



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

7 de setembro de 2017*

«Reenvio prejudicial — Concorrência — Concentração de empresas — Regulamento (CE) n.º 139/2004 — Artigo 3.º, n.º 1, alínea b), e n.º 4 — Âmbito de aplicação — Conceito de “concentração” — Alteração da natureza do controlo de uma empresa existente, que passa de exclusivo a conjunto — Criação de uma empresa comum que desempenha de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma»

No processo C-248/16,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria), por decisão de 31 de março de 2016, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 2 de maio de 2016, no processo

Austria Asphalt GmbH & Co. OG

contra

Bundeskartellanwalt,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: J. L. da Cruz Vilaça, presidente de secção, A. Tizzano (relator), vice-presidente do Tribunal de Justiça, A. Borg Barthet, E. Levits e F. Biltgen, juízes,

advogado-geral: J. Kokott,

secretário: X. Lopez Bancalari, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 22 de março de 2017,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Austria Asphalt GmbH & Co. OG, por B. Kofler-Senoner, S. Huber, M. Mayer e H. Kristoferitsch, Rechtsanwälte,
- em representação do Bundeskartellanwalt, por A. Mair, H. L. Majer e G. Stifter, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão Europeia, por T. Christoforou, H. Leupold e M. Farley, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 27 de abril de 2017,

* Língua do processo: alemão.

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas («Regulamento das concentrações comunitárias») (JO 2004, L 24, p. 1).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Austria Asphalt GmbH & Co. OG (a seguir «Austria Asphalt») ao Bundeskartellanwalt (agente federal em matéria de cartéis), a respeito de uma alegada operação de concentração.

Quadro jurídico

- 3 Os considerandos 5, 6, 8 e 20 do Regulamento n.º 139/2004 têm a seguinte redação:
 - «(5) [...] é necessário garantir que o processo de reestruturação não acarrete um prejuízo duradouro para a concorrência. O direito comunitário deverá, conseqüentemente, conter normas aplicáveis às concentrações suscetíveis de entravar de modo significativo uma concorrência efetiva no mercado comum ou numa parte substancial deste último.
 - (6) Impõe-se, por conseguinte, a criação de um instrumento jurídico específico que permita um controlo eficaz de todas as concentrações em função do seu efeito sobre a estrutura da concorrência na Comunidade e que seja o único aplicável às referidas concentrações. O Regulamento (CEE) n.º 4064/89 permitiu desenvolver uma política comunitária neste domínio. Todavia, é conveniente que hoje, à luz da experiência adquirida, se proceda à reformulação deste regulamento a fim de prever disposições adaptadas aos desafios de um mercado mais integrado e de um futuro alargamento da União Europeia. Em conformidade com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade consagrados no artigo 5.º do Tratado, o presente regulamento não excede o necessário para atingir o objetivo de garantir que a concorrência não seja falseada no mercado comum, em conformidade com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência.
- [...]
- (8) As disposições a adotar no presente regulamento deverão ser aplicáveis às modificações estruturais importantes cujos efeitos no mercado se projetem para além das fronteiras nacionais de um Estado-Membro. Tais concentrações deverão, regra geral, ser exclusivamente apreciadas a nível comunitário, em conformidade com o sistema de “balcão único” e com o princípio da subsidiariedade.
- [...]
- (20) O conceito de concentração deverá ser definido de modo a abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura no controlo das empresas em causa e, por conseguinte, na estrutura do mercado. Conseqüentemente, é adequado incluir no âmbito de aplicação do presente regulamento todas as empresas comuns que desempenhem de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma. É, além disso, adequado considerar como uma única concentração operações que apresentem ligações estreitas na medida em que estejam ligadas por condição ou assumam a forma de uma série de transações de títulos que tem lugar num prazo razoavelmente curto.»

4 O artigo 2.º, n.ºs 1 e 4, do Regulamento n.º 139/2004 prevê:

«1. As concentrações abrangidas pelo presente regulamento devem ser apreciadas de acordo com os objetivos do presente regulamento e com as disposições que se seguem, com vista a estabelecer se são ou não compatíveis com o mercado comum.

Nessa apreciação, a Comissão deve ter em conta:

a) A necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efetiva no mercado comum, atendendo, nomeadamente, à estrutura de todos os mercados em causa e à concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou no exterior da Comunidade;

[...]

4. Na medida em que a criação de uma empresa comum que constitua uma concentração na aceção do artigo 3.º tenha por objeto ou efeito a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que se mantêm independentes, essa coordenação deve ser apreciada segundo os critérios previstos nos n.ºs 1 e 3 do artigo [101.º TFUE], a fim de determinar se a operação é ou não compatível com o mercado comum.»

5 O artigo 3.º do referido regulamento, sob a epígrafe «Definição de concentração», dispõe, nos seus n.ºs 1 e 4:

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

[...]

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

[...]

4. A criação de uma empresa comum que desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma constitui uma concentração na aceção da alínea b) do n.º 1.»

6 O artigo 21.º do Regulamento n.º 139/2004, sob a epígrafe «Aplicação do regulamento e competência», enuncia no seu n.º 1:

«Apenas o presente regulamento se aplica às concentrações definidas no artigo 3.º, e os Regulamentos do Conselho (CE) n.º 1/2003 [do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º] e [102.º TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1)] (CEE) n.º 1017/68 [...] (CEE) n.º 4056/86 [...] e (CEE) n.º 3975/87 [...] não são aplicáveis salvo no que se refere às empresas comuns sem dimensão comunitária e que tenham por objeto ou efeito a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que se mantenham independentes.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

7 A Austria Asphalt é uma filial da Strabag SE, que a controla indiretamente. O grupo Strabag, ao qual estas sociedades pertencem, é um grupo internacional de empresas de construção que opera, nomeadamente, no domínio da rede viária.

- 8 A Porr AG, que faz igualmente parte de um grupo internacional de empresas de construção de estradas, detém a totalidade do capital da Teerag Asdag AG. Esta última é a única proprietária da central de mistura de asfalto de Mürzzuschlag (a seguir «empresa-alvo»), a qual produz o asfalto necessário à construção de estradas. Resulta da decisão de reenvio que a maior parte da produção desta empresa se destina ao grupo Porr, de modo que a referida empresa não pode ser qualificada de empresa de pleno exercício.
- 9 A Austria Asphalt e a Teerag Asdag pretendem constituir uma sociedade de direito austríaco que comprará a empresa-alvo. Assim, está previsto que a Austria Asphalt detenha 50% do capital desta sociedade e exerça, em comum com a Teerag Asdag, o controlo da empresa-alvo. Por conseguinte, a contar da data desta operação, a Teerag Asdag exercerá um controlo já não exclusivo da empresa-alvo, mas conjunto com a Austria Asphalt. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a empresa comum resultante da referida operação também não poderia ser qualificada de empresa comum de pleno exercício, dado que a maior parte da sua produção seria destinada às empresas dos dois grupos que a controlam.
- 10 Em 3 de agosto de 2015, a Austria Asphalt notificou o projeto de concentração à Autoridade Federal para a Concorrência.
- 11 Em virtude de disposições processuais nacionais, o agente federal em matéria de cartéis pediu ao Kartellgericht (Tribunal da Concorrência, Áustria) que examinasse esse projeto. Este órgão jurisdicional declarou, no essencial, que a operação visada constituía uma concentração na aceção do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 139/2004 e que, estando preenchidas as outras condições estabelecidas pelo regulamento, esta operação não podia ser examinada à luz do direito austríaco. Declarou-se, por isso, incompetente e, por decisão de 6 de outubro de 2015, indeferiu este pedido de exame.
- 12 A Austria Asphalt impugnou esta decisão no Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria), alegando que, em aplicação do artigo 3.º, n.º 4, do referido regulamento, a criação de uma empresa comum só constitui uma operação de concentração quando esta empresa desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma, isto é, na medida em que se trata de uma empresa comum de pleno exercício. Ora, isso não sucederia no caso em apreço, de modo que o Regulamento n.º 139/2004 não seria aplicável.
- 13 O órgão jurisdicional de reenvio constatou, antes de mais, que não existe nenhuma jurisprudência que precise o alcance do conceito de «criação de uma empresa comum», visado no artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004, ou clarifique as relações entre esta disposição e o artigo 3.º, n.º 1, deste regulamento definindo de maneira geral os critérios em presença dos quais se pode considerar realizada uma concentração, além do caso de fusão de duas ou mais empresas ou partes de tais empresas. Nem a Comunicação consolidada da Comissão relativa ao Regulamento n.º 139/2004 (JO 2008, C 95, p. 1; retificação no JO 2009, C 43, p. 10), nem a prática decisória da Comissão permitem interpretar com clareza estas disposições. Por último, a doutrina divide-se.
- 14 Nestas condições, o Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve o artigo 3.º, n.º 1, alínea b), e n.º 4 do [Regulamento n.º 139/2004] ser interpretado no sentido de que, em caso de passagem do controlo exclusivo para o controlo conjunto sobre uma empresa já existente, de forma que a empresa que anteriormente exercia o controlo exclusivo continua a participar nesse controlo conjunto, apenas se verifica uma concentração quando esta empresa desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade autónoma?»

Quanto à questão prejudicial

- 15 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 3.º, n.º 1, alínea b), e n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004 deve ser interpretado no sentido de que uma concentração apenas se verifica na sequência da alteração da natureza do controlo exercido sobre uma empresa existente, que, sendo anteriormente exclusivo, se torna conjunto, na condição de a empresa comum resultante de tal operação desempenhar de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma.
- 16 Para responder a esta questão, importa salientar que, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), deste regulamento, realiza-se uma operação de concentração nomeadamente quando uma mudança duradoura no controlo resulta da aquisição, por uma ou mais empresas, do controlo direto ou indireto do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.
- 17 Contudo, segundo o artigo 3.º, n.º 4, do referido regulamento, a criação de uma empresa comum só constitui uma concentração na aceção do n.º 1, alínea b), deste artigo quando esta empresa desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma.
- 18 Assim, importa constatar que a letra do artigo 3.º do referido regulamento não permite, por si só, determinar se uma concentração, na aceção deste último, se considera ser resultante de uma operação pela qual o controlo de uma empresa existente passa de exclusivo para conjunto quando a empresa comum resultante de tal operação não desempenha todas as funções de uma entidade económica autónoma.
- 19 Com efeito, tal operação, por um lado, implica uma mudança duradoura no controlo da empresa a que se refere, preenchendo, assim, um dos critérios previstos no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), deste regulamento, e, por outro, pode ser considerada como criadora de uma empresa comum, sendo por isso abrangida pelo dito artigo 3.º, n.º 4, de maneira que só se considera que uma concentração se realizou se essa empresa desempenhar de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma.
- 20 Ora, quando a interpretação literal de uma disposição de direito da União não permite apreciar o seu alcance exato, a regulamentação em causa deve ser interpretada com base quer na sua finalidade quer na sua economia geral (v., neste sentido, acórdãos de 31 março de 1998, França e o./Comissão, C-68/94 e C-30/95, EU:C:1998:148, n.º 168, e de 7 de abril de 2016, Marchon Germany, C-315/14, EU:C:2016:211, n.ºs 28 e 29).
- 21 Quanto aos objetivos prosseguidos pelo Regulamento n.º 139/2004, resulta dos seus considerandos 5, 6 e 8 que visa assegurar que as reestruturações das empresas não acarretem um prejuízo duradouro para a concorrência. Por conseguinte, segundo estes considerandos, o direito da União deve conter normas aplicáveis às concentrações suscetíveis de entravar de modo significativo uma concorrência efetiva no mercado comum ou numa parte substancial deste último e que permitam um controlo eficaz de todas as concentrações em função do seu efeito sobre a estrutura da concorrência na União. Este regulamento deverá, assim, aplicar-se às modificações estruturais importantes cujos efeitos no mercado se projetem para além das fronteiras nacionais de um Estado-Membro.
- 22 Como resulta do considerando 20 do referido regulamento, o conceito de concentração deverá ser definido de modo a abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura no controlo das empresas em causa e, por conseguinte, na estrutura do mercado. No caso de empresas comuns, elas devem ser incluídas no âmbito de aplicação do mesmo regulamento se desempenharem de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma.

- 23 Como a advogada-geral sublinhou no n.º 28 das suas conclusões, o Regulamento n.º 139/2004 não faz, nos seus considerandos, nenhuma distinção consoante a empresa em causa é criada de novo na sequência da operação considerada ou se a referida empresa já existe e, estando até aí submetida ao controlo exclusivo de um grupo, passa para o controlo conjunto de várias empresas.
- 24 Esta falta de distinção justifica-se plenamente devido ao facto de que, se a criação de uma empresa comum deve ser controlada pela Comissão atendendo aos seus efeitos sobre a estrutura do mercado, a verificação de tais efeitos depende do surgimento efetivo dessa empresa comum no mercado, isto é, de uma empresa que desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma.
- 25 Logo, o artigo 3.º do referido regulamento só visa as empresas comuns na medida em que a sua criação produz um efeito duradouro na estrutura do mercado.
- 26 Essa interpretação é corroborada pelo artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do mesmo regulamento que estabelece como elemento constitutivo do conceito de concentração não a criação de uma empresa mas a alteração do controlo de uma empresa.
- 27 Aceitar uma interpretação inversa do artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004, como a propugnada nomeadamente pela Comissão, implicaria uma diferença de tratamento injustificada entre, por um lado, as empresas novamente criadas na sequência da operação em causa, que não são abrangidas pelo conceito de concentração se desempenharem de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma, e as empresas preexistentes a essa operação, que são abrangidas por esse conceito independentemente da circunstância de, uma vez realizada a operação, desempenharem de forma duradoura as referidas funções.
- 28 Por conseguinte, atendendo aos objetivos prosseguidos pelo Regulamento n.º 139/2004, o seu artigo 3.º, n.º 4, deve ser interpretado no sentido de que se refere à criação de uma empresa comum, isto é, a uma operação em virtude da qual aparece no mercado uma empresa controlada em comum por, pelo menos, duas outras empresas, sem ser relevante se esta empresa novamente controlada em comum já existia antes da operação em causa.
- 29 Essa interpretação do artigo 3.º inscreve-se igualmente na economia geral do Regulamento n.º 139/2004.
- 30 Embora seja verdade que, segundo o considerando 6 deste regulamento, o controlo preventivo das operações de concentração instaurado por este incide sobre as operações de concentração com efeitos sobre a estrutura da concorrência na União, nada indica que qualquer comportamento das empresas que não produza tais efeitos escape ao controlo da Comissão ou das autoridades nacionais competentes em matéria de concorrência.
- 31 Ora, o referido regulamento, como, em particular, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 faz parte de um quadro normativo que visa executar os artigos 101.º e 102.º TFUE e estabelecer um sistema de controlo que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno da União.
- 32 Como resulta do artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004, apenas este diploma se aplica às concentrações definidas no seu artigo 3.º, às quais o Regulamento n.º 1/2003 não é, em princípio, aplicável.
- 33 Em contrapartida, este último regulamento continua a ser aplicável aos comportamentos das empresas que, sem constituir uma operação de concentração no sentido do Regulamento n.º 139/2004, são contudo suscetíveis de implicar uma coordenação entre elas, contrária ao artigo 101.º TFUE e que, por isso, são submetidos ao controlo da Comissão ou das autoridades de concorrência nacionais.

- 34 Não é, portanto, conforme com o artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 a interpretação feita pela Comissão do artigo 3.º deste diploma, segundo a qual a mudança do controlo de uma empresa que passa de exclusivo para comum é abrangida pelo conceito de concentração, mesmo quando esta empresa comum não desempenha de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma. Com efeito, aplicar tal interpretação conduziria a alargar o controlo preventivo previsto por este regulamento a operações que não são suscetíveis de afetar a estrutura do mercado em causa e de reduzir, de maneira correspondente, o âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1/2003, o qual já não seria então aplicável a tais operações, mesmo quando possam dar lugar a uma coordenação entre empresas no sentido do artigo 101.º TFUE.
- 35 Tendo em conta as considerações anteriores, há que responder à questão que o artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004 deve ser interpretado no sentido de que uma concentração apenas se verifica na sequência da alteração da natureza do controlo exercido sobre uma empresa existente, que, sendo anteriormente exclusivo, se torna conjunto, na condição de a empresa comum resultante de tal operação desempenhar de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma.

Quanto às despesas

- 36 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quinta Secção) declara:

O artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas («Regulamento das concentrações comunitárias»), deve ser interpretado no sentido de que uma concentração apenas se verifica na sequência da alteração da natureza do controlo exercido sobre uma empresa existente, que, sendo anteriormente exclusivo, se torna conjunto, na condição de a empresa comum resultante de tal operação desempenhar de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma.

Assinaturas