

## Processo T-282/02

### **Cementbouw Handel & Industrie BV** **contra** **Comissão das Comunidades Europeias**

«Concorrência — Fiscalização das operações de concentração de empresas — Artigos 2.º, 3.º e 8.º do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 – Conceito de concentração — Criação de uma posição dominante – Autorização sujeita ao cumprimento de determinados compromissos — Princípio da proporcionalidade»

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quarta Secção alargada) de 23 de Fevereiro de 2006 . . . . . II - 331

#### Sumário do acórdão

1. *Concorrência — Concentrações — Conceito*  
(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, artigo 3.º; Comunicação da Comissão 98/C 66/02, ponto 19)
  
2. *Concorrência — Concentrações — Conceito*  
(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, artigo 3.º, n.º 2)

3. *Concorrência — Concentrações — Aquisição de controlo conjunto indirecto sobre uma empresa comum*  
*[Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, artigos 3.º, n.º 1, alínea b), e 4.º, alínea b)]*
4. *Direito comunitário — Princípios — Protecção da confiança legítima — Condições*
5. *Concorrência — Concentrações — Conceito*  
*(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, artigo 3.º)*
6. *Concorrência — Concentrações — Existência — Concentração da competência exclusiva da Comissão — Condições*  
*(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, artigo 3.º)*
7. *Concorrência — Concentrações — Concentração de dimensão comunitária — Critérios de apreciação*  
*(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, artigos 1.º e 5.º)*
8. *Concorrência — Concentrações — Exame pela Comissão*  
*(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, artigo 6.º)*
9. *Concorrência — Concentrações — Concentração resultante de várias transacções jurídicas com carácter unitário, em virtude da sua interdependência*  
*(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho)*
10. *Concorrência — Concentrações — Apreciação da compatibilidade com o mercado comum — Criação ou reforço de uma posição dominante*  
*(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, artigos 2.º, n.º 2 e 3.º)*
11. *Concorrência — Concentrações — Exame pela Comissão — Apreciações de ordem económica*  
*(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, artigo 2.º)*
12. *Concorrência — Posição dominante — Existência — Obstáculos à entrada no mercado*  
*(Artigo 82.º CE)*

13. *Concorrência — Posição dominante — Existência — Incidência do poder de compra dos clientes no fornecedor*  
(Artigo 82.º CE)
14. *Concorrência — Concentrações — Avaliação da compatibilidade com o mercado comum — Criação ou reforço de uma posição dominante*  
(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho)
15. *Concorrência — Concentrações — Exame pela Comissão — Compromissos das empresas em causa de natureza a tornar a operação notificada compatível com o mercado comum*  
(Regulamento n.º 4064/89 do Conselho, artigos 2.º; n.º 2, e 8.º, n.º 2)

1. Decorre do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas, intitulado «Definição da concentração», que uma operação de concentração é, designadamente, realizada pela aquisição do controlo de uma ou várias empresas, seja através de uma empresa que actue sozinha, seja através de duas ou mais empresas que actuem conjuntamente, e que, independentemente da forma que revista a tomada de controlo, este último, atendendo às circunstâncias de facto e de direito próprias de cada caso, deve conferir a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a actividade da empresa adquirida decorrente de direitos, contratos ou de qualquer outro meio.

trolo conjunto se duas ou mais empresas ou pessoas dispuserem da possibilidade de exercer uma influência determinante sobre uma outra empresa, o que significa poder bloquear medidas que determinam o comportamento comercial estratégico de uma empresa. Assim, o controlo conjunto permite ultrapassar uma situação de impasse decorrente do poder, detido por duas ou mais empresas-mãe, de rejeitar as decisões estratégicas propostas. Daí a necessidade de esses accionistas chegarem a acordo sobre a política empresarial da empresa comum.

Como foi referido pela Comissão no n.º 19 da sua comunicação relativa ao conceito de concentração na aceção do Regulamento n.º 4064/89, existe con-

Embora a influência determinante, na aceção do artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89, não tenha necessariamente de ser exercida para existir, em

contrapartida, para que se verifique um controlo na acepção do artigo 3.º, n.º 3, do regulamento, a possibilidade de exercer essa influência tem de ser efectiva.

(cf. n.ºs 41, 42, 58)

2. O facto de uma empresa comum poder ser uma empresa de pleno exercício e, portanto, do ponto de vista funcional, economicamente autónoma, não significa que goze de autonomia no que se refere à adopção das suas decisões estratégicas. Uma conclusão inversa levaria a uma situação na qual nunca existiria um controlo conjunto numa «empresa comum» desde que esta fosse economicamente autónoma. Ora, a condição imposta pelo artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas – para que a criação de uma empresa comum, isto é, controlada por duas ou várias empresas, seja considerada uma concentração – segundo a qual essa empresa comum deve «desempenh[ar] de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma», prova que não estamos perante esta situação.

(cf. n.º 62)

3. O artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas, precisa que o controlo pode ser adquirido «directa ou indirectamente» por uma ou várias pessoas e o artigo 3.º, n.º 4, alínea b), deste mesmo regulamento admite que os detentores do controlo podem também ser as pessoas que, apesar de não serem titulares dos direitos ou beneficiários dos contratos, têm o poder de exercer os direitos deles decorrentes.

Podem adquirir um controlo indirecto na acepção do referido artigo os accionistas das associadas de uma empresa comum, mesmo não sendo directamente titulares dos direitos de voto na assembleia-geral desta última, que são exercidos pelos próprios membros.

Com efeito, uma vez que as sociedades comerciais dão cumprimento, em todas as hipóteses, às decisões dos seus accionistas exclusivos, maioritários, ou que exerçam o controlo conjunto da sociedade daí decorre necessariamente que, no caso de as associadas da empresa comum serem todas filiais detidas, a título exclusivo ou conjuntamente, por dois accionistas, a designação dos órgãos de decisão da referida empresa comum pressupõe o acordo desses dois accio-

nistas. Caso contrário, as associadas não poderão proceder à designação dos órgãos de decisão da empresa comum e esta não poderá funcionar.

comum, de tomar em consideração o ponto de vista dessas accionistas.

(cf. n.ºs 72-74)

O facto de os representantes das sociedades-mães não poderem pertencer ao conselho de administração da empresa comum ou de apenas poderem representar uma minoria no conselho fiscal desta empresa não tem consequências no facto de serem os membros dessa empresa a decidir da composição dos órgãos de decisão e, por intermédio dessas associadas, as suas duas accionistas.

4. O direito de reclamar a protecção da confiança legítima pressupõe a reunião de três condições. Em primeiro lugar, garantias precisas, incondicionais e concordantes, emanadas de fontes autorizadas e fiáveis, devem ter sido fornecidas ao interessado pela administração comunitária. Em segundo lugar, essas garantias devem ser de molde a criar uma expectativa legítima no espírito daquele a quem se dirigem. Em terceiro lugar, as garantias dadas devem estar em conformidade com as normas aplicáveis.

(cf. n.º 77)

Além disso, relativamente à composição dos dois órgãos de decisão da empresa comum, se os seus estatutos não excluírem a possibilidade de todas as pessoas pertencentes a estes órgãos exercerem funções nos órgãos de decisão das empresas associadas da empresa comum, estes representantes deverão, necessariamente, nas suas funções nas empresas associadas da empresa comum, ter sido nomeados pelos accionistas das associadas desta última e terão necessariamente, nas funções que exercem nos órgãos de decisão da empresa

5. Enquanto o artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas, qualifica como operação de concentração um fenómeno relativamente simples e identificável — o de uma fusão entre duas ou várias empresas anteriormente independentes — esta disposição, alínea b), visa englobar todas as outras situações nas quais uma ou várias empresas adquirem o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas. Esta definição geral e finalística de uma operação de

concentração — sendo o resultado o controlo de uma ou de várias empresas — implica que é indiferente que a aquisição, directa ou indirecta, desse controlo tenha sido realizada em uma, duas ou várias etapas através de uma, duas ou várias transacções, desde que o resultado atingido constitua uma única operação de concentração.

Que as partes, quando notificam uma concentração à Comissão, projectem concluir duas ou mais transacções, ou que as tenham já concluído antes da sua notificação é igualmente indiferente. Cabe à Comissão, em todas as situações, apreciar se essas transacções apresentam um carácter unitário de modo a constituírem uma única operação de concentração na acepção do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89.

Esta abordagem visa identificar, em função das circunstâncias de facto e de direito próprias de cada situação e com uma preocupação de procurar a realidade económica subjacente às operações, a finalidade económica prosseguida pelas partes, examinando, na presença de diversas transacções juridicamente distintas, se as empresas em causa teriam estado dispostas a concluir cada transacção individualmente considerada ou se, pelo contrário, cada transacção constitui apenas um elemento de uma operação mais complexa, sem a qual não teria sido con-

cluída pelas partes. Por outras palavras, para determinar o carácter unitário das transacções em causa, há que apreciar, em cada situação, se essas transacções são interdependentes, de modo que uma não teria sido realizada sem a outra.

Este passo destina-se, por um lado, a garantir às empresas que notificam uma operação de concentração o direito à segurança jurídica relativamente a todas as transacções que realizam essa operação e, por outro, a permitir à Comissão exercer uma fiscalização eficaz sobre as operações de concentração susceptíveis de entravar de modo significativo uma concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste. Estas duas finalidades constituem, de resto, o objectivo principal do Regulamento n.º 4064/89.

Daqui resulta que uma operação de concentração, na acepção do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 4064/89, pode ser realizada mesmo na presença de uma pluralidade de transacções jurídicas formalmente distintas quando essas transacções sejam interdependentes, pelo que não seriam realizadas umas sem as outras e cujo resultado consista em conferir a uma ou a várias empresas o

controlo económico, directo ou indirecto, sobre a actividade de uma ou de várias outras empresas.

(cf. n.ºs 103-109)

6. O artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas, define as condições de existência de uma «operação de concentração» e limita-se a definir, de forma genérica e material, o que se deve entender por «concentração»; esta disposição não regula a questão da competência da Comissão sobre as operações de concentração. De entre as operações que correspondem à definição do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89, só as operações ditas de «dimensão comunitária», como as que estão definidas no artigo 1.º deste regulamento, são da competência exclusiva da Comissão, salvo disposição em contrário do referido regulamento. Consequentemente, não é por uma operação corresponder à definição do artigo 3.º do Regulamento n.º 4064/89 que essa operação cai necessariamente no âmbito da competência exclusiva da Comissão; é também necessário que essa transacção seja de «dimensão comunitária».

(cf. n.º 114)

7. Resulta da sistemática do artigo 5.º do Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas, que o legislador comunitário quis especificar o âmbito de aplicação desse regulamento definindo, designadamente, o volume de negócios dos participantes na operação de concentração que deve ser tomado em consideração para efeitos de determinar a «dimensão comunitária» desta, na acepção do artigo 1.º do Regulamento n.º 4064/89. Assim, resulta do artigo 5.º, n.º 2, do referido regulamento que, no âmbito da aquisição de parcelas de uma empresa, só o volume de negócios que se refere a essas parcelas da empresa deve ser tido em conta para apreciar a dimensão da operação em causa.

Esta apreciação engloba igualmente a interpretação do artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89, pelo que, quando a aquisição de parcelas de uma ou de várias empresas é efectuada mediante várias transacções durante um período de dois anos entre as mesmas pessoas ou empresas, o volume de negócios deve referir-se a essas parcelas adquiridas consideradas no seu conjunto. O motivo que preside à inserção do artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89 consiste em evitar que as mesmas empresas ou as mesmas pessoas fragmentem artificialmente uma operação em várias cessões parciais de activos, escalonadas no tempo, com o objectivo de se subtraírem aos limiares estabelecidos no Regulamento n.º 4064/89 que

determinam a competência da Comissão na aplicação deste regulamento.

n.º 4064/89, a Comissão verificará em seguida se a operação assim identificada é de dimensão comunitária, para efeitos de determinar a sua competência e apreciar os efeitos da operação sobre a concorrência.

Assim, o facto de o artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89 permitir que a Comissão considere que duas ou várias transacções constituem uma única operação de concentração para efeitos de calcular o volume de negócios das empresas em causa, a fim de evitar que se contorne a competência que o regulamento lhe atribui, não significa que essa disposição prive a Comissão do direito de determinar, a montante, em aplicação do artigo 3.º do referido regulamento, se diversas transacções que lhe foram notificadas constituem uma única operação de concentração ou se, pelo contrário, se deve considerar que essas transacções constituem uma pluralidade de operações de concentração.

(cf. n.ºs 115-120)

8. A posição defendida por cada uma das partes que procederam à notificação de uma operação de concentração, é, por definição, subjectiva, e reflecte necessariamente os seus próprios interesses. No entanto, esta circunstância não pode conduzir a que a Comissão, na sua preocupação de procurar a realidade económica de uma operação de concentração, se prive das explicações das partes que lhe permitem identificar qual era realmente, no momento da conclusão das transacções em causa, a finalidade económica prosseguida por essas partes. Ainda que as explicações não contestadas de uma das partes que procederam à notificação não sejam em si mesmas determinantes, a Comissão deve, contudo, poder basear-se nessas explicações quando elas lhe permitam reforçar os elementos de apreciação nos quais a sua análise se baseia.

Se resultar do exame a que a Comissão procede que essas duas transacções notificadas à Comissão não são interdependentes, essas transacções serão apreciadas individualmente. Se uma e/ou outra não tiverem dimensão comunitária, a Comissão declinará a sua competência para apreciar uma e/ou outra. Se resultar desse exame que as transacções apresentam um carácter unitário que permite que sejam consideradas uma única operação de concentração, em aplicação do artigo 3.º do Regulamento

(cf. n.º 147)

9. Ao examinar, globalmente com uma transacção posterior de que é indissociável, uma transacção que, isoladamente, não preenchia os critérios da dimensão comunitária e que, por este motivo, havia sido apreciada pela autoridade nacional da concorrência competente, que a tinha avalizado, a Comissão não viola a repartição de competências entre autoridades nacionais e comunitária da concorrência operada pelo Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas, desde que, em razão do seu carácter comunitário, as duas transacções realizem uma operação de concentração única de dimensão comunitária.

(cf. n.ºs 158-161)

10. A posição dominante, referida no artigo 2.º do Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas, diz respeito a uma situação de poder económico detido por uma ou várias empresas que lhes dê a faculdade de obstar à manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, fornecendo-lhes a possibilidade de adoptarem comportamentos independentes numa medida apreciável em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores.

A este respeito, a existência de quotas de mercado muito elevadas é altamente significativa e a relação entre as quotas de mercado detidas pela ou pelas empresas participantes na concentração e pelos seus concorrentes, em especial os que estão imediatamente a seguir, constitui um indício válido da existência de uma posição dominante. Com efeito, este factor permite avaliar a capacidade concorrencial dos concorrentes da empresa em causa. Além disso, uma quota de mercado especialmente elevada pode, em si mesma, constituir a prova da existência de uma posição dominante, sobretudo quando os outros operadores no mercado possuem quotas muito menores.

De igual modo, a presença de concorrentes só pode, regra geral, constituir um factor eventualmente susceptível de atenuar ou mesmo eliminar a posição dominante da entidade em causa se esses concorrentes tiverem uma posição forte, susceptível de exercer um verdadeiro contrapeso.

Por último, a inexistência de uma pressão concorrencial significativa pode também, em parte, inferir-se do carácter diferenciado dos produtos do mercado em causa. Com efeito, o carácter diferenciado dos produtos significa que cada produto não é um sucedâneo perfeito do outro e que, conseqüentemente, o aumento do preço de um não implica necessariamente que a empresa que

procede a esse aumento perca quotas de mercado a favor dos seus concorrentes que produzem o outro produto, como sucederia para produtos perfeitamente substituíveis.

de apreciação e de desvio de poder. Mais especificamente, não cabe ao juiz comunitário substituir a apreciação económica da Comissão pela sua própria apreciação.

(cf. n.ºs 195, 198, 201, 212, 213)

(cf. n.ºs 196, 197)

11. As regras de fundo do Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas, em especial o seu artigo 2.º, conferem à Comissão um certo poder discricionário, designadamente no que respeita às apreciações de ordem económica. Consequentemente, a fiscalização pelo juiz comunitário, do exercício desse poder, que é essencial na aplicação das regras em matéria de concentrações, deve ser efectuado tendo em conta a margem de apreciação subjacente às normas de carácter económico que fazem parte do regime das concentrações.

12. Constituem obstáculos à entrada no mercado elementos de natureza diversa, em especial de ordem económica, comercial ou financeira que sejam susceptíveis de fazer com que o potencial concorrente das empresas já existentes tenha de suportar riscos e custos suficientemente elevados para o dissuadir de entrar no mercado num prazo razoável ou de dificultar especialmente essa entrada, privando-o da capacidade de exercer uma pressão concorrencial sobre o comportamento das empresas já existentes.

(cf. n.º 219)

Daqui decorre que a fiscalização exercida pelo juiz comunitário sobre as apreciações económicas complexas efectuadas pela Comissão no exercício do poder de apreciação que lhe é conferido pelo Regulamento n.º 4064/89 se deve limitar à verificação do respeito das regras processuais e da fundamentação, bem como da exactidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto

13. O poder de compra dos clientes de um fornecedor é susceptível de compensar o seu poder de mercado se esses clientes tiverem capacidade para recorrer, num prazo razoável, a fontes alternativas credíveis de abastecimento no caso de o fornecedor decidir aumentar os seus preços ou deteriorar as condições de fornecimento.

A este respeito, a dispersão dos operadores no mercado em causa e a falta de alternativa credível de abastecimento desses operadores no mercado, constituem dois critérios que, sem serem necessariamente exaustivos para reforçar ou desmentir a existência de um poder de compra dos clientes capaz de contrariar o poder económico de um fornecedor, são muito relevantes. Com efeito, por um lado, o critério do grau de concentração do mercado dos compradores significa que o seu número limitado lhes pode permitir reforçar o seu poder negocial relativamente ao fornecedor. Por outro, o critério da presença de alternativas credíveis de fornecimento permite determinar se existe uma forte probabilidade de o fornecedor ser obrigado a limitar qualquer aumento dos preços ou mesmo a não os aumentar.

(cf. n.ºs 230-232)

14. O Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas, não proíbe que se examine, à luz das suas próprias disposições, os eventuais aspectos de coordenação vertical entre a empresa comum e uma ou outra das suas empresas fundadoras que resultam de uma operação de concentração, sem aliás, por esse

motivo, prejudicar a autonomia da empresa comum.

(cf. n.º 250)

15. No âmbito do Regulamento n.º 4064/89, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas, a Comissão só pode aceitar compromissos susceptíveis de tornar a operação de concentração compatível com o mercado comum. Por outras palavras, os compromissos propostos pelas empresas em causa devem permitir à Comissão concluir que a operação de concentração em causa não cria nem reforça uma posição dominante na aceção do artigo 2.º, n.º 2, deste regulamento.

Assim, para poderem ser aceites pela Comissão na óptica da adopção de uma decisão nos termos do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, esses compromissos devem não só ser proporcionais ao problema de concorrência identificado pela Comissão na sua decisão, como resolvê-lo integralmente.

Todavia, as partes que procederam a uma notificação não são, de modo algum, obrigadas a limitar-se a propor

compromissos que visem estritamente restabelecer a situação de concorrência anterior à operação de concentração, de modo a que a Comissão possa declarar essa operação compatível com o mercado comum. Com efeito, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, a Comissão pode aceitar todos os compromissos das partes que lhe permitam adoptar uma decisão que declare uma concentração compatível com o mercado comum.

De resto, perante compromissos que vão além do restabelecimento da situação anterior à operação de concentração, a Comissão não tem margem para os recusar e adoptar uma decisão que declare a concentração incompatível com o mercado comum, nos termos do artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento n.º 4064/89, nem uma decisão que declare a concentração compatível com o mercado comum, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, deste regulamento, mas que dependa de condições destinadas ao restabelecimento da situação anterior à operação de concentração por ela impostas unilateralmente.

Com efeito, na primeira situação — da adopção de uma decisão negativa — a Comissão violaria as disposições do artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89, que a obrigam a adoptar uma decisão de compatibilidade com o mercado comum se constatar que a operação, eventualmente depois de ser alterada pelas empresas em causa, respeitar o critério definido no artigo 2.º, n.º 2, do mesmo regulamento. Na segunda situação — de uma decisão positiva dependente de condições destinadas ao restabelecimento estrito da situação anterior — a Comissão também não respeitaria a redacção do artigo 8.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 4064/89, que não prevê que a Comissão possa sujeitar a sua declaração de compatibilidade de uma operação de concentração a condições por ela impostas unilateralmente, independentemente dos compromissos assumidos pelas partes que procederam a uma notificação.

(cf. n.ºs 294, 307-311)