

## II

(Comunicações)

## COMUNICAÇÕES ORIUNDAS DAS INSTITUIÇÕES E DOS ÓRGÃOS DA UNIÃO EUROPEIA

## COMISSÃO

**Comunicação consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas**

(2008/C 95/01)

## ÍNDICE

	<i>Página</i>
A. INTRODUÇÃO .....	4
B. O CONCEITO DE CONCENTRAÇÃO .....	4
I. Fusões entre empresas anteriormente independentes .....	5
II. Aquisição de controlo .....	5
1. Conceito de controlo .....	5
1.1 Pessoa ou empresa que adquire o controlo .....	5
1.2 Meios de controlo .....	7
1.3 Objecto de controlo .....	9
1.4 Alteração duradoura do controlo .....	10
1.5 Operações interligadas .....	12
1.5.1 Relação entre o artigo 3.º e o n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 5.º .....	12
1.5.2 Operações interligadas nos termos do artigo 3.º .....	12
1.5.3 Série de operações sobre títulos .....	14
1.5.4 N.º 2, segundo parágrafo, do Artigo 5.º .....	15
1.6 Reestruturação Interna .....	15
1.7 Concentrações que envolvem empresas públicas .....	15
2. Controlo exclusivo .....	16

	<i>Página</i>
3. Controlo conjunto .....	17
3.1 Igualdade dos direitos de voto ou de representação nos órgãos de decisão .....	18
3.2 Direito de veto .....	18
3.3 Exercício comum dos direitos de voto .....	19
3.4 Outros aspectos relacionados com o controlo conjunto .....	21
III. Alterações no tipo de controlo .....	21
1. Entrada de accionistas com uma posição de controlo .....	22
2. Redução do número de accionistas .....	23
IV. Empresas Comuns — o conceito de pleno exercício .....	23
1. Recursos suficientes para operar de forma independente num mercado .....	24
2. Actividades que excedem uma função específica para as empresas-mãe .....	24
3. Relações de compra/venda com as empresas-mãe .....	24
4. Funcionamento com carácter duradouro .....	26
5. Alterações das actividades da empresa comum .....	27
V. Derrogações .....	27
VI. Abandono das concentrações .....	29
VII. Alterações das operações após decisão de autorização da Comissão .....	30
C. DIMENSÃO COMUNITÁRIA .....	30
I. Limiares .....	30
II. Conceito de empresa em causa .....	31
1. Aspectos gerais .....	31
2. Fusões .....	31
3. Aquisição de controlo .....	31
III. Data de determinação da competência .....	35
IV. Volume de negócios .....	35
1. Conceito de volume de negócios .....	35
2. Actividades normais .....	36
3. Volume de negócios «líquido» .....	37
3.1 Dedução de descontos e impostos .....	37
3.2 Tratamento do volume de negócios «interno» .....	37
4. Cálculo do volume de negócios e contas financeiras .....	37
4.1 Regra geral .....	37
4.2 Adaptações posteriores à verificação das contas mais recentes .....	38

	<i>Página</i>
5. Atribuição do volume de negócios nos termos do n.º 4 do artigo 5.º .....	39
5.1 Identificação das empresas cujo volume de negócios é tomado em consideração .....	39
5.2 Afectação do volume de negócios das empresas identificadas .....	42
5.3 Afectação do volume de negócios no caso de fundos de investimento .....	42
5.4 Afectação do volume de negócios de empresas públicas .....	43
V. Afectação geográfica do volume de negócios .....	43
VI. Conversão do volume de negócios em euros .....	45
VII. Disposições relativas às instituições de crédito e a outras instituições financeiras, bem como empresas de seguros .....	45
1. Âmbito de aplicação .....	45
2. Cálculo do volume de negócios .....	46
2.1 Cálculo do volume de negócios das instituições de crédito e instituições financeiras (distintas das sociedades gestoras de participações financeiras) .....	46
2.1.1 Aspectos gerais .....	46
2.1.2 Volume de negócios das sociedades de locação financeira .....	46
2.2 Empresas seguradoras .....	47
2.3 Sociedades gestoras de participações financeiras .....	47

## A. INTRODUÇÃO

- (1) A presente comunicação tem por objectivo fornecer orientações sobre questões em matéria de competência, susceptíveis de se colocarem nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, JO L 24 de 29 de Janeiro de 2003, p. 1 (a seguir denominado «Regulamento das concentrações») <sup>(1)</sup>. Estas orientações formais deverão permitir às empresas determinar mais rapidamente se, e em que medida, as suas operações são abrangidas pelo controlo comunitário em matéria de concentrações, antes de estabelecerem quaisquer contactos com os serviços da Comissão.
- (2) A presente comunicação substitui a Comunicação relativa ao conceito de concentração de empresas <sup>(2)</sup>, a Comunicação relativa ao conceito de empresas comuns que desempenham todas as funções de uma entidade económica autónoma <sup>(3)</sup>, a Comunicação relativa ao conceito de empresas em causa <sup>(4)</sup> e a Comunicação relativa ao cálculo do volume de negócios <sup>(5)</sup>.
- (3) A comunicação aborda os conceitos de concentração, de empresas comuns de pleno exercício e de empresas em causa e o cálculo do volume de negócios, conforme estabelecido nos artigos 1.º, 3.º e 5.º do Regulamento das concentrações. As questões referentes às remessas são tratadas na Comunicação relativa à remessa de casos de concentrações <sup>(6)</sup>. Na presente comunicação, a Comissão expõe a sua interpretação dos artigos 1.º, 3.º e 5.º, sem prejuízo da interpretação que lhes poderá ser dada pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias.
- (4) As orientações consignadas na presente comunicação reflectem a experiência da Comissão na aplicação do Regulamento das concentrações reformulado e do antigo Regulamento das concentrações desde a entrada em vigor deste último, em 21 de Setembro de 1990. Os princípios gerais relativos às questões abordadas na presente comunicação não foram alterados pela entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 139/2004, mas a comunicação indica expressamente as alterações verificadas por força do referido regulamento. Os princípios enunciados na presente comunicação serão aplicados e desenvolvidos pela Comissão no âmbito dos processos individuais.
- (5) Nos termos do artigo 1.º, o Regulamento das concentrações apenas é aplicável a operações que cumpram duas condições. Em primeiro lugar, é necessário que se verifique uma concentração de duas ou mais empresas nos termos do artigo 3.º do Regulamento. Em segundo, o volume de negócios realizado pelas empresas em causa, calculado de acordo com o disposto no artigo 5.º, deve atingir os limiares estabelecidos no artigo 1.º do Regulamento. O conceito de concentração (nomeadamente os requisitos específicos aplicáveis às empresas comuns), que constitui a primeira condição a cumprir, é examinado na Parte B; a identificação das empresas em causa e o cálculo do seu volume de negócios, que constituem a segunda condição a cumprir, são analisados na Parte C.
- (6) A Comissão aborda a questão da sua competência em relação às concentrações nas decisões tomadas ao abrigo do artigo 6.º do Regulamento das concentrações <sup>(7)</sup>.

## B. O CONCEITO DE CONCENTRAÇÃO

- (7) Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento das concentrações, uma concentração apenas abrange as operações de que resulte uma mudança de controlo duradoura das empresas em causa. O considerando 20 do Regulamento das concentrações especifica, ainda, que o conceito de concentração deve ser definido de modo a abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura na estrutura do mercado. Uma vez que o critério estipulado no artigo 3.º se articula em torno da noção de controlo, a existência de uma concentração é mais determinada por critérios qualitativos do que quantitativos.

<sup>(1)</sup> Sempre que, na presente comunicação, for necessário estabelecer uma distinção entre o Regulamento n.º 139/2004 e o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho (JO L 395 de 30.12.1989, versão rectificativa publicada no JO L 257 de 21.9.1990, p. 13, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97, JO L 180 de 9.7.1997, p. 1, com a rectificação publicada no JO L 40 de 13.2.1998, p. 17), o primeiro regulamento será denominado «Regulamento das concentrações reformulado» e o segundo será denominado «antigo Regulamento das concentrações». Os artigos não acompanhados de uma referência específica dizem respeito ao Regulamento das concentrações reformulado.

<sup>(2)</sup> JO C 66 de 2.3.1998, p. 5.

<sup>(3)</sup> JO C 66 de 2.3.1998, p. 1.

<sup>(4)</sup> JO C 66 de 2.3.1998, p. 14.

<sup>(5)</sup> JO C 66 de 2.3.1998, p. 25.

<sup>(6)</sup> JO C 56 de 5.3.2005, p. 2.

<sup>(7)</sup> Ver também as conclusões do Advogado-Geral Kokott no processo C-202/06 Cementbouw/Comissão de 26 Abril de 2007, n.º 56 (ainda não publicadas).

- (8) O n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento define dois tipos de concentrações:
- as decorrentes de uma fusão entre empresas anteriormente independentes — alínea a);
  - as decorrentes de uma aquisição do controlo — alínea b).

Estes dois tipos de concentração são analisados nas secções I e II, respectivamente.

#### I. FUSÕES ENTRE EMPRESAS ANTERIORMENTE INDEPENDENTES

- (9) Realiza-se uma concentração na acepção do n.º 1, alínea a), do artigo 3.º do Regulamento das concentrações sempre que duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem numa nova empresa, deixando de existir como entidades jurídicas diferentes. Pode igualmente ocorrer uma fusão quando uma empresa é absorvida por outra, mantendo esta última a sua identidade jurídica, enquanto a primeira deixa de existir como entidade jurídica <sup>(8)</sup>.
- (10) Pode igualmente verificar-se uma fusão na acepção do n.º 1, alínea a), do artigo 3.º sempre que, na ausência de uma concentração com um carácter legal, a conjugação das actividades de empresas anteriormente independentes conduza à criação de uma única unidade económica <sup>(9)</sup>. Tal pode ocorrer, nomeadamente, quando duas ou mais empresas, embora mantendo a sua personalidade jurídica própria, estabelecem uma gestão económica comum por via contratual <sup>(10)</sup> ou adoptam a estrutura de uma empresa de dupla cotação na bolsa <sup>(11)</sup>. Se tal conduzir à junção de facto das empresas em causa numa única unidade económica, considera-se que a operação constitui uma fusão. Um requisito prévio para determinar se ocorre uma tal concentração de facto é a existência de uma gestão económica permanente e única. Outros factores relevantes podem incluir a compensação interna dos lucros e perdas ou a distribuição de receitas entre as várias entidades do grupo e a sua responsabilidade conjunta ou a partilha dos riscos externos. Esta fusão de facto pode basear-se em simples disposições contratuais <sup>(12)</sup>, embora possa também ser reforçada pela existência de participações cruzadas entre as empresas que constituem a unidade económica.

#### II. AQUISIÇÃO DE CONTROLO

##### 1. Conceito de controlo

###### 1.1. Pessoa ou empresa que adquire o controlo

- (11) O n.º 1, alínea b), do artigo 3.º estabelece que se está perante uma operação de concentração, sempre que se verifique uma aquisição de controlo. Esse controlo pode ser adquirido por uma empresa actuando individualmente ou por duas ou mais empresas actuando em conjunto.

<sup>(8)</sup> Ver, por exemplo, o processo COMP/M. 1673, Veba/VIAG, de 13 de Junho de 2000; processo COMP/M.1806, AstraZeneca/Novartis, de 26 de Julho de 2000; processo COMP/M.2208, Chevron/Texaco, de 26 de Janeiro de 2001; e o processo IV/M.1383, Exxon/Mobil, de 29 de Setembro de 1999. Nos termos do n.º 1, alínea a), artigo 3.º, considera-se que uma concentração não se realiza se uma empresa-alvo se fundir com uma filial da empresa adquirente, no sentido em que a empresa-mãe adquire, dessa forma, o controlo da empresa-alvo nos termos do n.º 1, alínea b), do artigo 3.º, ver processo COMP/M.2510, Cendant/Galileo, de 24 de Setembro de 2001. As referências a artigos sem qualquer especificação dizem respeito ao Regulamento das Concentrações reformulado.

<sup>(9)</sup> Para determinar a independência anterior das empresas, a questão do controlo pode ser relevante, uma vez que a concentração podia constituir apenas uma reestruturação interna no grupo. Neste contexto específico, a verificação do controlo também se baseia nos princípios gerais a seguir expostos, incluindo tanto o controlo de direito como o controlo de facto.

<sup>(10)</sup> Esta situação pode, por exemplo, ser aplicável no caso de um «Gleichordnungskonzern» no direito alemão, de certos «Groupements d'Intérêt Economique» no direito francês e de certas parcerias, como por exemplo no Processo IV/M.1016, Price Waterhouse/Coopers&Lybrand, de 20 de Maio de 1998.

<sup>(11)</sup> Processo IV/M.660, RTZ/CRA, de 7 de Dezembro de 1995; processo COMP/M.3071, Carnival Corporation/P&O Princess II, de 24 de Julho de 2002.

<sup>(12)</sup> Ver o processo IV/M.1016, Price Waterhouse/Coopers&Lybrand, de 20 de Maio de 1998; processo COMP/M.2824, Ernst & Young/Andersen Germany, de 27 de Agosto de 2002.

*Pessoa que controla outra empresa*

- (12) O controlo pode ser igualmente adquirido por uma ou várias pessoas que controlem já pelo menos uma outra empresa ou, alternativamente, por uma combinação de uma ou várias pessoas nessas condições e uma ou várias empresas. O termo «pessoa» neste contexto abrange entidades públicas<sup>(13)</sup> e entidades privadas, bem como pessoas singulares. Considera-se, portanto, que as aquisições de controlo por pessoas singulares só determinam uma mudança duradoura na estrutura das empresas em causa se essas pessoas singulares exercerem outras actividades económicas por conta própria ou se controlarem pelo menos uma outra empresa<sup>(14)</sup>.

*Adquirente do controlo*

- (13) Geralmente, o controlo é adquirido por pessoas ou empresas que são titulares de direitos ou beneficiárias de contratos que conferem o controlo (n.º 3, alínea a), artigo 3.º). No entanto, também há casos em que o titular formal de uma participação de controlo não corresponde à pessoa ou à empresa que, na realidade, detém o poder efectivo de exercer os direitos decorrentes dessa participação. Tal pode acontecer, por exemplo, se uma empresa recorrer a uma outra pessoa ou empresa para adquirir uma participação de controlo e detiver o poder de exercer os direitos que conferem esse controlo por intermédio dessa pessoa ou empresa, ou seja, esta pessoa ou empresa é formalmente o titular dos direitos, mas intervém apenas na qualidade de intermediário. Nesse caso, o controlo é adquirido pela empresa que, na realidade, está por detrás da operação e que usufrui, de facto, do poder de controlar a empresa objecto da operação (n.º 3, alínea b) do artigo 3.º). Com base nesta disposição, o Tribunal de Primeira Instância concluiu que o controlo detido por empresas comerciais pode ser atribuído aos seus accionistas exclusivos, aos seus accionistas maioritários ou aos accionistas que controlam conjuntamente as empresas, tendo em conta que estas empresas se conformam em qualquer caso com as decisões dos accionistas em questão<sup>(15)</sup>. Uma participação de controlo detida por várias entidades de um grupo é, em princípio, atribuída à empresa que exerce o controlo sobre os vários titulares formais dos direitos. Em outros casos, entre os elementos de prova necessários para demonstrar a existência deste tipo de controlo indirecto, podem figurar, isoladamente ou em combinação e a avaliar caso a caso, alguns factores como participações, vínculos contratuais, fontes de financiamento ou laços familiares<sup>(16)</sup>.

*Aquisição do controlo através de fundos de investimento*

- (14) No caso de aquisições de controlo através de fundos de investimento, podem ocorrer problemas específicos. A Comissão deverá analisar casuisticamente as estruturas que envolvem fundos de investimento, mas algumas características gerais dessas estruturas podem ser determinadas com base na experiência prévia da Comissão.
- (15) Os fundos de investimento são frequentemente criados juridicamente como sociedades em comandita simples, nas quais os investidores participam como comanditários e normalmente não exercem o controlo nem individual nem colectivamente. Os fundos de investimento adquirem habitualmente as acções e os direitos de voto que conferem controlo sobre as sociedades incluídas nas suas carteiras. Em função das circunstâncias, o controlo é normalmente exercido pela empresa de investimento que criou o fundo, uma vez que este é, por natureza, um mero instrumento de investimento. Em casos excepcionais, o controlo pode ser exercido pelo próprio fundo. A empresa de investimento exerce geralmente o controlo através da estrutura organizacional, controlando por exemplo o comanditado dos fundos organizados sob a forma de sociedade em comandita, ou de mecanismos contratuais, nomeadamente acordos consultivos, ou da combinação de ambos. Pode ser este o caso quando a própria empresa de investimento não é proprietária da sociedade que intervém como comanditada e as acções desta são detidas por pessoas singulares (eventualmente ligadas à empresa investimento) ou por um fundo fiduciário. Os acordos contratuais celebrados com a empresa de investimento, em especial os acordos

<sup>(13)</sup> Incluindo o próprio Estado, como no processo IV/M.157, Air France/Sabena, de 5 de Outubro de 1992, relativamente ao Estado belga, ou outras entidades públicas, como a Treuhandanstalt, no processo IV/M.308, Kali und Salz/MDK/Treuhand, de 14 de Dezembro de 1993. Ver, no entanto, o considerando 22 do Regulamento das concentrações.

<sup>(14)</sup> Processo IV/M.82, Asko/Jakobs/Adia, de 16 de Maio de 1991, em que a empresa em causa é um particular; processo COMP/M3762, Apax/Travelex, de 16 de Junho de 2005, no qual um particular que adquiriu o controlo conjunto não foi considerado uma empresa em causa.

<sup>(15)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 Cementbouw/Comissão, n.º 72, Col. 2006, p. II-319.

<sup>(16)</sup> Ver Processo M.754, Anglo American Corporation/Lonrho, de 23 de Abril de 1997.

consultivos, revestir-se-ão de maior importância se o comanditado não dispuser de recursos e pessoal próprios competentes para gerir as sociedades incluídas na carteira, mas constitui apenas uma estrutura empresarial cujas actividades são realizadas por pessoas ligadas à empresa de investimento. Nestas circunstâncias, a empresa de investimento adquire geralmente o controlo indirecto nos termos do disposto no n.º 1, alínea b), do artigo 3.º e no n.º 3, alínea b), do artigo 3.º do Regulamento das concentrações e tem o poder de exercer os direitos directamente detidos pelo fundo de investimento <sup>(17)</sup>.

### 1.2. Meios de controlo

- (16) O n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento das concentrações define o conceito de controlo como a possibilidade de exercer uma influência decisiva sobre uma empresa. Não é necessário demonstrar que essa influência decisiva é, ou será, efectivamente exercida, mas a possibilidade de exercer essa influência deve ser efectiva <sup>(18)</sup>. O n.º 2 do artigo 3.º prevê ainda que a possibilidade de exercer uma influência decisiva sobre uma empresa pode existir com base nos direitos, contratos ou outros meios, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito. Assim, uma concentração pode ser realizada com fundamento em elementos de facto ou de direito, pode assumir a forma de controlo exclusivo ou de controlo conjunto, e abranger o conjunto ou partes de uma ou de várias empresas (ver n.º 1, alínea b), do artigo 3.º).

#### *Controlo através da aquisição de acções ou de elementos do activo*

- (17) O facto de uma operação dar lugar à aquisição de controlo depende, por conseguinte, de uma série de elementos de facto e/ou de direito. Os meios mais comuns de aquisição do controlo são a aquisição de acções, eventualmente aliada a um acordo entre accionistas nos casos de controlo conjunto, ou a aquisição de elementos do activo.

#### *Controlo numa base contratual*

- (18) O controlo também pode ser adquirido por via contratual. Para conferir o controlo, o contrato deve conduzir a um controlo da gestão e dos recursos da outra empresa, análogo ao obtido pela aquisição de acções ou de elementos do activo. Para além de preverem a transferência do controlo sobre a gestão e dos recursos, os contratos em questão devem caracterizar-se por uma duração bastante longa (excluindo geralmente a possibilidade de denúncia antecipada pela parte que concede os direitos contratuais). Só esses contratos podem contribuir para uma mudança estrutural no mercado <sup>(19)</sup>. Exemplos de tais contratos são os contratos organizacionais celebrados nos termos do direito nacional das sociedades <sup>(20)</sup> ou outros tipos de contratos que revestem, por exemplo, a forma de acordos de cessão da gestão de actividades, pelos quais o adquirente assume o controlo da gestão e dos recursos da empresa apesar de os direitos de propriedade ou as acções não serem transferidos. Neste aspecto, no n.º 2, alínea a) do artigo 3.º é especificado que o controlo também pode ser constituído pelo direito de uso ou de fruição sobre os activos de uma empresa <sup>(21)</sup>. Esses contratos podem conduzir a uma situação de controlo conjunto, se tanto o titular dos activos como a empresa que controla a gestão beneficiarem dos direitos de veto sobre decisões comerciais estratégicas <sup>(22)</sup>.

<sup>(17)</sup> Esta estrutura também tem um efeito sobre o método de cálculo do volume de negócios em situações que incluem fundos de investimento, ver pontos 189 e seguintes.

<sup>(18)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 Cementbouw/Comissão, n.º 58, Col. 2006, p. II-319.

<sup>(19)</sup> No processo COMP/M.3858, Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien, de 20 de Julho de 2005, os contratos de gestão tinham uma duração de 10 a 15 anos; no processo COMP/M.2632, Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, de 11 de Fevereiro de 2002 o contrato tinha uma duração de 8 anos.

<sup>(20)</sup> Exemplos desses contratos específicos outorgados no quadro do direito nacional das sociedades são o «Beherrschungsvertrag» no direito alemão ou o «Contrato de subordinação» no direito português; esses contratos não são autorizados em todos os Estados-Membros.

<sup>(21)</sup> Ver processo COMP/M.2060, Bosch/Rexroth, de 12 de Janeiro de 2001, relativo à conclusão de um pacto de controlo (Beherrschungsvertrag) associado a um aluguer comercial; processo COMP/M.3136, GE/Agfa NDT, de 5 de Dezembro de 2003, relativo a um contrato específico destinado a transferir o controlo sobre os recursos, a gestão e os riscos empresariais; processo COMP/M.2632, Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, de 11 de Fevereiro de 2002, relativo a um aluguer comercial.

<sup>(22)</sup> Processo COMP/M.3858, Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien, de 20 de Julho de 2005; ver também o processo IV/M.126, Accor/Wagon-Lits, de 28 de Abril de 1992, no contexto do n.º 4, alínea b), do artigo 5.º do Regulamento das concentrações.

*Controlo exercido por outros meios*

- (19) Em conformidade com os elementos que precedem, os acordos de franquia não permitem, em princípio, que os franqueadores controlem as actividades do franqueado. Em geral, este explora os recursos da empresa por sua conta própria, mesmo quando elementos do activo essenciais pertencem ao franqueador <sup>(23)</sup>. Além disso, os acordos meramente financeiros, tais como as operações de venda e locação que prevêm a possibilidade de resgate dos activos no termo do contrato, não constituem, em princípio, uma concentração, uma vez que não existe uma mudança do controlo dos recursos e da gestão da empresa.
- (20) A aquisição de controlo pode, igualmente, realizar-se por outros meios. As relações meramente económicas podem desempenhar um papel determinante na aquisição do controlo de uma empresa. Em circunstâncias excepcionais, uma situação de dependência económica pode conduzir a um controlo de facto quando, por exemplo, contratos de fornecimento a longo prazo muito importantes ou créditos concedidos por fornecedores ou clientes, conjugados com relações estruturais, conferem uma influência decisiva <sup>(24)</sup>. Em tal situação, a Comissão analisará cuidadosamente em que medida essas relações económicas, aliadas a outras ligações, são suficientes para conduzir a uma mudança duradoura do controlo <sup>(25)</sup>.
- (21) Pode haver aquisição de controlo mesmo que as partes não manifestem expressamente tal intenção ou no caso de o adquirente assumir uma posição passiva e a tomada de controlo decorrer de uma acção desencadeada por terceiros. Exemplos disso são as situações em que a tomada de posse de uma herança, por parte do accionista, conduz a uma mudança de controlo ou quando a saída de um accionista se traduz numa mudança de controlo, em especial a passagem de controlo conjunto para controlo exclusivo <sup>(26)</sup>. O n.º 1, alínea b), do artigo 3.º prevê cenários desse género quando especifica que o controlo pode ser adquirido «por qualquer outro meio».

*Controlo e direito nacional das sociedades*

- (22) A legislação nacional de um Estado-Membro providencia, por vezes, regras específicas referentes à estrutura dos órgãos que representam a organização do processo de tomada de decisão no seio de uma empresa. Embora essas regras possam conferir um certo poder de controlo a pessoas que não os accionistas, em especial aos representantes dos trabalhadores, o conceito de controlo nos termos do Regulamento das concentrações não se refere a esses meios de influência, uma vez que se centra na influência decisiva usufruída com base em direitos, activos ou contratos ou ainda em outros meios equivalentes de facto. As restrições incluídas nos estatutos da empresa ou previstas na lei geral no que diz respeito às pessoas elegíveis para ocupar um lugar no conselho de administração, tais como as disposições que requerem a nomeação de membros independentes ou que excluem as pessoas que exercem um cargo ou têm um vínculo laboral com as empresas-mãe, não excluem a existência de controlo, desde que os accionistas decidam em matéria de composição dos órgãos de gestão <sup>(27)</sup>. De modo análogo, apesar das disposições do direito nacional que prevêm que as decisões de uma sociedade devam ser tomadas pelos respectivos órgãos e ir no sentido dos seus interesses, o poder de adoptar essas decisões pertence às pessoas titulares dos direitos de voto, pelo que, por conseguinte, estas têm a possibilidade de exercer uma influência decisiva na sociedade <sup>(28)</sup>.

<sup>(23)</sup> Processo M.940, UBS/Mister Minit, no contexto do n.º 4, alínea b), do artigo 5.º do Regulamento das concentrações. Para a abordagem das relações entre franqueador e franqueado no âmbito da avaliação da concorrência, ver processo COMP/M.4220, Food Service Project/Tele Pizza, de 6 de Junho de 2006. No caso do processo IV/M.126, Accor/Wagon-Lits, de 28 de Abril de 1992, a situação deve ser distinguida dos acordos de franquia. Neste processo, que se inscreve uma vez mais no contexto do n.º 4, alínea b) do artigo 5.º, a empresa hoteleira tinha o direito de gerir igualmente hotéis nos quais detinha apenas uma posição minoritária, uma vez que havia celebrado acordos de gestão hoteleira a longo prazo que lhe permitiam exercer uma influência decisiva sobre as actividades quotidianas dos referidos hotéis, nomeadamente no âmbito das decisões sobre questões orçamentais.

<sup>(24)</sup> Ver processo IV/M.794, Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB, de 22 de Janeiro de 1997; processo IV/ECSC.1031, US/Sollac/Bamesa, de 28 de Julho de 1993; processo IV/M.625, Nordic Capital/Transpool, de 23 de Agosto de 1995; em relação aos critérios, ver também o processo IV/M.697, Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation, de 27 de Março de 1996.

<sup>(25)</sup> Ver processo IV/M.258, CCIE/GTE, de 25 de Setembro de 1992, no qual a Comissão concluiu haver ausência de controlo devido ao carácter provisório dos contratos comerciais em causa.

<sup>(26)</sup> Ver processo COMP/M.3330, RTL/M6, de 12 de Março de 2004; processo COMP/M.452, Avesta (II), de 9 de Junho de 1994.

<sup>(27)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 Cementbouw/Comissão, n.ºs 70, 73, 74, Col. 2006, p. II-319.

<sup>(28)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 Cementbouw/Comissão, n.º 79, Col. 2006, p. II-319.



*Controlo em outros domínios da legislação*

- (23) O conceito de controlo nos termos do Regulamento das concentrações pode divergir do aplicado em áreas específicas de legislação comunitária e nacional como, por exemplo, normas prudenciais, fiscalidade, transportes aéreos ou meios de comunicação.<sup>0</sup>} A interpretação do conceito de «controlo» em outros domínios não constitui necessariamente um factor determinante em relação ao conceito de controlo tal como este se aplica no âmbito do Regulamento das concentrações

**1.3. Objecto de controlo**

- (24) O Regulamento das concentrações, no n.º 1, alínea b), e no n.º 2 do artigo 3.º, prevê que o objecto de controlo possa ser uma ou mais empresas, ou também partes de empresas que constituam entidades juridicamente distintas, ou elementos do activo dessas entidades, ou ainda apenas certos activos destas. A aquisição do controlo sobre elementos do activo apenas poderá ser considerada uma concentração se esses elementos do activo constituírem o conjunto ou uma parte de uma empresa, ou seja, se representarem uma actividade traduzida por uma presença no mercado e à qual pode ser atribuído de forma inequívoca um volume de negócios<sup>(29)</sup>. A transferência da clientela de uma empresa pode cumprir estes critérios, se isso for suficiente para transferir actividades comerciais com um volume de negócios no mercado<sup>(30)</sup>. Uma operação limitada aos activos incorpóreos, nomeadamente marcas, patentes ou direitos de autor, pode ser igualmente considerada uma concentração se esses activos constituírem actividades às quais está associado um volume de negócios. De qualquer modo, a transferência de licenças relativas a marcas, patentes ou direitos de autor, sem ser acompanhada de elementos do activo complementares, apenas poderá preencher esses critérios no caso de se tratar de licenças exclusivas, pelo menos num território específico, e a transferência dessas licenças contribuir para a transferência da actividade geradora de volume de negócios<sup>(31)</sup>. Relativamente às licenças não exclusivas, parece excluído que elas possam constituir, por si só, uma actividade à qual se associa um volume de negócios.
- (25) Colocam-se problemas específicos quando uma empresa, em benefício de um fornecedor de serviços, externaliza actividades internas, tais como a prestação de serviços, ou o fabrico de produtos. A externalização de serviços informáticos a empresas especializadas constitui um exemplo típico dessa prática. Os contratos de externalização podem assumir várias formas, mas todos têm uma característica comum: o fornecedor de serviços externalizados deve fornecer serviços ao cliente que este último até então havia assegurado a nível interno. Os casos de externalização simples não implicam a transferência de elementos do activo ou de trabalhadores para os fornecedores de serviços externalizados. Neste caso, todos os elementos do activo e os trabalhadores continuam ligados ao cliente. Este tipo de contrato de externalização é idêntico a um contrato de serviços normal e, mesmo que o fornecedor de serviços externos adquira o direito de gerir esses elementos do activo e de dirigir esses trabalhadores, não se realiza uma concentração se os elementos do activo e os trabalhadores estiverem exclusivamente ao serviço do cliente.
- (26) A situação pode ser diferente quando o fornecedor dos serviços externalizados, para além de assumir algumas actividades previamente asseguradas a nível interno, beneficia da cedência dos activos e/ou do pessoal que lhe estão associados. Uma concentração só se realiza nestas circunstâncias se os elementos do activo constituírem o conjunto ou uma parte de uma empresa, ou seja, uma actividade com presença no mercado. Para tal, é necessário que os activos previamente consagrados às actividades internas do cedente permitam aos fornecedores de serviços externos prestar serviços não só aos clientes que externalizam essas actividades, mas também a terceiros, imediatamente ou pouco depois da cedência dos referidos elementos do activo. Será esse o caso se a cedência se referir a uma entidade ou filial da empresa que já fornecia serviços a terceiros. Se não for assim, os activos cedidos no caso de uma actividade industrial deveriam compreender as infra-estruturas de produção, os conhecimentos técnicos do produto (basta que os elementos do activo cedidos permitam o desenvolvimento dessas capacidades num futuro próximo) e, na ausência de acesso ao mercado, os meios necessários para o comprador desenvolver o

<sup>(29)</sup> Ver, por exemplo, processo COMP/M. 3867, Vattenfall/Elsam e E2 Assets, de 22 de Dezembro de 2005.

<sup>(30)</sup> Processo COMP/M.2857, ECS/IEH, de 23 de Dezembro de 2002.

<sup>(31)</sup> Além disso, a concessão de licenças e a transferência de licenças de patentes apenas constituirão uma concentração se essas operações forem duradouras. Neste contexto, aplicam-se as considerações idênticas, previamente expostas no ponto 18, relativamente à aquisição de controlo mediante a celebração de acordos (a longo prazo).

acesso ao mercado a curto prazo (incluindo, nomeadamente, os contratos ou marcas existentes) <sup>(32)</sup>. No que diz respeito à prestação de serviços, os activos cedidos deveriam incluir os conhecimentos técnicos necessários (o pessoal e a propriedade intelectual respectivos) e as infra-estruturas susceptíveis de permitir o acesso ao mercado (nomeadamente, os instrumentos de comercialização) <sup>(33)</sup>. Os activos cedidos, devem pois compreender, pelo menos, elementos essenciais susceptíveis de garantir ao adquirente uma maior presença no mercado com um horizonte temporal idêntico ao do período de arranque previsto para as empresas comuns nos pontos 97 e 100. Tal como no caso das empresas comuns, a Comissão, na sua apreciação casuística, tomará em consideração os planos de actividades da empresa devidamente justificados e as características gerais do mercado.

- (27) Se os activos cedidos não permitirem que o comprador assegure, pelo menos, uma presença no mercado, provavelmente serão utilizados exclusivamente para prestar serviços ao cliente que os contratou. Nesse caso, a operação não conduzirá a uma alteração duradoura da estrutura do mercado e o contrato de externalização voltará a assemelhar-se a um contrato de serviços. Neste contexto, a operação não constituirá uma concentração. As condições específicas que devem ser preenchidas para que uma empresa comum, dedicada à prestação de serviços externalizados, seja considerada uma concentração são examinadas na secção sobre empresas comuns de pleno exercício da presente comunicação.

#### 1.4. *Alteração duradoura do controlo*

- (28) Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento das concentrações, o conceito de concentração deverá ser definido de modo a abranger apenas a operações de que resulte uma alteração duradoura no controlo das empresas em causa e, como acrescenta o considerando 20, na estrutura do mercado. O Regulamento das concentrações não abrange, por conseguinte, as operações de que resulte apenas uma alteração temporária do controlo. No entanto, o facto de os acordos subjacentes serem celebrados por um prazo determinado não exclui a possibilidade de uma alteração duradoura do controlo, desde que esses acordos sejam renováveis. Uma concentração pode realizar-se mesmo quando os acordos prevêem um termo preciso, desde que o período abrangido pelo acordo seja suficientemente longo para conduzir a uma alteração duradoura do controlo das empresas em causa <sup>(34)</sup>.
- (29) A questão de saber se uma operação conduz a uma alteração duradoura na estrutura do mercado deve ser tomada em consideração para avaliar várias operações efectuadas em série, em que a primeira delas tem uma natureza meramente transitória. Neste contexto, podem colocar-se vários cenários.
- (30) Num desses cenários, várias empresas constituem um grupo com o único objectivo de adquirir um outra empresa com base num acordo destinado a dividir, logo após a conclusão da operação e de acordo com um plano previamente estabelecido, os elementos do activo adquiridos dessa forma. Neste caso, numa primeira fase, a aquisição da empresa-alvo, no seu conjunto, é realizada por uma ou várias empresas. Numa segunda fase, os elementos do activo assim adquiridos são divididos por várias empresas. A questão que se coloca é a de saber se a primeira operação deve ser considerada uma concentração distinta, que implica a aquisição do controlo exclusivo (no caso de um único comprador) ou do controlo conjunto (no caso de uma compra em comum) do conjunto da empresa-alvo, ou se apenas as aquisições realizadas na segunda fase constituem concentrações, num contexto em que cada uma das empresas adquirentes adquire a parte que lhe interessa da empresa-alvo.

<sup>(32)</sup> Ver processo COMP/M.1841, Celestica/IBM, de 25 de Fevereiro de 2000; processo COMP/M.1849, Solectron/Ericsson, de 29 de Fevereiro de 2000; processo COMP/M.2479, Flextronics/Alcatel, de 29 de Junho de 2001, processo COMP/M.2629, Flextronics/Xerox, de 12 de Novembro de 2001.

<sup>(33)</sup> Ver, no contexto das empresas comuns, o processo IV/M.560, EDS/Lufthansa, de 11 de Maio de 1995; processo COMP/M.2478, IBM Italia/Business Solutions/JV, de 29 de Junho de 2001.

<sup>(34)</sup> Ver, nos processos relativos às empresas comuns, o processo COMP/M.2903, DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, de 30 de Abril de 2003, no qual foi considerado suficiente um prazo de doze anos; processo COMP/M.2632, Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, de 11 de Fevereiro de 2002, no qual a duração do contrato era de oito anos. No processo COMP/M.3858, Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien, de 20 de Julho de 2005, a Comissão considerou suficiente um período mínimo de 10 a 15 anos, mas não um período de três anos. A tomada de controlo mediante a aquisição de acções ou de elementos do activo não está normalmente limitada a um período determinado, presumindo-se portanto que conduzirá a uma alteração duradoura do controlo. Só no caso dos cenários apresentados nos pontos 29 e seguintes é que uma tomada de controlo através da aquisição de acções e de elementos do activo pode ser considerada, a título excepcional, uma operação com um carácter transitório, não implicando por conseguinte uma actuação duradoura do controlo das empresas em causa.

- (31) A Comissão considera que a primeira operação não constitui uma concentração, pelo que examina as tomadas de controlo pelos adquirentes finais, desde que estejam reunidas algumas condições: em primeiro lugar, a dissolução subsequente decorre de um acordo juridicamente vinculativo entre os vários compradores. Em segundo lugar, não podem restar dúvidas quanto à celeridade da segunda fase, constituída pela divisão dos elementos do activo adquiridos, que deverá acontecer num curto período de tempo após a primeira aquisição. A Comissão considera que o horizonte temporal para efectuar a divisão dos elementos do activo não deve, em geral, exceder um ano <sup>(35)</sup>.
- (32) Se as duas condições estiverem reunidas, a primeira aquisição não produz uma alteração estrutural duradoura. Não se verifica uma concentração efectiva de poder económico entre o adquirente ou adquirentes e a empresa-alvo no seu conjunto, uma vez que os elementos do activo adquiridos não são detidos por inteiro de forma duradoura, mas apenas durante o período necessário para proceder à divisão imediata dos elementos do activo adquiridos. Neste caso, apenas as aquisições das várias partes da empresa, no contexto da segunda fase, constituirão concentrações, pelo que cada uma das aquisições pelos vários compradores constitui uma concentração distinta. O facto de a primeira aquisição poder ser efectuada por uma única empresa <sup>(36)</sup> ou conjuntamente pelas empresas envolvidas na segunda fase é totalmente irrelevante <sup>(37)</sup>. De qualquer modo, convém notar que o âmbito de decisão das autoridades de controlo somente permitirá a aquisição da empresa-alvo, na sua totalidade, se a divisão ocorrer num período de tempo curto e as várias partes da empresa-alvo forem directamente vendidas ao respectivo comprador final.
- (33) Ao invés, quando estas condições não estão preenchidas e, em particular, se existirem dúvidas quanto à celeridade da segunda fase após a primeira aquisição, a Comissão considerará a primeira operação como uma concentração distinta, em que está implicada a empresa-alvo na sua totalidade. Isso acontece, nomeadamente, no caso de a primeira operação poder avançar independentemente da segunda operação <sup>(38)</sup> ou no caso de ser necessário um período transitório mais longo para dividir a empresa-alvo <sup>(39)</sup>.
- (34) Um segundo cenário é o de uma operação que conduz ao controlo conjunto durante o período de arranque, mas em que, nos termos de acordos juridicamente vinculativos, esse controlo conjunto é convertido num controlo exclusivo, exercido por um dos accionistas. Dado que o controlo conjunto pode não constituir uma alteração duradoura do controlo, pode considerar-se que a operação, no seu conjunto, é uma aquisição de controlo exclusivo. No passado, a Comissão aceitava que esses períodos de arranque pudessem prolongar-se até três anos <sup>(40)</sup>. Todavia, parece um período demasiado longo para se poder excluir a hipótese de o controlo conjunto influenciar a estrutura do mercado. Por conseguinte, o período em questão não deverá, em geral, exceder um ano e é preciso deixar claro que o período de controlo conjunto deve ter uma natureza transitória <sup>(41)</sup>. Somente no caso de um período de tempo relativamente curto será previsível que o período de controlo conjunto não tenha uma incidência particular na estrutura do mercado, podendo portanto presumir-se que não conduz a uma alteração duradoura do controlo.
- (35) Um terceiro cenário corresponde à situação em que uma empresa é «confiada» a um adquirente provisório, muitas vezes um banco, com base num acordo que prevê a revenda futura da actividade ao comprador final. O adquirente provisório adquire em geral as acções «por conta» do comprador final, que suporta normalmente a maioria dos riscos económicos e a quem podem ser igualmente atribuídos direitos específicos. Neste caso, a primeira operação destina-se apenas a facilitar a segunda e o primeiro adquirente está directamente ligado ao adquirente final. Contrariamente ao que se verifica na situação

<sup>(35)</sup> Ver, por exemplo, os processos COMP/M. Processo COMP/M.3779, Pernod Ricard/Allied Domecq, de 24 de Junho de 2005, e COMP/M.3813, Fortune Brands/Allied Domecq, de 10 de Junho de 2005, nos quais se previa que a divisão dos elementos do activo se realizaria no prazo de seis meses a contar da data da aquisição.

<sup>(36)</sup> Para uma primeira aquisição por uma única empresa, ver processo COMP/M.3779, Pernod Ricard/Allied Domecq, de 24 de Junho de 2005, e processo COMP/M.3813, Fortune Brands/Allied Domecq/Pernod Ricard, de 10 de Junho de 2005; processo COMP/M.2060, Bosch/Rexroth, de 12 de Janeiro de 2001.

<sup>(37)</sup> Para uma aquisição conjunta, ver processo COMP/M.1630, Air Liquide/BOC, de 18 de Janeiro de 2000; processo COMP/M.1922, Siemens/Bosch/Atecs, de 11 de Agosto de 2000; processo COMP/M.2059, Siemens/Dematic/VDO Sachs, de 29 de Agosto de 2000.

<sup>(38)</sup> Ver processo COMP/M.2498, UPM-Kymmene/Haindl, de 21 de Novembro de 2001 e processo COMP/M.2499, Norske Skog/Parenco/Walsum, de 21 de Novembro de 2001.

<sup>(39)</sup> Processo COMP/M.3372, Carlsberg/Holsten, de 16 de Março de 2004.

<sup>(40)</sup> Processo IV/M.425, British Telecom/Santander, de 28 de Março de 1994.

<sup>(41)</sup> Ver processo M.2389, Shell/DEA, de 20 de Dezembro de 2001, no qual o adquirente final do controlo exclusivo exercia forte influência na gestão operacional durante o período de controlo conjunto; processo M.2854, RAG/Degussa, de 18 de Novembro de 2002, no qual o período de transição foi concebido para facilitar a reestruturação interna subsequente à fusão.

descrita no primeiro cenário, nos pontos 30 a 33, não está envolvido qualquer outro adquirente final, a empresa-alvo continua a ser a mesma e a sequência das operações é exclusivamente determinada pelo adquirente final. A contar da data da adopção da presente comunicação, a Comissão examinará a tomada de controlo pelo adquirente final, de acordo com os acordos concluídos pelas partes. A Comissão considerará que a operação através da qual o adquirente provisório adquire o controlo constitui, neste cenário, a primeira etapa de uma operação de concentração única, que abrange a tomada de controlo duradoura pelo adquirente final.

### 1.5. Operações interligadas

#### 1.5.1. Relação entre o artigo 3.º e o n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 5.º

- (36) Diversas operações podem ser consideradas uma única concentração ao abrigo do Regulamento das concentrações, quer nos termos da regra geral prevista no artigo 3.º, uma vez que as operações são interligadas, ou nos termos da disposição específica do n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 5.º.
- (37) O n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 5.º trata uma questão diferente da prevista no artigo 3.º do Regulamento das concentrações. O artigo 3.º define a existência de uma «concentração» em termos gerais e concretos, sem no entanto estabelecer directamente a questão da competência da Comissão em matéria de concentrações. O artigo 5.º pretende especificar o âmbito de aplicação do Regulamento das concentrações, nomeadamente ao definir o volume de negócios a ter em consideração para avaliar a dimensão comunitária de uma concentração, e o segundo parágrafo do seu n.º 2 permite à Comissão agrupar duas ou mais operações concentráveis numa única operação de concentração para efeitos do cálculo do volume de negócios das empresas em causa. A questão de saber se, mediante aplicação do artigo 3.º, várias operações notificadas à Comissão dão lugar a única concentração ou se se deve considerar que essas operações dão lugar a concentrações distintas, precede logicamente a questão abordada no n.º 2, segundo parágrafo, artigo 5.º <sup>(42)</sup>.

#### 1.5.2. Operações interligadas nos termos do artigo 3.º

- (38) A definição geral e teleológica de uma concentração enunciada no n.º 1 do artigo 3.º, cujo resultado é a aquisição do controlo de uma ou de várias empresas, implica que o facto de o controlo ter sido adquirido mediante uma ou várias operações jurídicas é irrelevante, desde que o resultado final se traduza numa única concentração. Nos termos do artigo 3.º, duas ou mais operações constituem uma única concentração se forem unitárias por natureza. Importa saber, portanto, se o respectivo resultado confere a uma ou a várias empresas o controlo económico directo ou indirecto sobre as actividades de uma ou de várias outras empresas. Na avaliação desta questão, deve ser identificada a realidade económica subjacente às operações e, por conseguinte, o objectivo económico prosseguido pelas partes intervenientes. Por outras palavras, a fim de determinar o carácter unitário das operações em questão, é necessário verificar casuisticamente se essas operações são interligadas, no sentido de que uma operação não teria sido realizada sem a outra <sup>(43)</sup>.
- (39) O considerando 20 do Regulamento das concentrações específica, neste contexto, que é adequado considerar como uma única concentração operações que apresentam ligações estreitas na medida em que sejam objecto de um laço condicional. A exigência de interligação das operações, estabelecida pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão *Cementbouw* <sup>(44)</sup>, corresponde neste contexto à explicação apresentada no considerando 20 relativa às operações ligadas por condição.
- (40) Esta abordagem geral reflecte, por um lado, o princípio segundo o qual, no âmbito do Regulamento das concentrações, as operações que são aprovadas ou rejeitadas conjuntamente em função dos objectivos económicos das partes intervenientes devem ser igualmente analisadas no quadro do mesmo processo. Neste caso, a alteração da estrutura do mercado é induzida pelas operações no seu conjunto. Por outro lado, se as várias operações não forem interligadas e as partes intervenientes quiserem levar a seu termo uma das operações, mesmo no caso de as outras não terem êxito, parece apropriado avaliar estas operações individualmente ao abrigo do Regulamento das concentrações.

<sup>(42)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 *Cementbouw*/Comissão, n.ºs 113 a 119, Col. 2006, p. II-319.

<sup>(43)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 *Cementbouw*/Comissão, n.ºs 104 a 109, Col. 2006, p. II-319.

<sup>(44)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 *Cementbouw*/Comissão, n.ºs 106 a 109, Col. 2006, p. II-319.

- (41) Contudo, várias operações, apesar de ligadas entre si por uma condição, somente podem ser tratadas como uma única concentração se o controlo for adquirido pela mesma ou mesmas empresas. Apenas neste caso se pode presumir que duas ou mais operações são unitárias por natureza e, por conseguinte, constituem uma única concentração nos termos do artigo 3.º <sup>(45)</sup>. Neste contexto, são excluídas as cisões de empresas comuns pelas quais se dividem várias partes de uma empresa pelas antigas empresas-mãe. A Comissão deverá considerar essas operações como concentrações distintas <sup>(46)</sup>. O mesmo se aplica às operações em que duas (ou mais) empresas procedem à transferência de activos decorrente de cisões de empresas comuns ou permutas de activos. Embora as partes intervenientes considerem normalmente essas operações interligadas, o Regulamento das concentrações exige uma avaliação separada de cada uma das transacções: várias empresas adquirem controlo de diferentes elementos do activo; verifica-se uma combinação distinta de recursos em relação a cada uma das empresas adquirentes; e o impacto no mercado de cada uma dessas aquisições de controlo deve ser analisado separadamente no quadro do Regulamento das concentrações.
- (42) A aquisição de vários tipos de controlo (por exemplo, o controlo conjunto de uma actividade empresarial e o controlo exclusivo de outra) levanta questões específicas. Pelo mesmo motivo, uma operação que envolve a aquisição do controlo conjunto de uma parte de uma empresa e o controlo exclusivo de outra parte é, em princípio, considerada como constituindo duas concentrações distintas ao abrigo do Regulamento das concentrações <sup>(47)</sup>. Tais operações constituem uma única concentração se forem interligadas e se a empresa que adquire o controlo exclusivo adquirir igualmente o controlo conjunto. Em todo o caso, considera-se que tal situação constitui uma única concentração quando é adquirida uma sociedade à qual pertence a empresa controlada, quer exclusiva quer conjuntamente. Com base na interpretação do considerando 20, uma situação em que a mesma empresa adquire o controlo exclusivo e o controlo conjunto de outras empresas com base em acordos interdependentes deve ser tratada de mesmo modo. Tais operações, se forem interligadas, constituem assim uma única concentração.

#### *Requisito de condicionalidade das operações*

- (43) A condicionalidade exigida implica que nenhuma das operações teria lugar sem as outras, pelo que o conjunto das operações constitui uma operação única <sup>(48)</sup>. Tal condicionalidade é normalmente estabelecida quando as operações estão ligadas de direito, ou seja, quando os próprios acordos estão ligados por uma condicionalidade recíproca. Contudo, se puder ser razoavelmente estabelecida uma condicionalidade de facto, esta é igualmente suficiente para considerar as operações como uma única concentração. Neste caso, é necessária uma avaliação económica para se saber qual das operações depende necessariamente da conclusão das outras <sup>(49)</sup>. A interdependência de várias operações pode igualmente manifestar-se pelas declarações das partes intervenientes ou pela conclusão simultânea dos acordos em causa. Na ausência dessa simultaneidade, será difícil concluir pela intercondicionalidade de facto das várias operações. A ausência manifesta de simultaneidade em relação a operações de condicionalidade recíproca sob o ponto de vista jurídico também pode suscitar dúvidas quanto à sua interdependência efectiva.
- (44) O princípio segundo o qual as várias operações podem ser consideradas uma única concentração, nas condições já expostas, só se aplica se daí resultar que o controlo de uma ou de várias empresas é adquirido pela mesma ou mesmas pessoas ou empresas. Em primeiro lugar, isso pode acontecer se uma actividade ou empresa individual for adquirida mediante várias transacções jurídicas. Em segundo lugar, também a aquisição de controlo de várias empresas, susceptíveis, enquanto tal, de constituir concentrações distintas, podem estar ligadas de modo a constituírem uma única concentração. Contudo, no âmbito do Regulamento das concentrações, não é possível estabelecer um vínculo entre várias operações jurídicas que se referem apenas parcialmente a uma aquisição do controlo de empresas ou à

<sup>(45)</sup> Também abrange casos em que uma empresa vende uma empresa a um comprador e depois adquire o vendedor incluindo a empresa vendida, ver processo COMP/M.4521, LGI/Telenet, de 26 de Fevereiro de 2007.

<sup>(46)</sup> Ver processos análogos COMP/M.3293, Shell/BEB e COMP/M.3294, ExxonMobil/BEB, de 20 de Novembro de 2003; processo IV/M.197, Solvay/Laporte, de 30 de Abril de 1992.

<sup>(47)</sup> Ver processo IV/M.409, ABB/Renault Automation, de 9 de Março de 1994.

<sup>(48)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 Cementbouw/Comissão, n.ºs 127 e seguintes., Col. 2006, p. II-319.

<sup>(49)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 Cementbouw/Comissão, n.ºs 131 e seguintes, Col. 2006, p. II-319. Ver processo COMP/M.4521, LGI/Telenet, de 26 de Fevereiro de 2007, no qual a interligação se baseou no facto de terem sido aprovadas e realizadas simultaneamente duas operações, bem como, de acordo com os objectivos económicos das partes intervenientes, pelo facto de que uma operação não teria sido realizada sem a outra.

aquisição de outros elementos do activo, tal como participações minoritárias que não conferem direitos de controlo em outras sociedades. Não seria compatível com o quadro geral e o âmbito do Regulamento das concentrações se operações diferentes, ligadas por uma condição, fossem avaliadas como um todo indissociável ao abrigo do regulamento em causa, se apenas algumas das operações conduzirem a uma alteração do controlo de um determinado objectivo.

#### *Aquisição de uma única actividade empresarial*

- (45) Poder-se-á, portanto, estar na presença de uma única concentração se o mesmo ou mesmos compradores adquirirem o controlo de uma única empresa, ou seja, uma única entidade económica, através de várias operações jurídicas, desde que sejam objecto de condições cruzadas. Isso acontece independentemente do facto de essa entidade ser adquirida no âmbito da estrutura de uma sociedade, constituída por uma ou várias empresas, ou de serem adquiridos vários elementos do activo que formam uma única entidade económica gerida com um objectivo comercial comum, para o qual contribuem os activos em causa. Uma tal entidade pode compreender participações maioritárias e minoritárias em sociedades, bem como activos corpóreos e incorpóreos. No caso de ser necessário efectuar várias transacções jurídicas interligadas para transferir a entidade em questão, essas transacções constituem uma única concentração <sup>(50)</sup>.

#### *Aquisições do controlo em paralelo e em série*

- (46) Relativamente ao tratamento de várias aquisições de controlo como uma única concentração, verificaram-se diversos cenários na anterior prática decisional da Comissão. O primeiro cenário prende-se com a aquisição paralela do controlo, no âmbito da qual a empresa A adquire em paralelo o controlo das empresas B e C, pertencentes a vendedores distintos, sob a condição de A não ser obrigada a comprar qualquer uma das duas empresas nem o vendedor ser obrigado a vender, a não ser que as duas operações cheguem a bom termo <sup>(51)</sup>. Num outro cenário está-se perante a aquisição de controlo em série, na qual a empresa A adquire o controlo da empresa B, na condição de B ter adquirido, previamente ou em simultâneo, a empresa C, de que é exemplo o processo Kingfisher <sup>(52)</sup>.

#### *Aquisição em série do controlo exclusivo/conjunto*

- (47) A Comissão adopta uma abordagem idêntica à do processo Kingfisher quando, no âmbito de operações em série, uma empresa aceita primeiro adquirir o controlo exclusivo de uma empresa-alvo, tendo em vista ceder directamente algumas partes da participação adquirida nessa empresa a uma outra empresa, acabando os dois adquirentes por controlar em conjunto a empresa-alvo. Se as duas aquisições forem objecto de condições cruzadas, essas duas operações constituem uma única concentração e apenas a aquisição de controlo conjunto, que é o resultado final das operações, será apreciada pela Comissão <sup>(53)</sup>.

### 1.5.3. Série de operações sobre títulos

- (48) O considerando 20 do Regulamento das concentrações especifica ainda que se realizará uma única concentração nos casos em que o controlo sobre uma empresa é adquirido através de uma série de transacções de títulos adquiridos a um ou vários vendedores, que tem lugar num prazo razoavelmente curto. Nestes casos, a concentração não é limitada à aquisição da acção «única e decisiva», mas abrangerá todas as aquisições de títulos que têm lugar num prazo razoavelmente curto.

<sup>(50)</sup> Ver processo IV/M.470, Gencor/Shell, de 29 de Agosto de 1994; COMP/M.3410, Total/Gaz de France, de 8 de Outubro de 2004; processo IV/M.957, L'Oreal/Procasa/Cosmetique Iberica/Albesa, de 19 de Setembro de 1997; processo IV/M.861, Textron/Kautex, de 18 de Dezembro de 1996, no qual todos os elementos do activo foram utilizados no mesmo mercado do produto. Aplicam-se as mesmas considerações no caso de uma empresa comum ser criada por várias empresas, constituindo uma única entidade económica. Ver processo M.4048, Sonae Industria/Tarkett, de 12 de Junho de 2006, no qual era necessária a interdependência das operações que estabeleciam, respectivamente, uma empresa comum de produção e distribuição, para demonstrar que existia uma única concentração susceptível de criar uma empresa comum que desempenhava todas as actividades de uma entidade económica autónoma.

<sup>(51)</sup> Processo COMP/M.2926, EQT/H&R/Dragoco, de 16 de Setembro de 2002; as mesmas considerações aplicam-se à questão de saber quando várias fusões constituem uma única concentração na acepção do n.º 1, alínea a), do artigo 3.º; processo COMP/M. 2824, Ernst & Young/Andersen Germany, de 27 de Agosto de 2002.

<sup>(52)</sup> Processo IV/M.1188, Kingfisher/Wegert/ProMarkt, de 18 de Junho de 1998; processo COMP/M.2650, Haniel/Cementbouw/JV (CVK), de 26 de Junho de 2002.

<sup>(53)</sup> Processo COMP/M.2420, Mitsui/CVRD/Caemi, de 30 de Outubro de 2001.

#### 1.5.4. N.º 2, segundo parágrafo, do Artigo 5.º

- (49) O n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 5.º prevê uma regra específica que permite à Comissão considerar operações sucessivas efectuadas durante um período de tempo determinado como uma única concentração, para efeitos do cálculo do volume de negócios das empresas em causa. O objectivo desta disposição consiste em evitar que as mesmas pessoas possam dividir uma operação numa série de cedências de activos repartidas no tempo, a fim de se eximir à competência conferida à Comissão pelo Regulamento das concentrações <sup>(54)</sup>.
- (50) Quando duas ou mais operações (dando origem cada uma delas a uma aquisição de controlo) são efectuadas num período de dois anos entre as mesmas pessoas ou empresas devem ser consideradas como uma única concentração <sup>(55)</sup>, independentemente do facto de essas operações se referirem, ou não, a partes da mesma empresa ou ao mesmo sector. Esta regra não se aplica quando as mesmas pessoas ou empresas se associam a outras pessoas ou empresas para realizar apenas algumas das operações em questão. Para haver concentração, basta que as operações, mesmo que não tenham sido efectuadas entre as mesmas empresas, tenham sido realizadas entre empresas que pertencem aos mesmos grupos respectivos. A disposição também se aplica a duas ou mais operações efectuadas entre as mesmas pessoas ou empresas quando essas operações são efectuadas simultaneamente. Sempre que conduzam a uma tomada de controlo pela mesma empresa, essas operações simultâneas entre as mesmas partes constituem uma única concentração apesar de não estarem subordinadas reciprocamente <sup>(56)</sup>. No entanto, não se afigura que o n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 5.º seja aplicável a operações diferentes, desde que pelo menos numa delas esteja implicada uma empresa em causa distinta do ou dos vendedores ou compradores comuns. Nos casos que implicam duas operações, em que uma operação dá origem a um controlo exclusivo e a outra a um controlo conjunto, não se aplica, portanto, o n.º 2, segundo parágrafo do artigo 5.º, a não ser que a outra ou outras empresas-mãe que exercem um controlo conjunto e que tenham participado na última operação, sejam o cedente ou cedentes da participação que confere o controlo exclusivo na primeira operação.

#### 1.6. **Reestruturação Interna**

- (51) Uma concentração na acepção do Regulamento das concentrações está limitada às alterações de controlo. Uma reestruturação interna num grupo de empresas não constitui uma concentração. Este princípio aplica-se, por exemplo, aos aumentos de participações não acompanhadas de alterações de controlo ou a operações de reestruturação, como uma fusão de uma sociedade com uma dupla cotação numa única entidade jurídica ou uma fusão de filiais. Só se estará em presença de uma concentração se a operação conduzir a uma alteração da natureza do controlo de uma empresa, deixando, por conseguinte, de ser puramente interna.

#### 1.7. **Concentrações que envolvem empresas públicas**

- (52) Verifica-se uma situação excepcional nos casos em que tanto as empresas adquiridas como as empresas adquirentes são empresas públicas pertencentes ao mesmo Estado (ou à mesma entidade pública ou autarquia). Neste caso, o facto de a operação ser considerada ou não uma reestruturação interna depende, por seu turno, da questão de saber se ambas as empresas se integravam anteriormente na mesma unidade económica. Quando as empresas pertenciam previamente a diferentes unidades económicas, com poder de decisão autónomo, considerar-se-á que a operação constituiu uma concentração e não uma reestruturação interna <sup>(57)</sup>. Contudo, se as referidas unidades económicas mantiverem igualmente esse poder de decisão autónomo, após a realização da operação, considerar-se-á que esta constitui apenas uma operação interna de reestruturação, mesmo que as acções das empresas que constituem grupos económicos distintos, passem a ser detidas por uma entidade única como, por exemplo, uma sociedade gestora de participações sociais pura <sup>(58)</sup>.

<sup>(54)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 *Cementbouw/Comissão*, n.º 118, Col. 2006, p. II-319.

<sup>(55)</sup> Ver processo COMP/M.3173, *E.ON/Fortum Burghausen/Smaland/Endenderry*, de 13 de Junho de 2003. O mesmo também se aplica a casos de aquisição do controlo exclusivo, nos quais apenas partes da empresa eram previamente objecto de controlo conjunto pela empresa adquirente, processo COMP/M. 2679, *EdF/TXU/Europe/24 Seven*, de 20 de Dezembro de 2001.

<sup>(56)</sup> Processo IV/M.1283, *Volkswagen/RollsRoyce/Cosworth*, de 24 de Agosto de 1998.

<sup>(57)</sup> Processo IV/M.097, *Péchiney/Usinor*, de 24 de Junho de 1991; processo IV/M.216, *CEA Industrie/France Telecom/SGS-Thomson*, de 22 de Fevereiro de 1993; processo IV/M.931, *Neste/IVO*, de 2 de Junho de 1998. Ver também considerando 22 do Regulamento das concentrações.

<sup>(58)</sup> Questões específicas relativas ao cálculo do volume de negócios de empresas públicas são tratadas nos pontos 192 a 194.

- (53) No entanto, as prerrogativas exercidas por um Estado, actuando como autoridade pública e não como accionista, desde que se limitem à protecção do interesse público, não constituem um controlo nos termos do Regulamento das concentrações, na medida em que não têm como objectivo nem como efeito permitir que o Estado exerça uma influência decisiva na actividade da empresa <sup>(59)</sup>.

## 2. Controlo exclusivo

- (54) Normalmente, adquire-se o controlo exclusivo quando uma única empresa pode exercer uma influência decisiva numa empresa. Em geral, há duas situações em que uma empresa possui o controlo exclusivo. Em primeiro lugar, a empresa que exerce o controlo exclusivo tem o poder de influenciar as decisões comerciais estratégicas da outra empresa. Este poder é geralmente conseguido pela aquisição de uma maioria dos direitos de voto nessa empresa. Em segundo lugar, verifica-se igualmente uma situação de controlo exclusivo quando um único accionista pode vetar decisões estratégicas numa empresa, embora este accionista não tenha poderes para, por si só, impor tais decisões (o chamado controlo exclusivo negativo). Nestas circunstâncias, um único accionista possui o mesmo nível de influência de que normalmente beneficia um accionista que dispõe de controlo conjunto numa empresa, ou seja, o poder de bloquear decisões estratégicas. Comparando esta situação com a de uma empresa controlada em conjunto, não há outros accionistas que usufruam do mesmo nível de influência, e o accionista que beneficia de controlo exclusivo negativo terá necessariamente de cooperar com outros accionistas específicos para determinar o comportamento estratégico da empresa controlada. Uma vez que este accionista pode provocar uma situação de impasse, adquire uma influência decisiva na aceção do n.º 2 do artigo 3.º e, por conseguinte, detém uma posição de controlo nos termos do Regulamento das concentrações <sup>(60)</sup>.
- (55) O controlo exclusivo pode ser adquirido com base em circunstâncias de direito e/ou de facto.

### *Controlo exclusivo de direito*

- (56) O controlo exclusivo é normalmente adquirido, sob o ponto de vista jurídico, quando uma empresa adquire a maioria dos direitos de voto numa sociedade. Na falta de outros elementos, uma aquisição que não inclua a maioria dos direitos de voto não confere normalmente o controlo, mesmo se envolver a aquisição de uma participação maioritária. Quando os estatutos da sociedade obrigam a uma maioria qualificada para a tomada de decisões estratégicas, a aquisição de uma maioria simples dos direitos de voto pode não conferir poderes para influenciar as decisões estratégicas, mas pode ser suficiente para conferir ao adquirente o direito de bloquear tais decisões e, por conseguinte, um poder de controlo negativo.
- (57) O controlo exclusivo pode decorrer, de direito, de uma participação minoritária, quando lhe estão associados direitos específicos. Podem revestir a forma de acções preferenciais com direitos especiais, que permitem ao accionista minoritário determinar o comportamento empresarial estratégico da empresa -alvo como, por exemplo, o poder de nomeação de mais de metade dos membros do órgão de fiscalização ou do conselho de administração. O controlo exclusivo pode ser igualmente exercido por um accionista minoritário que tenha o direito de gerir as actividades da empresa e de determinar a sua política empresarial com base na estrutura organizacional (por exemplo, um sócio comanditado de uma sociedade em comandita o qual, por vezes, nem sequer detém uma participação).
- (58) Verifica-se uma situação característica de controlo exclusivo negativo quando um accionista tem 50 % do capital de uma empresa, enquanto os 50 % remanescentes estão nas mãos de vários outros accionistas (assumindo que esta situação não conduz a um controlo exclusivo positivo de facto), ou quando é necessária uma maioria qualificada para adoptar decisões estratégicas, o que, na prática, confere um direito de veto a um único accionista, independentemente de este ser maioritário ou minoritário <sup>(61)</sup>.

<sup>(59)</sup> Processo IV/M.493, Tractebel/Distrigaz II, de 1 de Setembro de 1994.

<sup>(60)</sup> Uma vez que este accionista é a única empresa que adquire uma participação de controlo, apenas este é obrigado a remeter uma notificação no âmbito do Regulamento das concentrações.

<sup>(61)</sup> Ver processos consecutivos COMP/M.3537, BBVA/BNL, de 20 de Agosto de 2004 e M.3768, BBVA/BNL, de 27 de Abril de 2005; processo M.3198, VW-Audi/VW-Audi Vertriebszentrum, de 29 de Julho de 2003; processo COMP/M.2777, Cinven Limited/Angel Street Holdings, de 8 de Maio de 2002; processo IV/M.258, CCIE/GTE, de 25 de Setembro de 1992. No processo COMP/M.3876, Diester Industrie/Bunge/JV, de 30 de Setembro de 2005, havia um caso concreto de uma empresa comum que detinha uma posição numa empresa através da qual exercia um controlo exclusivo negativo sobre a empresa em questão.



*Controlo exclusivo de facto*

- (59) Pode igualmente considerar-se que um accionista minoritário detém o controlo exclusivo com base em circunstâncias de facto. Tal sucede, por exemplo, quando o accionista tem fortes probabilidades de obter uma maioria na assembleia-geral de accionistas, tendo em conta o nível da sua participação e a presença dos accionistas nas assembleias-gerais de anos anteriores <sup>(62)</sup>. Com base nesta estrutura dos votos, a Comissão efectuará uma análise prospectiva, tendo em conta mudanças previsíveis a nível da presença dos accionistas que a operação possa vir a desencadear no futuro <sup>(63)</sup>. A Comissão examinará ainda a posição dos outros accionistas e avaliará o seu papel. Essa avaliação assenta, nomeadamente, nos critérios seguintes: forte dispersão das acções restantes, vínculos estruturais, económicos ou familiares dos outros accionistas importantes com o accionista minoritário em questão ou ainda o interesse estratégico ou meramente financeiro dos outros accionistas na empresa-alvo. Estes critérios serão avaliados casuisticamente <sup>(64)</sup>. Se, com base na sua participação, na estrutura dos votos na assembleia-geral de accionistas registada no passado e na posição dos outros accionistas for provável que um accionista minoritário venha a obter uma maioria estável de votos na assembleia-geral de accionistas, presume-se que este accionista minoritário importante exerce um controlo exclusivo na empresa <sup>(65)</sup>.
- (60) Uma opção de aquisição ou de conversão de acções não confere, por si só, o controlo exclusivo, salvo se esta opção for exercida num futuro imediato, em função de acordos juridicamente vinculativos <sup>(66)</sup>. No entanto, em circunstâncias excepcionais, uma opção, em conjunto com outros factores, pode levar a concluir pela existência de um controlo exclusivo de facto <sup>(67)</sup>.

*Controlo exclusivo adquirido por outros meios distintos dos direitos de voto*

- (61) Além da aquisição do controlo exclusivo com base em direitos de voto, são também aplicáveis as considerações expostas na secção 1.2 em matéria de aquisição de controlo exclusivo pela aquisição de activos, por contrato ou por qualquer outro meio.

**3. Controlo conjunto**

- (62) Existe controlo conjunto quando duas ou mais empresas ou pessoas dispuserem da possibilidade de exercer uma influência decisiva sobre uma outra empresa. Por influência decisiva, neste contexto, entende-se normalmente o poder de bloquear medidas que determinam a estratégia comercial de uma empresa. Ao invés do controlo exclusivo, que confere a um accionista específico o poder de determinar as decisões estratégicas numa empresa, o controlo conjunto caracteriza-se pela possibilidade de uma situação de impasse decorrente do poder de duas ou mais empresas-mãe rejeitarem as decisões estratégicas propostas. Daí a necessidade de esses accionistas chegarem a acordo sobre a política empresarial da empresa comum e de colaborarem entre si <sup>(68)</sup>.
- (63) Tal como no caso do controlo exclusivo, a aquisição de controlo conjunto pode ser estabelecida com base em circunstâncias de direito ou de facto. Verifica-se um controlo conjunto quando os accionistas (as empresas-mãe) devem chegar a um acordo sobre decisões importantes que afectam a empresa objecto do controlo (a empresa comum).

<sup>(62)</sup> Processo IV/M.343, Société Générale de Belgique/Générale de Banque, de 3 de Agosto de 1993; processo COMP/M.3330, RTL/M6, de 12 de Março de 2004; processo IV/M.159, Mediobanca/Generali, de 19 de Dezembro de 1991.

<sup>(63)</sup> Ver processo COMP/M.4336, MAN/Scania, de 20 Dezembro de 2006 relativamente à questão de a Volkswagen ter ou não adquirido o controlo da MAN.

<sup>(64)</sup> Processo IV/M.754, Anglo American/Lonrho, de 23 de Abril de 1997; processo IV/M.025, Arjomari/Wiggins Teape, de 10 de Fevereiro de 1990.

<sup>(65)</sup> Ver também processo COMP/M.2574, Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, de 20 de Setembro de 2001; processo IV/M.1519, Renault/Nissan, de 12 de Maio de 1999.

<sup>(66)</sup> Acórdão do processo T 2/93, Air France/Comissão, [1994] ECR II-323. Mesmo que uma opção não conduza, em si, a uma concentração, pode ser tomada em consideração para apreciação substantiva de uma concentração, ver processo COMP/M.3696/E.ON/MOL, de 21 de Dezembro de 2005, nos n.ºs 12-14, 480, 762 e seguintes.

<sup>(67)</sup> Processo IV/M.397, Ford/Hertz, de 27 de Março de 1994.

<sup>(68)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 Cementbouw/Comissão, n.ºs 42, 52 e 67, Col. 2006, p. II-319.

### 3.1. *Igualdade dos direitos de voto ou de representação nos órgãos de decisão*

- (64) A forma mais evidente de controlo conjunto verifica-se quando existem apenas duas empresas-mãe que partilham, de forma paritária, os direitos de voto na empresa comum. Neste caso, não é necessária a celebração de um acordo formal entre as empresas-mãe. No entanto, quando existe um acordo formal, este não deve ser contrário ao princípio de igualdade entre as empresas-mãe, devendo prever, por exemplo, que cada uma destas tem direito ao mesmo número de representantes nos órgãos de gestão e que nenhum dos membros dispõe de um direito de voto de qualidade <sup>(69)</sup>. A igualdade também pode ser obtida quando ambas as empresas-mãe têm o direito de designar um número igual de representantes para os órgãos de decisão da empresa comum.

### 3.2. *Direito de veto*

- (65) Pode também existir controlo conjunto mesmo nos casos em que não se verifica uma situação de igualdade entre as duas empresas-mãe no que respeita aos direitos de voto ou à representação nos órgãos responsáveis pela tomada de decisões, ou ainda quando existem mais de duas empresas-mãe. Tal é o caso quando os accionistas minoritários dispõem de direitos suplementares que lhes permitem vetar decisões fundamentais para a estratégia comercial da empresa comum <sup>(70)</sup>. Esses direitos de veto podem estar consignados nos estatutos da empresa comum ou podem ser conferidos por um acordo celebrado entre as empresas-mãe. Os próprios direitos de veto podem ser exercidos por meio de um quórum específico, necessário para a tomada de decisões nas assembleias-gerais ou no conselho de administração, na medida em que as empresas-mãe se encontrem representadas neste último. É também possível que as decisões estratégicas estejam sujeitas à aprovação de um órgão específico, por exemplo, do órgão de fiscalização, em que os accionistas minoritários se encontram representados e integram o quórum necessário para a tomada dessas decisões.
- (66) Estes direitos de veto devem incidir sobre as decisões estratégicas relativas à política comercial da empresa comum. Devem ir além dos direitos de veto normalmente conferidos aos accionistas minoritários no intuito de proteger os seus direitos financeiros enquanto investidores na empresa comum. Esta protecção normal dos direitos dos accionistas minoritários prende-se com as decisões relativas a aspectos fundamentais da empresa comum, como por exemplo alterações de estatuto, aumento ou redução de capital ou ainda a liquidação da empresa. A título de exemplo, um direito de veto que impeça a venda ou a liquidação de uma empresa comum não confere o controlo conjunto ao accionista minoritário em causa <sup>(71)</sup>.
- (67) Ao invés, os direitos de veto que conferem o controlo conjunto incidem normalmente sobre decisões e questões como o orçamento, o plano de actividades, os investimentos importantes ou a nomeação dos quadros superiores. Contudo, a aquisição de controlo conjunto não requer que o adquirente tenha o poder de exercer uma influência decisiva sobre a gestão quotidiana de uma empresa. O elemento crucial consiste no facto de os direitos de veto serem suficientes para permitir às empresas-mãe exercer essa influência no tocante à estratégia comercial da empresa comum. Além disso, não é necessário determinar se um adquirente do controlo conjunto da empresa comum irá exercer efectivamente essa influência decisiva. Basta a possibilidade de dispor desta influência, sendo por conseguinte suficiente a mera existência de direitos de veto.
- (68) A fim de adquirir o controlo conjunto, não é necessário que um accionista minoritário disponha de todos os direitos de veto supramencionados. Pode ser suficiente que detenha apenas alguns, se não mesmo um único direito de veto. Tal dependerá do teor exacto do próprio direito de veto e da importância desse direito no contexto das actividades específicas da empresa comum.

<sup>(69)</sup> Processo COMP/M.3097, Maersk Data/Eurogate IT; Global Transport Solutions JV de 12 de Março de 2003; Processo IV/M.272, Matra/CAP Gemini Sogeti, de 17 de Março de 1993.

<sup>(70)</sup> Processo T 2/93, Air France/Comissão [1994] ECR II-323; Processo IV/M.010, Conagra/Idea, de 3 de Maio de 1991.

<sup>(71)</sup> Processo IV/M.062, Eridania/ISI, de 30 de Julho de 1991.

*Nomeação dos quadros superiores e elaboração do orçamento*

- (69) Normalmente, os direitos de veto mais importantes prendem-se com as decisões em matéria de nomeação e demissão dos quadros superiores e de aprovação do orçamento. O poder de determinação conjunta da estrutura dos órgãos de gestão, como os membros do conselho de administração, confere em geral ao seu detentor o poder de exercer uma influência decisiva sobre a política comercial de uma empresa. O mesmo sucede em relação às decisões sobre o orçamento, dado este estabelecer o enquadramento preciso das actividades da empresa comum e, nomeadamente, os investimentos que esta pode realizar.

*Plano de actividades*

- (70) O plano de actividades estabelece, normalmente de forma pormenorizada, os objectivos de uma empresa, juntamente com as medidas a adoptar tendo em vista a prossecução desses objectivos. Um direito de veto sobre este tipo de plano de actividades pode ser suficiente para conferir o controlo conjunto, mesmo na ausência de qualquer outro direito de veto. Ao invés, se o plano de actividades contiver apenas declarações gerais relativas aos objectivos da empresa comum, a existência de um direito de veto constituirá apenas um elemento a ter em conta na análise geral do controlo conjunto, mas não basta em si mesmo para conferir o controlo conjunto.

*Investimentos*

- (71) No que diz respeito a um direito de veto sobre os investimentos, a importância desse direito depende, em primeiro lugar, do nível de investimentos que se encontram sujeitos a aprovação pelas empresas-mãe e, em segundo lugar, da medida em que esses investimentos representam uma característica fundamental do mercado em que a empresa comum exerce as suas actividades. Em relação ao primeiro ponto, é de assinalar que, quando o nível de investimentos que carece de aprovação das empresas-mãe é extremamente elevado, esse direito de veto pode corresponder sobretudo a uma protecção normal dos interesses dos accionistas minoritários, não constituindo um direito que confere um poder de co-decisão relativa à política comercial da empresa comum. No que respeita ao segundo ponto, a política de investimento de uma empresa constitui normalmente um elemento importante para a determinação da eventual existência de controlo conjunto. No entanto, pode haver mercados em que o investimento não desempenha um papel significativo no comportamento concorrencial de uma empresa.

*Direitos específicos relativamente ao mercado*

- (72) Para além dos direitos de veto mais habituais acima referidos, existem vários outros direitos de veto referentes a decisões específicas que são importantes no contexto de um determinado mercado da empresa comum. Um exemplo ilustrativo é constituído pelas decisões sobre a tecnologia a utilizar pela empresa comum, sempre que represente um elemento fundamental das actividades dessa empresa. Outro exemplo ainda prende-se com os mercados que se caracterizam por uma diferenciação de produtos e um grau de inovação significativo. Nesses mercados, o direito de veto sobre as decisões respeitantes a novas linhas de produto a desenvolver pela empresa comum pode constituir igualmente um elemento importante para determinar a existência de um controlo conjunto.

*Contexto global*

- (73) Na avaliação da importância relativa dos direitos de veto, em caso de multiplicidade dos mesmos, estes não devem ser avaliados de forma isolada. Pelo contrário, a determinação da existência ou não do controlo conjunto baseia-se numa análise desses direitos no seu conjunto. No entanto, um direito de veto que não se relacione quer com a política comercial e estratégica, a nomeação dos quadros superiores, quer com o orçamento ou o plano de actividades, não pode ser considerado como conferindo o controlo conjunto ao seu titular <sup>(72)</sup>.

**3.3. Exercício comum dos direitos de voto**

- (74) Mesmo na ausência de direitos de veto específicos, duas ou mais empresas que adquirem participações minoritárias numa outra empresa podem obter o controlo conjunto. Tal poderá suceder quando as participações minoritárias proporcionam, no seu conjunto, meios para controlar a empresa objecto da operação. Isto significa que os accionistas minoritários deterão, em conjunto, a maioria dos direitos de

<sup>(72)</sup> Processo IV/M.295, SITA-RPC/SCORI, de 19 de Março de 1993.

voto, e que ao exercerem esses direitos de voto intervirão em conjunto. Tal poderá decorrer da existência de um acordo juridicamente vinculativo para esse efeito, ou poderá ser comprovado com base nas circunstâncias concretas.

- (75) O meio jurídico para assegurar o exercício comum de direitos de voto pode revestir a forma de uma sociedade gestora de participações sociais (controlada conjuntamente), para a qual os accionistas minoritários transferem os seus direitos, ou de um acordo nos termos do qual estes se comprometem a actuar em comum (acordo de votação em bloco).
- (76) Muito excepcionalmente, pode verificar-se uma acção colectiva assente numa situação de facto quando existirem importantes interesses comuns entre os accionistas minoritários que os impeça de se oporem uns aos outros no exercício dos seus direitos relativos à empresa comum. Contudo, quanto maior for o número de empresas-mãe participantes nessa empresa comum, menores serão as probabilidades de uma situação deste tipo.
- (77) Uma grande interdependência das empresas-mãe quanto à realização dos objectivos estratégicos da empresa comum é um indício dessa comunhão de interesses. Tal sucede, nomeadamente, quando a contribuição de cada empresa-mãe para a empresa comum é essencial para o seu funcionamento (por exemplo, tecnologias específicas, saber-fazer local ou acordos de fornecimento) <sup>(73)</sup>. Nestas circunstâncias, pode suceder que as empresas-mãe possam bloquear as decisões estratégicas da empresa comum, só podendo, por conseguinte, geri-la com êxito se existir um acordo mútuo relativamente às decisões estratégicas, mesmo que não estejam expressamente previstos quaisquer direitos de veto. Neste contexto, as empresas-mãe deverão gerir as empresas em regime de colaboração <sup>(74)</sup>. Entre outros factores, figuram ainda os processos de tomada de decisão estabelecidos de tal modo que permitam às empresas-mãe exercer um controlo conjunto, mesmo na falta de acordos explícitos que confirmem direitos de veto ou na ausência de outros vínculos entre os accionistas minoritários da empresa comum <sup>(75)</sup>.
- (78) Tal cenário pode apresentar-se não só quando dois ou mais accionistas minoritários detêm, de facto, o controlo conjunto de uma empresa, mas também quando um accionista maioritário depende acentuatadamente de um accionista minoritário. Isto pode acontecer quando a empresa comum depende económica e financeiramente do accionista minoritário ou quando este último é o único que dispõe do saber-fazer necessário e é chamado a desempenhar um papel crucial na exploração da empresa comum, enquanto o accionista maioritário é um simples investidor <sup>(76)</sup>. Nessas circunstâncias, embora o accionista maioritário possa não impor os seus pontos de vista, a empresa comum parceira poderá bloquear as decisões estratégicas, pelo que ambas as empresas-mãe devem cooperar a título permanente. Esta situação conduz a um controlo conjunto de facto, que prevalece sobre uma simples avaliação de direito, segundo a qual se poderia presumir que o accionista maioritário detinha o controlo exclusivo.
- (79) Estes critérios aplicam-se à criação de uma nova empresa comum, bem como às aquisições de accionistas minoritários que, na totalidade, conferem um controlo conjunto. No caso de aquisições de participações, a probabilidade de existência de interesses comuns é maior se a operação se realizar através de uma acção concertada. Contudo, uma aquisição por meio de uma acção concertada não basta por si só para estabelecer um controlo conjunto de facto. Em geral, os interesses partilhados dos investidores financeiros (ou dos credores) numa sociedade, no que se refere ao retorno do investimento, não constitui uma comunhão de interesses conducente ao exercício do controlo conjunto de facto.

<sup>(73)</sup> Processo COMP/JV.55, Hutchison/RCPM/ECT, de 3 Julho de 2001; ver também processo IV/M.553, RTL/Veronica/Endemol, de 20 de Setembro de 1995.

<sup>(74)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 Cementbouw/Comissão, n.ºs 42, 52 e 67, Col. 2006, p. II-319.

<sup>(75)</sup> Processo COMP/JV 55, Hutchison/RCPM/ECT, de 3 de Julho de 2001. Ver também Processo IV/M.553, RTL/Veronica/Endemol, de 20 de Setembro de 1995.

<sup>(76)</sup> Processo IV/M. 967, KLM/Air UK, de 22 de Setembro de 1997; Processo COMP/M4085, Arcelor/Oyak/Erdemir, de 13 de Fevereiro de 2006.

- (80) Na falta de importantes interesses comuns como os acima referidos, o facto de os accionistas minoritários poderem estabelecer alianças flutuantes excluirá normalmente a presunção da existência de controlo conjunto. Sempre que não se verifique qualquer maioria estável no processo de tomada de decisões, podendo a maioria em cada caso resultar de diversas combinações possíveis entre os accionistas minoritários, não se pode presumir que os accionistas minoritários (ou um certo grupo destes) controlam em conjunto a empresa <sup>(77)</sup>. Neste contexto, não basta a existência de acordos entre duas ou mais partes com uma participação equivalente no capital social de uma empresa que prevejam a concessão de direitos e poderes idênticos às partes, caso estes acordos não confirmem direitos de veto estratégicos. Por exemplo, no caso de uma empresa em que três accionistas detêm cada um terço do capital social, elegendo cada um destes um terço dos membros do conselho de administração, os accionistas não têm o controlo conjunto, uma vez que as decisões devem ser tomadas com base numa maioria simples.

### 3.4. Outros aspectos relacionados com o controlo conjunto

#### *Papel desigual das empresas-mãe*

- (81) O controlo conjunto não é incompatível com o facto de uma das empresas-mãe beneficiar de experiência e de conhecimentos específicos no ramo da actividade da empresa comum. Neste caso, a outra empresa-mãe pode desempenhar um papel modesto ou mesmo nulo na gestão quotidiana da empresa comum, sendo a sua presença motivada por considerações que se prendem com uma estratégia financeira a longo prazo, uma imagem de marca ou a sua política geral. Não obstante, esta deve sempre dispor da possibilidade efectiva de se opor às decisões tomadas pela outra empresa-mãe com base na igualdade dos direitos de voto ou dos direitos de nomeação dos órgãos de decisão ou dos direitos de veto em relação a questões estratégicas. Caso contrário, estaríamos perante uma situação de controlo exclusivo.

#### *Voto de qualidade*

- (82) A existência de controlo conjunto implica que não seja atribuído um voto de qualidade a uma das empresas-mãe, uma vez que isso conduziria a uma situação de controlo exclusivo da empresa que usufrui desse voto. No entanto, poderá verificar-se uma situação de controlo conjunto se, na prática, a pertinência e a eficácia deste voto de qualidade forem limitadas. Tal pode acontecer se esse voto de qualidade apenas puder ser exercido após uma série de fases de arbitragem e tentativas de conciliação, se se circunscrever apenas a um domínio muito restrito, se o seu exercício gerar uma opção de venda que implica um encargo financeiro grave, ou se a interdependência recíproca das empresas-mãe inviabilizar a sua utilização <sup>(78)</sup>.

### III. ALTERAÇÕES NO TIPO DE CONTROLO

- (83) O Regulamento das concentrações abrange operações que dão lugar à aquisição do controlo exclusivo ou conjunto, incluindo operações conducentes a alterações a nível do tipo de controlo. Em primeiro lugar, há uma alteração do tipo de controlo, de que resulta uma concentração, no caso de o controlo exclusivo passar a controlo conjunto. Em segundo lugar, há uma alteração do tipo de controlo em situações de controlo conjunto, tanto antes como após a transacção, se ocorrer um aumento do número de accionistas com participação de controlo ou uma mudança da sua identidade. No entanto, não há uma alteração do tipo de controlo quando se verifica uma passagem do controlo exclusivo negativo para o controlo exclusivo positivo. Tal alteração não afecta os incentivos do accionista que exercia o controlo negativo nem a natureza da estrutura de controlo, uma vez que o accionista detentor do controlo não tinha necessariamente de cooperar com accionistas específicos no momento em que beneficiava de controlo negativo. De qualquer modo, convém notar que simples alterações do nível das participações detidas pelos mesmos accionistas titulares de controlo, não acompanhadas de alterações dos poderes que estes detêm numa sociedade e da composição da estrutura de controlo da sociedade, não constituem uma alteração do tipo de controlo, não se tratando, por conseguinte, de uma concentração que deva ser notificada.

<sup>(77)</sup> Processo IV/JV.12, Ericsson/Nokia/Psion/Motorola, de 22 de Dezembro de 1998.

<sup>(78)</sup> Processo COMP/M.2574, Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, de 20 de Setembro de 2001; Processo IV/M.553, RTL/Veronica/Endemol, de 20 de Setembro de 1995; Processo IV/M.425, British Telecom/Banco Santander, de 28 de Março de 1994.

- (84) Estas alterações do tipo de controlo serão examinadas à luz de dois cenários: primeiro, a entrada recente de um ou mais accionistas com uma participação de controlo, independentemente do facto de estes substituírem ou não os accionistas existentes com participação de controlo e, segundo, a redução do número de accionistas com uma participação de controlo.

### 1. Entrada de accionistas com uma posição de controlo

- (85) A entrada de novos accionistas com uma participação de controlo conducente a um controlo conjunto pode decorrer da passagem do controlo exclusivo para o controlo conjunto, da entrada de um accionista suplementar, ou da substituição de um accionista existente numa empresa já controlada em conjunto.
- (86) A passagem do controlo exclusivo para o controlo conjunto é considerada uma operação que exige notificação, uma vez que altera o tipo de controlo da empresa comum. Em primeiro lugar, há uma nova aquisição de controlo para o accionista que entra na empresa controlada. Em segundo, só o facto de existir uma nova aquisição de controlo transforma a empresa controlada numa empresa comum o que, nos termos do Regulamento das concentrações, altera igualmente de forma determinante a situação da empresa remanescente que exerce o controlo: no futuro, esta deve ter em conta os interesses de um ou mais novos accionistas que têm o controlo e cooperar a título permanente com o novo ou novos accionistas. Antes, esta podia determinar individualmente a estratégia comercial da empresa controlada (no caso do controlo exclusivo) ou não era obrigada a ter em consideração os interesses de outros accionistas específicos nem a cooperar com eles a título permanente.
- (87) A entrada numa empresa controlada conjuntamente de um novo accionista, que vem juntar-se aos accionistas que já detinham o controlo ou ocupar o lugar de um deles, também constitui uma concentração que deve ser notificada, apesar de a empresa ser controlada conjuntamente antes e depois da operação<sup>(79)</sup>. Em primeiro lugar, um accionista adquire, neste cenário, um novo controlo da empresa comum. Segundo, o tipo de controlo da empresa comum é determinado pela identidade de todos os accionistas titulares do controlo. É da própria natureza do controlo conjunto que, uma vez que cada accionista individualmente pode bloquear as decisões estratégicas, os accionistas que exercem o controlo conjunto devem tomar em consideração os seus interesses mútuos e cooperar no sentido da definição da estratégia comercial da empresa comum<sup>(80)</sup>. Assim, o controlo conjunto não se resume a uma simples adição matemática dos direitos de veto exercidos por vários accionistas, mas é determinado pela composição dos accionistas que exercem esse controlo. Um dos cenários mais óbvios conducente a uma mudança decisiva na natureza da estrutura do controlo de uma empresa controlada conjuntamente é a situação em que, numa empresa comum controlada conjuntamente por uma empresa comum concorrente e por um investidor financeiro, este é substituído por outro concorrente. Neste caso, a estrutura de controlo e os incentivos dos parceiros da empresa comum podem mudar completamente, não só devido à entrada de um novo accionista com uma participação de controlo, mas também devido à mudança de motivação do accionista remanescente. A substituição de um accionista titular de controlo ou a entrada de um novo accionista numa empresa controlada conjuntamente constitui, portanto, uma alteração do tipo de controlo<sup>(81)</sup>.

<sup>(79)</sup> Ver, por exemplo, Processo COMP/M.3440, ENI/EDP/GdP, de 9 de Dezembro de 2004.

<sup>(80)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 Cementbouw/Comissão, n.º 67, Col. 2006, p. II-319.

<sup>(81)</sup> Geralmente, convém notar que a Comissão, na sua apreciação, não considerará uma concentração distinta a substituição indirecta de um accionista que detém uma participação de controlo numa empresa objecto de controlo conjunto decorrente da aquisição do controlo de uma das suas empresas-mãe. A Comissão deverá avaliar todas as alterações que ocorram a nível da situação concorrencial da empresa comum no contexto da aquisição do controlo global da sua empresa-mãe. Nesse caso, os outros accionistas que exercem o controlo da empresa comum não serão, portanto, empresas em causa em resultado da concentração que afecta a sua empresa-mãe.

- (88) Contudo, a entrada de novos accionistas somente conduz a uma concentração sujeita a notificação se um ou vários accionistas adquirirem o controlo exclusivo ou conjunto na sequência da realização da operação. A entrada de novos accionistas pode conduzir a uma situação em que o controlo conjunto não pode ser estabelecido, quer por circunstâncias de direito quer por circunstâncias de facto, uma vez que está na origem de possíveis alianças flutuantes entre accionistas minoritários <sup>(82)</sup>.

## 2. Redução do número de accionistas

- (89) A redução do número de accionistas que exercem o controlo constitui uma alteração no tipo de controlo, pelo que deve ser considerada uma concentração se a saída de um ou de mais accionistas que tinham o controlo envolver a passagem do controlo conjunto para o controlo exclusivo. A influência decisiva exercida a título individual é substancialmente diferente da influência decisiva exercida em conjunto, uma vez que, neste último caso, os accionistas que exercem o controlo conjunto devem ter em consideração os interesses potencialmente diferentes da outra ou das outras partes intervenientes <sup>(83)</sup>.
- (90) Quando a operação envolve uma redução do número de accionistas que detêm o controlo conjunto, sem implicar a passagem do controlo conjunto para o controlo exclusivo, não conduzirá normalmente a uma concentração sujeita a notificação.

## IV. EMPRESAS COMUNS — O CONCEITO DE PLENO EXERCÍCIO

- (91) O n.º 1, alínea b), do artigo 3.º prevê que uma concentração é considerada realizada quando *uma ou mais* empresas adquirem o controlo do conjunto ou de partes de uma outra empresa. Por conseguinte, a aquisição de uma outra empresa por várias empresas que detêm o controlo conjunto constitui uma concentração nos termos do Regulamento das concentrações. Tal como no caso da aquisição do controlo exclusivo por uma empresa, esta aquisição de controlo conjunto introduzirá a uma alteração na estrutura do mercado mesmo que, de acordo com a estratégia das empresas adquirentes, a empresa adquirida, após realização da transacção, já não deva ser considerada uma empresa que desempenha todas as funções de uma entidade económica autónoma (porque, por exemplo, passará a vender exclusivamente às empresas-mãe). Dessa forma, uma transacção que envolva várias empresas que adquirem a terceiros o controlo conjunto de outra empresa ou partes de outra empresa, que preenchem os critérios estabelecidos no ponto 23, constituirá uma concentração nos termos do n.º 1 do artigo 3.º, sem ser necessário considerar o critério do pleno exercício <sup>(84)</sup>.
- (92) O n.º 4 do artigo 3.º prevê, ainda, que a criação de uma empresa comum que desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma (as chamadas empresas comuns de pleno exercício) deve constituir uma concentração na acepção do Regulamento das concentrações. O critério de pleno exercício determina, portanto, a aplicação do Regulamento das concentrações à criação de empresas comuns pelas partes, independentemente de essa empresa comum ser uma empresa totalmente nova ou de as partes transferirem para a empresa comum elementos do activo que previamente possuíam a título individual. Nestas circunstâncias, a empresa comum deve cumprir o critério de pleno exercício para que constitua uma concentração.
- (93) O facto de uma empresa comum poder ser uma empresa de pleno exercício e, por conseguinte, economicamente autónoma do ponto de vista operacional, não significa que desfrute de autonomia no que se refere à adopção das suas decisões estratégicas. Caso contrário, uma empresa controlada conjuntamente nunca poderia ser considerada uma empresa comum que desempenha todas as funções de uma entidade económica autónoma e, por conseguinte, nunca seria cumprido o requisito estipulado no n.º 4 do artigo 3.º <sup>(85)</sup>. Assim, o critério relativo ao exercício pleno é considerado suficiente se a empresa comum for autónoma em termos operacionais.

<sup>(82)</sup> Processo IV/JV.12, Ericsson/Nokia/Psion/Motorola, de 22 de Dezembro de 1998.

<sup>(83)</sup> Ver processo IV/M023, ICI/Tioxide, de 28 de Novembro de 1990; ver também o n.º 5, alínea d), da comunicação da Comissão relativa a um procedimento simplificado de tratamento de certas operações de concentração nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho.

<sup>(84)</sup> Estas considerações não se aplicam igualmente ao n.º 4 do artigo 2.º. Enquanto a interpretação dos n.ºs 1 e 4 do artigo 3.º se refere à aplicabilidade do Regulamento das concentrações às empresas comuns, o n.º 4 do artigo 2.º refere-se à análise substantiva de empresas comuns. A «criação de uma empresa comum que constitui uma concentração nos termos do Regulamento das concentrações», conforme previsto no n.º 4 do artigo 2.º, compreende a aquisição do controlo conjunto nos termos dos n.ºs 1 e 4 do artigo 3.º.

<sup>(85)</sup> Acórdão proferido no processo T-282/02 Cementbouw/Comissão, n.º 62, Col. 2006, p. II-319.

### 1. Recursos suficientes para operar de forma independente num mercado

- (94) A natureza do pleno exercício significa que a empresa comum deve funcionar num mercado, desempenhando as funções habitualmente desenvolvidas por outras empresas presentes nesse mercado. Para tal, a empresa comum deve dispor de gestão própria e ter acesso a todos os recursos necessários, nomeadamente em termos de financiamento, pessoal, e activos (corpóreos e incorpóreos) para exercer as suas actividades de forma duradoura na zona prevista para esse efeito no acordo que rege a empresa comum <sup>(86)</sup>. O pessoal não terá necessariamente ser empregado pela própria empresa comum. No caso de ser prática corrente no sector em que a empresa comum exerce a sua actividade, basta que terceiros prevejam o destacamento do pessoal nos termos de um acordo operacional ou que o pessoal seja afectado por uma agência de emprego provisória. O destacamento de pessoal pelas empresas-mãe pode ser suficiente no caso de ser realizado apenas durante o período de arranque ou se a empresa comum trata as empresas-mãe da mesma maneira que trata terceiros. Este último caso implica que a empresa comum mantenha uma certa independência em relação às empresas-mãe e desfrute, igualmente, da liberdade de contratar os seus empregados ou de obter pessoal por intermédio de terceiros.

### 2. Actividades que excedem uma função específica para as empresas-mãe

- (95) Se uma empresa comum desempenhar apenas uma função específica no âmbito das actividades desenvolvidas pelas suas empresas-mãe, não tendo acesso ou presença garantida no mercado, não será considerada como desempenhando todas as funções de uma entidade económica autónoma. É o caso, por exemplo, das empresas comuns dedicadas exclusivamente a actividades de I & D ou de produção. Estas empresas comuns desempenham um papel auxiliar das actividades empresariais das empresas-mãe. É também o caso das empresas comuns circunscritas essencialmente a actividades de distribuição ou de venda dos produtos das suas empresas-mãe que, por conseguinte, funcionam principalmente como agências de vendas. Todavia, o facto de uma empresa comum utilizar as redes de distribuição ou os pontos de venda de uma ou de várias das suas empresas-mãe não é geralmente incompatível com a sua qualidade de «empresa comum que desempenha todas as funções de uma entidade económica autónoma», desde que as empresas-mãe operem apenas como agentes da empresa comum <sup>(87)</sup>.
- (96) As empresas comuns ligadas à detenção de bens imobiliários, que são geralmente criadas por motivos fiscais e financeiros, constituem um exemplo em que em que esta questão se coloca com frequência. Desde que o objectivo da empresa comum se limite à aquisição e/ou detenção de certos bens imobiliários por conta das empresas-mãe ou com base nos recursos financeiros fornecidos por estas, a empresa comum não poderá ser considerada plenamente funcional, uma vez que não exerce uma actividade económica autónoma no mercado e não dispõe dos recursos necessários para tal. Esta situação deve distinguir-se do caso das empresas comuns que exercem a sua actividade de gestão de bens imobiliários e intervêm no mercado por conta própria, o que geralmente evidencia um exemplo de pleno exercício <sup>(88)</sup>.

### 3. Relações de compra/venda com as empresas-mãe

- (97) A forte presença das empresas-mãe nos mercados a montante ou a jusante é um factor que deve ser tomado em consideração para apreciar se uma empresa comum desempenha todas as funções de uma entidade económica autónoma, quando esta presença contribui para um volume significativo de vendas ou compras entre as empresas-mãe e a empresa comum. Se, apenas durante o período inicial de

<sup>(86)</sup> Processo IV/M.527, Thomson CSF/Deutsche Aerospace, de 2 de Dezembro de 1994, direitos de propriedade intelectual, processo IV/M.560, EDS/Lufthansa, de 11 de Maio de 1995 — recurso a fornecimentos externos, processo IV/M.585, Voest Alpine Industrieanlagenbau GmbH/Davy International Ltd, de 7 de Setembro de 1995 — direito da empresa comum de solicitar pessoal e outros conhecimentos especializados às suas empresas-mãe, Case IV/M.686, Nokia/Autoliv, de 5 de Fevereiro de 1996, possibilidade de a empresa comum denunciar os «acordos de serviços» com a empresa-mãe e sair das instalações detidas pela empresa-mãe, processo IV/M.791, British Gas Trading Ltd/Group 4 Utility Services Ltd, de 7 de Outubro de 1996, os activos destinados à empresa comum serão transferidos para uma empresa de locação financeira e alugados pela empresa comum.

<sup>(87)</sup> Processo IV/M.102, TNT/Canada Post e outros, de 2 de Dezembro de 1991.

<sup>(88)</sup> Ver processo IV/M.929, DIA/Veba Immobilien/Deutschbau, de 23 de Junho de 1997; processo COMP/M. 3325, Morgan Stanley/Glick/Canary Wharf, de 23 de Janeiro de 2004.



arranque, a empresa comum depender quase totalmente das vendas às empresas-mãe ou das suas compras a essas empresas, a sua natureza de empresa comum que desempenha todas as funções não é geralmente afectada. Este período de arranque pode ser necessário para que a empresa comum se estabeleça o mercado e, regra geral, não excederá um período de três anos, em função das condições específicas do mercado em questão <sup>(89)</sup>.

#### *Vendas às empresas-mãe*

- (98) Se as vendas da empresa comum às empresas-mãe tiverem um carácter base duradouro, a questão essencial consiste em determinar se, independentemente dessas vendas, a empresa comum está preparada para desempenhar um papel activo no mercado, e se pode ser considerada economicamente autónoma de um ponto de vista funcional. A esse respeito, a proporção relativa das vendas realizadas às empresas-mãe face á a produção total da empresa comum constitui um factor importante. Tendo em conta as especificidades de cada caso, é impossível definir um rácio fixo do volume de negócios que distinga as empresas que desempenham todas as funções de uma entidade económica autónoma das outras empresas comuns. Se a empresa comum realizar mais de 50 % do seu volume de negócios com terceiros, esse facto apontará para a funcionalidade plena. Abaixo deste limiar indicativo, convém, para determinar a autonomia funcional da empresa comum, analisar casuisticamente se a relação da empresa comum com as empresas-mãe é de natureza verdadeiramente comercial. Para tal, é preciso demonstrar que a empresa comum fornece os respectivos bens ou serviços a quem os valoriza mais e os paga mais caros e que a empresa comum também trata com toda a independência as suas empresas-mãe com base em condições comerciais normais <sup>(90)</sup>. Neste caso, ou seja, se, no plano comercial, a empresa comum tratar as suas empresas-mãe como terceiros, pode considerar-se que 20 %, no mínimo, do seu volume de vendas previsto seja atribuído a terceiros. No entanto, quanto maior for a percentagem de vendas efectuadas às empresas-mãe, mais evidente será a necessidade de fornecer provas concretas do carácter comercial da sua relação.
- (99) Para determinar a relação entre as vendas efectuadas às empresas-mãe e a terceiros, a Comissão tomará em consideração os dados históricos e os planos de actividades devidamente fundamentados. Todavia, a Comissão fundamentará igualmente o seu parecer na estrutura geral do mercado, nomeadamente se for difícil prever vendas significativas a terceiros. Este factor pode também ser pertinente para determinar se a empresa comum trata as suas empresas-mãe com total independência.
- (100) Estas questões colocam-se frequentemente no que se refere a acordos de externalização, em que uma empresa cria uma empresa comum com um fornecedor de serviços <sup>(91)</sup> que realizará as tarefas até ao momento asseguradas pela empresa a nível interno. Nestes casos, a empresa comum não pode geralmente ser considerada como uma empresa que desempenha todas as funções de uma entidade económica autónoma. Com efeito, fornece os seus serviços exclusivamente à empresa cliente e, para prestar os seus serviços, depende do contributo do fornecedor de serviços. O facto de o plano de actividades da empresa comum não excluir frequentemente que a empresa comum possa, no mínimo, fornecer os seus serviços a terceiros não altera esta apreciação uma vez que, em geral, as receitas realizadas com terceiros terão provavelmente um carácter acessório, no âmbito da externalização, em relação às actividades principais da empresa comum ao serviço da empresa cliente. Esta regra geral não exclui, no entanto, a existência de casos de externalização em que os parceiros da empresa comum, por motivos de economia de escala, por exemplo, criam uma empresa comum com vista a ter um acesso ao mercado significativo. Esta situação permite considerar a empresa comum como uma empresa que desempenha todas as funções de uma entidade económica autónoma no caso de se preverem vendas importantes a terceiros e de a relação entre a empresa comum e a sua empresa-mãe ter um carácter puramente comercial e se a empresa comum tratar as suas empresas-mãe com base em condições comerciais normais.

<sup>(89)</sup> Processo IV/M.560, EDS/Lufthansa, de 11 de Maio de 1995; processo IV/M.686, Nokia/Autoliv, de 5 de Fevereiro de 1996; a comparar com o processo IV/M.904, RSB/Tenex/Fuel Logistics, de 2 de Abril de 1997 e o processo IV/M.979, Preussag/Voest-Alpine, de 1 de Outubro de 1997. Verifica-se um caso especial quando as vendas efectuadas pela empresa comum às empresas-mãe se devem a um monopólio legal a jusante da empresa comum, ver processo IV/M.468, Siemens/Italtel, de 17 de Fevereiro de 1995, ou quando as vendas a uma empresa-mãe são constituídas por produtos secundários, de pouca importância para a empresa comum, ver processo IV/M.550, Union Carbide/Enichem, de 13 de Março de 1995.

<sup>(90)</sup> Processo IV/M.556, Zeneca/Vanderhave, de 9 de Abril de 1996; Processo IV/M.751 — Bayer/Hüls de 3 Julho 1996.

<sup>(91)</sup> A questão das condições em que um acordo de externalização corresponde à definição de uma concentração é tratada nos pontos 25 e seguintes da presente comunicação.

*Aquisições às empresas-mãe*

- (101) Em relação às aquisições da empresa comum às empresas-mãe, a natureza de empresa comum que desempenha todas as funções de uma entidade autónoma é questionável, em especial, quando o valor acrescentado aos produtos ou serviços em causa a nível da própria empresa comum é pouco significativo. Nesse caso, a empresa comum poderá estar mais próxima de uma agência comum de vendas.

*Mercados comerciais*

- (102) Todavia, contrariamente ao que sucede nesta situação, quando uma empresa comum desenvolve actividades num mercado comercial e desempenha as funções normais de uma empresa que se dedica à comercialização nesse mercado, não será normalmente uma agência de vendas auxiliar, mas sim uma empresa comum que desempenha todas as funções de uma entidade económica autónoma. Um mercado comercial caracteriza-se em geral pela existência de empresas especializadas na venda e distribuição de produtos, sem estarem integradas verticalmente, paralelamente a outras integradas verticalmente, bem como pela existência de múltiplas fontes de abastecimento para os produtos em causa. Além disso, muitos mercados comerciais podem obrigar a um investimento, por parte dos operadores, em meios específicos, tais como pontos de venda, sistemas de gestão de existências, entrepostos, armazéns, frotas de transporte e pessoal de vendas. Para ser considerada uma empresa comum que desempenha todas as funções de uma sociedade económica autónoma num mercado comercial, a empresa comum deve dispor dos meios necessários e poder obter uma percentagem substancial dos seus fornecimentos não só das empresas-mãe, mas também de outras fontes concorrentes <sup>(92)</sup>.

**4. Funcionamento com carácter duradouro**

- (103) Além disso, a empresa comum deve destinar-se a operar numa base duradoura. O facto de as empresas-mãe atribuírem à empresa comum os recursos acima descritos demonstra que geralmente será este o caso. Por outro lado, os acordos de criação de uma empresa comum prevêm normalmente certas eventualidades, como o fracasso da empresa comum ou um desacordo fundamental entre as empresas-mãe <sup>(93)</sup>. Tal pode ser obtido mediante a inclusão de disposições respeitantes a uma eventual dissolução da própria empresa comum ou à possibilidade de uma ou várias das suas empresas-mãe se retirarem da empresa comum. Disposições deste tipo não impedem que a empresa comum seja considerada como estando destinada a operar numa base duradoura. O mesmo sucede também normalmente nos casos em que o acordo especifica um limite para a duração para a empresa comum, sendo esse período suficientemente longo para dar origem a uma alteração duradoura da estrutura das empresas em causa <sup>(94)</sup> ou quando o acordo prevê a eventual continuação da empresa comum para além desse período.
- (104) Em contrapartida, não se considera que a empresa comum se destina a operar numa base duradoura quando é criada por um período determinado de curta duração. Este seria, por exemplo, o caso de uma empresa comum criada para a realização de um projecto específico, tal como a construção de uma central eléctrica, sem participar na exploração dessa central, uma vez concluída a fase de construção.
- (105) A empresa comum também não exercerá plenamente as suas actividades numa base duradoura se certas decisões que revestem uma importância crucial para iniciar a sua actividade empresarial ficarem em suspenso, dependendo de terceiros. Apenas as decisões que ultrapassam simples formalidades e cuja atribuição é geralmente incerta se enquadram nestas cenários. Exemplos disso são a adjudicação de um contrato (por exemplo, em concursos públicos), a atribuição de licenças (por exemplo, no sector das telecomunicações) ou a concessão de direitos de acesso à propriedade (por exemplo, os direitos de exploração de petróleo e gás). Enquanto tais decisões não forem tomadas, não há a certeza de a empresa comum ir entrar em funcionamento. Por conseguinte, não se pode considerar que a empresa comum, nessa fase, desempenhe funções económicas de modo duradouro, pelo que não reúne as condições do

<sup>(92)</sup> Processo IV/M.788, AgrEVO/Marubeni, de 3 de Setembro de 1996.

<sup>(93)</sup> Processo IV/M.891, Deutsche Bank/Commerzbank/J.M. Voith, de 23 de Abril de 1997.

<sup>(94)</sup> Ver processo COMP/M.2903, DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, de 30 de Abril de 2003, no qual um período de 12 anos foi considerado suficiente; processo COMP/M.2632, Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, de 11 de Fevereiro de 2002, no qual o prazo do contrato é de 8 anos. No processo COMP/M.3858, Lehman Brothers/Starwood/Le Meridien, de 20 de Julho de 2005, a Comissão considerou suficiente um período mínimo de 10 a 15 anos, mas não um período de três anos.

exercício pleno. No entanto, quando for tomada uma decisão favorável à empresa comum em questão, este critério passa a estar satisfeito e estar-se-á perante uma concentração <sup>(95)</sup>.

## 5. Alterações das actividades da empresa comum

- (106) As empresas-mãe podem decidir alargar o âmbito das actividades da empresa comum durante a sua existência. Esta extensão das actividades será considerada como uma nova concentração susceptível de gerar uma obrigação de notificação se implicar a aquisição às empresas-mãe do conjunto ou de parte de uma outra empresa que, isoladamente, seria considerada uma concentração, de acordo com o referido no ponto 24 da presente comunicação <sup>(96)</sup>.
- (107) De modo idêntico, verifica-se uma concentração se as empresas-mãe transferirem um volume significativo de activos suplementares, contratos, saber-fazer ou outros direitos para a empresa comum e esses activos e direitos constituírem a base ou o núcleo de uma expansão das actividades da empresa comum para outros produtos ou mercados geográficos que não constituíam objectivos da empresa comum inicial e se a empresa comum desempenhar essas actividades em regime de pleno exercício. Tendo em conta que a transferência dos activos ou direitos indicia que as empresas-mãe são os verdadeiros protagonistas por detrás da expansão dos horizontes da empresa comum, o alargamento das actividades da empresa comum pode ser considerado como a criação de uma nova empresa comum na acepção do n.º 4 do artigo 3.º <sup>(97)</sup>.
- (108) No caso de ser alargado o âmbito de uma empresa comum, sem que isso implique a transferência de activos suplementares, contratos, saber-fazer ou direitos, considera-se que não há uma concentração.
- (109) Realiza-se uma concentração quando há uma alteração da actividade de uma empresa comum existente, que não desempenha todas as funções de uma entidade económica autónoma, e que implique a criação de uma empresa comum de pleno exercício na acepção do n.º 4 do artigo 3.º. Podem citar-se os seguintes exemplos: uma alteração da estrutura organizacional de uma empresa comum de modo que cumpra o critério de pleno exercício <sup>(98)</sup>; uma empresa comum que apenas fornecia as empresas-mãe, que posteriormente inicia uma actividade significativa dirigida para o mercado; ou situações como as descritas no ponto 105, em que uma empresa comum, para iniciar uma actividade, tem necessidade de um contributo essencial (como uma licença no sector das telecomunicações). Tal mudança de actividade da empresa comum implicará frequentemente uma decisão por parte dos accionistas ou aos órgãos de gestão. Uma vez adoptada uma decisão que leve a empresa comum a cumprir o critério de pleno exercício, existe uma concentração.

## V. DERROGAÇÕES

- (110) O n.º 5 do artigo 3.º prevê três situações excepcionais em que a aquisição de uma participação de controlo não constitui uma concentração nos termos do Regulamento das concentrações.
- (111) Em primeiro lugar, a aquisição de valores mobiliários por empresas cujas actividades normais incluam a transacção e a negociação de títulos por conta própria ou de outrem não é considerada uma operação de concentração, desde que essa aquisição seja efectuada no âmbito dessas actividades e sempre que estes valores mobiliários sejam apenas detidos a título temporário (n.º 5, alínea a), do artigo 3.º). Para que esta derrogação seja aplicável, devem ser respeitados as seguintes condições:

- a empresa adquirente deve ser uma instituição de crédito ou outra instituição financeira, ou ainda uma companhia de seguros cujas actividades normais sejam as supramencionadas;

<sup>(95)</sup> Através do respeito dos outros critérios mencionados no presente secção da comunicação.

<sup>(96)</sup> Ver processo COMP/M.3039, Soprol/Céréol/Lesieur, de 30 de Janeiro de 2003.

<sup>(97)</sup> Nesse caso, o facto que dá origem à notificação será o acordo ou outro acto jurídico subjacente à transferência de elementos do activo, aos contratos, aos conhecimentos técnicos e aos outros direitos.

<sup>(98)</sup> Processo COMP/M.2276, The Coca-Cola Company/Nestlé/JV, de 27 de Setembro de 2001.

- os valores mobiliários devem ser adquiridos com vista à sua revenda;
  - a empresa adquirente não deve exercer os direitos de voto com o objectivo de determinar o comportamento empresarial estratégico da empresa-alvo ou deve exercer estes direitos apenas com o objectivo de preparar a alienação total ou parcial da empresa ou a realização dos respectivos activos ou títulos;
  - a empresa adquirente deve alienar a sua participação de controlo no prazo de um ano a contar da data da aquisição, ou seja, deve reduzir a sua participação neste período de um ano para, no mínimo, um nível que deixe de conferir um poder de controlo. Este período pode, contudo, ser prorrogado pela Comissão sempre que a empresa adquirente possa comprovar que a alienação não é razoavelmente possível no período de um ano.
- (112) Em segundo lugar, não se verifica uma mudança de controlo e, por conseguinte, uma concentração na acepção do Regulamento das concentrações, quando o controlo é adquirido por uma pessoa mandatada pela autoridade pública por força da legislação de um Estado-Membro relativa à liquidação, falência, insolvência, cessação de pagamentos, concordata ou qualquer outro processo análogo (n.º 5, alínea b), do artigo 3.º).
- (113) Em terceiro lugar, não se realiza uma concentração quando o controlo é adquirido por uma sociedade de participação financeira na acepção do n.º 3 do artigo 5.º da Directiva 78/660/CEE do Conselho<sup>(99)</sup>. O conceito de «sociedade de participação financeira» fica assim limitado às sociedades cujo objecto consiste exclusivamente em adquirir participações noutras empresas, sem intervirem directa ou indirectamente na respectiva gestão, sem prejuízo dos direitos que as sociedades de participação financeira têm na sua qualidade de accionistas. Essas sociedades de investimento devem ser estruturadas de acordo com um modelo segundo o qual o respeito dos limites impostos às actividades dessas sociedades deve poder ser controlado por uma autoridade judicial ou administrativa. O Regulamento das concentrações prevê um requisito adicional para que se aplique esta derrogação: essas sociedades podem exercer os direitos de voto em outras empresas apenas para manter o valor pleno desses investimentos e não para determinar directa ou indirectamente a estratégia comercial da empresa controlada.
- (114) As derrogações previstas no n.º 5 do artigo 3.º do Regulamento das concentrações têm um domínio de aplicação extremamente limitado. Em primeiro lugar, só são aplicáveis se, na sua ausência, a operação constituísse uma concentração de pleno direito, mas não no caso de a operação se inscrever numa concentração única, de âmbito mais vasto, em circunstâncias em que o adquirente final do controlo não satisfaz as condições enunciadas no n.º 5 do artigo 3.º (ver ponto 35). Em segundo, as derrogações previstas no n.º 5, alíneas a) e c) do artigo 3.º só são aplicáveis às aquisições de controlo mediante a aquisição de valores mobiliários, mas não através da aquisição de elementos do activo.
- (115) As derrogações não são aplicáveis às estruturas dos fundos de investimento tradicionais. De acordo com os seus objectivos, estes fundos não se limitam geralmente ao exercício dos direitos de voto, mas adoptam decisões em matéria de nomeação dos órgãos de direcção e de fiscalização das empresas, ou até mesmo de reestruturação das empresas em questão. Isso não seria compatível com o requisito previsto nos termos do n.º 5, alíneas a) e c), do artigo 3.º, segundo o qual as sociedades adquirentes não devem exercer os direitos de voto com vista a determinar o comportamento concorrencial da outra empresa<sup>(100)</sup>.
- (116) Pode levantar-se a questão de saber se uma operação para recuperar uma empresa antes de um processo de insolvência, ou no decurso de um tal processo, constitui uma concentração nos termos do Regulamento das concentrações. Uma operação de recuperação envolve normalmente a conversão da dívida existente num nova empresa, através da qual o sindicato bancário pode adquirir o controlo conjunto da empresa em causa. Se esta operação preencher os critérios em matéria de controlo conjunto,

<sup>(99)</sup> Quarta Directiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1978, baseada no artigo 54.º, n.º 3, alínea g) do Tratado, e relativa às contas anuais de certas formas de empresas, JO L 222 14.8.1978, p. 11, com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 2003/51/CE, de 18 de Junho de 2003, JO L 178 de 17.7.2003, p. 16. Nos termos do n.º 3 do artigo 5., por sociedade de participação financeira, para efeitos da directiva, entende-se exclusivamente as «sociedades cujo objecto único é a tomada de participações noutras empresas, assim como a gestão e valorização dessas participações sem que estas sociedades interfiram directa ou indirectamente na gestão dessas empresas, sem prejuízo dos direitos que as sociedades de participação financeira têm na qualidade de accionistas. O respeito dos limites impostos às actividades dessas sociedades deve poder ser controlado por uma autoridade judicial ou administrativa».

<sup>(100)</sup> Processo IV/M.669, Charterhouse/Porterbrook, de 11 de Dezembro de 1995.

conforme acima indicados, esta será normalmente considerada uma concentração <sup>(101)</sup>. Embora a principal intenção dos bancos seja a reestruturação do financiamento da empresa em causa, tendo em vista a sua revenda subsequente, a derrogação prevista no n.º 5, alínea a), do artigo 3.º não é normalmente aplicável a este tipo de operação. De modo idêntico ao estabelecido para os fundos de investimento, o programa de reestruturação requer normalmente que os bancos que detêm o controlo determinem a estratégia comercial da empresa objecto de recuperação. Além disso, não é normalmente realista prever a transformação de uma empresa deste tipo numa entidade comercialmente viável e a sua alienação no prazo autorizado de um ano. Para além do mais, o período de tempo necessário para a prossecução desse objectivo pode ser tão incerto que seria difícil conceder uma prorrogação no que respeita ao prazo para a alienação.

#### VI. ABANDONO DAS CONCENTRAÇÕES

- (117) Uma concentração cessa de existir e o Regulamento das concentrações deixa de ser aplicado, se as empresas em causa abandonarem a concentração.
- (118) A este respeito, o novo Regulamento das concentrações n.º 139/2004 introduziu uma nova disposição relativa ao encerramento, sem a tomada de uma decisão final, dos processos relativos ao controlo das concentrações iniciados pela Comissão ao abrigo do n.º 1, alínea c), do artigo 6.º, primeira frase. Esta disposição tem a seguinte redacção: «Sem prejuízo do artigo 9.º, esses processos são encerrados por via de decisão, de acordo com os n.ºs 1 a 4 do artigo 8.º, a menos que as empresas em causa tenham demonstrado a contento da Comissão que abandonaram a concentração». Esses requisitos não são aplicáveis antes do início do processo.
- (119) Regra geral, os elementos de prova do abandono da operação devem corresponder, nomeadamente em termos de forma jurídica e de intensidade, ao acto inicial considerado suficiente para que a concentração deva ser notificada. No caso de as partes se apoiarem nesse primeiro acto para reforçar os seus vínculos contratuais durante o processo, celebrando, por exemplo, um acordo vinculativo após a notificação da operação com base numa intenção de boa fé, os elementos de prova do abandono da operação devem corresponder também à natureza do último acto.
- (120) Em conformidade com este princípio e, no caso de execução da concentração antes de uma decisão da Comissão, é oportuno demonstrar o restabelecimento da situação anterior à operação. Nos outros casos, a simples retirada da notificação não constitui prova suficiente de que a concentração foi abandonada na acepção do n.º 1, alínea c) do artigo 6.º. De modo idêntico, alterações menores de uma concentração, sem incidência na alteração do controlo ou no tipo dessa alteração, não podem ser consideradas como um abandono da concentração inicial <sup>(102)</sup>.
- Acordo vinculativo: será exigida a prova de revogação juridicamente vinculativa do acordo sob a forma prevista no acordo inicial (geralmente um documento assinado por todas as partes). Não basta que as partes manifestem a sua intenção de revogar o acordo ou de não realizar a concentração notificada, ou que uma das partes (ou todas elas) façam uma declaração unilateral <sup>(103)</sup>.
  - Intenção de boa fé de celebrar um acordo: no caso de uma carta de intenções ou memorando de entendimento que ateste tal intenção de boa fé, é necessário apresentar documentos que provem a anulação de tal intenção. Quanto a outras formas possíveis da manifestação de uma intenção de boa fé, o abandono deve inverter essa intenção de boa fé e corresponder em termos de forma e intensidade à manifestação de intenção inicial.
  - O anúncio público de uma oferta pública de aquisição ou da intenção de apresentar uma oferta pública de aquisição: convém proceder a um anúncio público do encerramento do processo do concurso público ou de renúncia à intenção de promover uma oferta pública. A forma e o alcance público deste anúncio devem ser análogos aos do anúncio inicial

<sup>(101)</sup> Processo IV/M.116, Kelt/American Express, de 28 de Agosto de 1991.

<sup>(102)</sup> Este ponto não prejudica a avaliação da necessidade de apresentar informações complementares à Comissão, nos termos do n.º 3 do artigo 5.º do Regulamento n.º 802/2004.

<sup>(103)</sup> Ver processo COMP/M.4381 — JCI/VB/FIAMM de 10 de Maio de 2007, ponto 15, em que uma das partes pretendia renunciar a um acordo, enquanto a outra considerava que o acordo se mantinha vinculativo e aplicável.

- Concentrações já realizadas: se a realização da concentração teve lugar previamente à decisão da Comissão, as partes terão de mostrar que foi restabelecida a situação que prevalecia antes da execução da concentração.

(121) Cabe às partes intervenientes apresentar a documentação necessária para satisfazer estas condições em tempo oportuno.

#### VII. ALTERAÇÕES DAS OPERAÇÕES APÓS DECISÃO DE AUTORIZAÇÃO DA COMISSÃO

- (122) Em alguns casos, as partes podem não querer executar a operação tal como prevista depois de a Comissão ter autorizado a concentração. Levanta-se então a questão de saber se a decisão de autorização da Comissão abrange ainda essa alteração da estrutura da transacção.
- (123) Em geral, se antes da execução da concentração autorizada, a estrutura da transacção for alterada e passar de uma aquisição de controlo, abrangida pelo n.º 1, alínea b), do artigo 3.º, para uma fusão nos termos do n.º 1, alínea a) do artigo 3.º, ou *vice versa*, a alteração da estrutura da operação é considerada uma concentração diferente nos termos do Regulamento das concentrações e é necessária uma nova notificação<sup>(104)</sup>. Contudo, modificações menos significativas da operação, como, por exemplo, modificações menores nas percentagens de participação que não têm incidência na alteração do controlo ou na qualidade dessa alteração, modificações dos preços de oferta nos casos de ofertas públicas, ou modificações na estrutura da empresa através da qual a operação é efectuada, que não têm consequências na situação do controlo em questão nos termos do Regulamento das concentrações, são consideradas como sendo abrangidas pela decisão de autorização da Comissão.

### C. DIMENSÃO COMUNITÁRIA

#### I. LIMIARES

- (124) O Regulamento das concentrações estabelece dois critérios para determinar quais as operações às quais é aplicado. O primeiro critério consiste no facto de a operação dever constituir uma concentração nos termos do artigo 3.º. O segundo inclui os limiares em termos de volume de negócios previstos no artigo 1.º e que se destinam a identificar as operações que têm um impacto a nível da Comunidade, podendo ser conseqüentemente consideradas de «interesse comunitário». O volume de negócios é utilizado como um indicador dos recursos económicos que serão reunidos numa operação de concentração, sendo repartido geograficamente a fim de reflectir a distribuição geográfica dos mesmos.
- (125) O artigo 1.º do Regulamento das concentrações estabelece dois grupos de limiares para determinar se uma operação tem dimensão comunitária. O n.º 2 do artigo 1.º estabelece três critérios diferentes: o limiar relativo ao volume de negócios a nível mundial tem como objectivo avaliar a dimensão global das empresas em causa, o limiar relativo ao volume de negócios a nível comunitário destina-se a determinar se a concentração envolve um nível mínimo de actividades na Comunidade, e a regra dos dois terços pretende excluir da competência comunitária as operações de âmbito meramente nacional.
- (126) Este segundo grupo de limiares, incluído no n.º 3 do artigo 1.º, destina-se a ser aplicado às concentrações que não atinjam dimensão comunitária nos termos do n.º 2 do artigo 1.º, mas que teriam um impacto substancial em, pelo menos, três Estados-Membros, dando origem a notificações múltiplas ao abrigo das regras de concorrência nacionais dos Estados-Membros em causa. Para este efeito, o n.º 3 do artigo 1.º prevê limiares mais baixos relativamente ao volume de negócios, quer a nível mundial quer a nível comunitário, e em relação a um nível de actividades mínimo conseguido pelas empresas em causa, conjunta ou individualmente, em pelo menos três Estados-Membros. À semelhança do n.º 2 do artigo 1.º, o n.º 3 do artigo 1.º também inclui uma regra de dois terços que exclui concentrações predominantemente nacionais<sup>(105)</sup>.

<sup>(104)</sup> Ver processos COMP/M.2706, Carnival Corporation/P&O Princess, de 11 de Abril de 2002 e COMP/M.3071, Carnival Corporation/P&O Princess, de 10 de Fevereiro de 2003. Nestes casos, há uma mudança de identidade das partes notificantes, uma vez que ambas as partes intervenientes numa fusão são obrigadas a notificar a operação, enquanto apenas a parte que adquire o controlo é obrigada a fazê-lo. No entanto, se as partes procedem a uma aquisição de controlo de uma empresa-alvo e apenas decidem *subsequentemente* fundir-se com a filial recém-adquirida, a operação será considerada uma reestruturação interna que não conduz a uma alteração do controlo e, por conseguinte, não é abrangida pelo artigo 3.º do Regulamento das concentrações.

<sup>(105)</sup> Considera-se que uma concentração tem uma dimensão comunitária se é remetida à Comissão nos termos do n.º 5 do artigo 4.º do Regulamento das concentrações. Estes casos são tratados na comunicação da Comissão relativa à remessa de casos de concentrações, JO C 56, 5.3.2005, p. 2.

- (127) Os limiares têm por objectivo regular a competência, não se destinando a avaliar a posição no mercado das partes que intervêm na concentração, nem o impacto da operação. Como tal, incluem o volume de negócios derivado e, por conseguinte, os recursos afectados a todas as áreas de actividade das partes e não apenas os directamente abrangidos pela operação de concentração. Os limiares são meramente quantitativos, uma vez que se baseiam apenas no cálculo do volume de negócios e não na quota de mercado ou outros critérios. O seu objectivo consiste em estabelecer um mecanismo simples e objectivo que possa ser facilmente utilizado pelas empresas intervenientes numa concentração, a fim de determinar se a operação reveste dimensão comunitária, devendo, por conseguinte, ser notificada.
- (128) Tendo em conta que o artigo 1.º estabelece os limiares numéricos para estabelecer a competência, o objectivo do artigo 5.º consiste em explicar como deve ser efectuado o cálculo do volume de negócios de modo a assegurar que os valores daí resultantes dêem uma imagem fiel da realidade económica.

## II. CONCEITO DE EMPRESA EM CAUSA

### 1. Aspectos gerais

- (129) Do ponto de vista da determinação da competência, as empresas em causa são as que participam numa concentração, ou seja, uma fusão ou uma aquisição de controlo conforme previsto no n.º 1 do artigo 3.º. O volume de negócios individual e total dessas empresas será determinante para decidir se os limiares previstos são atingidos.
- (130) Após a identificação das empresas em causa numa dada operação, o seu volume de negócios deverá ser calculado de acordo com as regras estabelecidas no artigo 5.º do Regulamento das concentrações, para efeitos de determinação do órgão competente. O n.º 4 do artigo 5.º estabelece critérios minuciosos para a identificação de empresas cujo volume de negócios pode ser atribuído à empresa em causa devido a relações directas ou indirectas com esta última. O legislador teve a intenção de estabelecer regras concretas que, consideradas em conjunto, podem ajudar a definir o conceito de «grupo» para efeitos dos limiares relativos ao volume de negócios previstos no Regulamento das concentrações. O termo «grupo» será usado nas secções seguintes exclusivamente para designar o conjunto de empresas cujas relações com a empresa em causa se encontram numa das situações referidas em uma ou mais alíneas do n.º 4 do artigo 5.º do Regulamento das concentrações.
- (131) É importante não confundir, quando se trata de referir as diferentes empresas que podem ser abrangidas por um processo, o conceito de «empresas em causa», nos termos dos artigos 1.º e 5.º, com a terminologia utilizada no Regulamento das concentrações e no Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004, de execução do Regulamento (CE) no 139/2004 relativo ao controlo das concentrações de empresas (a seguir denominado «Regulamento de execução») <sup>(106)</sup> para designar as partes notificantes, outras partes envolvidas, terceiros e partes a quem podem ser aplicadas coimas ou sanções pecuniárias compulsórias e que estão definidos no capítulo IV do Regulamento de execução, incluindo os respectivos direitos e obrigações.

### 2. Fusões

- (132) Numa fusão, as empresas em causa são todas as empresas que se fundem.

### 3. Aquisição de controlo

- (133) Nos restantes casos, é o conceito de «aquisição do controlo» que determinará quais as empresas em causa. Do lado dos adquirentes, pode haver uma ou várias empresas que adquirem o controlo exclusivo ou conjunto. Do lado dos adquiridos, pode haver uma ou mais empresas no seu conjunto ou apenas em parte. Regra geral, cada uma destas empresas constituirá uma empresa em causa na aceção do Regulamento das concentrações.

#### *Aquisição do controlo exclusivo*

- (134) A aquisição do controlo exclusivo da totalidade da empresa é o caso menos problemático neste contexto. As empresas em causa são a empresa adquirente e a empresa-alvo.

<sup>(106)</sup> JO L 133 de 30.4. 2004, p. 1.

- (135) Quando a empresa-alvo é adquirida por um grupo através de uma das suas filiais, as empresas em causa são a empresa-alvo e a filial adquirente, no caso de não se tratar de um mero instrumento utilizado para a aquisição. No entanto, apesar de a filial ser normalmente a empresa em causa para efeitos do cálculo do volume de negócios, deve ser incluído no cálculo dos limiares o volume de negócios da totalidade das empresas com as quais a empresa em causa tem ligações, conforme previsto no n.º 4 do artigo 5.º. Neste contexto, considera-se que o grupo é uma entidade económica autónoma e as várias empresas que pertencem ao mesmo grupo não podem ser consideradas como empresas em causa diferentes para efeitos de determinação da competência nos termos do Regulamento das concentrações. A notificação propriamente dita pode ser feita pela filial em questão ou pela sua empresa-mãe.

*Aquisição de partes de uma empresa e operações fragmentadas — n.º 2 do artigo 5.º*

- (136) O n.º 2, primeiro parágrafo, do artigo 5.º do Regulamento das concentrações prevê que, se a concentração consistir na aquisição de parcelas de uma ou mais empresas, só serão tomadas em consideração, no que se refere ao cedente ou aos cedentes, as parcelas que são objecto da operação. O eventual impacto da operação no mercado dependerá exclusivamente da conjugação dos recursos económicos e financeiros que são objecto de uma transferência de propriedade com os do adquirente e não com as restantes actividades comerciais do cedente. Neste caso, as empresas em causa serão o adquirente ou adquirentes e a parte ou as partes adquiridas da empresa-alvo, mas as restantes actividades comerciais do cedente serão ignoradas.
- (137) O n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 5.º inclui uma regra especial sobre operações fragmentadas ou operações sucessivas. Em relação às concentrações precedentes (efectuadas num período de dois anos) entre as mesmas partes passa a ser exigida a notificação (ou nova notificação) juntamente com a transacção mais recente, desde que a operação constitua uma concentração, sempre que os limiares de uma ou de mais operações forem isolada ou cumulativamente atingidos. Neste caso, as empresas em causa são o adquirente ou adquirentes e as diferentes partes adquiridas da empresa-alvo no seu conjunto.

*Passagem do controlo conjunto para o controlo exclusivo*

- (138) Se a aquisição do controlo se realizar mediante a passagem do controlo conjunto para o controlo exclusivo, um accionista adquire a participação previamente detida por outro ou outros accionistas. Nestas circunstâncias, as empresas em causa são o accionista requerente e a empresa comum. Tal como sucede em relação a qualquer outro vendedor, o accionista que aliena a sua participação na empresa não constitui uma empresa em causa <sup>(107)</sup>.

*Aquisição do controlo conjunto*

- (139) No caso de aquisição do controlo conjunto de uma empresa recém-criada, as empresas em causa são todas as empresas que adquirem o controlo da empresa comum recém-criada (esta última, uma vez que ainda não existe, não pode ser considerada como uma empresa em causa, não possuindo, além disso, um volume de negócios próprio). Aplica-se a mesma regra quando uma empresa contribui com uma filial ou uma actividade comercial já existentes (sobre a qual exerceu previamente um controlo exclusivo) para uma empresa comum recém-criada. Nestas circunstâncias, as empresas em causa são todas as empresas que adquiriram o controlo conjunto, enquanto uma empresa ou uma actividade que constituiu a empresa comum não é uma empresa em causa e o seu volume de negócios faz parte do volume de negócios da empresa-mãe inicial.
- (140) A situação será diferente quando as empresas recém-criadas adquirem o controlo conjunto de uma empresa ou de actividades já existentes. As empresas em causa são todas as empresas que adquirem o controlo conjunto, por um lado, e a empresa ou a actividade adquirida já existente, por outro.
- (141) A aquisição de uma empresa com vista à repartição imediata dos activos, tal como explicado no ponto 32 supra, não é geralmente considerada uma aquisição de controlo conjunto da totalidade da empresa-alvo, mas a aquisição de controlo exclusivo por cada uma dos adquirentes finais das respectivas partes da empresa-alvo. Em conformidade com as considerações relativas à aquisição de controlo exclusivo, as empresas em causa serão as empresas adquirentes e as partes adquiridas em cada uma das operações.

<sup>(107)</sup> Processo IV/M.023, ICI/Tioxide, de 28 de Novembro de 1990.



*Alterações a nível da estrutura dos accionistas que exercem o controlo conjunto de uma empresa comum existente*

- (142) Realiza-se uma concentração sujeita a notificação, tal como já explicado supra, quando se verifica um alteração do tipo de controlo numa estrutura de controlo conjunto, devido à entrada de novos accionistas que adquirem o controlo, independentemente de estes substituírem, ou não, os accionistas detentores de controlo existentes.
- (143) No caso de um ou mais accionistas adquirirem o controlo, pela entrada ou pela substituição de um ou mais accionistas, numa situação de controlo conjunto antes e depois da operação, as empresas em causa são os accionistas (existentes e novos) que exercem o controlo e a própria empresa comum <sup>(108)</sup>. Por um lado, à semelhança da aquisição de controlo conjunto de uma empresa existente, a própria empresa comum pode ser considerada uma empresa em causa, uma vez que era uma empresa existente previamente. Por outro lado, conforme exposto anteriormente, a entrada de uma novo accionista não só constitui uma nova aquisição de controlo, como também conduz a uma alteração do tipo de controlo relativamente aos restantes accionistas detentores do controlo, uma vez que o tipo de controlo da empresa comum é determinado pela identidade e composição dos accionistas que têm uma participação de controlo e, por conseguinte, também pela relação entre eles. Além disso, o Regulamento das concentrações considera a empresa comum como uma combinação dos recursos económicos das empresas-mãe, juntamente com a empresa comum se esta for já fonte de um volume de negócios no mercado. Por estes motivos, os accionistas recém-chegados que exercem o controlo são empresas em causa juntamente com os restantes accionistas que têm uma participação de controlo. Devido à alteração do tipo de controlo, considera-se que todos eles realizam uma aquisição de controlo.
- (144) Como a primeira frase do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento das concentrações prevê que todas as aquisições de controlo conjunto devem ser notificadas conjuntamente pelas empresas que adquirem o controlo conjunto, os accionistas existentes e os novos accionistas devem, em princípio, notificar em conjunto as concentrações resultantes dessas alterações no controlo conjunto.

*Aquisição do controlo por uma empresa comum*

- (145) Nas operações em que uma empresa comum adquire o controlo de outra empresa, levanta-se a questão de saber se a empresa comum deve ser considerada como uma única empresa em causa (devendo o seu volume de negócios ser incluído no volume de negócios das suas empresas-mãe), ou se cada empresa-mãe deve ser considerada individualmente uma empresa em causa. Esta questão pode ser determinante para efeitos de determinação da competência <sup>(109)</sup>. Considerando que, em princípio, a empresa em causa é a empresa comum que participa directamente na aquisição do controlo, poderá haver casos em que as empresas criam empresas «fictícias» e as empresas-mãe serão individualmente consideradas como empresas em causa. Neste tipo de situação, a Comissão analisará a realidade económica da operação a fim de determinar quais as empresas em causa.
- (146) Quando a aquisição é realizada por um empresa comum que desempenha todas as funções de uma entidade económica autónoma, com as características referidas supra, e já exerce a sua actividade no mesmo mercado, a Comissão deverá, em princípio, considerar que as empresas em causa são a própria empresa comum e a empresa-alvo (e não as empresas-mãe da empresa comum).

<sup>(108)</sup> Ver processo IV/M.376, Synthomer/Yule Catto, de 22 de Outubro de 1993.

<sup>(109)</sup> Admita-se o cenário seguinte: Suponhamos que a empresa-alvo possui um volume de negócios total a nível comunitário inferior a 250 milhões de euros e que as partes adquirentes são duas (ou mais) empresas, cada uma com um volume de negócios a nível comunitário superior a 250 milhões de euros. Se a empresa-alvo fosse adquirida por uma sociedade «fictícia» criada pelas empresas adquirentes, existiria apenas uma única empresa (a empresa «fictícia») com um volume de negócios a nível comunitário superior a 250 milhões de euros, pelo que não seria preenchido um dos critérios cumulativos em matéria de limiares para a apreciação comunitária, nomeadamente a existência de, pelo menos, duas empresas com um volume de negócios superior a 250 milhões de euros. Ao invés, se em vez de intervierem através de uma sociedade «fictícia», as empresas adquirentes comprassem directamente a empresa-alvo, o limiar relativo ao volume de negócios seria preenchido, sendo aplicável o Regulamento das concentrações a esta operação. As mesmas considerações são válidas em relação aos limiares do volume de negócios à escala nacional previstos no n.º 3 do artigo 1.º.

- (147) Ao invés, quando a empresa comum puder ser considerada como um mero instrumento utilizado para efectuar uma aquisição pelas empresas-mãe, a Comissão considerará cada uma das próprias empresas-mãe, e não a empresa comum, como as empresas em causa juntamente com a empresa-alvo. É o que acontece, nomeadamente, quando a empresa comum é criada especificamente para efeitos de aquisição da empresa-alvo ou ainda não iniciou as suas actividades, quando uma empresa comum já existente não desempenha as funções de uma entidade económica autónoma, como já se referiu, ou quando a empresa comum é uma associação de empresas. O mesmo se aplica quando existem elementos que demonstram que as empresas-mãe são, na realidade, os verdadeiros intervenientes na operação. Estes elementos podem incluir um envolvimento significativo das próprias empresas-mãe na iniciativa, organização e financiamento da operação. Nesses casos, as empresas-mãe são consideradas como as empresas em causa.

*Dissolução de empresas comuns e divisão de activos*

- (148) Quando duas (ou mais) empresas procedem à dissolução de uma empresa comum e os activos (que constituem as actividades) são divididos entre as partes intervenientes, esta operação não será normalmente considerada uma simples aquisição de controlo, conforme explicado supra no ponto 41. Por exemplo, as empresas A e B criam uma empresa comum, realizando subsequentemente a sua dissolução, de que resulta, em particular uma partilha distinta dos activos. A dissolução de uma empresa comum implica a passagem do controlo conjunto sobre todos os activos da empresa comum para o controlo exclusivo por cada uma das empresas adquirentes dos activos partilhados <sup>(110)</sup>.

- (149) Em relação a cada operação de dissolução de uma empresa comum, e em conformidade com as considerações relativas à aquisição de controlo exclusivo, as empresas em causa serão, por um lado, a parte adquirente e, por outro, os activos que esta empresa deverá adquirir.

- (150) Idêntica ao cenário da dissolução é a situação em que duas (ou mais) empresas procedem à permuta de activos que constituem uma actividade de cada uma das partes. Neste caso, cada aquisição de controlo é considerada uma aquisição de controlo exclusivo independente. Assim, em relação a cada operação, as empresas em causa serão as empresas adquirentes e as empresas ou os activos adquiridos.

*Aquisições de controlo por pessoas singulares*

- (151) O controlo também pode ser adquirido por pessoas singulares nos termos do artigo 3.º do Regulamento das concentrações, se essas pessoas realizarem outras actividades económicas (sendo consideradas, por conseguinte, empresas económicas por direito próprio) ou se exercerem o controlo sobre uma ou mais empresas económicas distintas. Nesse contexto, as empresas em causa são a empresa-alvo e a pessoa singular (sendo o volume de negócios das empresas controladas por essa pessoa singular incluído no cálculo do seu volume de negócios, na medida em que as disposições do n.º 4 do artigo 5.º sejam respeitadas) <sup>(111)</sup>.

- (152) A aquisição de controlo de uma empresa pelos seus quadros constitui também uma aquisição por pessoas singulares, e o conteúdo do ponto 151 é igualmente relevante neste contexto. Todavia, os quadros da empresa podem reunir os seus interesses através de uma «empresa instrumental», de modo a intervirem de forma concertada e ainda com vista a facilitar o processo de tomada de decisão. Esta empresa instrumental pode ser, mas não necessariamente, uma empresa em causa. Neste caso, também se aplicam as orientações gerais expostas nos pontos 145 a 147 sobre aquisições de controlo por uma empresa comum.

<sup>(110)</sup> Ver processos análogos COMP/M.3293, Shell/BEB e COMP/M.3294, ExxonMobil/BEB, de 20 de Novembro de 2003; processo IV/M.197, Solvay/Laporte, de 30 de Abril de 1992.

<sup>(111)</sup> Ver processo IV/M.082, Asko/Jacobs/Adia, de 16 de Maio de 1991, em que um particular com outras actividades económicas adquiriu o controlo conjunto de uma empresa e foi considerado uma empresa em causa.

*Aquisição de controlo por uma empresa pública*

- (153) Tal como já referido, uma fusão ou uma aquisição de controlo realizada entre duas empresas pertencentes ao mesmo Estado (ou ao mesmo organismo público) pode constituir uma concentração se as empresas anteriormente pertenciam a várias entidades económicas independentes, dotadas de poder de decisão autónomo. Se assim for, ambas as empresas serão consideradas empresas em causa, apesar de pertencerem ambas ao mesmo Estado <sup>(112)</sup>.

## III. DATA DE DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA

- (154) As regras jurídicas relativas ao estabelecimento da competência da Comissão foram alteradas em conformidade com o Regulamento das concentrações reformulado. Nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do antigo Regulamento das concentrações, a data a tomar em consideração correspondia ao primeiro acto gerador da notificação — a conclusão de um acordo definitivo ou a publicação da oferta pública de aquisição ou a aquisição de uma participação de controlo — ou, o mais tardar, a data em que as partes intervenientes eram obrigadas a notificar a operação (uma semana após verificação do acto gerador da notificação) <sup>(113)</sup>.
- (155) Nos termos do Regulamento das concentrações reformulado, as partes intervenientes deixaram de ser obrigadas a proceder à notificação de uma operação num determinado prazo (desde que essas partes não realizem a concentração planeada antes da notificação). Além disso, em conformidade com o segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 4.º, as empresas em causa já podem notificar a transacção se demonstrarem a sua intenção de boa fé de concluir um acordo ou, no caso de uma oferta pública de aquisição, quando anunciarem publicamente a intenção de apresentar tal oferta. O mais tardar aquando da notificação, a Comissão, bem como as autoridades nacionais da concorrência, devem estar em condições de determinar o órgão competente. O primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento das concentrações prevê que as concentrações devem, em geral, ser notificadas após a conclusão do acordo, o anúncio da oferta pública de aquisição ou a aquisição de uma participação de controlo. As datas destes acontecimentos são portanto decisivas nos termos do Regulamento das concentrações reformulado para determinar a data relevante para estabelecer a competência, no caso de não ter sido apresentada uma notificação antes destes acontecimentos com base numa intenção de boa fé ou numa intenção anunciada <sup>(114)</sup>.
- (156) A data relevante para estabelecer a competência da Comunidade relativamente a uma concentração é, por conseguinte, a data da conclusão do acordo jurídico vinculativo, do anúncio de uma oferta pública de aquisição ou da aquisição de uma participação de controlo ou a data da primeira notificação, se esta última for anterior <sup>(115)</sup>. A data de notificação é pertinente tanto para a notificação apresentada à Comissão como à autoridade de um Estado-Membro. A data relevante é importante, nomeadamente, para saber se as aquisições ou as alienações efectuadas após o período abrangido pela conta relevante, mas antes da data relevante, impõem adaptações dessas contas de acordo com os princípios enunciados nos pontos 172, 173.

## IV. VOLUME DE NEGÓCIOS

## 1. Conceito de volume de negócios

- (157) O conceito de volume de negócios enunciado no artigo 5.º do Regulamento das concentrações compreende «os montantes que resultam da venda de produtos e da prestação de serviços». De modo geral, esses montantes figuram nas contas das empresas sob a rubrica «vendas». Em matéria de produtos, a determinação do volume de negócios não levanta quaisquer dificuldades, bastando identificar qualquer acto comercial que implique uma transferência de propriedade.

<sup>(112)</sup> Ver considerando 22 do Regulamento das concentrações, directamente relacionado com o cálculo do volume de negócios de uma empresa em causa pertencente ao Estado, no contexto do n.º 4 do artigo 5.º.

<sup>(113)</sup> Ver processo COMP/M.1741, MCI Worldcom/Sprint, de 28 de Junho de 2000.

<sup>(114)</sup> A hipótese alternativa de o volume de negócios dever ser definido na última data em que as partes relevantes são obrigadas a apresentar a notificação (sete dias após o «acto gerador» nos termos do antigo Regulamento das concentrações) não pode ser mantida no âmbito do Regulamento das concentrações reformulado, uma vez que não há um prazo determinado para a notificação.

<sup>(115)</sup> Ver igualmente as conclusões do Advogado-Geral Kolkott no processo C-202/06 Cementbouw/Comissão de 26 de Abril de 2007, n.º 46 (ainda não publicadas). Só o Regulamento das concentrações reformulado prevê a possibilidade de ser tomada em consideração a primeira notificação, caso esta ocorra antes da data da conclusão do acordo juridicamente vinculativo, do anúncio da oferta pública de aquisição ou da aquisição de uma participação de controlo. Ver nota da página 53 das conclusões.

- (158) Em matéria de serviços, o método de cálculo do volume de negócios aplicado aos serviços não difere do utilizado a nível dos produtos: a Comissão toma em consideração o montante total das vendas. No entanto, o cálculo dos montantes que resultam da prestação de serviços pode revestir-se de maior complexidade, uma vez que tal depende do serviço exacto prestado e das disposições jurídicas e económicas subjacentes no sector em questão. Quando o serviço prestado é vendido directamente pelo prestador desse serviço ao cliente, o volume de negócios da empresa em causa corresponde ao montante total das prestações de serviços vendidas no último exercício financeiro.
- (159) Noutros domínios, este princípio geral é susceptível de ser adaptado às condições específicas do serviço prestado. Em determinados sectores de actividade (como as viagens organizadas e a publicidade), o serviço pode ser vendido através de intermediários<sup>(116)</sup>. Mesmo que o intermediário facture o montante total ao cliente final, o volume de negócios da empresa que actua como intermediária pode corresponder apenas ao montante das comissões por ela cobradas. No que diz respeito às férias organizadas, o montante total pago pelo cliente final é atribuído ao operador turístico que utiliza a agência de viagens como rede de distribuição. No caso da publicidade, considera-se que apenas os montantes recebidos (excluindo a comissão) constituem o volume de negócios do canal televisivo ou da revista, uma vez que as empresas de comunicação social, enquanto intermediárias, não representam o canal de distribuição para os vendedores de espaços publicitários, mas são escolhidas pelos clientes, ou seja, as empresas que pretendem colocar publicidade.
- (160) Os exemplos referidos mostram que, tendo em conta a diversidade de serviços, podem surgir muitas situações diferentes e que as relações jurídicas e económicas subjacentes devem ser cuidadosamente analisadas. De igual modo, podem surgir situações específicas em relação ao cálculo de volume de negócios nos domínios do crédito, dos serviços financeiros e dos seguros. Essas questões serão tratadas na Secção VI.

## 2. Actividades normais

- (161) O n.º 1 do artigo 5.º prevê que os montantes a tomar em consideração para o cálculo do volume de negócios devem corresponder às «actividades normais» das empresas em causa. Trata-se do volume de negócios resultante da venda de produtos ou da prestação de serviços no âmbito da actividade normal, excluindo em geral os elementos enumerados ao abrigo das rubricas «receitas financeiras» ou «proveitos extraordinários» nas contas da empresa. Esses proveitos extraordinários podem resultar da alienação de actividades ou de activos imobilizados. Contudo, as contas das empresas não explicitam necessariamente as receitas decorrentes das actividades normais de uma forma que se coadune com o cálculo do volume de negócios nos termos do Regulamento das concentrações. Em alguns casos, a classificação das rubricas que figuram nas contas pode ter de ser adaptada às disposições previstas no Regulamento das concentrações<sup>(117)</sup>.
- (162) As receitas não têm necessariamente de provir do cliente dos produtos ou serviços. No que diz respeito aos auxílios concedidos às empresas por entidades públicas, os auxílios devem ser incluídos no cálculo do volume de negócios se a empresa for beneficiária desses auxílios e se os mesmos se encontram directamente associados à venda de produtos e à prestação de serviços dessa empresa. O auxílio constitui, por conseguinte, uma receita da empresa, resultante da venda de produtos ou prestação de serviços e que acresce ao preço pago pelo consumidor<sup>(118)</sup>.
- (163) Colocaram-se problemas específicos em relação ao cálculo do volume de negócios de uma unidade comercial que tinha tido apenas receitas internas no passado. Este caso pode aplicar-se, nomeadamente, às operações que implicam a externalização de serviços por transferência de uma unidade comercial. Se esta operação constituir uma concentração com base nos argumentos expostos nos pontos 25 e seguintes da presente comunicação, a prática da Comissão pretende que o volume de negócios seja normalmente calculado com base no volume de negócios realizado previamente a nível interno ou nas

<sup>(116)</sup> Uma empresa normalmente não intervém como intermediária se vender produtos através de um acto comercial que implica uma transferência de propriedade, acórdão proferido no processo T-417/05, Endesa/Comissão, n.º 213, Col. 2006, p. II-2533.

<sup>(117)</sup> No processo IV/M.126, Accor/Wagons-Lits, de 28 de Abril de 1992, a Comissão decidiu considerar que determinadas receitas das suas actividades de aluguer de automóveis faziam parte das suas receitas das actividades normais de exploração, embora estivessem incluídas na rubrica «outras receitas de exploração» da conta de ganhos e perdas da Wagons-Lits.

<sup>(118)</sup> Ver processo IV/M.156, Cereol/Continente Italiana, de 27 de Novembro de 1991. Neste caso, a Comissão excluiu o auxílio comunitário do cálculo do volume de negócios, visto que o auxílio em questão não se destinava a apoiar a venda de produtos fabricados por uma das empresas intervenientes na concentração, mas sim os produtores das matérias-primas (cereais) utilizadas pela referida empresa, especializada na moagem de cereais.

cotações oficiais, se as houver (por exemplo, na indústria petrolífera). Se o volume de negócios previamente realizado a nível interno não corresponder aparentemente ao valor do mercado das actividades em questão (e, por conseguinte, às expectativas em relação ao volume de negócios realizado no futuro no mercado), as previsões das receitas a receber com base num acordo estabelecido com a antiga empresa-mãe podem estar muito próximas da realidade.

### 3. Volume de negócios «líquido»

- (164) O volume de negócios a tomar em consideração é um volume de negócios «líquido», após a dedução de um certo número de elementos referidos expressamente no Regulamento das concentrações. Para a Comissão, trata-se de precisar o volume de negócios por forma a poder reproduzir o poder económico real da empresa.

#### 3.1. Dedução de descontos e impostos

- (165) O n.º 1 do artigo 5.º prevê a «dedução dos descontos sobre vendas, do imposto sobre o valor acrescentado e de outros impostos directamente relacionados com o volume de negócios». Por «descontos sobre vendas» deve entender-se o conjunto dos descontos, abatimentos ou bónus atribuídos pelas empresas aos seus clientes e que influenciam directamente o montante das vendas.
- (166) No que respeita à dedução de impostos, o regulamento menciona o IVA e «outros impostos directamente relacionados com o volume de negócios». A noção de «impostos directamente relacionados com o volume de negócios» refere-se aos impostos indirectos associados ao volume de negócios, tais como os impostos sobre as bebidas alcoólicas ou o tabaco.

#### 3.2. Tratamento do volume de negócios «interno»

- (167) Nos termos do n.º 1, primeiro parágrafo, do artigo 5.º do Regulamento das concentrações, «o volume de negócios total de uma empresa em causa não inclui as transacções ocorridas entre as empresas referidas no n.º 4», ou seja, o grupo ao qual pertence a empresa em causa. Trata-se, em suma, da necessidade de excluir as receitas decorrentes das relações comerciais no seio do próprio grupo, a fim de ter em conta o peso económico real de cada entidade em termos de volume de negócios no mercado. Deste modo, os «montantes» considerados pelo Regulamento das concentrações reflectem apenas o conjunto das transacções realizadas entre o grupo de empresas, por um lado, e terceiros, por outro.
- (168) O n.º 5, alínea a), do artigo 5.º do Regulamento das concentrações aplica o princípio segundo o qual convém evitar uma duplicação contabilística, em especial quando duas ou mais empresas em causa numa concentração dispõem conjuntamente dos direitos ou de poderes referidos do n.º 4, alínea b), do artigo 5.º numa outra empresa. Nos termos desta disposição, não deve ser considerado o volume de negócios resultante da venda de produtos ou da prestação de serviços realizada entre a empresa comum e cada uma das empresas em causa (ou qualquer outra empresa ligada a uma delas na acepção do n.º 4 do artigo 5.º). No que se refere às empresas comuns constituídas por empresas em causa e terceiros, na medida em que é tido em conta o seu volume de negócios em conformidade com o n.º 4, alínea b), do artigo 5.º, tal como exposto no ponto 181 infra, o volume de negócios gerado pelas vendas entre a empresa comum e a empresa em causa (bem como as empresas ligadas à empresa em causa de acordo com os critérios estipulados no n.º 4 do artigo 5) não é considerado nos termos do n.º 1 do artigo 5.º.

## 4. Cálculo do volume de negócios e contas financeiras

### 4.1. Regra geral

- (169) A Comissão procura basear-se nos valores disponíveis mais exactos e fiáveis. Geralmente, a Comissão referir-se-á a contas relativas ao exercício mais próximo da data da operação e que foram verificadas em função das normas aplicáveis à empresa em questão e exigida para o exercício em causa<sup>(119)</sup>. Apenas devem ser introduzidas adaptações nos valores auditados se tal for exigido pelas disposições do Regulamento das concentrações, nomeadamente nos casos expostos mais em pormenor no ponto 172.

<sup>(119)</sup> Ver processo COMP/M.3986, Gas Natural/Endesa, de 15 de Novembro de 2005; confirmado pelo acórdão proferido no processo T-417/05, Endesa/Comissão, n.ºs 128 e 131, Col. 2006, p. II-2533.

- (170) A Comissão manifesta uma certa relutância em basear-se em contas de gestão ou qualquer outro tipo de contas provisórias, salvo em circunstâncias excepcionais <sup>(120)</sup>. Quando uma concentração é realizada nos primeiros meses do ano, não estando ainda disponíveis as contas auditadas do exercício financeiro mais recente, os valores a tomar em consideração são os referentes ao exercício anterior. No caso de se verificarem importantes discrepâncias entre as duas séries de contas, devido a alterações significativas e permanentes na empresa em causa, e, em especial, quando forem aprovados pelo conselho de gestão os projectos de valores finais relativos aos exercícios mais recentes, a Comissão pode optar por tomar em consideração esses dados provisórios.
- (171) Apesar da regra geral, nos casos em que se observam diferenças significativas entre as normas contabilísticas comunitárias e as normas de um país não comunitário, a Comissão pode considerar necessário proceder à adaptação destas contas em conformidade com as normas comunitárias para efeitos de cálculo do volume de negócios.

#### 4.2. *Adaptações posteriores à verificação das contas mais recentes*

- (172) Não obstante o referido nos pontos precedentes, devem ser sempre introduzidas adaptações de modo a ter em conta mudanças permanentes da realidade económica da empresa em causa, tais como aquisições ou alienações que não estejam reflectidas ou estejam apenas em parte nas contas verificadas. Tal é necessário para que sejam identificados os verdadeiros recursos que serão objecto de concentração e para reproduzir melhor a situação económica da empresa em causa. Essas adaptações são apenas selectivas por natureza e não comprometem o princípio segundo o qual é necessário um sistema simples e objectivo para definir a competência da Comissão, uma vez que não necessitam de uma revisão completa das contas verificadas <sup>(121)</sup>. Em primeiro lugar, as adaptações só são aplicáveis às aquisições, alienações ou encerramentos de parte da actividade subsequentes à data de verificação das contas. Trata-se de uma questão pertinente, se uma empresa concluir uma operação relativa à alienação ou ao encerramento de uma parte da sua actividade antes da data relevante de estabelecimento da competência (ver ponto 154) ou se essa alienação ou encerramento de uma actividade constituir uma condição essencial para a realização da operação <sup>(122)</sup>. Neste caso, o volume de negócios imputável a essa parte da actividade será deduzido do volume de negócios da parte notificante, tal como consta das últimas contas verificadas. Se for assinado um acordo relativo à venda de uma parte da sua actividade, mas a venda (por outras palavras, a sua concretização em termos jurídicos e a transferência do título legal relativo às acções ou aos activos adquiridos) ainda não estiver concluída, essa mudança não é tida em conta <sup>(123)</sup>, salvo se a venda for uma condição essencial para a operação notificada. Inversamente, o volume de negócios realizado pelas actividades cuja aquisição foi concluída após a elaboração das contas auditadas mais recentes da empresa, mas antes da data considerada para a determinação da competência, deve ser acrescentado ao volume de negócios da empresa para efeitos de notificação.
- (173) Em segundo lugar, pode também ser necessário introduzir adaptações para as aquisições, alienações ou encerramentos de uma parte das actividades realizados durante o exercício financeiro em relação ao qual as contas auditadas são elaboradas. Se forem efectuadas aquisições, alienações ou encerramentos de uma parte das actividades durante este período, as alterações dos recursos económicos são susceptíveis de se reflectir, apenas parcialmente, nas contas verificadas da empresa em causa. Como o volume de negócios das actividades adquiridas só pode ser incluído nas contas a partir do momento da sua aquisição, estas não reflectirão, provavelmente, o volume de negócios anual da actividade adquirida. Inversamente, o volume de negócios das actividades alienadas ou encerradas pode continuar a figurar nas contas verificadas até ao momento da sua alienação ou encerramento efectivos. Nestes casos, devem ser introduzidas adaptações a fim de suprimir das contas verificadas o volume de negócios realizado pelas actividades alienadas ou encerradas até ao momento da sua retirada do perímetro da consolidação e adicionar o volume de negócios que as empresas adquiridas realizaram durante o ano até ao momento em que foram incluídas nas contas consolidadas. Em consequência, deve ser excluído na sua totalidade o volume de negócios das actividades alienadas ou encerradas, devendo ser incluído o volume de negócios anual integral das actividades adquiridas.

<sup>(120)</sup> Ver processo COMP/M.3986, Gas Natural/Endesa, de 15 de Novembro de 2005; confirmado pelo acórdão proferido no processo T-417/05, Endesa/Comissão, n.ºs 176 a 179, Col. 2006, p. II-2533.

<sup>(121)</sup> confirmado pelo acórdão proferido no processo T-417/05, Endesa/Comissão, n.º 209, Col. 2006, p. II-2533.

<sup>(122)</sup> Ver acórdão proferido no processo T-3/93, Air France/Comissão, [1994] ECR II-121 n.ºs 100 e seguintes em relação ao processo IV/M.278, British Airways/Dan Air; processo IV/M.588, Ingersoll-Rand/Clark Equipment.

<sup>(123)</sup> Processo IV/M.632, Rhône Poulenc Rorer/Fisons, de 21 de Setembro de 1995; processo COMP/M.1741, MCI Worldcom/Sprint, de 28 de Junho de 2000.

- (174) Outros factores que podem afectar temporariamente o volume de negócios, como por exemplo uma diminuição das encomendas ou uma desaceleração do processo de produção no período anterior à operação, não serão tomados em consideração para efeitos de cálculo do volume de negócios, nem serão efectuados quaisquer ajustamentos nas contas finais de molde a inclui-los.

## 5. Atribuição do volume de negócios nos termos do n.º 4 do artigo 5.º

### 5.1. Identificação das empresas cujo volume de negócios é tomado em consideração

- (175) Quando uma empresa em causa numa concentração pertence a um grupo, deve ser tido em conta não apenas o volume de negócios da empresa em causa, mas também, por força do Regulamento das concentrações o volume de negócios das empresas que possuem ligações com a empresa em causa, que consistem nos direitos ou poderes enunciados no n.º 4 do artigo 5.º, a fim de determinar se são ou não atingidos os limiares constantes do artigo 1.º do Regulamento das concentrações. Uma vez mais, o objectivo consiste em determinar o volume total dos recursos económicos que serão reunidos através da operação de concentração, independentemente de as actividades económicas serem realizadas directamente pela empresa em causa ou de serem realizadas indirectamente através de empresas com as quais a empresa em causa possui as ligações descritas no n.º 4 do artigo 5.º.

- (176) O Regulamento das concentrações não define um conceito único de grupo em termos abstractos, mas estabelece determinados direitos e poderes no n.º 4, alínea b), do artigo 5.º. Se uma empresa em causa possuir, directa ou indirectamente, tais ligações com outras empresas, estas devem ser consideradas parte do grupo a que pertence a empresa em causa para efeitos do cálculo do volume de negócios nos termos do Regulamento das concentrações.

- (177) O n.º 4 do artigo 5.º do Regulamento das concentrações prevê o seguinte:

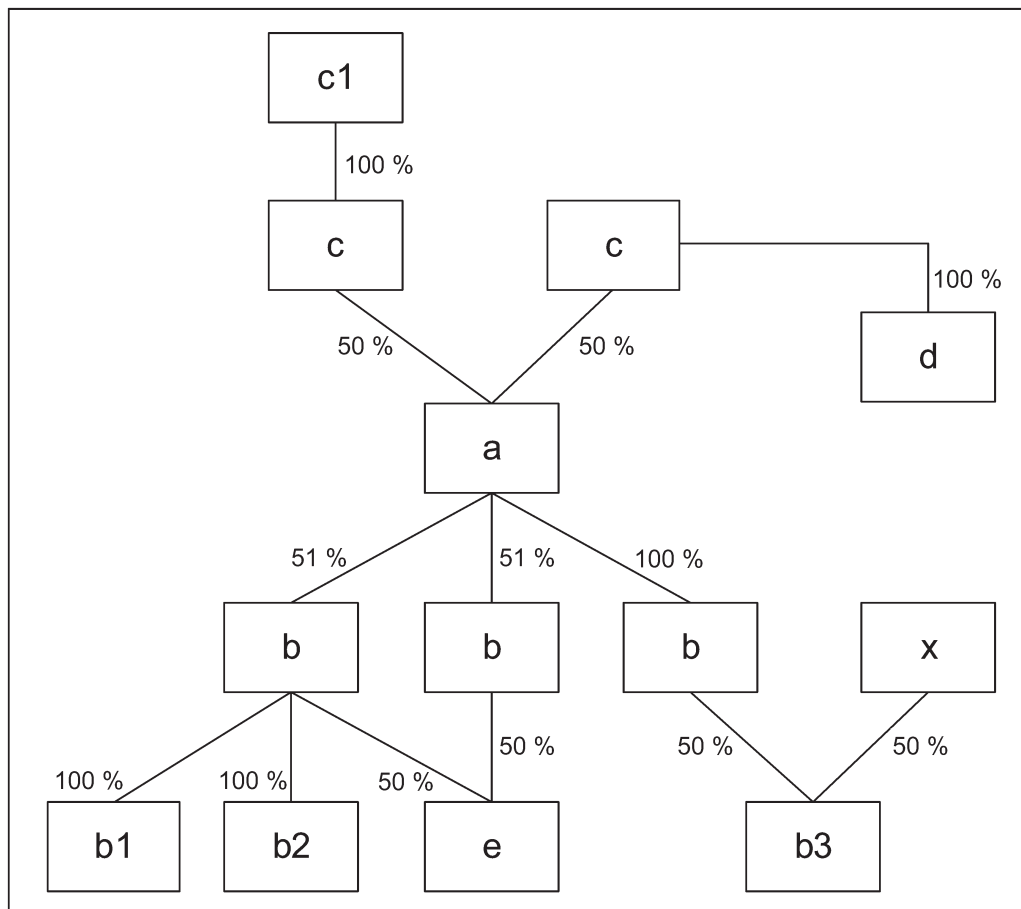
«Sem prejuízo do n.º 2 (aquisições de partes de empresas), o volume de negócios total de uma empresa em causa, na acepção dos n.ºs 2 e 3 do artigo 1.º, deve ser calculado mediante a adição dos volumes de negócios seguintes:

- a) Da empresa em causa;
- b) Das empresas em que a empresa em causa dispõe, directa ou indirectamente:
  - i) de mais de metade do capital ou do capital de exploração, ou
  - ii) do poder de exercer mais de metade dos direitos de voto, ou
  - iii) do poder de designar mais de metade dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização ou dos órgãos que representam legalmente a empresa, ou
  - iv) do direito de gerir os negócios da empresa;
- c) Das empresas que dispõem, na empresa em causa, dos direitos ou poderes enumerados na alínea b);
- d) Das empresas em que uma empresa referida na alínea c) dispõe dos direitos ou poderes enumerados na alínea b);
- e) Das empresas em que várias empresas referidas nas alíneas a) a d) dispõem, em conjunto, dos direitos ou poderes enumerados na alínea b).»

Uma empresa que é titular numa outra empresa dos direitos e dos poderes referidos no n.º 4, alínea b), do artigo 5.º será designada por «empresa-mãe» da última na presente secção desta comunicação no que se refere ao cálculo do volume de negócios, enquanto esta última será designada por «filial» da primeira. Em suma, o n.º 4 do artigo 5.º prevê, por conseguinte, que o volume de negócios da empresa em causa na concentração [alínea a)] deve incluir as suas filiais [alínea b)], as suas empresas-mãe [alínea c)], as outras filiais das suas empresas-mãe [alínea d)], bem como qualquer outra filial controlada em conjunto por duas ou mais das empresas identificadas nas alíneas a)-d) [alínea e)].

(178) A representação gráfica desta situação é a seguinte:

A empresa em causa e respectivo grupo:



- a: Empresa em causa <sup>(124)</sup>
- b: As suas filiais, empresas detidas em conjunto com terceiros (b3) e respectivas filiais (b1 e b2)
- c: As suas empresas-mãe e as empresas-mãe do grupo (c1)
- d: Outras filiais das empresas-mãe da empresa em causa
- e: Empresas controladas em conjunto por duas (ou mais) empresas do grupo
- x: Terceiros

*Nota:* as letras «a» a «e» correspondem às alíneas relevantes do n.º 4 do artigo 5.º do Regulamento das concentrações. As percentagens representadas no gráfico correspondem à percentagem dos direitos de voto detidos pela respectiva empresa-mãe.

(179) Os direitos ou poderes descritos no n.º 4, alínea b), i) a iii), podem ser facilmente identificados, uma vez que dizem respeito a limiares quantitativos. Esses limiares são atingidos quando a empresa em causa detém mais de metade do capital ou do activo de exploração de outras empresas, é titular de mais de metade dos direitos de voto, ou detém legalmente o poder de designar mais de metade dos membros do conselho de administração de outras empresas. Contudo, os limiares também são atingidos quando a empresa em causa detém de facto o poder de exercer mais de metade dos direitos de voto na assembleia de accionistas ou o poder de designar mais de metade dos membros do conselho de administração em outras empresas. <sup>(125)</sup>

<sup>(124)</sup> Em relação ao gráfico, parte-se da hipótese de que a própria empresa comum é a empresa em causa de acordo com os critérios expostos no ponto 146 (aquisição por uma empresa comum de pleno exercício que exerce a sua actividade no mesmo mercado).

<sup>(125)</sup> Processo IV/M.187, Ifint/Exor, de 2 de Março de 1992; processo IV/M.062, Eridania/ISI, de 30 de Julho de 1991.



- (180) A disposição constante do n.º 4, subalínea iv) da alínea b), do artigo 5.º refere-se ao direito de gerir as actividades da empresa. Tal direito de gestão está previsto no direito das sociedades e baseia-se em especial nos contratos organizacionais, tais como o «Beherrschungsvertrag» no direito alemão, nos contratos de locação comercial ou na estrutura organizacional do comanditado numa sociedade em comandita. <sup>(126)</sup> Contudo, o «direito de gestão» pode igualmente decorrer da detenção de direitos de voto (a título exclusivo ou em combinação com disposições contratuais, tais como um acordo de accionistas) que permitem, com base em elementos estáveis de direito, determinar a estratégia comercial da empresa em questão.
- (181) O direito de gestão abrange também as situações em que a empresa em causa tem o direito de gerir os negócios de uma empresa conjuntamente com terceiros <sup>(127)</sup>. A ideia subjacente é que as empresas que exercem controlo conjunto têm conjuntamente o direito de gerir os negócios da empresa controlada, mesmo que cada uma só possa exercer individualmente esses direitos num sentido negativo, ou seja, sob a forma de direitos de veto. No exemplo supra, a empresa (b3), que é controlada em conjunto pela empresa em causa (a) e um terceiro (x), é tomada em consideração, uma vez que tanto (a) como (x) são titulares de direito de veto em (b3) devido ao facto de terem uma participação idêntica no capital de (b3) <sup>(128)</sup>. Nos termos do n.º 4, subalínea iv) da alínea b), do artigo 5.º do Regulamento das concentrações, a Comissão apenas considera as empresas comuns nas quais as empresas em causa e os terceiros dispõem de direitos legais que dão lugar a um direito de gestão inequívoco. Por esse motivo, a tomada em consideração de empresas comuns é limitada aos casos em que a empresa em causa e terceiros beneficiam de um direito conjunto de gestão com base num acordo, como um acordo de accionistas, por exemplo, ou em que a empresa em causa e um terceiro dispõem do mesmo número de direitos de voto, pelo que têm direito de designar um número equivalente de representantes nos órgãos de gestão da empresa comum.
- (182) De modo idêntico, quando duas ou mais empresas controlam em conjunto a empresa em causa, ou seja, quando a gestão dos negócios dessa empresa requer o acordo unânime das suas empresas-mãe, deve ser tido em conta o volume de negócios de todas essas empresas. No exemplo anterior, seria tomado em consideração o volume de negócios das duas empresas-mãe (c) da empresa em causa (a), bem como o das suas próprias empresas-mãe (c1, no exemplo). Esta interpretação decorre da referência feita no n.º 4, alínea c), do artigo 5.º, que trata deste caso, ao n.º 4, alínea b), do artigo 5.º, que se aplica às sociedades controladas conjuntamente em conformidade com as disposições constantes do ponto precedente.
- (183) Se uma das sociedades identificadas com base no n.º 4 do artigo 5.º também tiver ligações, tal como definidas no n.º 4 do artigo 5.º, com outras empresas, estas também devem ser consideradas no cálculo. No exemplo, uma das filiais (b) da empresa em causa (a) possui, por seu turno, as suas próprias filiais (b1 e b2) e uma das empresas-mãe (c) possui, também ela, a sua própria filial (d).
- (184) O n.º 4 do artigo 5.º estabelece critérios específicos que permitem identificar as empresas cujo volume de negócios pode ser atribuído à empresa em causa. Estes critérios, nomeadamente «o direito de gerir os negócios da empresa», não coincidem com o conceito de controlo na acepção do n.º 2 do artigo 3.º. As diferenças entre o artigo 3.º e o artigo 5.º são significativas, pelo facto de estas disposições terem finalidades distintas. Essas diferenças são mais evidentes ao nível do controlo de facto. Enquanto nos termos do n.º 2 do artigo 3.º, mesmo uma situação de dependência económica pode conduzir a um controlo de facto (ver pormenores supra), uma filial objecto de um controlo exclusivo apenas é tomada em consideração com base em circunstâncias de facto, os termos do n.º 4, alínea b), do artigo 5.º, se for claramente demonstrado que a empresa em causa tem o poder de exercer mais de metade dos direitos de voto ou de designar mais de metade dos membros do conselho de administração. No que se refere ao controlo conjunto, o n.º 4, subalínea iv) da alínea b), do artigo 5.º abrange as situações em que as empresas que exercem o controlo conjuntamente têm um direito de gestão com base em direitos de veto individuais. No entanto, o n.º 4 do artigo 5.º não abrangeria as situações em que o controlo conjunto se efectua em circunstâncias de facto devido aos fortes interesses comuns que ligam os diferentes accionistas minoritários da empresa comum em função da participação dos accionistas. A diferença reflecte-se no facto de o n.º 4, subalínea iv) da alínea b), do artigo 5.º fazer referência ao *direito*, e não a um *poder* de gestão (como nas subalíneas ii) e iii) da alínea b), e explica-se pela necessidade de certeza e precisão nos critérios utilizados para o cálculo do volume de negócios, a fim de que a competência possa se facilmente verificada. Contudo, nos termos do n.º 3 do artigo 3.º, a questão de saber se há uma

<sup>(126)</sup> Processo IV/M.126, Accor/WagonLits, de 28 de Abril de 1992.

<sup>(127)</sup> Processo COMP/M.1741, MCI Worldcom/Sprint; processo IV/M. 187, Ifint/Exor; processo IV/M.1046, Ameritech/Tele Danmark.

<sup>(128)</sup> No entanto, considera-se apenas metade do volume de negócios gerado pela b3, ver ponto 187.

concentração pode ser estudada de uma forma mais abrangente. Além disso, as situações de controlo exclusivo negativo apenas são abrangidas a título excepcional (caso as condições previstas no n.º 4, subalínea i) a iii) da alínea b), do artigo 5.º sejam preenchidas no caso específico em causa): o «direito de gestão» previsto no n.º 4, subalínea iv) da alínea b), do artigo 5.º, não abrange casos de controlo negativo. Por último, o n.º 4, subalínea i) da alínea b), do artigo 5.º, por exemplo, não abrange as situações em que pode não existir um controlo na aceção do n.º 2 do artigo 3.º.

### 5.2. *Afectação do volume de negócios das empresas identificadas*

- (185) Em geral, desde que seja cumprido o critério estipulado no n.º 4, alínea b), do artigo 5.º, será tido em conta o volume de negócios total da filial em questão, independentemente da participação efectiva detida pela empresa em causa na filial. No nosso gráfico, deve ser tido em conta o volume de negócios total das filiais (b) da empresa em causa (a).
- (186) No entanto, o Regulamento das concentrações prevê regras específicas para as empresas comuns. O n.º 5, alínea b), do artigo 5.º estipula que em relação às empresas comuns constituídas por duas ou mais empresas em causa, o volume de negócios da empresa comum (desde que seja gerado a partir de actividades realizadas com terceiros, conforme exposto no ponto 168 supra) deve ser imputado em partes iguais às diferentes empresas em causa, independentemente da parte do capital ou dos direitos de votos que estas detêm.
- (187) O princípio enunciado no n.º 5, alínea b), do artigo 5.º é aplicado por analogia à repartição do volume de negócios das empresas comuns entre as empresas em causa e os terceiros, se o seu volume de negócios for considerado nos termos do n.º 4, alínea b), do artigo 5.º, como exposto no ponto 181 supra. A prática da Comissão tem sido imputar à empresa em causa o volume de negócios da empresa comum numa base per capita, de acordo com o número de empresas que exercem o controlo conjunto. No exemplo, metade do volume de negócios de b3 é tomada em consideração.
- (188) As regras estipuladas no n.º 4 do artigo 5.º devem também ser adaptadas nas situações que implicam a passagem do controlo conjunto para o controlo exclusivo, a fim de evitar uma dupla afectação do volume de negócios da empresa comum. Mesmo que a empresa adquirente seja titular de direitos ou poderes na empresa comum, que respeitam os requisitos estabelecidos no n.º 4 do artigo 5.º, há que calcular o volume de negócios do accionista adquirente sem o volume de negócios da empresa comum e há que tomar em consideração o volume de negócios da empresa comum sem o volume de negócios do accionista adquirente.

### 5.3. *Afectação do volume de negócios no caso de fundos de investimento*

- (189) As sociedades de investimentos, conforme já exposto no ponto 15, adquirem, em princípio, um controlo indirecto sobre sociedades gestoras de carteiras detidas por um fundo de investimento. De igual modo, pode considerar-se que a sociedade de investimentos detém indirectamente os poderes e direitos referidos no n.º 4, alínea b), do artigo 5.º, em especial o poder de exercer os direitos de voto de que o fundo de investimentos é titular nas sociedades gestoras de carteiras.
- (190) As mesmas considerações, de acordo com o exposto supra no âmbito do artigo 3.º (ponto 15), podem ser igualmente aplicadas se uma sociedade de investimento criar vários fundos de investimento com investidores eventualmente diferentes. Geralmente, com base na estrutura organizacional, em especial nas relações entre as sociedades de investimentos e o comanditado ou comanditadas dos diferentes fundos organizados em sociedades em comandita, ou por força de disposições contratuais, nomeadamente acordos de consulta entre o comanditado ou o fundo de investimento e a sociedade de investimentos, esta terá indirectamente o poder de exercer os direitos de voto detidos pelo fundo de investimento nas sociedades gestoras de carteiras ou será titular indirectamente de um dos outros poderes ou direitos estabelecidos no n.º 4, alínea b), do artigo 5.º. Nestas circunstâncias, a sociedade de investimento pode utilizar uma estrutura de controlo comum sobre os diversos fundos que criou, e a gestão comum dos diversos fundos pela sociedade de investimentos é frequentemente indicada pela atribuição de uma marca comum para os fundos.

- (191) Por conseguinte, essa organização dos diferentes fundos pela sociedade de investimento pode levar a uma situação em que o volume de negócios do conjunto das sociedades gestoras de carteiras detidas por diversos fundos é tomado em consideração com o objectivo de avaliar se os limiares relativos ao volume de negócios constantes do artigo 1.º são atingidos no caso de a sociedade de investimento adquirir o controlo indirecto de uma sociedade gestora de carteiras através de um dos fundos.

#### 5.4. *Afectação do volume de negócios de empresas públicas*

- (192) No que respeita ao cálculo do volume de negócios das empresas públicas, o disposto no n.º 4 do artigo 5.º deve ser conjugado com o considerando 22 do Regulamento das concentrações. Este considerando prevê que, a fim de evitar qualquer discriminação entre os sectores público e privado, «no sector público, para calcular o volume de negócios de uma empresa que participe na concentração, é necessário ter em conta as empresas que constituem um grupo económico dotado de poder de decisão autónomo, independentemente de quem detém o respectivo capital ou das regras de tutela administrativa que lhe são aplicáveis» <sup>(129)</sup>.
- (193) O referido considerando explicita que os Estados-Membros (ou outros organismos públicos) não são considerados «empresas» na acepção do n.º 4 do artigo 5.º, unicamente por terem interesses em outras empresas que preenchem as condições estipuladas no n.º 4 do artigo 5.º. Por conseguinte, para efeitos do cálculo do volume de negócios de empresas públicas, são apenas tidas em conta as empresas que pertencem à mesma unidade económica, dotadas de um poder de decisão autónomo idêntico.
- (194) Assim, quando uma empresa pública não se encontra sujeita a qualquer estratégia de coordenação com outras sociedades *holding* do Estado, deve ser considerada independente para efeitos do disposto no artigo 5.º, não devendo ser tomado em consideração o volume de negócios de outras empresas pertencentes ao Estado. No entanto, quando várias empresas públicas estão sujeitas ao mesmo centro autónomo de decisões comerciais, o volume de negócios relativo a essas actividades deve ser integrado no grupo da empresa em causa para efeitos do disposto no artigo 5.º.

#### V. AFECTAÇÃO GEOGRÁFICA DO VOLUME DE NEGÓCIOS

- (195) Os limiares referentes ao volume de negócios realizado na Comunidade ou num Estado-Membro, referidos no n.º 2 e no n.º 3 do artigo 1.º, têm por objectivo identificar os casos em que se regista um volume de negócios na Comunidade suficiente para se considerar a operação de interesse comunitário e com natureza essencialmente transfronteiriça. Estes limiares exigem que o volume de negócios seja afectado geograficamente à Comunidade e a Estados-Membros específicos. Tendo em conta que as contas auditadas nem sempre fornecem a repartição em termos geográficos exigida nos termos do Regulamento das concentrações, a Comissão deverá basear-se nos melhores valores disponíveis fornecidos pela empresa. O n.º 1, segundo parágrafo, do artigo 5.º prevê que o local de realização do volume de negócios é determinado pela localização geográfica do cliente na data da transacção:

«O volume de negócios realizado, quer na Comunidade quer num Estado-Membro, compreende os produtos vendidos e os serviços prestados a empresas ou a consumidores, quer na Comunidade quer nesse Estado-Membro.»

#### *Regra geral*

- (196) O Regulamento das concentrações não discrimina entre «produtos vendidos» e «serviços prestados» relativamente à afectação geográfica do volume de negócios. Em ambos os casos, a regra geral prevê que o volume de negócios deve ser imputado ao local em que se encontra situado o cliente. Estas disposições inspiram-se no princípio segundo o qual o volume de negócios deve ser afectado ao local em que se realiza a concorrência com outros fornecedores. Trata-se normalmente também do local onde deve ser efectuada a operação característica do contrato em questão, ou seja, onde o serviço é realmente fornecido e o produto realmente entregue. No caso de transacções pela Internet, as empresas terão provavelmente dificuldade em determinar a localização do cliente no momento em que o contrato é celebrado. Quando o produto ou serviço não é fornecido através da Internet é conveniente, para evitar essas dificuldades, que prevaleça o lugar onde é realizado o acto característico abrangido pelo contrato. Nos pontos seguintes, a venda de bens e a prestação de serviços são tratadas separadamente, uma vez que apresentam características diferentes em termos de afectação do volume de negócios.

<sup>(129)</sup> Ver também Processo IV/M.216, CEA Industrie/France Telecom/Finmeccanica/SGS-Thomson, de 22 de Fevereiro de 1993.

*Venda de bens*

- (197) No que diz respeito à venda de bens, pode verificar-se uma situação particular quando o local onde o cliente se encontrava no momento da celebração do contrato de compra é diferente do endereço de facturação e/ou do local de entrega. Nestes casos, o local onde o contrato de compra foi celebrado e o local de entrega prevalecem sobre o endereço de facturação. Como a entrega constitui em geral o acto característico da venda de bens, o local de entrega pode mesmo prevalecer sobre o local onde o cliente se encontrava no momento da celebração do contrato de compra. Neste contexto, haverá que examinar se o local de entrega deve ser considerado o local onde se verifica a concorrência relativamente à venda de bens ou se a concorrência se verifica antes no local de residência do cliente. No caso da venda de bens móveis, como um automóvel, a um consumidor final, o local onde este é entregue ao cliente é determinante, mesmo que o contrato tenha sido previamente celebrado por telefone ou através da Internet.
- (198) Verifica-se uma situação específica nos casos em que uma empresa multinacional possui uma estratégia de aquisição a nível comunitário, abastecendo-se num único local relativamente a todas as suas necessidades em termos de um determinado bem. Como uma central de compras pode assumir diversas formas, convém ter em conta a sua forma concreta, uma vez que pode desempenhar um papel determinante na maneira de imputar o volume de negócios. Quando os bens são comprados pela central de compras e entregues a esta última para serem em seguida redistribuídos a nível interno pelas diferentes unidades localizadas em vários Estados-Membros, o volume de negócios é imputado apenas ao Estado-Membro no qual está estabelecida a central de compras. Neste caso, a concorrência verifica-se no local onde está estabelecida a central de compras e é também neste lugar que se efectua o acto característico objecto do contrato de venda. A situação é diferente quando o vendedor mantém contactos directos com as diferentes filiais. Tal é o caso quando a central de compras celebra um contrato-quadro, mas as encomendas individuais são feitas pelas filiais e os produtos são entregues directamente a estas últimas em diferentes Estados-Membros, bem como quando as encomendas individuais são feitas através da central de compras, mas os produtos são entregues directamente às filiais. Em ambos os casos, o volume de negócios deve ser imputado aos diferentes Estados-Membros nos quais se encontram as filiais, independentemente de as facturas serem recebidas e o pagamento efectuado pela central de compras ou pelas filiais. Isso explica-se pelo facto de a concorrência com outros fornecedores se referir, em ambos os casos, à entrega de produtos às diferentes filiais, apesar de o contrato ser celebrado a nível central. Além disso, no primeiro caso, são na realidade as filiais que decidem quanto às quantidades a ser entregues, um elemento essencial para a concorrência.

*Prestação de serviços*

- (199) No que se refere aos serviços, o Regulamento das concentrações prevê que o elemento a tomar em consideração é o local onde são prestados ao cliente. Os serviços de natureza transfronteiriça podem ser classificados em três categorias. A primeira categoria compreende os casos em que o prestador de serviços se desloca, a segunda categoria os casos em que o cliente se desloca. A terceira categoria inclui os casos em que um serviço é fornecido sem implicar a deslocação quer do prestador de serviços quer do cliente. Nas duas primeiras categorias, o volume de negócios realizado deve ser imputado ao local de destino de quem se desloca, ou seja, o local onde o serviço é efectivamente prestado ao cliente. Na terceira categoria, o volume de negócios deve geralmente ser afectado ao local onde se encontra o cliente. Os princípios descritos supra relativamente à aquisição de bens por uma central de compras aplicam-se por analogia à contratação central de serviços.
- (200) Como exemplo da primeira categoria, refira-se o caso de uma sociedade não europeia que fornece serviços especiais de manutenção de aviões a uma transportadora num Estado-Membro. Neste caso, o prestador de serviços desloca-se à Comunidade, onde o serviço é realmente prestado e onde também se verifica a concorrência para este serviço. O caso em que um turista europeu aluga um carro ou faz uma reserva num hotel directamente nos Estados Unidos pertence à segunda categoria, uma vez que o serviço é prestado fora do âmbito do espaço comunitário e também existe concorrência entre hotéis e agências de aluguer de automóveis no local escolhido. No entanto, a situação é diferente no que diz respeito às férias organizadas. Relativamente a este tipo de férias, o serviço começa pela venda do programa por intermédio de uma agência de viagens no local onde se encontra o cliente e a concorrência entre as agências de viagens verifica-se no local da venda, tal como em relação ao comércio a retalho em geral, apesar de parte do serviço poder ser fornecido numa série de locais distantes. Por conseguinte, este caso pertence à terceira categoria e o volume de negócios realizado deve ser afectado ao local onde se encontra o cliente. A terceira categoria também abrange os casos relativos ao fornecimento de programas informáticos ou à distribuição de filmes fora da Comunidade, mas fornecidos a um cliente num Estado-Membro, pelo que o serviço é realmente prestado ao cliente no âmbito do espaço comunitário.

- (201) Os casos relativos ao transporte de bens são diferentes, uma vez que o cliente ao qual são prestados os serviços não viaja, sendo o serviço de transporte prestado ao cliente no local respectivo. Esses casos pertencem à terceira categoria, e o local onde o cliente se encontra constitui o critério relevante para a afectação do volume de negócios.
- (202) Nos processos de telecomunicações, a classificação dos serviços de terminação de chamadas pode levantar problemas. Embora a terminação de chamadas pareça pertencer à terceira categoria, existem motivos para a tratar de forma diferente. Os serviços de terminação de chamadas são prestados, por exemplo, nos casos em que uma chamada, proveniente de um operador europeu, termina nos Estados Unidos. Apesar de nem o operador europeu nem o operador americano se deslocarem, o sinal desloca-se e o serviço em questão é prestado pela rede americana ao operador europeu nos Estados Unidos. Trata-se também do lugar onde se verifica a concorrência (se a houver). O volume de negócios deve, por conseguinte, ser considerado um volume de negócios não comunitário <sup>(130)</sup>.

#### *Sectores específicos*

- (203) Alguns sectores levantam, contudo, problemas muito específicos no que respeita à afectação geográfica do volume de negócios. Este ponto será tratado na secção VI infra.

### VI. CONVERSÃO DO VOLUME DE NEGÓCIOS EM EUROS

- (204) Na conversão do volume de negócios em euros deve atribuir-se particular atenção à taxa de câmbio utilizada. O volume de negócios anual de empresa deve ser convertido à taxa média dos doze meses relevantes. Esta média pode ser obtida através do sítio Web da DG Concorrência <sup>(131)</sup>. O volume de negócios anual auditado deve ser convertido, não devendo ser fraccionado em valores trimestrais ou mensais que seriam subsequentemente convertidos individualmente.
- (205) Quando uma empresa realiza vendas em várias moedas distintas, o processo é idêntico. O volume de negócios total constante das contas consolidadas auditadas, na moeda utilizada na contabilidade da empresa, deve ser convertido em euros à taxa média anual. As vendas na moeda local não devem ser convertidas directamente em euros, uma vez que esses valores não figuram nas contas consolidadas auditadas da empresa.

### VII. DISPOSIÇÕES RELATIVAS ÀS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO E A OUTRAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, BEM COMO EMPRESAS DE SEGUROS

#### 1. Âmbito de aplicação

- (206) Devido à natureza específica do sector, o n.º 3 do artigo 5.º prevê regras específicas para o cálculo do volume de negócios das instituições de crédito e outras instituições financeiras, bem como das empresas seguradoras.
- (207) A fim de definir os termos «instituições de crédito e outras instituições financeiras» para efeitos do disposto no Regulamento das concentrações, a Comissão tem sempre adoptado na prática as definições previstas na legislação comunitária aplicável ao sector financeiro. A directiva relativa ao acesso à actividade das instituições financeiras e ao seu exercício prevê o seguinte <sup>(132)</sup>:

- «Instituição de crédito: uma empresa cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e em conceder créditos por sua própria conta.»
- «Instituição financeira: uma empresa que não seja uma instituição de crédito e cuja actividade principal consista em tomar participações ou em exercer uma ou mais das actividades referidas nos pontos 2 a 12 do anexo I.»

<sup>(130)</sup> Isso não afecta o volume de negócios realizado pela operadora telefónica europeia com esta chamada face ao seu próprio cliente.

<sup>(131)</sup> Ver [http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/exchange\\_rates.html#footnote\\_1](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/others/exchange_rates.html#footnote_1). Este sítio Web faz referência ao Boletim Mensal do Banco Central Europeu.

<sup>(132)</sup> As definições encontram-se nos n.ºs 1 e 5 do artigo 1.º da Directiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Março de 2000, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício (JO L 126 de 26.05.2000, p. 1).

(208) As instituições financeira na acepção do n.º 3 do artigo 5.º do Regulamento das concentrações são, por conseguinte, por um lado as empresas gestoras de participações financeiras e, por outro, as empresas que desempenham regularmente, enquanto actividade principal, várias actividades expressamente mencionadas nos pontos 2 a 12 do anexo da Segunda Directiva Bancária. Estas actividades incluem:

- concessão de empréstimos (nomeadamente crédito ao consumo, crédito hipotecário, factoring);
- locação financeira;
- operações de pagamento;
- emissão e gestão de meios de pagamento (cartões de crédito, cheques de viagem, cartas de crédito);
- concessão de garantias e outros compromissos;
- transacções efectuadas por conta da própria instituição de crédito ou por conta da respectiva clientela sobre instrumentos do mercado monetário (cheques, letras, certificados de depósitos, etc.), mercado de câmbios, instrumentos financeiros a prazo e opções, instrumentos sobre divisas ou sobre taxas de juro e valores mobiliários;
- participação em emissões de títulos e prestação de serviços relativos a essa participação;
- intermediação nos mercados interbancários;
- gestão ou consultoria em gestão de patrimónios;
- conservação e administração de valores mobiliários.

## 2. Cálculo do volume de negócios

(209) O número 3 do artigo 5.º do Regulamento das concentrações consagra os métodos de cálculo do volume de negócios das instituições de crédito e outras instituições financeiras, bem como das empresas de seguros. A secção seguinte tem como finalidade dar resposta às questões suplementares que se levantaram relativamente ao cálculo do volume de negócios das empresas supramencionadas.

### 2.1. *Cálculo do volume de negócios das instituições de crédito e instituições financeiras (distintas das sociedades gestoras de participações financeiras)*

#### 2.1.1. Aspectos gerais

(210) Normalmente, não há dificuldades particulares na aplicação do critério dos proveitos bancários para a definição do volume de negócios a nível mundial das instituições de crédito e outros tipos de instituições financeiras.

Para a atribuição geográfica do volume de negócios de uma instituição de crédito à Comunidade e a um Estado-Membro, é aplicável a disposição específica prevista no segundo parágrafo do n.º 3, alínea a), do artigo 5.º, nos termos da qual o volume de negócios deve ser afectado à sucursal ou divisão estabelecida na Comunidade ou no Estado-Membro que recebe os proveitos em causa.

#### 2.1.2. Volume de negócios das sociedades de locação financeira

(211) Deve ser estabelecida uma distinção fundamental entre a locação financeira e o *leasing* operacional. Em traços gerais, os contratos de locação financeira têm um período de vigência maior do que os contratos de *leasing* operacional e a propriedade é geralmente transferida para o locatário no termo do contrato mediante uma opção de compra prevista no mesmo. Ao invés, ao abrigo do contrato de *leasing* operacional, a propriedade não é transferida para o locatário após o termo do contrato e os custos de manutenção, reparação e seguro do equipamento objecto de locação são incluídos nos respectivos pagamentos. Deste modo, um contrato de locação financeira funciona como um empréstimo destinado a permitir ao locatário adquirir um determinado bem.

- (212) Tal como já referido anteriormente, uma sociedade cuja actividade principal é o *leasing* financeiro constitui uma instituição financeira na acepção do n.º 3, alínea a), do artigo 5.º e o seu volume de negócios deve ser calculado com base nas regras específicas estabelecidas na referida disposição. Como tal, devem ser tidos em conta todos os pagamentos relativos aos contratos de locação financeira, exceptuando a parte do reembolso. Não se considera relevante a venda de pagamentos futuros do *leasing* no início do contrato para efeitos de refinanciamento.
- (213) As actividades de *leasing* operacional, contudo, não são consideradas actividades realizadas por instituições financeiras, pelo que lhes são aplicáveis as regras gerais em matéria de cálculo do volume de negócios constantes do n.º 1 do artigo 5.º <sup>(133)</sup>.

## 2.2. *Empresas seguradoras*

- (214) A fim de avaliar o volume de negócios de uma empresa de seguros, o n.º 3, alínea b), do artigo 5.º do Regulamento das concentrações prevê que sejam tomados em consideração os prémios ilíquidos emitidos. Os prémios ilíquidos emitidos constituem todos os montantes recebidos, incluindo os prémios de resseguro recebidos se a empresa em causa exercer actividades no domínio do resseguro. Os prémios de resseguro cedidos, ou seja, todos os montantes pagos ou a pagar pela empresa em causa para obter cobertura pelo resseguro, constituem apenas custos relativos à prestação de cobertura de seguro, pelo que não devem ser deduzidos dos prémios ilíquidos emitidos.
- (215) Os prémios a tomar em consideração referem-se não apenas aos novos contratos de seguro celebrados durante o exercício financeiro em causa, mas também a todos os prémios referentes a contratos celebrados em anos anteriores que permanecem em vigor durante o período tomado em consideração.
- (216) A fim de constituírem reservas adequadas que lhes permitam proceder ao pagamento dos pedidos de indemnização, as empresas de seguros possuem geralmente uma importante carteira de investimentos em acções, valores mobiliários, terrenos e outros bens imobiliários, bem como outros activos que geram receitas anuais. Os proveitos anuais provenientes dessas fontes não são considerados volume de negócios no caso das companhias de seguros, nos termos do n.º 3, alínea b), do artigo 5.º. Contudo, é necessário estabelecer uma distinção entre investimentos puramente financeiros, que não conferem à empresa seguradora os direitos e poderes estabelecidos no n.º 4 do artigo 5.º nas empresas em que foi efectuado o investimento, e os investimentos conducentes à aquisição de uma participação e que preenchem os critérios estabelecidos no n.º 4, alínea b), do artigo 5.º. Neste último caso, é aplicável o n.º 4 do artigo 5.º do Regulamento das concentrações, e o volume de negócios desta empresa deve ser adicionado ao volume de negócios da empresa de seguros, calculado de acordo com o n.º 3, alínea b), do artigo 5.º, para a determinação dos limiares definidos no Regulamento das concentrações <sup>(134)</sup>.

## 2.3. *Sociedades gestoras de participações financeiras*

- (217) Pelo facto de constituir «outra instituição financeira» na acepção do n.º 3, alínea a), do artigo 5.º do Regulamento das concentrações, o volume de negócios de uma sociedade gestora de participações financeiras deve ser calculado de acordo com os critérios específicos estabelecidos nesta disposição. No entanto, tal como no caso das empresas de seguros supramencionadas, o número 4 do artigo 5.º aplica-se às participações que cumprem os critérios especificados no n.º 4, alínea b), do artigo 5.º. Dessa forma, o volume de negócios de uma sociedade gestora de participações financeiras deve ser calculado com base no disposto no n.º 3 do artigo 5.º, mas pode ser necessário adicionar o volume de negócios de empresas abrangidas pelas categorias estabelecidas no n.º 4 do artigo 5.º (empresas abrangidas pelo n.º 4 do artigo 5.º) <sup>(135)</sup>.

<sup>(133)</sup> Ver Processo IV/M.234, GECC/Avis Lease, de 15 de Julho de 1992.

<sup>(134)</sup> Ver Processo IV/M.018, AG/AMEV, de 21 de Novembro de 1990.

<sup>(135)</sup> Os princípios aplicados a sociedades gestoras de participações financeiras podem, em certa medida, ser aplicáveis a sociedades gestoras de carteiras.

(218) Na prática, é necessário correcção começar por considerar o volume de negócios (não consolidado) da sociedade gestora de participações financeiras. A seguir, deve ser adicionado o volume de negócios das empresas mencionadas no n.º 4 do artigo 5.º, embora tendo o cuidado de deduzir os dividendos e outros rendimentos distribuídos por essas empresas às sociedades gestoras de participações financeiras. O exemplo seguinte ilustra este tipo de cálculo:

<i>Milhões de euros</i>	
1. Volume de negócios referente às actividades financeiras (conta de ganhos e perdas não consolidada)	3 000
2. Volume de negócios referente às companhias de seguros abrangidas pelo n.º 4 do Artigo 5.º (prémios ilíquidos emitidos)	300
3. Volume de negócios das empresas industriais abrangidas pelo n.º 4 do Artigo 5.º	2 000
4. Dedução de dividendos e outros proveitos resultantes das empresas abrangidas pelo n.º 4 do artigo 5.º, incluídas nos pontos 2 e 3	<200>
<b>Volume de negócios total da sociedade gestora de participações financeiras e do seu grupo</b>	<b>5 100</b>

(219) Nesses cálculos, pode revelar-se necessário tomar em consideração outras regras contabilísticas. Enquanto esta consideração é válida em relação a qualquer tipo de empresa abrangida pelo Regulamento das concentrações, é particularmente importante no caso das sociedades gestoras de participações financeiras <sup>(136)</sup>, em que o número e a diversidade das empresas controladas e o grau de controlo exercido pela *holding* sobre as suas filiais, sucursais e outras empresas participadas exige um exame cuidadoso.

(220) O cálculo do volume de negócios das sociedades gestoras de participações financeiras, tal como acima descrito, pode revelar-se pesado na prática. Por conseguinte, a sua aplicação rigorosa e pormenorizada será apenas necessária nos casos em que se afigura que o volume de negócios de uma empresa gestora de participações financeiras é susceptível de se aproximar dos limiares estabelecidos no Regulamento das concentrações. Nos restantes casos, quando seja evidente que o volume de negócios em causa se encontra bastante distante destes limiares, pode bastar o exame das contas publicadas para determinar a competência.

<sup>(136)</sup> Ver, por exemplo, Processo IV/M.166, Torras/Sarrió, de 24 de Fevereiro de 1992.