



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 27 de abril de 2017¹

Processo C-248/16

Austria Asphalt GmbH & Co OG
contra
Bundeskartellanwalt

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria)]

«Concorrência — Controlo das concentrações de empresas (“Controlo das concentrações”) — Artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004 (“Regulamento das concentrações comunitárias”) — Âmbito de aplicação material — Conceito de concentração — Passagem de controlo exclusivo para controlo conjunto de uma empresa — Transformação de uma empresa já existente sem caráter de empresa de pleno exercício numa empresa comum sem caráter de empresa de pleno exercício — Delimitação das competências entre a Comissão Europeia e as autoridades nacionais competentes em matéria de controlo das concentrações»

I. Introdução

1. Ulrich von Liechtenstein, trovador do amor cortês, pensava sem dúvida em muitas coisas quando, na sua viagem de Veneza para a Boémia, no ano de 1227, que imortalizou na sua obra literária, foi conduzido ao lugar chamado de Mürzzuschlag², hoje na Áustria³. Será que ele então já pressentia que esta pitoresca cidadezinha situada nas margens do rio Mürz, seria algum dia o cenário do primeiro processo prejudicial em matéria do controlo europeu das concentrações de empresas?

2. O presente processo tem por origem uma central de mistura de asfalto que, até ao presente, é integralmente detida por um grande grupo de empresas de construção, mas que deve, no futuro, ser explorada conjuntamente por esse mesmo grupo e por um outro grupo de empresas de construção. O projeto é assim, por outras palavras, transformar a central de mistura de asfalto já existente numa *empresa comum*. O problema que se coloca neste quadro, do ponto de vista do controlo das concentrações, é que esta central *não é uma empresa de pleno exercício*, uma vez que a sua atividade se limita a abastecer a sua atual sociedade-mãe — e, no futuro, as suas duas sociedades-mãe — sem realizar qualquer outra operação autónoma significativa no mercado.

1 Língua original: alemão.

2 [myrts'tsu:ʃla:k].

3 O termo «Murzuslage», que o poeta nascido cerca do ano de 1200 e falecido em 1275, utiliza na sua epopeia «Frauendienst» [«Ao serviço da dama»] é, também, considerado o primeiro documento que refere a cidade de Mürzzuschlag.

3. Nesse contexto, o Tribunal de Justiça é chamado a resolver a questão fundamental de saber em que consiste uma concentração de empresas na aceção do artigo 3.º do Regulamento das concentrações comunitárias (a seguir «Regulamento n.º 139/2004»)⁴. Trata-se, concretamente, do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), e n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004, colocando-se a questão de saber se, por força dessas disposições, empresas como a de Mürzzuschlag que, por não operarem de forma autónoma no mercado não podem ser consideradas como empresas de pleno exercício, estão, apesar disso, submetidas ao controlo europeu das concentrações quando terceiros adquirem participações nas mesmas.

4. As questões assim suscitadas pela transformação de uma empresa já existente e sem pleno exercício numa empresa comum podem, à primeira vista, parecer extremamente técnicas e o assunto é, sem qualquer dúvida, mais árido que as trovas de Ulrich von Liechtenstein. Apresenta, no entanto, uma importância prática que convém não subestimar para o sistema jurídico da União quanto à aplicação das regras de concorrência no mercado interno europeu. Com efeito, a interpretação do artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004 permite não apenas traçar o limite horizontal entre o controlo das concentrações nos termos deste regulamento e a aplicação do direito da concorrência nos termos do Regulamento (CE) n.º 1/2003⁵, mas também a delimitação vertical das competências da União Europeia enquanto autoridade de controlo das concentrações no mercado interno em relação aos serviços nacionais dos Estados-Membros competentes em matéria de concentrações, tendo em conta que o controlo europeu das concentrações assenta num sistema de repartição precisa das competências⁶.

II. Quadro jurídico

5. No presente caso, o quadro jurídico da União é determinado pelo artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004, intitulado «Definição de concentração» e que, em extrato, tem a seguinte redação:

«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.

[...]»

4 Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO 2004, L 24, p. 1).

5 Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado [CE] (JO 2003, L 1, p. 1), a seguir «Regulamento n.º 1/2003».

6 Acórdãos de 25 de setembro de 2003, Schlusserverlag J. S. Moser e o./Comissão (C-170/02 P, EU:C:2003:501, n.º 32), e de 22 de junho de 2004, Portugal/Comissão (C-42/01, EU:C:2004:379, n.º 50); v., neste sentido, acórdão de 18 de dezembro de 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Comissão (C-202/06 P, EU:C:2007:814, n.º 37).

6. O considerando 20 do Regulamento n.º 139/2004 esclarece o sentido do artigo 3.º, n.ºs 1 e 4, deste 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. Consequentemente, 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. [...]»

7. A título complementar, importa referir o considerando 8 deste regulamento:

«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. As concentrações que não são objeto do presente regulamento são, em princípio, da competência dos Estados-Membros.»

8. Por último, deve mencionar-se, também, o artigo 21.º do Regulamento n.º 139/2004, que tem como epígrafe «Aplicação do regulamento e competência» e cujas disposições — na medida em que estas são relevantes — têm a seguinte redação⁷:

«1. Apenas o presente regulamento se aplica às concentrações definidas no artigo 3.º; o [Regulamento n.º 1/2003 não é aplicável], 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.

2. Sob reserva do controlo do Tribunal de Justiça, a Comissão tem competência exclusiva para tomar as decisões previstas no presente regulamento.

3. Os Estados-Membros não podem aplicar a sua legislação nacional sobre a concorrência às concentrações de dimensão comunitária.

[...]»

9. A Comunicação consolidada em matéria de competência da Comissão⁸ não faz parte do quadro jurídico para efeitos do presente litígio, porque se trata meramente de uma comunicação juridicamente não vinculativa na qual a Comissão, por razões de transparência, dá a conhecer a sua posição jurídica e a sua prática administrativa quanto às questões de competência no quadro do controlo das concentrações⁹.

III. Matéria de facto e processo principal

10. A sociedade Austria Asphalt GmbH & Co OG (a seguir «AA») é uma filial indireta da Strabag SE, enquanto a Teerag Asdag AG (a seguir «TA») pertence ao grupo Porr. Tanto a Strabag como a Porr são empresas de construção multinacionais que operam, nomeadamente, no setor da construção de estradas.

⁷ As remissões contidas na redação original do artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 para outros regulamentos distintos do Regulamento n.º 1/2003 são obsoletas e, por isso, foram suprimidas na citação seguinte para facilitar a leitura.

⁸ Comunicação consolidada em matéria de competência da Comissão nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO 2008, C 95, p. 1).

⁹ V. a este respeito, em especial, n.º 3 da Comunicação consolidada em matéria de competência.

11. A central de mistura de asfalto Mürzzuschlag está situada no Município de Mürzzuschlag no Land da Styria na Áustria. Esta central produz o asfalto destinado à construção de estradas que fornece quase exclusivamente à TA, atualmente a sua única proprietária.

12. A AA e a TA pretendem constituir uma sociedade de direito austríaco sob a forma de uma sociedade de responsabilidade limitada e em comandita (GmbH & Co KG), assumindo cada uma delas 50% na sociedade que desempenha a função de sócio comanditado e 50% das participações na sociedade em comandita, respetivamente. Todas as deliberações na assembleia-geral da nova sociedade devem ser aprovadas por unanimidade.

13. Está previsto que a TA transferirá a central de produção de asfalto para a nova sociedade. Conforme é referido no despacho de reenvio a operação implica, de uma perspetiva económica, que a AA adquira uma participação de 50% na central de produção de asfalto enquanto empresa-alvo já existente, e que a TA, empresa cedente que exercia até aí o controlo exclusivo, continuará a deter uma participação associada a um controlo conjunto na empresa-alvo. O asfalto produzido na central será destinado quase exclusivamente à AA e à TA.

14. Em 3 de agosto de 2015, a AA notificou esta transação à Autoridade Federal para a Concorrência, em conformidade com a lei austríaca, a Kartellgesetz 2005 (KartG) [Lei de 2005 sobre os cartéis, a seguir «KartG»]. Conforme resulta dos autos, a Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia já anteriormente tinha informado a AA, por ofício, que o projeto não parecia ser uma concentração na aceção do artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004¹⁰. Esta declaração era, no entanto, acompanhada de uma advertência expressa indicando que se tratava meramente do ponto de vista de um serviço da Comissão, que não vinculava esta enquanto instituição da União.

15. Na sequência da notificação de 3 de agosto de 2015, o Bundeskartellanwalt [agente federal austríaco em matéria de cartéis] submeteu dentro do prazo previsto ao Oberlandesgericht Wien [Tribunal Regional Superior de Viena], agindo na qualidade de Kartellgericht [tribunal da concorrência], um pedido de análise da concentração nos termos do § 11, n.º 1, da KartG. Este tribunal da concorrência, porém, indeferiu este pedido por decisão de 6 de outubro de 2015. Como fundamentação este órgão jurisdicional declarou que a transação notificada era uma concentração de dimensão europeia, de modo que não era aplicável o direito da concorrência austríaco mas unicamente o direito da União, concretamente o Regulamento n.º 139/2004.

16. O Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria)¹¹ deve agora, na sua qualidade de última instância de recurso em matéria de cartéis, decidir o recurso interposto pela AA contra a referida decisão do tribunal da concorrência. Com o seu recurso, a AA procura obter a anulação dessa decisão e que a sua transação seja considerada como uma operação de concentração sujeita a notificação por aplicação do direito da concorrência austríaco (§§ 7 e 9 da KartG).

10 Comunicação de 22 de dezembro de 2015 (Consulta C.1493 — STRABAG/PORR/AMA Mürzzuschlag), assinada pelo diretor internamente competente na Direção-Geral da Concorrência para as áreas da Indústria de base, Indústria transformadora e Agricultura.

11 A seguir também «órgão jurisdicional de reenvio».

IV. Pedido de decisão prejudicial e tramitação processual no Tribunal de Justiça

17. Por despacho de 31 de março de 2016, entrado no Tribunal de Justiça em 2 de maio de 2016, o Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal) submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 267.º TFUE, a seguinte questão prejudicial:

«Deve o artigo 3.º, n.º 1, alínea b), e n.º 4 do Regulamento (CE) 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?»

18. A Austria Asphalt, o Bundeskartellanwalt e a Comissão Europeia participaram no processo perante o Tribunal de Justiça tendo apresentado observações escritas, e estiveram, também, representadas na audiência de 22 de março de 2017.

V. Apreciação

19. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio deseja saber, no essencial, se uma alteração no controlo de uma empresa já existente — no caso presente, a passagem de um controlo exclusivo para um controlo conjunto da central de mistura de asfalto Mürzzuschlag — pode ser considerada uma concentração de empresas na aceção do artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004, igualmente no caso em que a empresa comum que resulta desta transação não é uma empresa de pleno exercício.

20. O ponto de partida não é contestado: considera-se concentração, em conformidade com o artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 139/2004, toda a operação que conduza à aquisição duradoura do controlo exclusivo ou conjunto de uma empresa ou de uma parte de empresa. A conjugação desta disposição com o artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004 coloca, no entanto, alguns problemas. Esta última disposição com efeito, inclui, também, no conceito de concentração a «criação de uma empresa comum» na condição, todavia, de que esta empresa comum «desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma», isto é, que se trate de uma empresa de pleno exercício.

21. Esta formulação, bem como a inserção sistemática do artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004, levantam a questão de saber se as empresas comuns só estão, de um modo geral, submetidas ao controlo europeu das concentrações quando são «entidades económicas autónomas», isto é — dito de outra forma — empresas de pleno exercício. Seria, com efeito, igualmente concebível interpretar o artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004 no sentido de que esta referência restritiva ao caráter de pleno exercício só é válida para a *criação* de *novas* empresas comuns, mas não para o caso da *transformação* de uma empresa já *existente* numa empresa comum controlada conjuntamente por dois grupos. Se se aceitar esta segunda leitura, *todas as operações* que se traduzam numa alteração duradoura, na aceção do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento 139/2004 do controlo das empresas (comuns) já existentes estariam em definitivo submetidas ao controlo das concentrações quer estas fossem empresas de pleno exercício ou — à semelhança da central de mistura de asfalto Mürzzuschlag — simples unidades de produção que não operam de forma independente no mercado.

22. É interessante notar que a Comissão Europeia no presente processo jurisdicional defende esta segunda interpretação, quando anteriormente *no mesmo processo*, o serviço da Comissão competente em matéria de controlo das concentrações tinha adotado o ponto de vista diametralmente oposto¹². É lamentável que, tratando-se de uma questão de competência tão fundamental e recorrente, a Comissão

¹² V., a este respeito, *supra*, n.º 14 e nota 10 destas conclusões.

não tenha adotado antecipadamente uma posição comum e a aplique com coerência¹³. Só assim os operadores no mercado poderiam apoiar-se nas tomadas de posição e conselhos dos serviços da Comissão competentes em matéria de controlo das concentrações de empresas — ainda que estes se manifestem através de comunicações administrativas sem carácter vinculativo — e antecipar, em tempo útil, as suas obrigações face ao direito da União.

23. Não me parece que tenha muito sentido entrar agora numa reflexão puramente abstrata sobre a questão de saber se o artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004 conduz, em matéria das empresas comuns, a uma ampliação, a uma restrição ou a uma mera precisão do conceito de concentração do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 139/2004. Trata-se antes de encontrar uma solução que funcione na prática para a interpretação e a aplicação do artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004. Convém para este efeito, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, tomar em consideração simultaneamente a sua letra, o seu contexto e os seus objetivos¹⁴.

Teor literal

24. O teor literal do artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004 não fornece qualquer esclarecimento específico sobre a questão aqui discutida. O artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004 limita-se a declarar que a criação de uma empresa comum, que desempenha de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma, constitui uma concentração na aceção do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), desse mesmo regulamento. Esta formulação não revela claramente se o carácter de empresa de pleno exercício — isto é, o facto de desempenhar de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma — é necessário unicamente em caso de criação de uma *nova* empresa comum, ou se esta disposição abrange igualmente a transformação de uma empresa já existente numa empresa comum, embora essa empresa só esteja submetida ao controlo europeu das concentrações quando se trate de uma empresa de pleno exercício.

25. O litígio pendente no Tribunal de Justiça demonstra claramente que podem ser defendidas estas duas interpretações. Com efeito, pode interpretar-se o artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004, em conformidade com o ponto de vista expresso por AA no sentido de que, em geral, *apenas* são abrangidas pelo controlo europeu das concentrações as empresas comuns que são empresas de pleno exercício, independentemente da questão de saber se a sua «criação» corresponde ao nascimento de uma empresa totalmente nova ou se tem origem na transformação de uma empresa já existente numa empresa comum. É, no entanto, igualmente possível, face ao texto do artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004, seguir a opinião da Comissão e considerar que só no caso de criação de uma nova empresa comum é que o carácter de pleno exercício é uma condição para a implementação de um controlo europeu das concentrações, enquanto que a alteração no controlo de uma empresa já existente — pela sua transformação numa empresa comum — estaria, em qualquer hipótese, abrangida pelo controlo das concentrações, ainda que não se verificasse o carácter de empresa de pleno exercício. Com efeito, nem o artigo 3.º, n.º 4 nem o artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 139/2004 exigem expressamente que também as empresas *já existentes* desempenhem de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma.

26. Quando o texto de uma disposição do direito da União pode — como é aqui o caso do artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004 — dar lugar a interpretações diferentes, deve procurar-se a interpretação correta tendo em conta os objetivos desta disposição e o contexto sistemático em que se insere. A título complementar, pode ser tida em conta a génese histórica da norma.

¹³ O órgão jurisdicional de reenvio refere, a este propósito, que a Comissão na sua prática decisória em caso de passagem de um controlo exclusivo para um controlo comum, até há pouco tempo, umas vezes examinava o critério de pleno exercício e outras vezes, o ignorava.

¹⁴ V., por exemplo, acórdão de 8 de setembro de 2015, Espanha/Parlamento e Conselho (C-44/14, EU:C:2015:554, n.º 44), e no mesmo sentido, acórdão de 8 de novembro de 2016, Ognyanov (C-554/14, EU:C:2016:835, n.º 31).

Objetivos

27. A segunda frase do considerando 20 do Regulamento n.º 139/2004 clarifica a disposição do artigo 3.º, n.º 4, deste regulamento. Esse considerando refere que é adequado incluir no âmbito de aplicação do referido regulamento todas as empresas comuns que desempenhem de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma — isto é, por outras palavras, todas as empresas comuns que têm o carácter de uma empresa de pleno exercício.

28. O Regulamento n.º 139/2004 não faz, assim, *qualquer* distinção, nos seus considerandos, entre as empresas comuns criadas de novo e as que — como neste caso concreto — têm origem na operação de transferência para o controlo conjunto de dois grupos, de uma empresa já existente e submetida até aí ao controlo exclusivo de um grupo. Neste contexto, deve considerar-se que o artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004 também não faz esta distinção, e o mesmo apenas estabelece, de forma muito geral, a exigência do pleno exercício para *todas as empresas comuns*, quer estas tenham sido criadas de novo quer a sua «criação» resulte da transformação de uma empresa já existente numa empresa comum.

29. Além disso, o objetivo geral prosseguido pelo controlo europeu das concentrações também confirma este ponto de vista. Conforme resulta do considerando 8 do Regulamento n.º 139/2004, este deve aplicar-se nomeadamente *às modificações estruturais importantes*, cujos efeitos no mercado se projetem para além das fronteiras nacionais de um Estado-Membro. Neste mesmo sentido, a primeira frase do considerando 20 refere que o conceito de concentração deve 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*.

30. Tendo em conta este objetivo, pode afirmar-se que o controlo europeu das concentrações visa, assim, as operações que conduzem a uma alteração na estrutura do mercado. Ora, a estrutura do mercado só se altera em caso de alterações significativas nas relações de controlo das empresas que estão efetivamente presentes no mercado ou que, pelo menos, consideram seriamente vir a fazê-lo.

31. Seria contrário à própria essência do controlo europeu das concentrações submeter a um controlo *ex ante* obrigatório, efetuado pela Comissão, aplicando os critérios do Regulamento n.º 139/2004, uma operação que consiste em transformar numa empresa comum uma empresa já existente sem carácter de pleno exercício. Com efeito, quando uma entidade não opera de forma independente no mercado, uma alteração no controlo desta entidade também não pode conduzir a uma alteração na estrutura no mercado.

32. Em relação a isto, o argumento que a Comissão retira do emprego da palavra «auch» [«também»] na segunda frase do considerando 20 do Regulamento n.º 139/2004, não parece procedente. Com efeito, por um lado, esta formulação só consta em algumas versões linguísticas do regulamento, tal como, por exemplo, a versão alemã, quando a mesma, em contrapartida, está totalmente ausente em muitas outras versões linguísticas, nomeadamente, na versão inglesa e na versão francesa. Por outro lado, o argumento da Comissão também não é particularmente convincente quanto ao seu conteúdo. À primeira vista, a formulação, segundo a qual «[*também*] todas as empresas comuns que desempenhem de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma»¹⁵, devem ser incluídas no âmbito de aplicação deste regulamento, não exclui que o controlo europeu das concentrações abranja, além disso, outros tipos de empresas comuns — nomeadamente, as que *não têm* o carácter de empresa de pleno exercício. Todavia, analisando mais de perto, isso seria contrário ao objetivo geral do Regulamento n.º 139/2004, que consiste em aplicar um controlo *ex ante* aos projetos que tenham como resultado alterações na estrutura do mercado.

¹⁵ O sublinhado é meu.

33. Ao contrário do que entende a Comissão, a transformação de uma empresa sem caráter de pleno exercício numa empresa comum não pode, tampouco, ser submetida ao controlo europeu das concentrações com base no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 139/2004. Com efeito, a definição geral de concentração que consta desta disposição pressupõe uma alteração duradoura do controlo de uma *empresa* ou de uma *parte de uma empresa*. O conceito de empresa entende-se nesse quadro — como também, aliás, no direito europeu da concorrência — na sua aceção funcional e abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento¹⁶. Por outro lado, dado que constitui uma atividade económica qualquer atividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado¹⁷, as empresas comuns que *não* operem de forma independente no mercado — isto é, as empresas sem caráter de pleno exercício — estão, desde logo, excluídas do âmbito de aplicação do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 139/2004.

Contexto

34. O resultado não é diferente se se tiver em conta o contexto em que se insere o artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004.

35. Tanto o Regulamento n.º 139/2004 como o Regulamento n.º 1/2003, que com ele se relaciona, contribuem, finalmente, para a aplicação das regras de concorrência no mercado interno estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º TFUE, sendo que a aplicação de um destes regulamentos exclui a aplicação do outro (a esse respeito, v. artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004).

36. Enquanto no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 139/2004 foi instituído um sistema preventivo e obrigatório de controlo *ex ante* das alterações na estrutura do mercado, o comportamento das empresas no mercado — quer se trate de práticas concertadas ou de abusos unilaterais de posição dominante — está submetido, fora desse âmbito, unicamente a um controlo repressivo *ex post* nos termos do Regulamento n.º 1/2003, cuja aplicação depende, além disso, do poder discricionário das autoridades de concorrência.

37. Assim, conforme resulta do artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004, o conceito de concentração na aceção do artigo 3.º desse regulamento traça a linha de demarcação entre esse dois subdomínios do direito da concorrência europeu¹⁸. Um entendimento conforme com o sistema do artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004, exige, em consequência, a interpretação do conceito de concentração de modo a que apenas estejam sujeitas ao controlo europeu das concentrações as verdadeiras alterações na estrutura do mercado e não, pelo contrário, o simples comportamento das empresas no mercado.

38. Em consequência, o artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004 deve ser interpretado no sentido de que, também no caso de transformação de uma empresa já existente numa empresa comum, só existe concentração para efeitos do artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 139/2004, quando se trate de uma empresa de pleno exercício. Com efeito, somente nesta hipótese se verifica uma alteração na estrutura do mercado que pode justificar a instauração de um procedimento de controlo das

16 Acórdãos de 23 de abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, n.º 21), de 16 de março de 2004, AOK Bundesverband e o. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, EU:C:2004:150, n.º 46), e de 17 de setembro de 2015, Total/Comissão (C-597/13 P, EU:C:2015:613, n.º 33); no mesmo sentido, o acórdão de 12 de julho de 1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, n.º 11).

17 Acórdãos de 18 de junho de 1998, Comissão/Itália (C-35/96, EU:C:1998:303, n.º 36), de 12 de setembro de 2000, Pavlov e o. (C-180/98 a C-184/98, EU:C:2000:428, n.º 75), de 10 de janeiro de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze e o. (C-222/04, EU:C:2006:8, n.º 108), de 1 de julho de 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, n.º 22), e de 23 de fevereiro de 2016, Comissão/Hungria (C-179/14, EU:C:2016:108, n.º 149).

18 A prática anterior de uma aplicação esporádica do artigo 85.º do Tratado CE (atual artigo 101.º TFUE) ou do artigo 86.º do Tratado CE (atual artigo 102.º TFUE), bem como das disposições processuais adotadas para a sua aplicação (atual Regulamento n.º 1/2003) às concentrações de empresas (v. acórdãos de 21 de fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can/Comissão, 6/72, EU:C:1973:22, e de 17 de novembro de 1987, British American Tobacco e Reynolds Industries/Comissão, 142/84 e 156/84, EU:C:1987:490) tornou-se obsoleta com a entrada em vigor de disposições específicas sobre o controlo europeu das concentrações tal como estão agora estabelecidas no Regulamento n.º 139/2004.

concentrações. Em contrapartida, se a operação em questão dá lugar ao nascimento de uma empresa comum *sem* caráter de pleno exercício, será sempre de rezear uma coordenação do comportamento no mercado das duas sociedades-mãe no quadro da sua cooperação no seio da empresa comum. Contudo, tal coordenação do comportamento no mercado, embora possa ser relevante do ponto de vista dos artigos 101.º e 102.º TFUE não é um problema relativo ao controlo europeu das concentrações, mas sim um problema a que é aplicável o Regulamento n.º 1/2003.

39. O Bundeskartellamt recorda que se as autoridades de concorrência renunciarem a um controlo *ex ante* em casos como o do presente processo, já não poderão intervir com a celeridade necessária contra uma eventual violação da concorrência num mercado já fortemente concentrado. No entanto, é esta a consequência lógica do sistema de aplicação do direito da concorrência introduzido pelo Regulamento n.º 1/2003. O legislador da União renunciou, conscientemente, a uma notificação prévia obrigatória dos acordos entre empresas, a partir de 1 de maio de 2004, a fim de, por um lado, responsabilizar mais os operadores do mercado e, por outro lado, libertar recursos das autoridades de concorrência, o que, em última análise, alarga a sua margem de manobra para estabelecerem prioridades no quadro de aplicação do direito da concorrência. Se se pretendesse agora, através de uma interpretação ampla do conceito de concentração, aumentar o número de casos suscetíveis de serem abrangidos pelo âmbito de aplicação do controlo europeu das concentrações, isso conduziria afinal à inobservância do sistema de aplicação das normas europeias de concorrência em vigor desde 1 de maio de 2004, constituído pelo Regulamento n.º 139/2004 e o Regulamento n.º 1/2003. Nada impede as autoridades nacionais competentes de prestarem, no quadro das suas prioridades para a aplicação do direito da concorrência (artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE), uma especial atenção ao que acontece nos mercados que, como sucede neste caso, estão fortemente concentrados.

Génese histórica

40. Por último, uma análise da génese histórica do artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004 também não conduz a outro resultado.

41. O artigo 3.º, n.º 4, do Regulamento n.º 139/2004 remonta ao Regulamento (CE) n.º 1310/97¹⁹, o qual introduziu na regulamentação precedente uma disposição idêntica à do atual regulamento das concentrações comunitárias.

42. E, logo nessa altura, o legislador da União teve o cuidado de submeter as alterações duradouras na estrutura das empresas ao controlo das concentrações. O objetivo declarado dessa nova regulamentação, cujo texto, aliás, se manteve até hoje em vigor²⁰, era incluir no campo de aplicação do controlo europeu das concentrações *todas as empresas comuns de pleno exercício*²¹.

43. Em contrapartida, simples cooperações entre empresas, que conduzem, com efeito, à criação de empresas comuns, mas sem que estas operem de forma autónoma no mercado, nunca foram objeto do controlo europeu das concentrações nem por força do Regulamento n.º 139/2004 nem por força da regulamentação precedente²².

19 Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho, de 30 de junho de 1997, que altera o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO 1997, L 180, p. 1).

20 Com a adoção do Regulamento das concentrações comunitárias, hoje em vigor, apenas se procedeu a uma renumeração das disposições pertinentes no artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004.

21 V., a este respeito, o considerando 5 do Regulamento n.º 1310/97, com a seguinte redação (extrato): «Considerando que é conveniente definir o conceito de concentração de modo a abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura na estrutura das empresas em causa; que, no caso específico das empresas comuns, é adequado incluir no âmbito de aplicação e no procedimento do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 todas as empresas comuns de pleno exercício [...]»

22 Segundo o disposto inicialmente no artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (CEE) n.º 4064/89, as empresas comuns *cooperativas* — ao contrário das empresas comuns *de concentração* — não estavam sujeitas ao controlo europeu das concentrações.

Observações finais

44. Em suma, o conceito de concentração na aceção do artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004 deve ser entendido no sentido de que a criação de empresas comuns — quer dê lugar ao nascimento de empresas totalmente novas ou transforme empresas já existentes em empresas comuns — só é abrangida pelo controlo europeu das concentrações, quando se trate de empresas de pleno exercício.

45. Com efeito, o que é aplicável à criação de uma empresa comum totalmente nova deve, por maioria de razão, ser igualmente aplicável à transformação de uma empresa já existente numa empresa comum. Esta conclusão é ainda mais verdadeira num caso como o presente em que a operação em litígio, tendo em conta a planeada criação de uma nova sociedade comercial, se assemelha fortemente à criação de uma nova empresa²³.

46. Não consigo compreender o receio manifestado pela Comissão na audiência, de que a aplicação sistemática do critério de empresa de pleno exercício se possa tornar o elo fraco na aplicação eficaz do controlo europeu das concentrações (em inglês, «*enforcement gap*»). Antes pelo contrário, parece-me que a renúncia ao critério do pleno exercício em caso de transformação de empresas já existentes em empresas comuns, solução que a Comissão privilegia, poderia conduzir a diluir o conceito de concentração na aceção do artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004, e a desviar a atenção da Comissão das operações verdadeiramente relevantes para a estrutura do mercado.

47. Diferentemente da Comissão, entendo, aliás, que não é necessário, no presente processo, pronunciar-me sobre a questão de saber em que condições o possível desaparecimento de uma empresa comum do mercado está submetido ao controlo das concentrações. O presente processo não diz respeito ao desaparecimento, mas antes pelo contrário, ao nascimento de uma empresa comum. Se viesse a acontecer que uma empresa *após* a sua transformação numa empresa comum — isto é, *após* uma alteração no controlo dessa empresa — fosse retirada do mercado pelas suas sociedades-mãe, tratar-se-ia mais de uma questão relativa ao comportamento das sociedades-mãe no mercado (artigo 101.º ou artigo 102.º TFUE), do que de uma questão relativa à alteração das estruturas do mercado.

VI. Conclusão

48. Tendo em conta as considerações anteriores, proponho ao Tribunal de Justiça que responda ao pedido de decisão prejudicial do Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria) da seguinte forma:

A operação pela qual uma empresa ou uma parte de empresa já existente, até então submetida ao controlo exclusivo de um grupo, é transferida para o controlo conjunto desse grupo e de um outro grupo, independente do primeiro, só constitui uma concentração de empresas na aceção do artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004, se a empresa comum que resulta desta transação desempenha de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma.

²³ V., a este respeito, *supra*, n.º 13 destas conclusões.