontal Guidelines* que, não raras vezes, a concentração ocorre entre uma empresa que participa já no mercado relevante e outra que poderia, eventualmente, entrar no mercado. Ora, isto leva a que a empresa que se encontrava prestes a entrar no mercado enquanto concorrente, faça agora a sua entrada enquanto parte de um actor já existente. Assim, não existe uma dinamização da concorrência, antes podendo esta conduta ter efeitos negativos.

Estes efeitos negativos afectam, por um lado, a concorrência potencial percebida e, por outro, a concorrência potencial real.

No primeiro caso, a concentração terá um efeito negativo porque a eliminação do potencial concorrente poderá levar a que o controlo que este exercia sob o comportamento das empresas no mercado (uma vez que era uma presença ameaçadora) deixe de existir. Ora, isto poderá

⁸⁰ *Non-Horizontal Merger Guidelines*, disponível para consulta em: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/2614.htm> .

⁸¹ Englobando concentrações verticais e conglomeradas.



levar a uma deterioração da actuação do mercado, uma vez que as empresas que nele se movem podem acabar por estabelecer um novo preço, mais elevado, após o desaparecimento da ameaça que era o potencial concorrente.

No caso da concorrência potencial real, o efeito negativo advirá do facto de que será eliminada a oportunidade de melhorar a concorrência através da entrada de um concorrente significativo no mercado, uma vez que a nova empresa fará parte da empresa já existente.

A análise de concentrações que levantem qualquer um destes tipos de preocupações é feita pelas autoridades de forma análoga à utilizada relativamente a concentrações horizontais. Assim, serão inicialmente considerados os factores que permitem identificar os casos em que os efeitos nocivos são prováveis. Em casos em que tal se verifique há que proceder a uma análise mais detalhada, por forma a aferir se a probabilidade e dimensão dos tais efeitos nocivos é suficiente para que a concentração seja contestada. Nestas situações, é necessário ter em conta provas específicas apresentadas pelas empresas que pretendem proceder à concentração, que demonstrem que as conclusões das autoridades relativamente aos efeitos nocivos são falíveis.

Os acima referidos factores identificativos que são tidos em conta pelas autoridades não são novos no contexto das concentrações no âmbito do direito da concorrência. Assim, é necessário considerar a concentração de mercado, as condições gerais de entrada no mercado, a vantagem de entrada da empresa adquirente, a quota de mercado da empresa adquirida e os ganhos de eficiência demonstrados.

No caso particular das concentrações verticais, as preocupações recaem sobre as barreiras de entrada no mercado e a possibilidade de coordenação das empresas presentes no mercado relevante.

Assim, as concentrações verticais poderão criar um problema concorrencial ao criarem barreiras significativas à entrada quando três condições estão preenchidas:

- 1) a integração vertical é de tal modo abrangente que outra empresa que pretenda entrar no primeiro mercado terá, simultaneamente de entrar no segundo – aqui, dizem-nos as *Non-Horizontal Guidelines* que é pouco provável que determinada concentração seja contestada se as vendas num cenário pós-concentração de empresas não integradas verticalmente no mercado secundário fossem suficientes para servir duas instalações com eficiências de escala a níveis mínimos no mercado primário;



- 2) os requisitos para a entrada no segundo mercado têm de levar a que a entrada no primeiro mercado seja significativamente mais difícil e menos provável que venha a acontecer – uma concentração será contestada, tendo em conta este aspecto, quando a entrada no mercado secundário se torna mais difícil, sendo que esta teoria será apenas invocada quando a entrada para este mercado secundário aumenta significativamente os custos da entrada no mercado primário e, portanto, o aumento do capital necessário. Assim, as autoridades terão de ter em conta o grau de similaridade das actividades levadas a cabo em ambos os mercados e a economia e o grau de especialização dos activos de capital no mercado secundário;
- 3) a estrutura e características do mercado primário devem ser de tal forma propícias a uma actuação anticoncorrencial que o aumento da dificuldade de entrada é passível de afectar o seu desempenho – assim, haverá maior probabilidade de uma concentração ser contestada se os níveis de concentração do mercado primário em que se move forem superiores a 1800 IHH.

Quanto à possibilidade de coordenação das empresas, as *Non-Horizontal Guidelines* fixam como perigos para a concorrência a integração vertical de empresas no nível do retalho, a eliminação do consumidor disruptivo e a evasão à regulação.

Assim, quanto à integração vertical de uma empresa no mercado do retalho numa empresa num nível de mercado acima (produção) pode levar a que haja uma maior facilidade em controlar os preços praticados. Este perigo é maior em mercados em que a coordenação é mais fácil, pelo que as autoridades do EUA devem ter em conta se a concentração total do mercado a montante é acima de 1800 IHH e também se uma percentagem elevada dos bens produzidos a montante iriam ser vendidos através de canais verticalmente integrados após a concentração.

Quanto à eliminação do consumidor disruptivo, significa isto que a existência de um consumidor que se comporta de forma diferente dos restantes e que tem uma presença significativa nas vendas, leva a que a coordenação entre as empresas a montante seja mais difícil, pois têm incentivos para se desviarem do comportamento coordenado para conseguir aliciar este cliente. Assim, se este consumidor for verticalmente integrado, deixa de estar presente no mercado enquanto factor potenciador de rivalidade, pelo que as empresas conseguirão com maior sucesso coordenar o seu comportamento relativamente ao mercado a jusante. Também aqui é necessário ter em conta se a concentração no mercado a montante é



igual ou superior a 1800 IHH e se a empresa que perturba o mercado difere significativamente das restantes no mercado em termos de volume de compras ou outras características relevantes – se assim for, a probabilidade de a concentração ser contestada é bastante significativa.

Por último, no que toca à evasão da regulação, esclarecem as *Non-Horizontal Guidelines* que as concentrações não-horizontais podem ser utilizadas por monopólios públicos sujeitos a regulação como forma de a evitarem. Isto porque ao adquirirem, a título de exemplo, um fornecedor poderiam passar a vender a si mesmos os bens a preços inflacionados pela própria empresa, pelo que haveria uma passagem 'legítima' dos custos para o consumidor. Neste caso, as autoridades estarão particularmente atentas a concentrações que criem oportunidades para abusos deste género.

2.3. CONCLUSÃO COMPARATIVA

Tendo em conta o acima descrito, conseguimos desde já apontar diferenças e semelhanças entre os sistemas de avaliação em vigor na União Europeia e nos Estados Unidos da América. No entanto, por forma a melhor compreendermos quais os pontos em que estes ordenamentos jurídicos se tocam ou em quais divergem, iremos recorrer nesta instância a um caso de uma concentração não-horizonta que foi decidido em ambos os continentes originando, porém, decisões diferentes por parte das autoridades executivas.

Falamos da pretendida concentração entre a empresa General Electric (GE) e a empresa Honeywell, que foi aceite nos Estados Unidos, mas que encontrou a objecção da Comissão na União Europeia.

A principal preocupação em termos de concorrência levantada por esta concentração, centra-se no facto de a Honeywell ser um actor activo no mercado de componentes para aeronaves (produtos aviónicos e não-aviónicos), enquanto a GE detém uma importante posição no sector dos motores para aeronaves, tendo ainda uma importante actuação no mercado de *leasing* de aeronaves através da sua subsidiária GECAS.

Assim, a Comissão entendeu que esta concentração da empresa líder no fabrico de motores de aeronaves com a empresa líder no fabrico de componentes aviónicos e não-aviónicos criaria ou fortaleceria a posição dominante das mesmas em diversos mercados relevantes em que desempenhavam as suas actividades. Um dos factores críticos desta análise que preocupou a Comissão, foi a combinação da capacidade financeira da GE e a sua presença nos mercados



de compra, financiamento e *leasing* de aeronaves com a posição líder da Honeywell em diversos mercados, como sejam os mercados de motores para jactos de empresa e de produtos aviónicos e não-aviónicos.

Deste modo, a nova empresa poderia conseguir o encerramento do mercado pelo facto de a sua recém adquirida capacidade e poder de negociação não permitir aos restantes concorrentes apresentarem termos igualmente competitivos aos consumidores. Além disso, a preocupação da Comissão recaía também sobre o facto de esta nova entidade ter capacidade de oferecer (ou até obrigar à aquisição de) pacotes de produtos da GE e da Honeywell, afastando assim os consumidores dos restantes concorrentes. Haveria ainda o perigo de a entidade pós-concentração utilizar o seu poder de consumidor para persuadir os fabricantes de fuselagem a adquirirem produtos da empresa Honeywell⁸².

Assim, concluiu a Comissão que a concentração apresentaria um perigo para a concorrência efectiva e, como tal, seria incompatível com o mercado comum. Logo, não poderia proceder.

Do outro lado do Atlântico, porém, a decisão foi diferente. Desta feita, o *DoJ* decidiu aceitar a mesma concentração, na condição de que fossem feitas algumas modificações para afastar potenciais efeitos negativos na concorrência. A posição dos Estados Unidos neste caso foi que esta concentração traria vantagens aos consumidores, tornando-se pro-competitiva, uma vez que a empresa pós-concentração conseguiria oferecer melhores produtos e serviços a melhores preços do que qualquer empresa conseguiria oferecer individualmente.

Esta diferença de opiniões gerou, na altura, uma forte reacção pública e bastante controvérsia, por ser a primeira vez que uma concentração aprovada nos EUA era bloqueada na União Europeia.

Como acima se referiu, a análise levada a cabo pelas autoridades executivas destes dois ordenamentos jurídicos deu origem a resultados distintos, levando a concluir que a Comissão adoptou uma posição mais protectora dos concorrentes, enquanto o *DoJ* pretendeu permitir a criação de possíveis mais valias para os consumidores.

No entanto, é de notar que a Comissão tem, por norma um comportamento a favor das concentrações, sendo este caso uma excepção⁸³.

⁸² Neste sentido, <http://www.internationaltransportforum.org/jtrc/discussionpapers/DP200904.pdf>.

⁸³ Assim, https://www.law.stanford.edu/sites/default/files/child-page/205024/doc/slspublic/maydell_eulawwp3.pdf.



IV – CONCLUSÃO

Após a leitura e análise da legislação, jurisprudência e doutrina quanto à matéria sobre a qual versa este nosso trabalho, há várias conclusões que conseguimos extrair.

Em primeiro lugar, confirma-se a importância do Direito da Concorrência na economia global da actualidade, em particular aqui no campo das concentrações. Este ramo do Direito é essencial para o bom e eficiente funcionamento dos mercados e da livre concorrência e deve merecer a maior atenção por parte do legislador e de todos os intervenientes económicos.

Concluimos ainda que, nesta área do Direito, a regulação e preocupação com a concentrações horizontais ocupa um espaço de primazia. Isto fica a dever-se ao facto de estas afectarem directamente a dinâmica da concorrência e a morfologia e concentração dos mercados, o que não acontece tão obviamente no caso de concentrações não-horizontais.

Em situações em que estejam em causa concentrações não-horizontais (portanto, verticais e conglomeradas), o legislador não tem ainda a sua prática tão afinada como se de uma concentração horizontal se tratasse. Isto acontece em ambos os ordenamentos jurídicos e deve-se à existência de menos situações em que problemas de concorrência surgem no âmbito de concentrações verticais e conglomeradas. Assim, e embora existam as ‘*Orientações não-horizontais*’ por parte da Comissão e as *Non-Horizontal Guidelines* por parte do DoJ, a verdade é que a experiência destas autoridades é menor quanto a estas concentrações. Isto significa que quanto a este tipo de concentrações existe uma certa incerteza quanto à forma como serão decididas, não se podendo prever com segurança o desfecho de determinada análise de concentração não-horizantal⁸⁴. Tendo em conta o papel e peso da doutrina do precedente nos EUA, que não é igual na UE, podemos ainda afirmar que a incerteza se torna maior no Velho Continente, pois que a Comissão não está formalmente vinculada por casos anteriores.

Com base nas Orientações relativamente a concentrações horizontais e nas equivalentes *Guidelines* norte-americanas, podemos ainda concluir que, quantitativamente, as preocupações da União Europeia incidem sobre níveis menores de concentração de mercado. Assim, a UE presume a existência de perigo para a concorrência quando a concentração do

⁸⁴ Claro que o mesmo se poderá dizer quanto às concentrações horizontais, mas o nível de incerteza é bastante menor em ambos os ordenamentos jurídicos.



mercado atinge IHH de 2000, enquanto nos EUA essa preocupação surge quando os níveis de IHH estão nos 2500. Significa isto que a política de concorrência em matéria de concentrações da UE vê como ameaça para a concorrência um maior número de concentrações, em comparação com os EUA. Assim, existe um maior número de concentrações que terão de passar pelo crivo da Comissão e, simultaneamente, um maior número de concentrações que podem ser recusadas.

Parece, então, que a União Europeia adopta uma conduta mais conservadora do que as suas congéneres norte-americanas.

Conforme vimos acima, existem ainda situações em que União Europeia toma decisões focadas essencialmente no que parece ser a protecção dos concorrentes, mais do que da concorrência e dos consumidores propriamente ditos.

No entanto, é importante notar⁸⁵ que os casos em que prevalecem decisões divergentes tomadas na UE e nos EUA são raros, tendo acima feito nota de situações em que tal acontece. Isto ficar-se-á a dever à '*intensa cooperação*'⁸⁶ que tem vindo a existir entre este dois ordenamentos jurídicos e à cada vez maior proximidade de valores resultado da globalização.

Globalização esta que tem cada vez maior relevância, o que significa que a necessidade de cooperação será cada vez maior, uma vez que as concentrações envolvem, cada vez mais, empresas cuja actividade se estende por diversos países e continentes.

Assim, cremos que, no futuro, esta cooperação caminhará ainda mais para a partilha de informação entre as autoridades de ambos os lados do Atlântico, e pela entreaajuda e aconselhamento de formas eficientes de obter dados relevantes para a análise de determinada concentração. Simultaneamente, seria útil e proveitoso que, em casos em que as análises de uma concentração estejam a decorrer paralelamente na UE e nos EUA, as autoridades coordenassem os seus calendários e procedimentos.⁸⁷

Posto isto, e tudo o acima exposto, é, porém, pouco provável que dentro em breve se chegue a um acordo substantivo quanto a regras internacionais de Direito da Concorrência, pelo que teremos de continuar a contar com a cooperação como forma de uniformização das regras neste campo do Direito.

⁸⁵ Como faz, de resto, MORAIS, Luis Silva, op. cit., pg. 75.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ GOYDER, D. G. . '*EC Competition Law*', Oxford University Press, 4.^a Edição (2003), pg. 568.



V – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. LEGISLAÇÃO

DUARTE, Maria Luísa e Lopes, Carlos Alberto. *‘Tratado de Lisboa – Versão Consolidada do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia’*, AAFDL, 2008.

MESQUITA, Maria José Rangel de. *‘Direito da União Europeia – Textos Básicos’*, AAFDL, 3.^a Edição, 2009.

Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. §18 [Clayton Act § 7] *‘Acquisition by one Corporation of stock of another’*, 1914.

Clayton Antitrust Act, 15 U.S.C. §18a [Clayton Act § 7a, Hart-Scott-R Act] *‘Premerger notification and waiting period’*, 1914.

Non-Horizontal Merger Guidelines, originalmente emitidas como parte do documento *‘US Department of Justice Merger Guidelines, June 14, 1984’*.

Regulamento (CEE) n.º 4064/1989 do Conselho, de 21 de Dezembro, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, J.O. n.º L 395, de 30.12.1989, pg. 1-12, com rectificação, texto integral publicado no J.O. n.º L 257, de 21.09.1990, pg.13, posteriormente alterado pelo *Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho*, de 30 de Junho, que altera o Regulamento (CEE) n.º 4064/1989 do Conselho, de 21 de Dezembro, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, J.O. n.º 180, de 09.07.1997.

Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (“Regulamento das concentrações comunitárias”), J.O. n.º L 24 de 29.01.2004.

Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, J.O. 31 de 5.02.2004

Orientações para a apreciação das concentrações não-horizontais nos termos do Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO C 265 de 18.10.2008.

Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2010.

2. JURISPRUDÊNCIA

British-American Tobacco Company Ltd e R. J. Reynolds Industries Inc. Vs. Comissão Europeia (Philip Morris), 1987.



Europemballage Corporation e Continental Can Company inc. Vs. Comissão Europeia (Continental Can), 1973.

Boeing/McDonnell Douglas vs. Comissão Europeia, 1997.

General Electric Company vs. Comissão Europeia, 2005.

3. BIBLIOGRAFIA

BRICE, Miriam. *‘Revisão do regime comunitário de controlo de concentrações e evolução dos modelos de avaliação jusconcorrencial de concentrações’*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Comunitárias – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007.

BROBERG, Morten P.. *‘The European Commission’s Jurisdiction to Scrutinize Mergers’*, Kluwer Law International, 1998.

CONFRARIA, João. *‘Regulação e Concorrência – Desafios do século XXI’*, Universidade Católica Editora, 2.^a Edição, 2011.

ELLIS, Dorsey D.. Apontamentos e materiais disponibilizados pelo Professor no âmbito das aulas da disciplina *‘Antitrust in the World Economy’*, leccionada no primeiro semestre do ano lectivo 2012/2013 na Washington University in St. Louis, School of Law, 2012.

GIFFORD, Daniel J. e KURDLE, Robert T.. *‘Rhetoric and Reality in the Merger Standards of the United States, Canada, and the European Union’*, in *Antitrust Law Journal* – Vol. 72, Issue 2, American Bar Association, 2005.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *‘A Aquisição de Empresas no Direito da Concorrência’*, in *‘Aquisição de Empresas’*, Coimbra Editora, 1.^a Edição, 2011.

GOYDER, D. G. . *‘EC Competition Law’*, Oxford University Press, 4.^a Edição, 2003.

KINNE, Konstanze. *Efficiencies in Merger Analysis*, in *Intereconomics* – Vol. 34, Number 6, Novembro/Dezembro 1999.

KORAH, Valentine.

‘Cases and Materials on EC Competition Law’, Hart Publishing, 2.^a Edição, 2001.

‘An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice’, Hart Publishing, 9.^a Edição, 2007.

MORAIS, Luis Silva. *‘Evolutionary Trends of EU Competition Law – Convergence and Divergence with US Antitrust Law in a Context of Economic Crisis’*, in *‘Revista de Concorrência e Regulação – Ano 1, n.º 1, Janeiro – Março 2010’*, Almedina, 2010.

NÖEL, Pierre-Emanuel. *Efficiency Considerations in the Assessment of Horizontal Mergers under European and US Antitrust Law*, in *Competition Law*, Greaves, Rosa, Ashgate Dartmouth, 2003.

PAIS, Sofia Oliveira. *O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência*, Almedina, 1996.