

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito

Controlo de concentrações em Portugal, uma análise substantiva



Mestrado em Ciências Jurídico-Financeiras

Luís Pedro Quinteira Cordeiro Martinho

Tese orientada pelo Professor Doutor Miguel Moura e Silva

2017

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito

Controlo de concentrações em Portugal, uma análise substantiva



Mestrado em Ciências Jurídico-Financeiras

Luís Pedro Quinteira Cordeiro Martinho

Tese orientada pelo Professor Doutor Miguel Moura e Silva

2017

Índice

Resumo.....	4
Abstract.....	5
Introdução	7
1. Competitividade e Concorrência.....	9
1.1. Controlo de concentrações.....	16
1.1.1. Enquadramento jurídico.....	21
1.2. Efeitos coordenados.....	32
1.2.1. Alterações relevantes (Nova lei)	40
1.3. Controlo “legal”.....	42
1.4. Confronto entre escolas Económicas (Escola de Harvard e de Chicago).....	46
1.4.1. Ganhos de eficiência.....	46
1.4.2. Argumento da empresa insolvente	47
1.5. Teoria Económica que sustenta as Concentrações de Empresas	47
2. Análise de casos práticos.....	52
2.1. O caso Continente/Hipermercados Sá.....	52
2.2. Operação triangular da Sport TV.....	57
Conclusão.....	60
Referências Bibliográficas.....	61

Resumo

A matéria do controlo de concentrações não se resume a um mero controlo “legal”. Esta matéria vai muito para além disso, evidenciando o confronto entre escolas Económicas, nomeadamente entre a Escola de Harvard e de Chicago, confronto esse que tem sido patente na nossa vida económica nos últimos anos e, inclusivamente, inspirador de alterações legislativas (lei 19/2012).

Esta temática tem a maior relevância no contexto Económico e Jurídico, bem como aparece enunciada de grande atualidade, desde logo pelas alterações impostas pelo memorando de entendimento assinado por Portugal em 2011.

Neste estudo, objetiva-se demonstrar que apesar de as mais preocupantes concentrações serem as horizontais, o risco das verticais também não é residual, em particular devido ao desenvolvimento económico e à cada vez maior interdependência de setores. Analisa-se o impacto da alteração legislativa no que toca aos efeitos coordenados e reflete-se sobre algumas decisões.

Analisa-se, ainda, o impacto das recentes alterações legislativas, nomeadamente a lei 19/2012, com o novo teste de apreciação, e na alteração que subsistiu o teste da dominância efetiva, pela suscetibilidade de criar entraves significativos à concorrência num determinado mercado, bem como os argumentos que justificam as concentrações, especialmente a teoria da empresa insolvente.

Palavras-Chave: Controlo de concentrações; abuso de posição dominante; compromissos; vantagem competitiva; concorrência; efeitos horizontais.

Abstract

The substance of merger control is not merely "legal" control. This matter goes far beyond this, highlighting the confrontation between Economic Schools, between the Harvard School and Chicago, a confrontation that has been evident in our economic life in recent years and even inspiring legislative laws (Law 19/2012).

This theme has the most relevance in both economic and Legal terms, as it appears set out very timely, first by the changes imposed by the memorandum of understanding signed by Portugal in 2011 (matter that we discuss later).

In this study, the objective is to demonstrate that although the most worrisome concentrations are horizontal, the risk of vertical is also not residual, in particular due to economic development and the growing interdependence of sectors. The impact of the legislative change on the coordinated effects is analyzed and reflected on some decisions.

It analyzes also the impact of recent legislative changes in particular the Act 19/2012 with the new assessment test and change that substitutes the test of effective dominance for susceptibility to create significant barriers to competition in a market and the arguments justifying concentrations, especially the "failing firm defence".

Key Words: Control of concentrations; Abuse of a dominant position; Commitments; competitive advantage; competition; Horizontal effects.

Introdução

Numa economia desregulada, e que ainda está aos poucos a recuperar da crise de 2008, assistimos à doutrina do “too big to fail”, levando a que as concentrações sejam uma realidade nacional e internacional, política, económica e jurídica.

No entanto, onde as empresas querem dominar o mercado e eliminar a concorrência, cabe ao Estado temperar e regular esses ímpetos, exigindo assim, regulação “ex ante” e “ex post”, com notificações. Entenda-se que as concentrações (horizontais ou verticais) e com efeitos coordenados ou não, leva-nos a analisar esta matéria, em particular, após a mudança do teste substantivo, onde o critério da quota foi substituído pelo entrave à concorrência efetiva.

Importa realçar que a alteração verificada na lei em apreço, e a mudança também operada a nível europeu, consubstanciam uma resposta à globalização, liberalização económica, e também ao triunfo do neoliberalismo, como ideia dominante no campo político, ideológico e até legislativo, o que faz com que se assista a grandes operações de concentração.

A mudança do critério veio responder às críticas que eram feitas ao critério rígido da quota de mercado, que ignorava alguns aspetos importantes e não abarcava concentrações que fossem nocivas para a concorrência, mas que não criassem ou reforçassem uma posição dominante.

No entanto, e apesar das boas intenções, a alteração na prática não foi assim tão grande, embora ainda seja curto o período de vigência para aferir sobre essa alteração, parecendo-nos importante e positiva a aproximação ao Direito Europeu, e, desde logo, uma maior celeridade nas

notificações que parecem existir.

Essas notificações podem ser voluntárias “desde que as empresas em causa demonstrem um interesse sério em concluir um acordo” (A nova Lei da concorrência notas preliminares, Gonçalo Anastácio e Alberto Saavedra, 2013, p. 349).

Considera-se que esta medida vai introduzir maior celeridade, apesar de já ser seguida pela Autoridade da Concorrência (AdC), sendo agora apenas formalizada. Considera-se, igualmente, tal medida como positiva pois trás “uma maior flexibilidade em termos de análise de risco,” além disso, “o art. 4.º, n.º 1 do Regulamento das Concentrações Europeias (“ECMR”), Regulamento n.º 139/2004 do Conselho, também previa essa medida” (Anastácio & Saavedra, 2013, p. 349).

No que diz respeito à estrutura deste trabalho, centra-se num primeiro capítulo no controlo de concentrações, os seus efeitos coordenados, o controlo “legal” que é feito às concentrações e aborda-se o confronto entre as escolas Económicas (Escola de Harvard e de Chicago) e termina-se com uma abordagem à Teoria Económica que sustenta as concentrações de empresas.

Num segundo capítulo aborda-se as concentrações horizontais e verticais, o impacto da alteração legislativa no que toca aos efeitos coordenados e culmina-se com uma análise detalhada à Lei 19/2012.

O trabalho, no terceiro capítulo, reflete o tema em análise em torno de casos práticos: o caso Continente/ Hipermercados Sá e a operação triangular da Sport TV.

Culmina-se com algumas conclusões e as referências bibliográficas do trabalho.

1. Competitividade e Concorrência

Segundo Mateus et al. (2005, p. 17) “A competitividade constitui uma das principais manifestações da utilização de certas palavras ou noções que se generaliza rapidamente sem, no entanto, conduzir a uma satisfatória consensualização ou explicitação do respetivo conteúdo, isto é, constitui uma expressão portadora ou geradora de “ruído” na comunicação”. Neste mesmo relatório, os autores pretendem que se entenda que o conceito de competitividade diz respeito a um “referencial prioritário para o desenvolvimento das estratégias concorrenciais de crescimento, ao nível das empresas, independentemente da sua dimensão, e para a reforma das políticas públicas de promoção do desenvolvimento económico, independentemente do seu espaço de legitimidade e/ou inserção (nacional, supranacional, regional ou local) ou do seu nível de referência (países “avançados”, “emergentes” ou “menos desenvolvidos”)”.

De facto, uma das principais dificuldades na utilização da noção de competitividade reside, seguramente, no tratamento da passagem do referencial da concorrência entre empresas para o referencial da competição entre países e regiões em matéria de localização do investimento internacional, em matéria de tradução da especialização comercial em quotas de mercado e em matéria de avaliação dos respetivos resultados na sustentação dos níveis de vida da população. Esta dificuldade está, aliás, na base das críticas dirigidas às abordagens em termos de “competitividade das nações” (Porter, 1986).

Ao longo da última década, as economias ocidentais caracterizam-se pela desindustrialização, pela concorrência mundial, pela formação de blocos comerciais gigantescos e os desafios para esta organização económica levantam-se (Cooke, 1992).

Do ponto de vista histórico, para Lopes (2001) a problemática da competitividade, subjacente a toda a história da teoria económica desde que Adam Smith, em 1776, se interrogou sobre as causas da riqueza das nações, não só emergiu explicitamente nos anos 90, como entretanto adquiriu lugar cativo nas agendas empresariais, políticas e académicas. Permite por isso aventar que a competitividade constitui uma variável pluridimensional resultante de processos económicos, sociais e políticos complexos.

No que diz respeito à concorrência, tal como Olavo (1997) ensina, concorrência é competição entre vários agentes económicos com o objetivo de que cada um atinja a supremacia em relação aos demais. Ora, o princípio da liberdade de iniciativa económica, propicia a possibilidade de uma pluralidade de agentes económicos diferentes entre si, atuarem em direção a um mercado, pois à liberdade de iniciativa de uma contrapõe-se a liberdade de iniciativa dos demais.

A concorrência pode ser assim caracterizada por uma pluralidade de atuações (uma vez que verificamos uma variedade de fornecedores, bens e serviços) convergentes, ou seja, que são dirigidos a uma pluralidade de consumidores, sendo que encontramos a sua raiz na limitação de meios de que cada sujeito económico dispõe para satisfazer as suas necessidades, também elas limitadas. De acordo com esta vasta aceção, as necessidades encontram-se todas em concorrência, pois não será possível que sejam todas elas integralmente satisfeitas, mas apenas algumas, dentro de certos limites e em determinadas épocas, os bens que respetivamente as satisfazem encontram-se em situação de concorrência (Olavo, 1997).

A concorrência deriva da própria pluralidade de necessidades por um lado, e de bens por outro, perante a limitação de meios de cada um. Dentro desta conceção, muito ampla, verificar-se-á concorrência entre todas as atividades económicas, sejam elas quais forem; o incremento da atividade de um fornecedor de bens e serviços processa-se em princípio, em

detrimento de outros. Caracteriza-se assim pela possibilidade de oscilação de escolha por parte dos consumidores, sendo que ganha especial relevo, em termos jurídicos, quando se denota a possibilidade de proximidade entre as intervenções de cada agente económico, ou seja, quando a intervenção de um agente possa ter interferência direta na atuação dos demais agentes. Para tal, as diversas intervenções devem inserir-se no mesmo sector de mercado e dirigir-se ao mesmo tipo de clientela, cuja preferência pretendem captar (Olavo, 1997). A concorrência pode ser direta, caso os agentes pretendam colocar no mercado produtos idênticos, ou podemos verificar uma concorrência indireta, quando os produtos em apreço não são idênticos, mas podem, ser substituídos uns pelos outros (Leitão, 2007).

Apesar da liberdade atribuída às atuações dos vários agentes económicos, não significa que a concorrência se processe de uma forma desordenada, permitindo um atropelamento de agentes. É que, será de fácil conclusão de que a existência de uma pluralidade de atuações que livremente se dirigem em direção a um mesmo mercado, impõe a necessidade de as ordenar para que os mercados funcionem regularmente. Afigura-se assim necessário ordenar os comportamentos dos agentes económicos, e serão essas formas de ordenar a liberdade de concorrência que constituem a propriedade industrial (Olavo, 1997).

Sobre a proibição de concorrência surge: - no artigo 990.º do Código Civil, relativo aos sócios das sociedades civis puras; no artigo 180.º do Código das Sociedades Comerciais, quanto a sócios de sociedades em nome coletivo e o artigo 254.º do C.S.C. relativamente a gerentes de sociedades por quotas. Verifica-se assim uma proibição dirigida aos sócios em nome coletivo em concorrerem com a própria sociedade, facilmente se compreenderá tal proibição, se atendermos aos deveres de lealdade ou fidelidade, e até à própria natureza da sociedade em nome coletivo, que deve ser encarada como estrita comunidade de trabalho e de responsabilidade. Os

sócios que as pretendem constituir, comprometem-se uns com os outros, a esforçarem-se pelo grupo, pelo conjunto, sendo que deveram manter-se fiéis a tal desígnio (Leitão, 2007).

A proibição da concorrência surge como uma norma destinada a prevenir conflito de interesses, estando especialmente em causa: a) o uso pelo sócio concorrente de informações privilegiadas, que lhe advenham da sua presença no manejo societário; b) a diminuição de hipóteses de negócio da sociedade desviadas para outros domínios e c) a falta de dedicação do sócio, ao escopo da sociedade (Leitão, 2007).

Sendo que a concorrência ilícita envolverá uma quebra de confiança entre os sócios, e assim sendo o C.S.C. no artigo 186.º n.º 1 a) prevê esta ser um dos casos em que a sociedade poderá excluir um sócio, na hipótese da “violação grave das suas obrigações para com a sociedade. Outras sanções são previstas, nomeadamente no n.º 2 do artigo 186.º do C.S.C., como sendo a indemnização pelos danos causados à sociedade ou até a entrega à sociedade dos negócios concorrentes e dos consequentes proveitos” (Leitão, 2007, p.186-187).

No que diz respeito ao regime jurídico da concorrência desleal encontra-se previsto no Código de Propriedade Industrial¹ mais propriamente nos artigos 317.º, 318.º e 331.º. O artigo 317.º do C.P.I., tem como função definir concorrência desleal, sendo especificadas de forma elencada pelo legislador, as modalidades de atividades proibidas. O artigo 318.º, por sua vez, proíbe a violação dos segredos dos negócios de um concorrente sem seu consentimento. E por último, o artigo 331.º prevê a punição do agente infrator².

¹ Decreto-lei 36/2003, de 5 de março.

² Será punido com coima de (euro) 3000 a (euro) 30 000, caso se trate de pessoa coletiva, e de (euro) 750 a (euro) 7500, caso se trate de pessoa singular.

Os pressupostos da concorrência desleal são três e encontra-se também mencionados no artigo 317.º do C.P.I.: 1. a prática de um ato de concorrência; 2. ato esse contrário às normas e usos honestos e 3. de qualquer ramo de atividade económica.

Prosseguindo na análise, as grandes mudanças estão a ocorrer numa escala e com uma intensidade da concorrência internacional. A integração europeia está a criar novas pressões de mercado; a globalização da produção obriga as empresas europeias a ir de encontro ao desempenho japonês (Cooke, 1992).

A concorrência e a competitividade entre empresas devem levar a alianças estratégicas que as façam prosperar no mercado, tendo como objetivo manter ou adquirir competências, capacidades e recursos e obter vantagens competitivas ou ganhar posição competitiva, de modo a superar a concorrência.

Deste modo, as alianças visam prolongar ou reforçar as vantagens competitivas como resposta às incertezas do meio, em consequência de alterações estruturais ou de acréscimos de competição (Porter, 1986).

Mas que razões motivam as alianças? Elmuti e Kathawala (2001) afirmam que há diversas razões que motivam o recurso a alianças estratégicas, dentre as quais:

1) Crescimento da organização, com base em novos mercados:

- Globalização do mercado - dinâmica de expansão por associação.

2) Aumento da eficiência:

- Obtenção de competências partilhadas;
- Novos modos de atuação comercial e produção;
- Complementar atividades da cadeia de valor;

- Redução de custos e melhoria de qualidade.

3) Redução do risco financeiro e partilha de custos:

- Partilha R&D.

4) Obtenção ou manutenção de vantagens competitivas

- Vantagens das parcerias.

Segundo Matos (2011, p.7), “numa economia globalizada, as parcerias e alianças são provavelmente a melhor forma das empresas expandirem e entrarem em novos mercados, de forma mais rápida e com menores riscos. Algumas das maiores empresas do mundo, e as de maior sucesso, estiveram ou estão ativamente envolvidas em alianças, como são exemplos a General Electric (GE), IBM, AT&T, Ford, Kodak, Philips, Toshiba, Samsung, entre outras. Estas empresas cooperaram no desenvolvimento, produção e venda de produtos e serviços com benefícios para todas as partes envolvidas”.

No campo da gestão estratégica, a «teoria dos custos de transação» tem tido um grande impacto e uma grande influência no domínio da fundamentação teórica das parcerias, principalmente desde as décadas de 1980 e 1990, tendo por base o trabalho de Williamson (1975), que consolida a teoria dos custos de transação inicialmente proposta por Coase et al., (1994, p. 28) propõem uma articulação à estratégia empresarial defendendo que «no campo da gestão estratégica, a teoria dos custos de transação é a ‘base’ onde os pensamentos económicos e estratégicos e a teoria organizacional se cruzam» (Carvalho et al., 2012, online).

De facto as alianças estratégicas são formas de cooperação (formais e informais) entre organizações com características específicas visando alcançar objetivos estratégicos, permanecer autónomas e independentes, partilhar benefícios, riscos, gestão e controlo das atividades,

colaborar entre parceiros numa base contínua e a médio e longo prazos e assegurar a reversibilidade do contrato (Yoshiro & Rangan, 1995).

Nesta perspetiva, torna-se imperioso ter acesso ao mercado mundial. Mas como? Na verdade, o investimento internacional das empresas não se pode fazer isoladamente, numa atitude de «orgulhosamente sós». A concorrência internacional exige alianças, sendo as joint ventures internacionais (JVI) responsáveis por mais de 50% dos novos investimentos diretos no estrangeiro nas economias emergentes. Vários estudos confirmam que, nas economias emergentes, as JVI são estimuladas pelas políticas de desenvolvimento de cariz governamental, permitindo que economias menos evoluídas possam aceder a recursos que não possuem, facilitando o seu acesso ao conhecimento e capital (Carvalho et al.2012, online).

Matos (2011, p. 12-13) aponta diversos motivos para a criação de alianças internacionais, dentre os quais:

- “• Crescer e entrar em novos mercados – é considerada a principal razão para estabelecer alianças, pois numa economia mundial tão rápida e exigente, as empresas não têm tempo nem dinheiro para entrar em vários mercados por si só, pelo que formar uma aliança com empresas nos países de destino é uma forma mais fácil, rápida e com menos riscos de o fazer;
- Obter novas tecnologias, melhor qualidade ou menores custos – quando as empresas não possuem a tecnologia necessária para competir eficazmente num mercado, a melhor opção, alternativa a desenvolverem essa tecnologia por si mesmas, possivelmente com custos elevados, é a formação de parcerias com empresas que já a possuam, oferecendo outros fatores que elas precisem; para além disso, formar alianças para fazer outsourcing de funções consideradas secundárias ou pouco produtivas na empresa, permite ganhos de qualidade e diminuição de custos;

- Reduzir o risco e partilhar custo de investigação e desenvolvimento – em casos onde o custo de desenvolvimento de um novo produto ou tecnologia é muito elevado, assim como o risco associado, as alianças são uma excelente alternativa para partilhar esses custos e riscos, com benefícios no final para os parceiros;
- Alcançar ou manter vantagem competitiva - esta razão é, como já referi, mais influente no caso de pequenas empresas, que apenas através de alianças conseguem adquirir as ferramentas de negócio para serem competitivas.
- Aprender – através da formação de parcerias, as empresas têm contacto com os produtos e processos dos seus parceiros que são excelentes em determinadas áreas, e adquirir novos conhecimentos e competências é umas das principais vantagens de cooperar”.

Em suma, neste ambiente globalizado da economia, os consumidores são cada vez mais exigentes e impõem novas regras ao mercado e às empresas, pressionando-as para uma competição crescente. Neste cenário em constante mudança, as empresas têm que estar preparadas para produzir novos produtos e serviços, com qualidade e a custos competitivos garantindo, ao mesmo tempo, o controlo e coordenação das suas operações. Nos casos em que não ocorre parceria, ou estabelecimento de uma aliança, pode também ocorrer concentração, que será seguidamente analisado.

1.1. Controlo de concentrações

O ano de 2004 foi memorável não só porque houve o alargamento da União europeia para 25 membros mas, também, foi acordada uma nova política de controlo das concentrações com o Regulamento 802/2004 da

Comissão para a execução do Regulamento 139/2004.

Uma característica muito interessante do ponto de vista económico, do novo regulamento europeu de concentrações, é que marca a passagem de um teste de dominância de mercado para um teste mais próximo do teste substancial de redução de concorrência dos EUA (Theeuwes, 2005).

O novo teste substantivo da Comissão Europeia é rotulado como teste SIEC, é um compromisso e reflete o desejo de reter alguma da sabedoria da jurisprudência da abordagem original de dominância de mercado. O principal resultado económico do teste SIEC é que permite muito mais do que um teste à dominância, permite uma análise económica do custo e benefícios de uma fusão. Permite um equilíbrio económico dos resultados anti concorrenciais (por exemplo, os preços aumentados) e os efeitos pró-concorrenciais (por reduções) de uma futura fusão. A adoção deste novo teste não é apenas motivado pelo desejo de alinhar as abordagens antitrust europeias e americanas (que é importante para casos internacionais como o GE / Honeywell), mas também pode ser visto como uma resposta à crítica das falhas do critério de dominância de mercado e os três acórdãos proferidos em 2001 pelo Tribunal Europeu de Primeira Instância (Mateus, 2006).

António Ferreira Gomes (2014) em “Ultrapassar a Crise o papel da concorrência” apontou as principais dificuldades na verificação do teste SIEC, incluindo a dificuldade de verificação, dado que alguns mercados têm grandes especificidades e pode depender de fatores como:

- “ – Quotas de mercado elevadas – Pouco provável que os concorrentes aumentem a oferta se os preços aumentarem (v.g. restrições de capacidade).
- Partes na operação são concorrentes próximos (produtos diferenciados);

- A operação de concentração elimina uma força concorrencial importante (v.g. maverick);
- A operação reforça o buyer power das Partes;
- Pouca possibilidade de reposicionamento dos concorrentes (produtos diferenciados);
- Os clientes enfrentam reduzido leque de fornecedores ou custos de mudança elevados. Existência de barreiras significativas à entrada ou expansão (v.g. elevado investimento de entrada, economias de escala);
- Operação cria ou reforça barreiras à entrada/expansão dos concorrentes (v.g. controla o acesso a fatores produtivos essenciais, efeitos de rede);
- Os clientes não têm buyer power”.

Muitas destas dificuldades decorrem de estarmos perante critérios económicos e não jurídicos, tal como assistimos a uma crescente e cada vez mais acentuada financeirização da economia, assistimos também ao mesmo fenómeno no Direito, onde esta lei é bem exemplo disso, pois atenta-se a critérios estritamente económicos e um juízo de prognose sobre eficiências e estado atual e futuro do mercado, e sabemos todos como as previsões económicas podem falhar, criando assim alguma incerteza jurídica que o critério da quota não trazia. Mas, nem tudo é mau como vimos e continuaremos a ver.

Pretendendo-se com esta alteração abarcar efeitos que antes ficavam de fora, aumentando assim o espectro do controlo, bem como se acautelam diversos efeitos nocivos que não eram acautelados no teste anterior (Gomes, 2011).

“É possível construir outras “theories of harm” que têm impacto sobre a concorrência efetiva do mercado, sem que se observe o efeito direto e apenas no perímetro das empresas objeto da concentração, como nos casos seguintes: (i) eliminação de um concorrente potencial, (ii)

controle de barreiras à entrada, (iii) fazer subir os custos aos rivais na integração vertical, (iv) controle conjunto de *essential facilities*” (Mateus, 2006, p. 17).

Não podemos esquecer que o teste SIEC é “criado” por economistas e tem um pendor de forte análise económica, sendo a sua grande “inovação” proibir concentrações que não resultem numa posição dominante, que era uma lacuna do anterior critério.

Assim, tanto a nível interno como europeu, o futuro parece ser o da análise económica das concentrações e uma cada vez maior Justiça de caso concreto, algo inclusive enunciado no livro branco da Comissão, onde é feito um balanço sobre a aplicação do novo teste do SIEC. Isto reforçado pelo facto de que muitas vezes, as concentrações constituem ganhos de eficiência, não podendo ser condenadas à partida, pois em última análise, o que importa é ter uma economia sã e não apenas impedir concentrações com critérios rígidos, passos dados com o argumento da *“failing firm defence”*, não põe em causa a segurança jurídica, desde logo pelas “orientações” que podem ser livremente consultadas (Theeuwes, 2005).

Parece que apesar de “revolucionária” a alteração apenas parece evidenciar-se em casos de criação de oligopólio fechado, onde aí, além dos efeitos coordenados são tidos em conta também os efeitos não coordenados, nomeadamente as alterações de preços que podem decorrer da redução de preços decorrente dos efeitos unilaterais (Suaia & Kallás, 2007).

Será interessante ver que tipo de prova se fará nestes casos, pois não parece fácil em abstrato, demonstrar o nexo de causalidade nestes casos, podendo o mesmo levar a nova revisão da lei, ou pelo menos a novas linhas de orientação, podendo ainda aqui, subsistir algumas dúvidas quanto à certeza jurídica, dúvidas que já foram evidenciadas a nível europeu.

Ao contrário da lei Americana que tem um patamar mínimo para análise, parece-nos adequado que tal não seja necessário. Um problema que se coloca é a definição de dominância, pois é um critério económico que divide a doutrina e pode criar incerteza e decisões díspares, o critério decisivo é saber se vai impedir o desenvolvimento do mercado a longo-prazo.

No caso português, “é a autoridade de concorrência que tem a responsabilidade de levar a cabo a apreciação das notificações de concentrações, decidindo sobre a sua aprovação com remédios ou rejeição” (Mateus, 2006, p.2). Em termos de números, Gomes (2012) refere que entre 2003-2011, dentre 550 decisões, a larga maioria resultou na “não oposição” (84%), contrastando com os 5% de proibição.

De forma sucinta, Carvalho (2015) resume o que anteriormente foi aqui referido:

“A área da concorrência em Portugal está mais ativa do que nunca. O regime jurídico da concorrência, em vigor desde 8 de Maio de 2012, que dotou a Autoridade da Concorrência (AdC) de toda a panóplia de instrumentos de investigação, poderá ser um dos fatores responsáveis. O diploma criou condições para uma etapa mais exigente na aplicação das regras de concorrência em Portugal. Além disso, desde o final de 2014, com os novos estatutos, a AdC passou a ter mais instrumentos de gestão administrativa, financeira e de recursos humanos, para levar a bom porto a sua missão. O regime jurídico foi uma das reformas acordadas no memorando de entendimento assinado entre o governo português e a Troika, que pretendeu alinhar a lei portuguesa com o direito europeu. Nos termos desta lei, são proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas, práticas restritivas de concorrência, estando sobre escrutínio as operações de concentração de empresas e os abusos de posição dominante. (...) a dinâmica na atividade da AdC leva ao aumento da concorrência. E que a nova lei da concorrência por

si só não é responsável pelo aumento da concorrência, mas sim a forma como é aplicada” (Carvalho, 2015, p.2).

1.1.1. Enquadramento jurídico

A tutela da concorrência visa proteger, por forma eficiente, o núcleo dos direitos e interesses do consumidor, o livre acesso ao mercado, bem como, a transparência do seu *modus operandi* (igualdade de oportunidades), promover a desenvoltura do social, do económico e do financeiro (tanto que no nosso ordenamento jurídico tem dignidade constitucional) (art. 81.º da CRP) e potenciar a competitividade dos diversos atores económicos (Costa, 2014).

A concentração de empresas, enquanto mecanismo com potencialidades comprovadas de restrição da concorrência, merece especial atenção e prudência do legislador, assim, como, uma avaliação criteriosa e séria operada pelas agências públicas especializadas, entre nós, a Autoridade da Concorrência (AdC), no sentido de se determinar, proibindo, as operações não desejáveis, garantindo as neutras, bem como, as potenciadoras do bem-estar social (Cardoso, Cruz & Teles, 2014).

O fenómeno da concentração de empresas surge intimamente ligado a outros fenómenos, como a fusão, a aquisição de controlo e a posição dominante. De facto, uma concentração, uma fusão ou uma aquisição de controlo aumentam em termos absolutos a dimensão real da empresa (resultante da respetiva operação), por efeito, e de princípio, vislumbra-se a correspondente projeção em termos de poder económico e financeiro, constituindo *status* propício no acesso a posição dominante no mercado, em virtude das modificações concorrenciais conduzidas pela “nova” curva de custos unitários, desenvolvida através das economias de escala, que, por sua

vez, resultam da existência de explorações conducentes a um primeiro ótimo na curva de custos unitários de produção (custo mínimo) (Santana, 1993).

Em termos técnicos, refletindo sobre os conteúdos nocionais, entendemos considerar a concentração de empresas fenómeno de conteúdo mais abrangente, abarcando, por efeito, a fusão e a aquisição de controlo.

O legislador português estabeleceu o regime jurídico da concorrência (mais adiante LdC) no diploma Lei n.º 19/2012, de 8 de maio³, sendo aplicável “a todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo”,⁴ destinando-se a promover a defesa da concorrência, estabelecendo o quadro *regulador*, designadamente, das práticas restritivas e das operações de concentração de empresas “que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos”⁵.

Na linha do anteriormente firmado a principal preocupação que subjaz aos procedimentos de controlo das operações de concentração de empresas é o surgimento de empresas a ocupar posições de domínio (ou posições de domínio coletivo), exercendo poderes de monopólio, que podem resultar na subida (ou estabilização/ fixação) de preços, bem como, na redução das quantidades transacionadas (no mercado) (cf. n.º 1 do artigo 11.º e artigo 102.º do T.F.U.E.), com a respetiva repercussão social, económica e financeira. Por efeito das potencialidades de restrição da concorrência, o legislador consagrou a obrigatoriedade da notificação prévia das operações de concentração de empresas (cf. artigo 37.º da LdC). Da respetiva avaliação poderá resultar uma de três decisões (cf. artigo 50.º da LdC): aprovação sem condições; aprovação com compromissos (tendo em

³ Tendo revogado a anterior Lei n.º 18/2003.

⁴ n.º 1, do artigo 2.º.

⁵ n.º 2, do artigo 2.º.

“*vista a assegurar a manutenção da concorrência efetiva*” [cf. n.º 1, do artigo 51.º]]; não aprovação (Cardoso et al., 2014).

Segundo a LdC o conteúdo nocional de operação de concentração de empresa pressupõe o preenchimento de três elementos essenciais:

- a) Uma Empresa;
- b) Uma modificação de controlo sobre uma empresa;
- c) Caracter duradouro (eficácia).

A empresa é a entidade que exerce uma atividade económica que consiste na oferta de bens ou serviços num certo e determinado mercado, seja qual for o seu estatuto jurídico e o modo de financiamento (cfr. n.º 1, do artigo 3.º). Segundo a lei é considerada uma única empresa o “conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência” por efeito, designadamente (cfr. n.º 2, do artigo 3.º):

- a) Duma participação maioritária no capital;
- b) Da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais;
- c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização;
- d) Do poder de gerir os respetivos negócios.

As operações tipo das quais resultam modificações - duradouras ou permanentes - de controlo sobre parte ou totalidade duma ou mais empresas. No artigo 36.º da LdC o legislador estabelece o elenco de operações cabíveis, que constituem as categorias legais de concentrações de empresa:

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

b) Aquisição, direta ou indireta, de controlo da totalidade ou de partes do capital social ou de elementos do ativo de uma ou de várias outras empresas, por uma ou mais empresas ou por uma ou mais pessoas que já detenham o controlo de, pelo menos, uma empresa” (al. b), do n.º 1), incluindo, a criação de empresas-comuns, se duradouras, a desempenhar funções de uma entidade económica autónoma (al. b), do n.º 1 e o n.º 2).

Estaremos perante uma *fusão* quando duas ou mais empresas se aglomeram (juntam), desaparecendo como entidades jurídicas autónomas, dando origem a uma nova entidade. As entidades decidem, assim, “juntar os seus ativos e passivos numa única empresa.” Uma operação pública de aquisição (mais conhecida por O.P.A) tem, por sua vez, lugar, quando certa “empresa compra a maioria ou a totalidade de ações de outra empresa, ficando detentora não apenas dos seus ativos, mas também com a responsabilidade” pelos seus passivos (Leão, 2011).

Nas fusões as empresas envolvidas na operação, até então, independentes coligam ou fundem a sua atividade:

a) Poderão fundir-se criando uma nova entidade jurídica (deixando de existir como entidades autónomas);

b) A fusão poderá assumir a forma particular de “absorção”, quando apenas uma das empresas que entra na fusão mantém a sua individualidade jurídica;

c) Fusão por concentração de facto que resulta da articulação funcional da atividade económica de duas ou mais empresas, quando, por sua vez, conduz à criação duma mesma unidade económica, exigindo-se uma

gestão económica permanente e única. Essa situação verifica-se, designadamente, quando duas ou mais empresas – mantendo ou não a sua personalidade jurídica – estabelecem uma gestão económica comum por via contratual ou adotam a estrutura de uma empresa de dupla cotação na bolsa.

No domínio da aquisição, direta ou indireta, o legislador, nos termos do disposto no artigo 36.º da LdC, determina que “o controlo decorre de qualquer ato, independentemente da forma que este assuma, que implique a possibilidade de exercer, com carácter duradouro, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa” ou parte dela, nomeadamente, através da aquisição:

a) De cem por cento ou da maioria do capital social ou dos direitos de voto;

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

c) Direitos ou da “celebração de contratos que confirmam uma influência determinante na composição, deliberações ou decisões dos órgãos sociais de uma empresa”.

Controlo poderá ser **exclusivo** (influência determinante numa empresa), de direito ou de facto, bem como, **conjunto**, nos acordos temáticos entre acionistas em sede de gestão empresarial (obrigatória).

Estaremos face a uma verdadeira operação de concentração sempre que o controlo é adquirido por uma ou mais empresas ou uma ou mais pessoas singulares que já exerçam controlo sobre uma ou mais empresas;

O controlo, por sua vez, é adquirido e exercido sobre uma ou mais empresas, bem como, partes de empresas ou elementos do ativo duma ou várias empresas. Neste último caso, estaremos perante uma operação de concentração quando estes elementos do ativo se traduzem, no mercado, num certo volume de negócios.

A criação duma **empresa comum**, de acordo com o determinado pelo legislador na LdC, pode constituir uma operação de concentração quando duas ou mais empresas (mãe ou tronco) constituem uma nova empresa – comum, controlada conjuntamente (necessário bloqueio na autonomia empresarial estratégica da empresa objeto do controlo) - que atuará no mercado - podendo mesmo substituir uma ou mais empresas (mãe ou tronco) [neste tipo de concentração, as empresas envolvidas na operação deixam de ser independentes entre si] - desempenhando, por forma duradoura ou permanente, funções na qualidade de entidade económica autónoma. A sua operacionalidade exige:

- a)** Recursos humanos e financeiros próprios suficientes para operar por forma independente no mercado;
- b)** A presença no mercado (autonomia) – não obstante a atividade específica desenvolvida pelas empresas (mãe ou tronco);
- c)** Maior parte das vendas a terceiros, ainda que as empresas (mãe ou tronco) continuem a ser clientes;
- d)** Desenvolvimento de atividade numa base duradoura ou permanente (pelo menos 5 anos).

Passamos a expor as operações – constantes do conteúdo disposto no n.º 4 do artigo 36.º da LDC– afastadas expressamente pelo legislador do elenco das operações de concentração de empresa sujeitas a controlo, do seguinte modo:

a) Aquisição de participações ou ativos pelo administrador de insolvência no âmbito de um processo de insolvência;

b) Aquisição de participações com meras funções garantia;

c) Aquisições de participações por instituições de crédito, sociedades financeiras ou empresas de seguros:

I- *em empresas com objeto distinto destas empresas – empresas não financeiras;*

II- *constitua uma aquisição temporária para efeitos de revenda (máximo um ano);*

III- *os direitos de voto sejam exercidos com o desiderato de preparar a revenda.*

Parafraseando Engrácia Antunes (2011, p. 70) *as fusões e aquisições*, não obstante constituírem “modalidades distintas e alternativas de concentração interempresarial”, podem revelar-se numa articulação ou conjugação funcional, factos que revelam especial complexidade, já que poderemos estar perante uma operação de concentração que envolve duas realidades distintas que cumprem um mesmo desiderato (unitário), ou duas operações verdadeiramente autónomas.

De facto, a concentração de empresas permite aos operadores, que dela fazem uso, adquirir um poder relevante no mercado onde atuam e, deste modo, restringir as regras e os princípios do direito da concorrência. Não obstante, alguns operadores procuram, tão só, estimular, desenvolver e aproveitar as boas sinergias que se estabelecem, otimizando meios e recursos.

Cabe, de facto, às autoridades (de concorrência) avaliarem, caso a caso, as operações levadas a cabo e perceber se irão ou não resultar num aumento (ou estabilização/ fixação) dos preços e a acordos entre os operadores nos mercados de atuação.

As operações de concentração são de facto realidades multifacetadas podendo assumir diferentes formas ou naturezas diversas (Santana, 1993):

Concentração horizontal – quando se reúnem empresas (concorrentes) situadas no mesmo setor económico de atuação: operando uma redução do seu número e um aumentam significativo do poder de mercado, tornando-as um risco potencial no que tange às garantias de proteção da concorrência;

Concentração vertical – “quando se integram empresas que atuam a jusante ou a montante, num determinado processo produtivo” de um dado bem ou serviço, não tendo efeitos concorrenciais diretos com relação a cada um dos mercados envolvidos, afetando, todavia, a concorrência nos mercados em conexão;

Conglomerado – quando há uma diversificação de empresas que se dedicam a atividades que não são, nem concorrentes nem complementares: resultando na formação de *holdings* - conjunto de empresas produtoras de diferentes produtos, pertencentes a mercados distintos, aparentemente separados.

Os conglomerados poderão revestir três modalidades (Cardoso et al., 2014, p. 11):

a) Conglomerados de extensão de mercado – abarca todo um conjunto de produtos com um elevado nível de substituição, atuando em mercados geográficos distintos;

b) Conglomerados de extensão de produto – empresas produtoras de bens complementares, que, por sua vez, poderão ser produzidos ou distribuídos de igual forma;

c) Conglomerados de diversificação – englobam produtos não substituíveis, nem complementares.

As duas primeiras modalidades de conglomerado causam, normalmente, sérias preocupações a respeito da tutela do direito da concorrência, quando aumentam o seu poder de mercado e desenvolvem obstáculos ou barreiras à entrada. A última modalidade - conglomerados de diversificação - não geram grandes preocupações no domínio da concorrência, salvo quando as empresas se intersetam nos diversos mercados, umas como empresas clientes e outras como empresas fornecedoras (Cunha, 2005).

Em geral, e recuperando o anteriormente desenvolvido, as principais razões que subjazem ao surgimento das concentrações – nas suas vertentes – são (Cardoso et al., 2014, p.11):

- a) diminuição dos custos unitários de produção – custo mínimo;
- b) beneficiar das economias de escala;
- c) necessidade de desenvolver atividades de (i - d);
- d) aumento do poder de negociação;
- e) por efeito duma estratégia de defesa contra uma hipotética aquisição adversa;
- f) obtenção de boas sinergias;
- g) harmonização dos produtos das empresas envolvidas;
- h) *no caso de concentração horizontal:*

I- obtenção duma posição dominante.

i) no caso de concentrações verticais:

I- evitar a “dupla margem” de resultados extraordinários;

II- eliminar custos de coordenação,

III- eliminar tributação nas transações internas;

IV- melhorias técnicas;

V- reduzir dependência dos fornecedores de componentes ou dos distribuidores;

VI- aproveitamento de externalidades positivas;

VI- especificidade dos ativos físicos ou humanos;

VII- criação de condições de exclusividade de mercado, obtendo uma posição dominante, a fim de atingir os denominados ganhos de monopólio.

Múltiplas são as razões que movem as operações de concentração, razões de valor, fulcrais para a subsistência e desenvolvimento das atividades empresariais, dirigidas a estádios elevados de competitividade empresarial nos diversos mercados (Cruz, 2009).

Não obstante, a obtenção de posição dominante nos mercados, numa ou noutra forma de concentração, constitui a razão mais propícia a originar comportamentos conducentes a operar restrições reais à concorrência. Ademais é a razão de foco, pela sua perigosidade – já que dela muito facilmente resultam abusos restritivos da concorrência - é a que mais atenção, mas também, oposição tem recebido pelas autoridades (de concorrência).

O afirmado decorre claramente da letra da lei. Atente-se, a título de exemplo, o conteúdo do artigo 37.º da LdC (situações de notificação prévia das operações de concentração), cujos critérios impositivos se baseiam “na quota de mercado” e no “volume de negócios”. A dimensão das empresas no mercado constitui, deste modo, o aspeto mais importante, e que se relaciona com a posição (relativa) que as aquelas ocupam no mercado, facto revelador de que o objetivo do legislador é contrariar a posição dominante, inviabilizando o abuso (Cardoso et al., 2014).

Essa preocupação latente do legislador revela-se expressamente no conteúdo do disposto nos n.ºs 3 e 4 do artigo 41.º da LDC onde constam os fatores a ter em linha de conta nas operações de concentração. Atente-se a substância dos preceitos legais: são autorizadas as concentrações de empresas que não sejam suscetíveis de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste”(n.º3); “não são autorizadas as concentrações de empresas que sejam suscetíveis de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, em particular se os entraves resultarem da criação ou do reforço de uma posição dominante.” (n.º 4)

A prioridade da preocupação mencionada está também patente nas normas comunitárias no âmbito da concorrência: O Regulamento CE 139/2004 relativo ao controlo das concentrações de empresas, nos n.ºs 2 e 3 do art.º. 2.º, focam o problema do seguinte modo: 2. Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as concentrações que não entrem significativamente uma concorrência efetiva, 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 efetiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste,

em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.

1.2. Efeitos coordenados

A concentração de empresas encontra-se regulada no artigo 36.º, n.º1, do RJC, como uma “mudança duradoura de controlo sobre a totalidade ou parte de uma ou mais empresas, em resultado: a) da fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; b) da aquisição, direta ou indireta, do controlo da totalidade ou de partes do capital social ou de elementos do ativo de uma ou de várias outras empresas, por uma ou mais empresas ou por uma ou mais pessoas que já detenham o controlo de, pelo menos, uma empresa” (Cardoso et al., 2014, p.10).

Como refere António Ferreira Gomes “Na UE, impera o teste do domínio do mercado, definido pelo desenvolvimento da concorrência efetiva e a posição das empresas no mercado, um critério mais restritivo e limitador”.

No entanto, no âmbito da diferenciação de tipos de concentração e numa tentativa de aprofundar esta noção, salienta-se os conceitos de concentrações horizontais e verticais.

“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 direta, levando a cabo a sua atividade 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” (Reis, 2003, p. 5).

Reis (2003, p. 27) também refere que “a Comissão aponta, no entanto, exceções 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 suscetível de expandir significativamente as suas atividades num futuro próximo, por exemplo, devido a uma inovação recente”.

Assim, para se distinguir, uma empresa deve implementar novas soluções destinadas a reforçar a sua posição competitiva, a sua performance, seu know-how ou as suas capacidades/competências. Os incentivos fiscais e os programas de apoio à investigação e desenvolvimento são alguns mecanismos utilizados pelos governos e por organizações internacionais na promoção da investigação e desenvolvimento empresarial. A nível europeu, os programas de investigação e desenvolvimento da Comissão Europeia são atualmente uma referência.

A inovação é umas dessas soluções porque quando os mercados estão saturados, esta vai relançar a procura, permite recuperar margens (ex. face à concorrência) e é uma arma importante dos produtores em relação à distribuição. Na área dos serviços a forma de manter/conquistar quotas é através da inovação dos produtos e para que se possa inovar de uma forma eficaz é necessário ter uma atitude mental de curiosidade, isto porque é crucial estar aberto em relação a tudo o que nos rodeia, a nível dos comportamentos, expectativas e frustrações dos consumidores, de forma a conseguirmos responder aos seus desejos.

Note-se que a inovação, é um processo que envolve custos crescentes a nível de investigação, tornando-se cada vez mais arriscada e dispendiosa.

Neste seguimento, uma empresa deve ter em linha de conta que os

clientes são todos diferentes e portanto, que são atraídos por aspectos diferentes, pelo que existem várias dimensões competitivas que sustentam a posição competitiva de uma empresa.

No que diz respeito à perspectiva financeira, as empresas têm duas estratégias básicas para conduzir o desempenho financeiro: crescimento e produtividade. A estratégia de crescimento apresenta as seguintes componentes: construir a franquia (desenvolver novas fontes de renda através de novos mercados, produtos e clientes); aumentar o valor do cliente (trabalhar com os clientes atuais de modo a trabalhar a relação e fortalecê-la). A estratégia de produtividade apresenta a execução eficiente das atividades operacionais no apoio aos atuais clientes e foca-se na redução de custo e na eficiência. As suas componentes são: aumentar a estrutura de custo (diminuir os custos diretos dos produtos e/ ou serviços, os custos indiretos e compartilhar recursos com outras empresas); aumentar a utilização dos ativos (reduzir o capital fixo e de giro necessários para apoiar determinado nível de negócios através de uma utilização mais eficiente, da aquisição cuidadosa ou da disposição de partes de base de ativo fixo e circulante) (Koplan & Norton, 2000).

Mas, centrando-nos sobre a temática dos efeitos coordenados, importa referir que estes efeitos poderão surgir quando uma concentração altere a natureza da concorrência, de forma a que as empresas que anteriormente não coordenavam o seu comportamento são agora muito mais suscetíveis de o coordenar e de aumentar os preços ou de prejudicar de qualquer outra forma a concorrência efetiva, ou torna a coordenação mais fácil ou mais eficiente para as empresas que já coordenavam o seu comportamento antes da concentração.

Estes efeitos adquirem particular relevância com o novo critério, pois se antes escapavam à rigidez da quota, agora isso não acontece.

São, no entanto, necessárias três condições para que a mesma seja relevante:

- As empresas que participam na coordenação deverão poder controlar, de forma suficiente, se as condições de coordenação estão a ser cumpridas;

- Devem existir mecanismos de dissuasão credíveis que possam ser ativados quando é detetado um desvio;

- As reações das empresas terceiras, como os concorrentes atuais e potenciais que não participam na coordenação, e também dos clientes, não deverão poder prejudicar os resultados esperados da coordenação.

As características de mercado favoráveis à verificação destas condições são:

- Níveis elevados de concentração de mercado;

- Barreiras à entrada/expansão;

- Transparência de mercado;

- Simetria e homogeneidade de custos das empresas;

- Participações cruzadas;

- Regularidade e frequência das encomendas;

- Grau de complexidade (reduzido) e estabilidade do mercado;

- Contactos em múltiplos mercados;

- Impacto da operação na probabilidade, sustentabilidade e extensão da coordenação (Comissão Europeia, 2004).

Podemos discutir em abstrato se o critério Português e Europeu é o mais indicado ou se seria melhor adotar o critério Americano, e será que

faria assim tanta diferença substantiva? Pois a preocupação em última análise é o da subida dos preços, no estado atual da economia, parece-nos que a tendência será a da criação de mais e maiores conglomerados.

O controlo de concentrações tem nos compromissos uma parte central pois permitem que um grande número de operações sejam aprovados que de outra forma não o seriam, justificando assim a elevada taxa de concentrações permitidas ainda que com perigo abstrato e concreto para a economia, explicando assim o crescimento de decisões com compromissos ao longo dos últimos anos, nomeadamente em decisões importantes.

Um exemplo disso é a OPA BCP/BPI. Foi formalizada uma proposta para a negociação de uma fusão entre BPI e BCP. Um desenvolvimento bem recebido pelos investidores que levaram as ações dos bancos a fortes ganhos, sobretudo os títulos do banco liderado por Fernando Ulrich. Um movimento que os analistas atribuem à expectativa de que o CaixaBank venha a subir a contrapartida no âmbito da OPA ao BPI. O banco liderado por Fernando Ulrich somou 9,04% para os 1,483 euros, o valor mais elevado do último mês. Já o BCP, que chegou a ganhar mais de 9% antes de a CMVM suspender a negociação, acabou por avançar apenas 2,43% para os 8,54 cêntimos. De facto, isto refletiu que o mercado acredita mais na OPA do que na fusão.⁶ No entanto, face à alteração da lei, acredita-se que a decisão, se fosse atual, seria diferente. O que se veio a verificar com a conclusão da OPA, porque sem o efeito da OPA, e com a perspetiva de ficar com a liquidez muito reduzida, as ações do BPI perdem o gás e desvalorizam. A falta de liquidez é agora um dos maiores riscos do BPI em bolsa. Houve aqui uma “fuga” à fusão, à criação de “compromisso” entre estes dois bancos, no entanto a situação não é muito positiva.

⁶ Com base em informação disponível em http://www.jornaldenegocios.pt/mercados/bolsa/detalhe/analistas_acreditam_mais_na_opa_do_que_na_fusao

Para melhor analisar a temática dos compromissos, Cardoso et al. (2014, pp24-29) referem que “Para evitar uma rejeição eminente, as empresas apresentar compromissos que diluam a obtenção de poder de mercado, de modo a assegurar a manutenção da concorrência efetiva. Assim, os compromissos constituem medidas apresentadas pelas empresas envolvidas na concentração que visam obstar a uma decisão de não aprovação. Classicamente são enquadrados em dois grupos: os compromissos estruturais e os compromissos comportamentais”.

Ou seja, os compromissos são uma tentativa de salvar a concentração, ponderando assim os benefícios da mesma, e tentando cortar os malefícios, fazendo com que a concentração seja o melhor possível para a economia.

Assim, os mesmos autores distinguem os compromissos como:

“Os primeiros (estruturais) visam criar alterações na estrutura de organização da empresa, por exemplo, através da alienação de ativos ou de um conjunto de ativos da empresa (instalações, stocks, direitos, patentes...). São considerados mais eficazes e acarretam menores custos de monitorização e cumprimento pois introduzem alterações na estrutura de mercado. Por esta razão, são tendencialmente preferidos quer pela AdC, quer pela Comissão Europeia. Os segundos surgem mais frequentemente como um complemento aos compromissos estruturais ou quando os efeitos anti concorrenciais da concentração se preveem de curta duração. Visam, sobretudo, influenciar a conduta das empresas, por exemplo, através do comprometimento de abstenção de requerer determinada licença ou a inibição de práticas de fidelização aos clientes” (Cardoso et al., 2014, pp. 25-27)

Na maior parte dos casos estes compromissos correspondem a uma alienação de ativos, que tentam assim preservar a situação anterior em

termos de concorrência tentando fazer com que a concentração tenha um impacto mais neutro.

Além disso, referem ainda os autores que,

“Os compromissos propostos pelas empresas notificantes devem respeitar e ser fundamentados com alusão a alguns princípios basilares propostos pela AdC e pela Comissão Europeia. A eficácia é um desses princípios, segundo o qual, os compromissos devem ser suscetíveis de eliminar as preocupações concorrenciais identificadas, tendo-se em consideração a sua exequibilidade em termos de implementação e de monitorização. A AdC apenas aceita compromissos que apresentem elevado grau de certeza quanto aos efeitos pretendidos⁷. A eficiência é outro dos princípios, de tal modo que os compromissos devem corresponder à solução com menores custos, de entre aquelas que respondam ao objetivo já referido da eficácia. É dada particular importância aos custos suportados por terceiros e pela própria AdC na implementação dos compromissos. A proporcionalidade constitui o princípio segundo o qual se exige que os compromissos correspondam ao necessário, isto é, devem garantir uma relação de equilíbrio entre a preocupação concorrencial identificada, o meio de solução utilizado e o fim preconizado” (Cardoso et al., 2014, pp. 25-27).

Algo que nos parece acertado, e a consagração de que, os compromissos têm de respeitar a lei adjacente, e os princípios do nosso ordenamento jurídico.

Problema maior levanta a eficiência porque não é um conceito jurídico, mas económico, que é permeável a diversas considerações políticas, ideológicas e empresariais, que podem colocar em causa a segurança

⁷ Linhas de Orientação da AdC sobre a adoção de compromissos em controlo de concentrações e Comunicado CE C/267 22/10/2008.

jurídica, desde logo por se ter trocado um critério objetivo por um bastante subjetivo.

É a consagração jurídica do custo-benefício como critério de decisão, e uma substituição de uma análise mais jurídica por uma mais económica, o que neste ramo do Direito pode até nem ser negativo, mostrando que a questão central é sempre a dicotomia entre o aumento de preços e a redução de custos, e é sempre desta análise que sai a decisão.

Os compromissos constituem obrigações de resultado pelo que a não obtenção do resultado previsto resulta em incumprimento, mesmo que tal não ocorra por causa imputável à notificante. A monitorização do cumprimento dos compromissos assenta, no panorama nacional, nas figuras do mandatário de monitorização e do mandatário de alienação, de acordo com os pontos 46 e seguintes das Linhas de Orientação da AdC sobre compromissos em controlo de concentrações. Ao mandatário de monitorização cabem diversas funções, de entre as quais destacam-se as previstas no ponto 47. Em caso de desacordo entre a notificante e os potenciais adquirentes, o mandatário reporta o diferendo à AdC, de forma fundamentada. Enviar à AdC relatórios periódicos, previstos ou com base em solicitação específica, sobre o cumprimento dos compromissos.” A figura do mandatário de alienação é facultativa. Sempre que sejam tomados compromissos estruturais pode ser nomeada uma pessoa independente para proceder à alienação dos bens a desinvestir. Contudo, como menciona o ponto 51, “Não obstante, a contratação de mandatário de alienação não desonera as partes da responsabilidade pelo eventual incumprimento do compromisso, nem fundamenta qualquer prorrogação de prazo para o cumprimento do mesmo. Finalmente, o incumprimento dos compromissos pode ser de “condições” ou de “obrigações”, tendo consequências jurídicas distintas. Assim, como resulta dos pontos 146 e seguintes das Linhas de Orientação, em ambos os casos há lugar à abertura de um procedimento oficioso para aferir do incumprimento e está prevista a aplicação de

uma coima (alínea g) do número 1 do artigo 68.º do RJC) e também a revogabilidade da decisão da AdC de não oposição (alínea a) do número 1 do artigo 57.º do RJC). Contudo, para o incumprimento de “condições” prevê-se ainda a nulidade dos negócios jurídicos relacionados com a operação de concentração (número 3 do artigo 50.º do RJC)” (Cardoso et al., 2014, p. 25).

Muitos destes compromissos têm servido para que um número muito pequeno de concentrações seja proibido, e que mostra que o futuro, desta área, não é o da proibição, mas o da aprovação com compromissos, mostrando que a preocupação com a melhoria do mercado é a prioridade. Entende-se que também as concentrações podem trazer benefícios, bastando que se eliminem os riscos delas decorrentes.

1.2.1. Alterações relevantes (Nova lei)

António Ferreira Gomes (2011), na área das operações de concentração, tocou num dos aspetos mais interessantes da nova lei – a aproximação à legislação comunitária do tipo de abordagem que se utilizará na apreciação de operações de concentração, em lugar de um teste de dominância passar a um teste de entraves significativos à concorrência efetiva. Embora qualquer um dos dois conceitos permita uma latitude grande de atuação, e de em termos económicos dominância não significar apenas ser a maior empresa do mercado, a verdade é que falando em entraves à concorrência se tira do caminho da análise dos efeitos de uma operação de concentração a questão de definição de dominância e sua evolução. A maior flexibilidade do conceito é natural que leve também a maior discussão.

A alteração da lei para um critério mais lato é em nosso entender positiva, pois muitas vezes a dominância efetiva, ou o “poder de facto” não começa nem acaba numa cifra específica, e deve caber ao aplicador uma larga margem de discricionariedade.

Não podemos esquecer o contexto da alteração legislativa, pois foi na vigência do memorando com a “Troika” que a mesma ocorreu.

É verdade que o novo critério é mais exigente e que até permite em abstrato evitar concentrações de que resultem efeitos não coordenados em mercados oligopolistas, mas na prática pode não ser assim.

Tal como na versão Europeia, a mudança de critério aparentava ser uma espécie de “revolução”, mas será que foi e será assim?

Existe também a preocupação com os efeitos coordenados, facto que foi evidenciado a nível Europeu no caso Airtours, onde se colocou o problema da dominação em oligopólio ser tácita, criando alguns problemas de intervenção. No entanto, nem todos os oligopólios produzem efeitos coordenados e são suscetíveis de controlo, e a alteração do critério tanto a nível europeu como nacional, colocou dúvidas de segurança jurídica que em nosso entender não se verificam pois um critério mais largo existe para abarcar mais situações e garantir mais justiça de caso concreto, enquanto o anterior critério por ser mais rígido, poderia ser mais fácil de ser contornado.

No entanto, a nível europeu a mudança não foi assim tão grande como vimos supra, aliás, os receios de que um critério lato ia permitir proibições arbitrárias não se verificou a nível interno como externo, o que faz sentido, face à história da alteração que nasce do memorando de entendimento, que visava tornar a economia “mais liberal” e também pela doutrina económica vigente na comissão. O resultado foi o de permitir mais concentrações, sendo até permitidas algumas que não passariam no teste

anterior, no nosso caso a opa BCP/BPI seria um caso que provavelmente teria outro desfecho com o novo teste SIEC no sentido da proibição, conforme expusemos supra.

É de realçar ainda, que não foi acolhido um argumento de eficiência pura em termos económicos, tanto a nível europeu como a nível interno, algo que a nível europeu já fora evidenciado por Mitja Kocmut, onde o autor critica o modelo vigente como algo “fechado” e defende que o mesmo deveria abarcar uma conceção de eficiência mais abrangente e menos centrada apenas nos ganhos de bem-estar dos consumidores, permanecendo otimista quanto ao futuro.

No entanto, não perfilhamos esta posição, também no Direito nacional, receber uma “ditadura da eficiência,” teria efeitos perniciosos em nosso entender, porque como a recente crise evidenciou, o juízo económico é falível e é sempre uma salvaguarda de segurança jurídica que permaneçam critérios mais objetivos, por forma a temperar uma excessiva “economização” do jurídico, que ainda é salvaguardada pela amplitude do critério.

1.3. Controlo “legal”

A concorrência efetiva traz benefícios aos consumidores, tais como preços baixos, produtos de alta qualidade, ampla seleção de bens e serviços e inovação.

Segundo as orientações para a avaliação das concentrações horizontais, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, a Comissão Europeia (CE) evita fusões suscetíveis de privar os clientes desses benefícios, aumentando significativamente o poder de

mercado das empresas. Por "poder de mercado aumentado" entende-se a capacidade de uma ou mais firmas aumentar os preços, reduzir a produção, a escolha ou a qualidade dos bens e serviços, diminuir a inovação ou influenciar outros parâmetros de concorrência. A expressão "aumento de preços" é muitas vezes utilizada como uma abreviatura para estas várias formas em que uma fusão pode resultar em prejuízo competitivo. Tanto os fornecedores quanto os compradores podem ter poder de mercado. No entanto, para maior clareza, o poder de mercado normalmente refere-se ao poder de mercado de um fornecedor (Comissão Europeia, 2004).

Na apreciação dos efeitos concorrenciais de uma concentração, a Comissão Europeia (CE) compara as condições de concorrência que resultariam da fusão com as condições que teriam prevalecido sem a concentração. Na maioria dos casos, as condições concorrenciais existentes no momento da fusão são a comparação relevante para a avaliação dos efeitos de uma fusão. No entanto, em determinadas circunstâncias, a CE pode ter em conta as futuras alterações ao mercado que possam ser razoavelmente previsíveis. Poderá, nomeadamente, ter em conta a entrada ou a saída provável de empresas se a fusão não tiver tido lugar ao considerar o que constitui a comparação relevante.

Para que se entenda como é feito este controlo "legal" de CE, a apreciação que é feita sobre as concentrações implica normalmente a definição dos mercados de produtos e geográficos relevantes e a apreciação concorrencial da concentração. O principal objetivo da definição do mercado é identificar de forma sistemática as restrições concorrenciais imediatas que a entidade resultante da concentração enfrenta. Diversas considerações que conduzem à delimitação dos mercados relevantes podem também ser importantes para a apreciação concorrencial da concentração (Comissão Europeia, 2004).

Para avaliar o impacto previsível de uma concentração nos

mercados relevantes, a CE analisa os seus eventuais efeitos anti concorrenciais e os fatores de compensação pertinentes, tais como o poder de compra, a extensão das barreiras à entrada e as eventuais eficiências apresentadas por as festas. Em circunstâncias excepcionais, a CE examina se estão reunidas as condições para a defesa de uma empresa falida (Comissão Europeia, 2004).

À luz destes elementos, a CE determina, nos termos do artigo 2.º do regulamento das concentrações, se a concentração entrava de forma significativa uma concorrência efetiva, nomeadamente através da criação ou do reforço de uma posição dominante, devendo, por conseguinte, ser declarada incompatível com o mercado comum. Deve-se ressaltar que esses fatores não são uma "lista de verificação" para serem aplicados mecanicamente em todos os casos. Em vez disso, a análise da concorrência num caso específico basear-se-á numa avaliação global do impacto previsível da concentração à luz dos fatores e condições relevantes. Nem todos os elementos serão sempre relevantes para cada fusão horizontal, e talvez não seja necessário analisar todos os elementos de um caso com o mesmo detalhe (Comissão Europeia, 2004).

Face ao referido, é importante salientar que a pressão concorrencial exercida sobre um fornecedor não é exercida apenas pelos concorrentes, mas também pode ser proveniente dos seus clientes. Mesmo as empresas com quotas de mercado muito elevadas podem não estar em condições de, após a concentração, impedir de forma significativa uma concorrência efetiva, em especial agindo de forma sensível independentemente dos seus clientes, se estes possuírem um poder de compra compensador. Neste contexto, o poder de compra compensador deve ser entendido como a força de negociação que o comprador tem com o vendedor em negociações comerciais devido à sua dimensão, à sua importância comercial para o vendedor e à sua capacidade de mudar para

fornecedores alternativos.

Uma fonte de poder de compra compensatório seria se um cliente pudesse credivelmente recorrer, num prazo razoável, a fontes alternativas de fornecimento caso o fornecedor decidisse aumentar os preços ou de outra forma deteriorar a qualidade ou as condições de entrega. Tal seria o caso se o comprador pudesse mudar imediatamente para outros fornecedores, ameaçar de forma credível integrar-se verticalmente no mercado a montante ou patrocinar a expansão ou entrada a montante, por exemplo, persuadindo um potencial participante a entrar. É mais provável que clientes grandes e sofisticados possuam esse tipo de poder de compra compensatório do que empresas menores em uma indústria fragmentada. O comprador pode também exercer um poder de compra compensatório recusando comprar outros produtos produzidos pelo fornecedor ou, em especial no caso de bens duradouros, atrasando as compras (Comissão Europeia, 2007).

Em Portugal, a Lei da Concorrência, de 9 de julho de 2012, apresenta alterações a analisar.

“Assim, devem ser notificadas as concentrações que impliquem: a criação ou reforço de uma quota de mercado igual ou superior a 50% (enquanto que até aqui o limiar era “superior a 30%”); a criação ou reforço de uma quota de mercado superior a 30% e inferior a 50%, desde que o volume de negócios em Portugal, no último exercício, de pelo menos 2 das empresas participantes na concentração tenha sido superior a 5 milhões de euros; ou quando o volume de negócios de todas as empresas participantes em Portugal, no último exercício, tenha sido superior a 100 milhões de € (anteriormente era de 150 milhões €) e o de pelo menos 2 das empresas participantes tenha sido superior a 5 milhões de € (anteriormente 2 milhões de €). Verifica-se que não se optou por um critério único, por referência ao volume de negócios das empresas à semelhança do que sucede no atual quadro da União

Europeia. Os limiares estabelecidos compreendem-se à luz da reduzida dimensão de muitos mercados no plano nacional. De notar ainda que fica expressamente prevista a obrigação de notificar conjuntos de operações” (Melo e Matos, 2014, p. 8-9)

1.4. Confronto entre escolas Económicas (Escola de Harvard e de Chicago)

Apesar de não perfilharmos a teoria da Escola de Chicago, importa realçar que o Controlo de Concentrações pode ter um impacto positivo na economia, sendo particularmente importante a sua fiscalização em tempos de Depressão económica.

Assim, e como refere a Autoridade da Concorrência, “as operações de concentração podem ser positivas para a economia, sendo fenómenos naturais em economias de mercado e reflexo da liberdade empresarial que podem, por exemplo, permitir recombinação de ativos e gerar sinergias, desenvolver novos produtos e processos, reduzir custos ou expandir as operações, reduzir situações de dupla-margem no caso de concentrações verticais, reduzir custos de transação e melhorar a coordenação entre os dois níveis da cadeia de valor, entre outros efeitos positivos”.

Essencialmente existem 2 argumentos, além evidentemente do juízo de caso concreto na aplicação da lei, nomeadamente os que vamos aludir de seguida.

1.4.1. Ganhos de eficiência

Este argumento, típico da escola de Chicago, visa demonstrar os

ganhos que advêm da concentração em causa pela sua especificidade, salientando-se a sua elevada probabilidade de concretização em tempo útil que em abstrato beneficiará todos, como alegada “vantagem”, surge o facto de serem “facilmente” verificáveis em concreto, e que irão beneficiar os consumidores.

1.4.2. Argumento da empresa insolvente

Este argumento tem particular relevância, pois surge quando vivemos climas de depressão económica, onde são requisitos existir uma empresa com incapacidade de cumprir obrigações financeiras, sem possibilidade de reorganização, e em que exista o risco da saída dos ativos do mercado.

Esta Doutrina é também conhecida como “Failing Firm Defence”, com origem na secção 7 do Clayton Act. A doutrina Americana fala ainda em “All that is necessary is that the merger create an appreciable danger of such consequence in the future. A predictive judgment, necessarily probabilistic and judgmental rather than demonstrable, is called for.” The words “may be” indicate that Section 7 is concerned with “probabilities,” not with “certainties” nor with mere “ephemeral possibilities”.

1.5. Teoria Económica que sustenta as Concentrações de Empresas

Existem “essencialmente 3 modalidades de concentrações, as concentrações horizontais que ocorrem entre empresas concorrentes, isto é, que operam no mesmo nível do mercado; as concentrações verticais que reúnem duas ou mais empresas que se encontravam até aí numa relação de

fornecedor/cliente; e ainda sob a forma de conglomerados, quando as relações que existem entre as empresas não são horizontais nem verticais” (Cunha, 2005).

Sendo que as concentrações horizontais apresentam maiores riscos, pois como as mesmas “estão relacionados com a eliminação de concorrentes, a redução de produção e aumento dos preços, a criação de barreiras à entrada para as empresas que não estejam integradas na empresa, o que facilita a colusão oligopolística, potenciando comportamentos predatórios quanto aos concorrentes instalados. Por outro lado, a concentração pode funcionar como uma alternativa à criação de cartel, com a vantagem de impedir que os participantes possam iludir a “disciplina comum”. Saliente-se que, além do mais, os cartéis são proibidos no art. 9.º da Lei 19/2012. No que toca às concentrações verticais, o efeito de encerramento do mercado é o principal risco.

Sendo ainda necessário fazer um juízo de prognose em relação ao estado dos consumidores “É necessário ter em conta os efeitos potenciais das concentrações de empresas sobre o estado social, sendo que por bem estar social entende-se o somatório do excedente do consumidor, com o excedente do produtor. Normalmente, os efeitos potenciais das concentrações sobre o estado são identificados numa ótica custo-benefício, em que se determinam, por um lado, as vantagens e, por outro, as desvantagens deste tipo de operações. De notar que as concentrações são expressão da iniciativa privada (Riscado, 2004).

Os mesmos podem ser agrupados em dois tipos. Segundo Jacquemin (1990), por um lado, a redução dos custos de transação e, por outro lado, os ganhos de eficiência em matéria de gestão. Na redução dos custos de produção incluem-se as economias de escala e de gama, que poderão ser obtidas através do aumento da escala de produção ou da reorganização da atividade produtiva. Mais tarde, Motta (2004) também se

refere às economias de escala e de gama como vantagem que as empresas *insiders* obtêm ao combinarem os seus ativos”.

Voltando à análise de Jacquemin (1990), as concentrações seriam uma resposta do próprio mercado à existência de ineficiências produtivas ou de outra ordem. No entanto a prática e também as alterações vigentes vieram mostrar que nos devemos preocupar também com participações que não sejam dominantes, bem como, os efeitos coordenados que podem ser ainda mais perniciosos do que as concentrações verticais.

“A teoria de Chicago teve uma contribuição fundamental para a análise de concentrações na distinção entre concentrações horizontais e verticais, sendo as primeiras mais preocupantes do que as segundas. As concentrações horizontais referem-se à fusão ou aquisição de empresas dentro de um mesmo mercado, enquanto que as verticais se referem a concentrações entre empresas dentro de uma dada cadeia de produção. E a razão tem a ver com dois fatores económicos. Nas concentrações verticais verificam-se geralmente mais eficiências (reduções de custos) devido à integração de atividades e redução de custos de coordenação, e elimina-se o chamado efeito de “margens duplas”” (Mateus, 2006, p. 4).

Ainda, no que diz respeito ao mesmo tema, Abel Mateus (2006) refere o efeito de margens-duplas,

“Este verifica-se porque o “monopólio” otimiza em relação ao lucro conjunto de atividades e não em relação a duas atividades distintas”. Na maioria dos casos que se seguem discutiremos o caso das concentrações horizontais, onde a preocupação do economista é o aumento do poder de mercado” (Mateus, 2006, p. 4).

Levanta-se, por vezes, a dúvida sobre se a concentração cria ou alternativamente reforça uma situação de dominância, o que estaria

relacionado com a análise a partir da adquirente ou adquirida. Esta situação poderia ser interessante se a adquirente for, por exemplo, um quarto da adquirida. Contudo, não nos parece que mereça qualquer reflexão pois o que interessa é a nova estrutura de mercado em relação à pré-existente, como veremos. É interessante a frase de J. Temple Lang de que a dominância é o resultado de quanta concorrência ainda resta, e não da alteração decorrente da fusão⁸.

Isso mostra-nos que quanto maior for o número de empresas, sustentadas pelo mercado, melhor será para a eficiência económica e o bem-estar. Poderá haver diferentes empresas a fornecer serviços, poderá haver diferentes empresas a construir e explorar diferentes plataformas ou redes de telecomunicações. Quantas? O mercado é que dita o número, sujeitas ao controle das concentrações, que estuda caso a caso, quando é que aquela concentração tem efeitos negativos decorrentes do poder de mercado, que suplantam as eficiências, e assim impor um limite ao nível de concentração desse mercado.

“Poderemos invocar argumentos de que é necessário que mesmo as empresas nos bens transacionáveis têm que ser grandes para poderem competir no mercado internacional? Este argumento não tem nenhum suporte económico, pois ser grande ou pequena não só é um conceito relativo, como deve tomar sempre como referência a tecnologia específica do sector – ninguém proporia a existência de uma única barbearia ou cadeia de restaurantes no país. Poderia argumentar-se que uma grande empresa é sempre mais” eficiente, ou seja, tem custos médios mais baixos do que uma de menor dimensão. É necessário estudar a tecnologia e a curva de custos dessa empresa, e a maioria dos estudos mostra que exceto para certas indústrias ou empresas assentes em redes, as economias de escala são sempre uma fração muito baixa

⁸ Veja-se o seu artigo ‘Oligopolies and Joint Dominance in Community Antitrust Law’, in Barry Hawk (ed.) Fordham Corporate Law Institute, 2001.

da quantidade efetivamente procurada. Por conseguinte, não se podem fazer generalizações que não são sustentadas tecnicamente” (Mateus, 2006, p. 15).

Ou seja, em nosso entender e após a crise de 2007, parece-nos que o argumento que a empresa sã e eficiente é empresa grande caiu por terra veja-se o caso Lehman Brothers, Aig, Gm Motors e demais bancos intervencionados nos EUA, o que não deixa de ser curioso, pois a nova alteração e o novo teste SIEC, parece proporcionar os mesmos erros do passado embora em tese não seja essa a ideia.

Vejamos o novo teste faz sempre um juízo de prognose económica que não é uma ciência exata, tornando-se permeável à doutrina económica vigente de pendor liberal que afetará a decisão. Não é fácil solucionar isso, e o passo passará sempre por ter mecanismos de controlo sobre a mesma decisão e reforçar o escrutínio e publicidade das mesmas.

2. Análise de casos práticos

2.1. O caso Continente/Hipermercados Sá

Entre nós, este critério foi aplicado recentemente no caso Continente/ Hipermercados Sá, onde destacamos a necessidade de ter de existir um cenário menos gravoso para a concorrência a fim de se aplicar o critério em causa, nomeadamente, é relevante considerando o mesmo.

Diz-nos a decisão da AdC sobre este caso “Com efeito, o nexo de causalidade entre a operação de concentração e a saída dos estabelecimentos Hiper Sá, dos mercados relevantes pode ser quebrado no caso de se verificar o argumento assente na insolvência iminente do Grupo Sá, ou dos ativos Hiper Sá, abrangidos pela operação de “concentração” a que se segue”. Verificando assim a existência dos critérios necessários para aplicar a inovadora teoria.

De seguida importa realçar o que diz a Comissão Europeia sobre a teoria em causa, opinião essa que foi vertida na decisão da AdC que citamos

“A Comissão compara as condições de concorrência resultantes da concentração notificada com as condições que se verificariam se a concentração não fosse realizada. Na maior parte dos casos, as condições de concorrência existentes na altura da concentração constituem o elemento de comparação relevante para a apreciação dos efeitos de uma concentração. Todavia, nalgumas circunstâncias, a Comissão poderá tomar em consideração futuras alterações do mercado que possam ser previstas de forma razoável. Em especial, ao determinar aquilo que constitui a comparação relevante, pode tomar em consideração a probabilidade de entrada ou saída de empresas, caso a concentração não fosse realizada.”

Este Juízo de prognose feito pelo Comissão levanta alguns problemas, e a discricionariedade na análise do mesmo, pode levar a que em abstrato se possa tomar uma decisão “à medida,” em nosso entender.

No caso da referida operação, atentou-se na evolução do mercado num contexto de não realização da operação de concentração.

Citando a referida decisão, tal como consta das “Linhas de Orientação para a Análise Económica de Operações de Concentração Horizontais” da AdC, presentemente em consulta pública, no “âmbito de uma operação de concentração em que uma das empresas participantes se encontra em risco de saída iminente do mercado devido à sua situação financeira, o contra factual por referência ao qual se afere o impacto jus concorrencial da operação pode não corresponder à situação vigente no mercado. Nestes casos específicos, pode revelar-se mais adequado ter por referência, como contra factual, um cenário alternativo que leve em consideração a saída da empresa do mercado em análise. Este cenário pode incorporar a aquisição da empresa por um outro concorrente (efetivo ou potencial), a reestruturação dos ativos da empresa e sua alienação, em parte ou na totalidade (dispersa por diversos concorrentes) ou a saída do mercado de todos os ativos da empresa em falência iminente.”

Para a aplicação desta teoria, é imperioso que se verifiquem os 2 requisitos **i) a empresa alegadamente em falência iminente se encontra efetivamente em dificuldades financeiras e que ii) se excluem cenários alternativos com um impacto menos gravoso para a concorrência.**

Onde nesse caso foi facilmente demonstrado nomeadamente pelo encerramento de vários estabelecimentos. Bem como o colapso das vendas, quanto aos cenários alternativos é referido que os Hipermercados Sá estavam a perder a cota de mercado para o Pingo Doce (ponto 197) e para o Continente. E citando o ponto 199 da decisão em apreço “Ora, a saída dos

ativos dos mercados relevantes, que se caracteriza por referência à atual situação em que 7 dos 9 estabelecimentos estão encerrados, e consequente dispersão dos clientes pelas lojas concorrentes, não traria um cenário com benefícios relevantes para a concorrência face ao cenário pós operação de concentração. Note-se que para tal contribui ainda a possibilidade de que, na ausência da operação ou de uma alienação alternativa, as dificuldades económicas e financeiras possam colocar em causa a atividade das restantes 14 lojas de retalho alimentar do Grupo Sá”.

No ponto 201, “Da informação recolhida, considera a AdC que para se estabelecer umnexo de causalidade entre a operação de concentração e a deterioração das condições de concorrência, num contexto da insolvência do Grupo Sá, ter-se-ia que considerar que o contra factual adequado correspondia a uma situação em que um terceiro adquiriria e reabriria, em parte significativa ou na sua totalidade, os estabelecimentos-alvo para retalho alimentar” e no ponto 202 é dito “Ora, não se colocando o cenário de um operador presente na Madeira, adquirir com vista à expansão (já que, na Madeira, para além do Modelo /Continente, está apenas o Pingo Doce, cuja aquisição não representaria um cenário menos gravoso para a concorrência, e o SPAR, que demonstrou falta de interesse nos ativos), tal situação apenas se colocaria no caso da aquisição, por operadores não ativos na Madeira, dos estabelecimentos em causa, com vista a iniciar atividade naquela Região Autónoma” verificando-se aqui também os restantes requisitos bem como no ponto 203. “Atentas as já supramencionadas respostas das cadeias de retalho contactadas, que não demonstraram interesse nos ativos do Grupo, e as tentativas frustradas de alienação (ou outros modelos de negócio alternativos), pelo Grupo Sá dos estabelecimentos em causa, existe uma incerteza substancial de que tal se pudesse vir a verificar num contexto de insolvência, não existindo indícios nesse sentido”. Algo que existia nas atas anteriores. No ponto 205 é feita uma referência ao impacto da falência nos consumidores, que em nosso

entender é o argumento chave que sustenta esta teoria “Cumpra também notar que a falência/encerramento dos estabelecimentos implica uma interrupção do fornecimento nos mercados relevantes, com prejuízo imediato para os consumidores, e que se arrastará enquanto os estabelecimentos não reabrirem para o retalho alimentar.” (Cfr. Decisão de não oposição da AdC Cent 10/2013 MCH/Ativos Hiper Sá disponível em http://www.concorrenca.pt/files_tmp/2013_10_final_net.pdf)

E mesmo um reforço do Poder negocial do Continente para com os fornecedores não seria necessariamente prejudicial. Ademais é referido que “ o reforço do poder negocial pode ser benéfico para o consumidor final, nomeadamente naqueles casos em que, fruto de uma pressão competitiva sobre as insígnias da Sonae, as melhores condições obtidas por estas junto dos seus fornecedores são transferidas para o consumidor final sobre a forma de preços mais baixos”.

Já em 2010 a American Bar Association Young Lawyers Division tinha concluído o seguinte (Lauren B.Norris in American Bar Association Young Lawyers Division The 101 Practice Series: Breaking Down the Basics 2010): “Conclusion Given the depressed economy over the last few years, there was speculation that the failing firm defense would be invoked more often and the authorities would relax the defense’s stringent requirements. This has not been the case, however, and the failing firm defense continues to be a narrowly construed affirmative defense to a Section 7 challenge that is rarely successful at persuading the authorities to permit an otherwise anticompetitive acquisition and is seldom invoked in court proceedings since the defense’s scrupulous requirements continue to make the probability of success unlikely. Nonetheless, the defense has proven successful at both the agency and court levels for a small handful of transactions” “the agency and court levels for a small handful of transactions”.

Já nos processos e processos 51/2007 – Sonae/Carrefour e Ccent. 1/2008 – Pingo Doce/Plus, as decisões foram similares.

Ou seja, o caso Continente -Hipermercados Sá , foi pioneiro em Portugal por ser o primeiro a acolher expressamente a teoria da “falência iminente”, em que se faz um juízo de prognose em abstrato tendo em conta a saída da empresa alvo do mercado , ao invés da comparação com a situação do mercado com a ausência da concentração no “modelo clássico” de concentrações.

Parece-nos ser uma lógica adequada, até porque a ratio do Direito da Concorrência deve ser a de defender a Economia, e o critério é temperado pela exigência de a empresa alvo estar em dificuldades financeiras e não existirem alternativas menos gravosas para a concorrência, funcionando como uma “ultima ratio” evitando assim abusos de aplicação do critério, que assim funciona casuisticamente.

No caso em apreço a empresa-alvo estava a ser objeto de um “Per” desde 2012, evidenciando os problemas económicos.

No entanto, este critério pode levar a alguns problemas em que empresas em dificuldades financeiras serão alvo de ofertas de aquisição das maiores, levando a grandes operações de concentração em tempos de crise económica, e de eliminação de concorrentes, apesar de tal, como disse a Adc , sem esta aquisição a empresa iria falir, no entanto, em nosso entender, isto pode criar um problema , que a crise de 2007 nos evidenciou com os casos de alguns mega-bancos americanos “too big too fail” , aqui poderia ser o problema inverso, em que uma empresa insolvente que alguém queira comprar tem sempre de ser autorizado, não obstante os critérios que temperam como vimos supra.

Assistimos pelo legislador ao primado dos critérios económicos nesta alteração, onde o económico parece substituir o jurídico, criando

menos certeza jurídica, pois é feito um juízo de prognose em abstrato, tendo em conta a irreversibilidade da concentração.

São dados critérios que ajudam a verificar se existe perigo para a concorrência efetiva, critérios esses que também são de cariz económico e empírico, onde o essencial é verificar se o mercado foi alterado de forma a prejudicar os consumidores e o próprio mercado em si, parecendo existir dois bens jurídicos a proteger.

2.2. Operação triangular da Sport TV

Este é um caso de proibição, com efeitos Verticais, Horizontais e de Costumer foreclosure, bem como de input foreclosure, ressaltando ainda que em nosso entender a Sporttv tem um posição dominante no mercado de conteúdos desportivos premium (condenada por abuso de posição dominante. que nos parece importante. realçar. (“estava em causa o sistema remuneratório em vigor desde o dia 1 de janeiro de 2005 até ao dia 1 de abril de 2011. Este período temporal durante o qual ocorreu a infração delimitou a investigação ora concluída pela Autoridade da Concorrência, a qual não se debruçou e, por conseguinte, nada determinou sobre as cláusulas dos contratos de distribuição dos canais de televisão SPORT TV que passaram a vigorar desde o dia 1 de abril de 2011” cfr Adc 20-06-2013 Autoridade da Concorrência condena a SPORT TV por Abuso de Posição Dominante).

Atente-se nos argumentos enunciados no considerando 364 (cfr. Decisão de proibição Ccent. 4/2013 Controlinveste*ZONOptimus*PT /SportTV*Sportinveste*PPTV disponível em http://www.concorrenca.pt/FILES_TMP/2013_04_final_net.pdf). A este respeito refira-se que, no âmbito de reunião ocorrida entre a AdC e a Benfica

SAD a 22 de outubro de 2013, o administrador da Benfica SAD afirmou que, “a concretizar-se a operação triângulo”, se o Benfica tiver que negociar com “uma entidade integrada verticalmente com a Sport TV e que represente 90% do mercado de televisão por subscrição; caso as circunstâncias verificadas na negociação (ocorridas com vista à distribuição da Benfica TV) tivessem sido essas, as negociações tinham sido diferentes” (cfr. ponto 5 da ata da reunião entre a AdC e a Benfica SAD de 22 de outubro de 2013)”. Bem como as preocupações apresentadas no considerando 340.

Após a decisão da AdC “O Tribunal da Concorrência deu razão à Autoridade da Concorrência (AdC) na ação intentada pela Controlinveste Media, Zon Optimus e Portugal Telecom, mantendo inalterada a decisão de proibição da operação de partilha do capital social da Sport TV.

Em sentença de 28 de janeiro de 2015, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) julgou totalmente improcedente a ação intentada pelas três empresas, que pretendiam que fosse declarada a nulidade da decisão da AdC de passagem a investigação aprofundada, na chamada Operação Triângulo.

A AdC decidiu a passagem para uma investigação aprofundada da aquisição pela Controlinveste, pela Zon e pela PT, do controlo conjunto das sociedades Sport TV, Sportinveste Multimédia e PPTV- Publicidade de Portugal e Televisão, por considerar que se suscitavam sérias dúvidas de que da operação resultassem entraves significativos à concorrência nos mercados relevantes identificados.

As empresas intentaram a ação por entenderem que a aprovação da operação se tinha verificado por deferimento tácito, o que o TCRS considerou agora totalmente improcedente.

A projetada operação tinha sido notificada em 28 de janeiro de 2013 e a AdC decidiu a passagem a investigação aprofundada a 22 de agosto de 2013.

A 31 de julho de 2014, a AdC proibiu a operação em causa por considerar que podia criar entraves significativos à concorrência nos mercados de direitos de transmissão televisiva de conteúdos desportivos premium, no mercado de canais de acesso condicionado com conteúdos desportivos premium e nos mercados a jusante destes, não tendo considerado os compromissos apresentados pelas notificantes adequados e suficientes para resolver as preocupações jusconcorrenciais.

Antes, a 2 de dezembro de 2013, a AdC tinha permitido que as empresas introduzissem alterações substanciais à notificação, devido à ocorrência de modificações na estrutura acionista de uma das notificantes.

De forma geral, ao analisar-se este caso, poderia referir-se que se tratava de um caso de abuso de posição dominante. Mas a verdade é está diretamente ligado à alteração da lei, abordada ao longo do trabalho.

Importa realçar aqui que foi aplicado o Siec e a decisão de proibição baseia-se nos entraves á concorrência efetiva, no entanto este é um dos casos tão evidentes pelos efeitos verticais, horizontais, e “costumer foreclosure” que também seria proibido à luz do critério anterior, não sendo aqui particularmente relevante a alteração dando razão a alguns críticos da alteração.

Conclusão

As reorganizações societárias sob a forma de fusões devem estar em conformidade com as exigências de uma concorrência dinâmica e são suscetíveis de aumentar a competitividade da indústria, melhorando assim as condições de crescimento e elevando o nível de vida na comunidade. É possível que os ganhos de eficiência resultantes de uma concentração neutralizem os efeitos sobre a concorrência e, em especial, os prejuízos potenciais para os consumidores.

Neste trabalho, tentámos explicitar e criticar algumas matérias referentes ao Controlo de Concentrações em Portugal, com um foco mais nas matérias Substantivas, sem deixar de lado a matéria processual que é imprescindível para a compreensão desta matéria, bem como também um afloramento da Dimensão Comunitária e Internacional do fenómeno. Verificamos que a globalização leva ao incremento destas operações, muitas vezes além-fronteiras, dando relevância a esta matéria, além do que tentámos mostrar alguns problemas da aplicação das alterações da nova lei, e as suas diferenças em relação à anterior.

Pensamos que fica bastante claro que defender a Concorrência é defender uma economia sã, e deixamos a porta aberta para o leitor questionar o modelo económico vigente, bem como todo o enquadramento que envolve esta matéria.

Referências Bibliográficas

ANASTÁCIO GONÇALO & SAAVEDRA ALBERTO, A NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA, NOTAS PRELIMINARES, REVISTA OA, 2013

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, Controlo da Concentração de Empresas e Grupos de Sociedades, Revista de Concorrência e Regulação, Ano II, n.º 6, Junho 2011.

CARDOSO, MARIA JOSÉ; JOSÉ NEVES CRUZ; NOÉMIA TELES, O controlo de operações de concentração como forma de evitar a emergência de empresas com posição dominante: dos compromissos em especial, Porto, RED, 2014.

CARVALHO, RAQUEL, “Lei da concorrência é melhor e bem aplicada, mas ainda há lacunas”. Diário Económico, de 15 de setembro de 2015.

CARVALHO, R.; PEREIRA, I. & ESPERANÇA, J. (2012). O papel das parcerias na internacionalização das empresas portuguesas. Economia Global e Gestão [online].

Disponível no site http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-74442012000400002&lng=pt&nrm=iso

COMISSÃO EUROPEIA, Orientações para a apreciação das concentrações horizontais nos termos do regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2004/C 31/03). Jornal Oficial da União Europeia, 2004. Disponível na Internet: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MEP_MA_18230.pdf, consultado em 6.4.2017.

COMISSÃO EUROPEIA 2007 disponível na internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62006TJ0282>

COOKE, P. (1992). Regional innovation systems: competitive regulation in the new Europe. *Geoforum*, 23(3), pp. 365-382.

COSTA, ADALBERTO, O novo Regime Jurídico da Concorrência: anotado e comentado. Porto, Vida Económica – Editorial, S.A., 2014.

CUNHA, CAROLINA, Controlo das concentrações de empresas (Direito Comunitário e Direito Português), Coimbra : Almedina, 2005.

CRUZ, JOSÉ NEVES, Considerações sobre a empresa em contextos globais, *Revista da Faculdade de Direito*, Ano VI, 2009, p. 301 – 332.

CUNHA, CAROLINA, Controlo das concentrações de empresas: direito comunitário e direito português. Coimbra, Almedina, 2005.

ELMUTI, D. & KATHAWALA, Y. (2001). An overview of strategic alliances management decision, 39/3, pp. 205-217.

GOMES, ANTÓNIO, “A nova Lei da Concorrência e o Controlo de Concentrações”, 2011. Disponível na internet: [http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias/Eventos/Conferencias e Seminarios/Documents/NRJC2012-Controlo%20de%20Concentracoes.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias/Eventos/Conferencias_e_Seminarios/Documents/NRJC2012-Controlo%20de%20Concentracoes.pdf)

GOMES, ANTÓNIO, “Ultrapassar a Crise o papel da concorrência”. Seminário MBA FEUC, 17 de janeiro de 2014.

JACQUEMIN, A., “Merger and competition in the european community, *New*

York, 1990.

KOPLAN, ROBERT & NORTON, DAVID, “Organização orientada para a estratégia”. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

LEÃO, PEDRO, Economia dos mercados e da empresa. Lisboa, Escolar Editora, 2011.

LEITÃO, ANTÓNIO MENEZES Manual de Direito das Sociedades II – Das Sociedades em Especial, 2.^a Edição, Almedina 2007.

LOPES, R. (2001). Competitividade, Inovação e Territórios. Celta Editora.

MATEUS, A. et al. (2005). “Competitividade territorial e coesão económica e social”. Disponível no site http://www.observatorio.pt/item1.php?lang=0&id_channel=17&id_page=73

MATEUS, ABEL, “Da aplicação do controlo de concentrações em Portugal”. Conferencia proferida no Curso de Verão sobre Concorrência, Regulação e Ambiente. Universidade de Coimbra, 10 de julho de 2006.

MATOS, M. (2011). O Papel das Parcerias na Internacionalização de Empresas. O caso da Enterprise Europe Network. Universidade de Coimbra: Relatório de Estágio

MELO E MATOS, JOANA, “Consequências Económicas da Alteração ao Regime Jurídico da Concorrência que regula as Concentrações”. Dissertação de Mestrado em Economia Industrial Universidade de Coimbra, Faculdade de Economia, 2014.

MOTTA, MASSIMO, Competition policy: theory and practice. Cambridge University Press, 2004.

OLAVO, CARLOS Concorrência Desleal e Direito Industrial, in Concorrência Desleal, Almedina, Coimbra 1997.

PORTER, M. (1986). A Vantagem Competitiva das nações. Campus, Rio Janeiro, Campus.

PORTO, MANUEL LOPES; VILAÇA, JOSÉ LUÍS; CUNHA, CAROLINA; HENRIQUES, MIGUEL GORJÃO & ANASTÁCIO, GONÇALO, Lei da concorrência: comentário conimbricense. Dir. Miguel Gorjão-Henriques. Coimbra, Almedina, 2013.

REIS, SARA, “Análise comparativa do Direito da concorrência europeu e das regras de antitrust norte-americanas na perspectiva das concentrações de empresas. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito da Católica Lisbon School of Business and Economics, 2013.

REGULAMENTO 139/2004 - Regulamento das Concentrações

RISCADO, SARA (2004), “Fusões e Aquisições na perspectiva internacional: consequências económicas e implicações para as regras de concorrência”. Doc.de trabalho n.º 27. Novembro de 1996. Coimbra.

SANTANA, CARLOS ALBERTO CABOZ, O abuso da posição dominante no direito da concorrência, Lisboa, Edições Cosmos, 1993.

THEEUWES, JULES, “Na Economic analysis of the new regulation 139/2004”. *Legal Issues of Economic Integration* 32(2), 209–217, 2005.

SAUAIA, ANTONIO CARLOS AIDAR, & KALLÁS, DAVID. “O dilema cooperação-competição em mercados concorrenciais: o conflito do oligopólio tratado em um jogo de empresas”. *Revista de Administração Contemporânea*, 2007, 11(spe1), 77-101.

YOSHIRO, M. & RANGAN, U. (1995). *Alianças Estratégicas*. São Paulo: Makron Books.

—

Site:

http://www.jornaldenegocios.pt/mercados/bolsa/detalhe/analistas_acreditam_mais_na_opa_do_que_na_fusao