

# OS REMÉDIOS ANTITRUSTE E O MERCADO COMUM EUROPEU

(THE ANTITRUST REMEDIES AND THE EUROPEAN COMMON  
MARKET)

Flávia Costa Machado

**Resumo:** As operações de concentração de empresas que ocorrem nos países-membros da Comunidade Europeia, ainda que em âmbito nacional, poderão refletir efeitos transnacionais, nomeadamente, no mercado comum. Com efeito, a Comunidade Europeia criou uma Comissão própria para apreciar os atos de concentração de empresas capazes de gerar danos a livre concorrência no mercado comum europeu. Observamos, todavia, que os atos de concentração, em sua grande maioria, são aprovados pela Comissão Europeia, mesmo quando são capazes de falsear o mercado em causa. Isto decorre do fato da legislação comunitária permitir que as partes envolvidas apresentem remédios que visem mitigar os efeitos danosos ao mercado. Diante desta premissa, este trabalho visou analisar juridicamente estes remédios utilizados no âmbito comunitário europeu. Por fim, apresentamos uma análise conclusiva cujo teor visa comparar, sinteticamente, o direito antitruste comunitário com o direito brasileiro.

**Palavras-chave:** Concentração de empresas. Remédios antitruste. Mercado Comum Europeu.

**Abstract:** A concentration of undertakings that occur in member countries of the European Community, although nationally, transnational effects may reflect, in particular, in the common market. Indeed, the European Community created a Commission itself to assess the merger of companies capable of generating damage free competition in the common European market. We note, however, that the merger, mostly, are approved by the European Commission, even when they are able to distort the market in question. This follows from the fact that Community law allows parties submit commitments aimed at alleviating the harmful effects to the market. Given this premise, this study aimed to examine the commitments legally concentrations of business within the Community. Finally, we present a conclusive analysis aims to

compare the contents of which synthetically Community law with the Brazilian antitrust law and Portuguese in this endeavor.

**Key-words:** Concentrations. Antitrust remedies. European Common Market.

## **1. Introdução:**

As operações de concentração de empresas podem viabilizar muitas vantagens, tanto para as empresas em questão, quanto para o mercado em causa, isto porque a liberdade de saída do mercado obtém como reflexo o exercício da liberdade de entrada, tornando atrativa a criação de novas empresas em virtude da possibilidade de venda posterior. Por outro lado, a aquisição de empresas com dificuldades econômicas afasta morosos processos de falência e facilita a libertação de recursos para economia. E ainda, as concentrações estimulam a boa gestão da administração da empresa, pois há uma facilidade maior para uma alteração significativa dos gestores neste contexto. (CUNHA, 2005, pp.30-31)

Noutra banda, estas operações podem gerar danos significativos à concorrência efetiva no mercado, pois são passíveis de criarem ou reforçarem uma posição dominante. Neste ponto, PEGO aponta que as concentrações podem gerar efeitos nocivos unilaterais ou coordenados. Os efeitos unilaterais citados pelo autor são: a eliminação de pressões concorrenciais importantes; a supressão da disputa entre os envolvidos; a probabilidade dos bens fabricados pelos envolvidos aumentarem seus preços; a subida dos preços pelos mesmos por força do desvio da procura para os concorrentes. Quanto aos efeitos coordenados, estes se consubstanciam na criação ou no reforço de uma posição dominante coletiva através de coordenação de condutas que eliminam a concorrência efetiva (PEGO, 2007, pp.109-112). Com efeito, as legislações de proteção à concorrência buscam estabelecer controles destas operações com a finalidade de evitar estes danos.

De todo o modo, as concentrações de empresa podem ser autorizadas ainda quando representem um dano à concorrência efetiva ao mercado, na medida em que representem ganhos de eficiência, isto é, os benefícios gerados ao mercado são maiores do que seus malefícios. Por outro lado, as concentrações poderão ser aprovadas face o argumento da empresa insolvente, visto que o fim da empresa poderá gerar efeitos

danosos ao mercado e a sociedade. Nestas circunstâncias, é comum a imposição de compromissos que visem à diminuição dos danos ao mercado em face das empresas envolvidas pela autoridade da concorrência competente.

Estes compromissos são instrumentos que visam eliminar possíveis danos à concorrência efetiva. Portanto, estes “remédios”<sup>1</sup> constituem importantes mecanismos no controle das concentrações, na medida em que há ponderação de interesses, isto é, de um lado, a manutenção da concorrência efetiva, por outro, o interesse das empresas na autorização da operação de concentração em causa.

Os compromissos – remédios antitrustes – são utilizados com frequência nos ordenamentos jurídico comunitário e brasileiro. Esta prática reflete na aprovação da maioria dos atos de concentrações de empresas apreciados pelos respectivos órgãos judicantes competentes. Por este motivo, o objeto de apreciação deste artigo é compreender como funciona a aplicação dos remédios antitruste nos atos de concentração que afetam o mercado comum europeu.

## **2. Compromissos nas concentrações de empresa no âmbito do direito comunitário:**

### **2.1 Linhas gerais sobre os compromissos:**

O critério atual de análise das concentrações adotado pelo Direito Comunitário é o do entrave significativo à concorrência efetiva no mercado comum ou numa parte substancial deste, com especial enfoque na hipótese de criar ou reforça uma posição dominante.<sup>2</sup>

Atualmente, o Regulamento nº 139/2004<sup>3</sup> prevê a possibilidade das partes proporem compromissos ou alterações na operação de concentração de empresas<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Expressão utilizada pelos países de língua inglesa “drugs”, contudo, sua tradução para o direito português e brasileiro assumem outra conotação jurídica, por isto é preferível o termo compromissos ou soluções.

<sup>2</sup> Frisa-se que o critério antigo era o da dominação, contudo este não abrangia os oligopólios não colusivos. Para maiores esclarecimentos, ver: (PEGO, 2007, pp.391 e ss.)

<sup>3</sup> JO nºL 024 de 29/01/2004 , p.0001-0022

notificada com dimensão comunitária<sup>5</sup>, sempre que esta suscite dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum.

As empresas podem alterar o projeto de concentração apresentado a Comissão logo após a apresentação das dúvidas apontadas pelo órgão autorizador, visando sanar os pontos que geravam dúvidas quanto a sua compatibilidade em relação ao mercado comum, obtendo assim, uma decisão de autorização simples, isto é, sem assunção de compromissos futuros.<sup>6</sup>

Por outro lado, as partes podem propor alterações que se consumarão após a decisão de autorização, num prazo determinado pela Comissão, revestidos de obrigações e condições que afastem as dúvidas suscitadas pela Comissão através de assunção de compromissos pelas empresas envolvidas na operação que garantirão a compatibilidade da operação com o mercado comum.

Nesta senda, destaca-se que a iniciativa da propositura destes compromissos compete às partes interessadas na operação de concentração. Por este motivo, as partes envolvidas devem demonstrar que “as soluções apresentadas devem permitir mitigar o poder de mercado das empresas em causa, restaurando as condições de concorrência efectiva que, de outro modo, a concentração viria falsear.” (CUNHA, 2005, p.173).

Sendo assim, inequivocamente, o ônus da prova, quanto à aptidão dos compromissos cessarem os efeitos nocivos à concorrência efetiva no mercado relevante, compete às partes interessadas na aprovação da operação de concentração em causa. No entanto, o ônus da prova, quanto à incompatibilidade da operação de concentração em relação ao mercado comum, compete a Comissão.

Com efeito, se os argumentos apresentados pelas partes interessadas não forem suficientes para afastar as dúvidas quanto à compatibilidade com o mercado comum, a Comissão deverá negar autorização a operação, vez que o Regulamento nº139/2004

---

<sup>4</sup> O conceito de concentração de empresas no direito comunitário é extraído do art.3º. do Regulamento nº 139/2004<sup>4</sup>. Neste conceito estão abrangidas as operações que importem numa modificação duradoura no controle das empresas em causa e da estrutura do mercado, tanto as situações de direito como as de fato.

<sup>5</sup> As operações de concentração deverão ser submetidas ao controle da Comissão sempre que tiverem dimensão comunitária, conforme estabelece o artigo 1º do Regulamento nº139/2004

<sup>6</sup> As análises das concentrações de empresas comportam decisões diversas conforme a fase do procedimento (art.6º e 8º do Regulamento 139/2004 CEE)

não permite a imposição de compromissos estranhos àqueles propostos pelas partes envolvidas, por parte da Comissão. Nesta senda, não podemos olvidar que à Comissão indica os parâmetros que os compromissos devem conter para serem aceites através das dúvidas suscitadas a notificação da operação. Portanto, as partes envolvidas recebem da Comissão uma diretriz para elaboração de suas propostas de compromissos.

Noutro aspecto, elucidamos que o procedimento de apreciação dos atos de concentração no sistema comunitário é composto por duas fases e os compromissos podem ser propostos pelas partes tanto na primeira fase<sup>7</sup>, quanto na segunda fase de apreciação de compatibilidade da operação com o mercado comum, conforme estabelecem os artigos 6º, nº2 e 8º nº2 do Regulamento nº139/2004.

Em relação ao momento de execução dos compromissos, as propostas não devem prever prazos além dos razoáveis para o cumprimento, vez que a concorrência efetiva só é restabelecida com a execução dos mesmos, conforme estabelece a comunicação da Comissão sobre as soluções possíveis de serem aceites.<sup>8</sup>

E ainda, os compromissos devem seguir a forma prescrita nos artigos 19º e 20º do Regulamento de Execução da CEE (Reg. 802/2004 de 7 de abril de 2004)<sup>9</sup> e os

---

<sup>7</sup> No antigo regulamento sobre concentrações de empresa (Reg.4064/89), originariamente, não havia previsão para propositura de compromissos na primeira fase de apreciação de compatibilidade da operação com o mercado comum. No entanto, com as alterações trazidas pelo Reg.1310/97, esta possibilidade passou a ser consagrada.

<sup>8</sup> JO 2001 C68/03

<sup>9</sup> Jornal Oficial nº L 133 de 30/04/2004 p. 0001 – 0039

#### Artigo 19.o

##### Prazos para apresentação de compromissos

1. Os compromissos propostos pelas empresas em causa nos termos do n.o 2 do artigo 6.o do Regulamento (CE) n.o 139/2004 devem ser apresentados à Comissão no prazo de 20 dias úteis a contar da data de recepção da notificação.

2. Os compromissos propostos pelas empresas em causa nos termos do n.o 2 do artigo 8.o do Regulamento (CE) n.o 139/2004 devem ser apresentados à Comissão no prazo de 65 dias úteis a contar da data de início do processo.

Nos casos em que, nos termos do segundo parágrafo do n.o 3 do artigo 10.o do Regulamento (CE) n.o 139/2004, for alargado o prazo para a adopção de uma decisão nos termos dos n.os 1, 2 e 3 do artigo 8.o, o prazo de 65 dias úteis para a apresentação de compromissos é automaticamente prorrogado pelo mesmo número de dias úteis.

A Comissão pode, em circunstâncias excepcionais, aceitar compromissos propostos após o termo do prazo previsto para a sua apresentação, nos termos do presente número, desde que seja respeitado o procedimento previsto no n.o 5 do artigo 19.o do Regulamento (CE) n.o 139/2004.

3. Os artigos 7.o, 8.o e 9.o são aplicáveis mutatis mutandis.

parâmetros estabelecidos pela Comunicação sobre soluções possíveis de serem aceites nos termos do Regulamento das Concentrações.<sup>10</sup>

Com intuito de padronizar e esclarecer os envolvidos em operações de concentração de empresas, a Comissão lançou uma Comunicação denominada “Draft revised Commission Notice on remedies acceptable under the Merger Regulation” que trata dos “remédios” possíveis de serem aceites nas operações de concentração de empresas, em 24 de abril de 2007.<sup>11</sup>

Para colaborar com o que foi dito em relação a Comunicação supracitada, transcrevemos a justificativa apresentada pela Comissão:

“O projecto de comunicação destina-se a fornecer orientações às empresas sobre a modificação de concentrações para restabelecer as condições para uma concorrência efectiva. Tais alterações são mais frequentemente descritos como "remédios" uma vez que o seu objectivo é eliminar os problemas na concorrência identificados pela Comissão. O novo projecto de soluções »iria adaptar a atual comunicação (que data de 2001) à luz de um extenso estudo realizado pela Comissão para a implementação e eficácia das medidas correctivas (ver IP/05/1327), os recentes acórdãos dos tribunais europeus e as novo Regulamento das Concentrações, em vigor desde 2004.”(Disponível em:[http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/merger\\_remedies.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/merger_remedies.html))

---

#### Artigo 20.o

##### Procedimento para apresentação de compromissos

1. Os compromissos propostos pelas empresas em causa, nos termos do n.o 2 do artigo 6.o ou do n.o 2 do artigo 8.o do Regulamento (CE) n.o 139/2004, devem ser apresentados num original e 10 cópias, sendo enviados à Comissão para o endereço da Direcção-Geral da Concorrência. Deve também ser enviada para o mesmo endereço uma cópia electrónica no formato especificado pela Comissão. A Comissão enviará o mais rapidamente possível cópias destes compromissos às autoridades competentes dos Estados-Membros.

2. Na proposta de compromissos nos termos do n.o 2 do artigo 6.o ou do n.o 2 do artigo 8.o do Regulamento (CE) n.o 139/2004, as empresas em causa devem simultaneamente identificar de forma clara quaisquer informações que considerem confidenciais, apresentando a respectiva justificação, e fornecer uma versão não confidencial em separado.

<sup>10</sup> Não podemos olvidar das Orientações de boas práticas em matéria de compromissos de alienação, acompanhadas de modelo para apresentação de compromissos de alienação e de modelo relativo a nomeação e mandato de administradores publicada no site [http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/divestiture\\_commitments/](http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/divestiture_commitments/).

Conclui-se, portanto, que a Comissão não está autorizada a propor outros compromissos, mas se ocupou em descrever quais os compromissos que aceitará com vistas a evitar o falseamento do mercado.

## **2.2. Modalidades e características dos compromissos:**

Ressalta-se, desde logo, que os compromissos propostos não podem conter caráter genérico, isto é, não basta, enunciativamente, que as empresas se comprometam a não abusarem de uma posição dominante criada ou reforçada em virtude da operação de concentração de empresa em questão para que a Comissão os aceite.

Extrai-se tal entendimento do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, nos autos do processo Gencor, no qual estabeleceu que os compromissos para serem aceitos, deverão garantir a manutenção da estrutura do mercado em causa após a sedimentação da operação de concentração.<sup>12</sup>

Por outro lado, os compromissos apresentados não podem ser demasiadamente complexos, isto é, não devem dificultar a apreciação da viabilidade de solucionar as dúvidas suscitadas quanto a compatibilidade da concentração com o mercado comum sob pena de não serem aceitos pela Comissão.<sup>13</sup>

No entanto, a Comissão vem admitindo o chamado “pacote de compromissos”, isto é, diversos compromissos que conjuntamente afastam as dúvidas quanto à compatibilidade com o mercado comum.<sup>14</sup>

Os compromissos nas concentrações de empresas podem assumir caráter estrutural ou comportamental para atingir o objetivo acima referido. Observa-se, contudo, que os compromissos de caráter estrutural são preferíveis aos de caráter

---

<sup>12</sup> Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção Alargada) de 25 de Março de 1999. - Gencor Ltd contra Comissão das Comunidades Europeias, processo T-102/96, Col.1999, p.II-00753.

<sup>13</sup> Ver, como um exemplo de compromissos complexos e inadequados, processo COMP/M.3440 -- ENI / EDP / PIB de 9 de dezembro de 2004; confirmada pelo TPI, acórdão proferido no processo T-87/05 EDP / Comissão, de 21 Setembro de 2005, [2005] CJ-II-0000, n.º 102; Processo COMP / M.1672 - Volvo / Scania de 15 de março de 2000.

<sup>14</sup> Acórdão do TPI, no processo T-158/00 ARD / Comissão [2003] Col. II-3825, a Comissão aceitou um pacote de compromissos que permitiu o acesso a outros operadores do mercado da televisão por assinatura-a transferência das faixas horárias, o acesso ao interlining e de serviços intermodais.

comportamental.<sup>15</sup> Tal postura se justifica na medida em que os compromissos de caráter estrutural não necessitam de acompanhamento de médio ou longo prazo, pois estes, geralmente, versam sobre a alienação de uma filial ou de uma “atividade viável”, isto é, realizada a alienação, cessa a necessidade de acompanhamento do compromisso, pois este já foi satisfeito por completo. Noutra banda, os compromissos de caráter comportamental necessitam de constante acompanhamento com a finalidade de garantir que a concorrência efetiva não seja falseada, pois sua execução normalmente é contínua e não se perfaz com a execução de um único comportamento.<sup>16</sup>

Ademais, os compromissos de caráter estrutural possibilitam a entrada de novos concorrentes, por sua vez, garantindo que os níveis de concorrência verificados antes da operação de concentração se mantenham estáveis.<sup>17</sup>

É preferível, exemplificativamente, um compromisso de alienação de uma parte das filias de uma das empresas, pois tão logo se realize, cessa a necessidade da Comissão acompanhar o compromisso, vez que está satisfeito. Ao revés, por exemplo, de um compromisso de não utilização de uma determinada marca por um período de quatro anos que ensejará acompanhamento da Comissão enquanto perdurar o compromisso.

Excepcionalmente, a Comissão poderá aceitar compromissos de caráter comportamental. Para tanto, a Comissão levará em conta se a fiscalização do cumprimento será viável de forma a garantir que não sejam instituídos obstáculos à concorrência efetiva.

As soluções possíveis de serem aceitas (Draft revised Commission Notice on remedies acceptable under the Merger Regulation) preceitua a excepcionalidade dos compromissos de caráter comportamental. Contudo, esta postura já era adotada pela

---

<sup>15</sup> M 4525, JO C112, 22/05/2007-Kronospan/Constantia. (Não aquisição de controle exclusivo ou conjunto por um determinado período)

<sup>16</sup> Os compromissos deste tipo versam normalmente sobre: a não utilização de uma determinada marca por um determinado período; disponibilização a terceiros concorrentes de uma parte da capacidade de produção ou do acesso a uma infra-estrutura essencial em condições não discriminatórias. Assim, pelo próprio teor destes compromissos, estes necessitam de acompanhamento a longo e médio prazo para garantir a concorrência efetiva do mercado comum.

<sup>17</sup> PEGO, José Paulo Fernandes Mariano, ob. cit., p.420.

Comissão em seus regulamentos e comunicações anteriores - Comunicação sobre as soluções possíveis de serem aceites nos termos do Reg.4064/89e Reg.447/98.

Os compromissos podem assumir a forma de condições ou obrigações, conforme disciplina os artigos 6º, nº2 e 8º, nº2 do Regulamento nº139/2004. As condições se traduzem nas modificações estruturais ou comportamentais do mercado em questão. Enquanto, as obrigações estão relacionadas às medidas necessárias para obtenção destas condições.<sup>18</sup>As obrigações e condições devem conter as diretrizes para efetivação dos compromissos.

Os compromissos no âmbito comunitário são, geralmente, de carácter estrutural, conforme já dito. Na prática, os compromissos versam sobre a alienação de uma filial ou de atividade viável. Por este motivo, a Comissão estabeleceu critérios quanto a este tipo específico de compromisso, contudo seus princípios são extensíveis a outras modalidades de compromissos.

No que tange a alienação, a referida comunicação prevê a nomeação de um administrador que será responsável pela mesma, este é indicado pelas partes, contudo, cabe a Comissão aprová-lo ou não.

No primeiro momento, o administrador atua como “fiscal” das partes na busca do comprador adequado, esta fase perdura até o fim do prazo definido pela Comissão para alienação em questão. No entanto, se as partes não cumprirem o prazo, o administrador recebe um mandato irrevogável no qual fica responsável pela alienação em causa.

---

<sup>18</sup> CUNHA cita o caso The Post Office/TPG/SPPL, M.1915, decisão de 13.03.2001, no qual se consegue observar as diferenças entre condições e obrigações. Podemos citar como exemplos de condições: o compromisso de alienar uma determinada atividade da empresa, o compromisso de fornecimento de infraestrutura para demais concorrentes, o compromisso de não utilização de uma determinada marca por um determinado período, etc. As obrigações podem ser exemplificadas da seguinte forma: a obrigação de nomear um administrador para realizar a alienação da atividade, a obrigação de apresentar relatórios a Comissão com objetivo de fiscalizar o cumprimento de compromissos de carácter comportamental, etc. (CUNHA, Carolina, 2005, p.173).

A Comissão é responsável pela apreciação do comprador e do negócio proposto com a finalidade de averiguar se atingem os requisitos do compromisso efetuado, isto é, a alienação está condicionada a aprovação da Comissão, quer seja as partes ou os administradores que o apresente.

Inobstante a preferência por compromissos de alienação, a Comissão considera aceitáveis compromissos que versem sobre acesso a infraestrutura essencial, redes, tecnologia-chave, incluindo patentes, conhecimento de outros direitos de propriedade intelectual e insumos essenciais, nos quais as partes se comprometem a fornecer acesso à terceiro de forma transparente e não discriminatória.<sup>19</sup>

### **2.3-Os compromissos na primeira fase:**

Inicialmente, realizaremos uma breve síntese do trâmite processual do procedimento de análise das operações de concentração de empresas para melhor exposição do tema.

As operações de concentração na acepção determinada pelo artigo 3º do Regulamento nº139/2004 estão sujeitas ao controle da Comissão desde que alcance os parâmetros de dimensão comunitária definidos pelo artigo 1º do Regulamento nº139/2004.<sup>20</sup>

O procedimento de aferição de uma concentração é iniciado formalmente através da apresentação de notificação da operação pelas empresas<sup>21</sup>. Após, a Comissão analisará se a concentração está abrangida pelos artigos 1º e 3º do Regulamento nº139/2004 - denominada “fase zero”.

---

<sup>19</sup> Ver: processo COMP/M.2876 - Newscorp/Telepiu de 2 de abril de 2003. No qual, o pacote de compromissos inclui o acesso aos concorrentes a todos os elementos essenciais de uma rede de televisão por assinatura -acesso a conteúdo, a plataforma técnica e aos serviços técnicos necessários.

<sup>20</sup> Não abordaremos os conceitos comunitários de concentração de empresas, bem como de dimensão comunitária e mercado relevante, pois constituem tema demasiadamente extenso. Para maiores esclarecimentos, ver: (CUNHA, 2005, pp.77 e ss).

<sup>21</sup> O regulamento 805/2004 não exige prazo para apresentação da notificação, contudo, a mesma é obrigatória, pois a concentração só poderá produzir efeitos após a decisão de aprovação da operação (vigora a regra da suspensão da operação da concentração). Em regra, uma operação terá violado a obrigação de notificação desde que execute a mesma sem previa notificação. (CUNHA, 2005, pp.96 e ss.)

Na hipótese da concentração estar abrangida pelo Regulamento, a Comissão determinará que seja publicado no Jornal Oficial o resumo da notificação. Neste momento, a primeira fase de apreciação da operação de concentração é iniciada, na qual será realizada uma apreciação substancial da concentração.<sup>22</sup> Após esta apreciação, a Comissão poderá tomar as seguintes decisões: decisão de não oposição à concentração e decisão de iniciar o processo com investigações mais aprofundadas - art.6º, nº1, c-segunda fase.

No que tange a decisão de não oposição, esta pode ser tomada com abrigo no artigo 6º, nº 1º, b) ou no artigo 6º, nº2º do Regulamento, isto é, a primeira hipótese se verifica quando a operação não suscitar sérias dúvidas quanto sua compatibilidade com o mercado comum, já na segunda hipótese, apesar de suscitar dúvidas quanto a sua compatibilidade, as partes modificaram o projeto e sanaram estas dúvidas ou apresentaram compromissos com escopo de dissipar estas dúvidas.

Nesta fase, os compromissos devem ser apresentados a Comissão no prazo de 20 dias úteis a partir da recepção da notificação, conforme prescreve o art.19º, nº1 do Regulamento de execução.

O prazo para conclusão da primeira fase é de 25 dias úteis contados a partir do primeiro dia útil subsequente a recepção da notificação, conforme estabelece o art. 10º, 1,§1º. No entanto, este prazo é alargado para 35 dias úteis quando as partes apresentem compromissos com vistas a sanar as dúvidas quanto à compatibilidade da operação com o mercado comum, conforme preceitua o artigo 10º, 1, §2º do Regulamento nº 139/2004.

Os compromissos propostos nesta fase só poderão ser aceites pela Comissão, desde que as dúvidas suscitadas quanto à compatibilidade com o mercado comum, sejam claras e possam ser resolvidas de maneira inequívoca, portanto não havendo necessidade de uma investigação mais aprofundada.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Para análise dos critérios, ver: (CUNHA, 2005, pp.108 e ss.)

<sup>23</sup> Conforme preceitua a Comunicação sobre soluções possíveis de serem aceites nos termos do Regulamento das Concentrações.

Não restando dúvidas quanto à compatibilidade da operação, a Comissão autorizará a concentração que ficará sujeita a obrigações e condições.

#### **2.4- os compromissos na segunda fase:**

A Comissão iniciará a segunda fase da análise da operação de concentração sempre que a mesma representa sérias dúvidas quanto sua compatibilidade com o mercado comum. Nesta fase, será realizada uma apreciação substancial detalhada da operação de concentração.<sup>24</sup>

Na segunda fase, as empresas dispõem de 65 dias úteis para apresentação dos compromissos. Todavia, o artigo 19º, nº2 do Regulamento nº 804/2004 admite a apresentação dos compromissos após o decurso do prazo, *desde que não se prejudique a intervenção do Comitê Consultivo.*<sup>25</sup>

Por força do artigo acima referido, pode-se fazer uma interpretação extensiva, isto é, as partes após apresentarem os compromissos poderão realizar modificações dos mesmos, contudo, devem respeitar o limite estabelecido pelo 19º, nº2 do Regulamento nº 804/2004.<sup>26</sup>

A Comissão detém o prazo de 90 dias úteis para proferir sua decisão, contados da data do início do processo. No entanto, este prazo poderá ser alargado para 105 dias úteis, no caso das empresas apresentarem compromissos após o lapso de 55 dias úteis, conforme estabelece o art.10º,3 do Regulamento 139/2004.

Neste aspecto, CUNHA assevera que “trata-se, muitas vezes, de soluções complexas que tornam imperioso conferir mais tempo a análise da Comissão-cuja qualidade, nota-se, tem sido avaliada pelos Tribunais comunitários à luz de rigorosos critérios que importa não defraudar.” (CUNHA, 2005, p. 117).

---

<sup>24</sup> Para maiores esclarecimentos, ver: (CUNHA, 2005, pp.114e ss.).

<sup>25</sup> O caso *Airtours/First Choice*, M.1524, decisão de 22.09.1999, JO 2000 L 093/01 foi a primeira vez que a Comissão rejeitou os compromissos apresentados fora do prazo, justificando não ter sido verificadas circunstâncias excepcionais.(CUNHA,2005,p.178)

<sup>26</sup> Discordando desta opinião, CUNHA disciplina que os compromissos na primeira fase só poderão sofrer alterações com vistas a clarificar os compromissos ou melhorar sua viabilidade. (CUNHA, 2005, p.117).

Nesta fase, com o término do prazo dilatado ou não, a Comissão poderá adotar as seguintes decisões: a decisão de compatibilidade com o mercado comum (art.8º,1); a decisão de compatibilidade com o mercado comum, contudo, adstrita a condições e obrigações que visam assegurar o cumprimento dos compromissos(art.8º,2); e, a decisão de incompatibilidade com o mercado comum, isto é, negando autorização para a operação de concentração(art.8º,3).

A Comissão para tomar uma decisão com fulcro no art.8º, nº2º do Regulamento deverá analisar se os compromissos apresentados são capazes de solucionar todos os problemas apresentado na Comunicação de Objecões (CUNHA, 2005, p.118).

Na hipótese da Comissão verificar na sua apreciação final que uma determinada operação não gera efeitos prejudiciais à concorrência efetiva ou que a eliminação das preocupações não depende de elemento específico dos compromissos, as partes poderão os retirar. Todavia, se assim não procederem, a Comissão poderá ignorar os compromissos ou os levar em consideração para tomada de sua decisão, contudo, a decisão de autorização não fica adstrita aos compromissos.

### **2.5- consequências do descumprimento:**

No que cerne a esta temática, as consequências divergem quanto ao descumprimento de obrigações ou de condições impostas para efetivação dos compromissos.

O descumprimento por parte dos envolvidos das obrigações assumidas pode acarretar na revogação da decisão de autorização da operação pela Comissão, conforme preceituam os artigos 6º,3,b) e 8º,6, b) do Regulamento nº 139/2004. E ainda, a aplicação de uma coima – multa - e de uma sanção pecuniária compulsória, conforme estabelecem respectivamente os artigos 14º, 2, d) e 15º, 1, c do Regulamento nº139/2004.

Na hipótese das empresas descumprirem condições impostas na decisão de autorização, a Comissão poderá impor a dissolução da concentração ou impor adoção de outras medidas adequadas com vistas a restabelecer a situação anterior, conforme preceitua o art. 8º,4,b) do regulamento nº139/2004.

Para o restabelecimento da situação anterior, a Comissão poderá adotar medidas provisórias, bem como aplicar uma coima, conforme estabelecem respectivamente os artigos 8º,5,b) e 14º,2,d).

Ressalta-se que tanto o descumprimento de obrigações quanto o descumprimento de condições, concedem a Comissão a possibilidade de realizar uma nova apreciação e adotar nova decisão quanto à concentração em questão, contudo, esta análise não fica vinculada aos prazos previstos no art.10º, nº1 e 3º, isto é, as empresas não se beneficiam com a presunção de compatibilidade da concentração com o mercado comum por decurso do prazo e ausência de decisão da Comissão (art.10, nº6), conforme preceituam os artigos 6º, 4 e 8º,7 do Regulamento nº139/2004.

### **3. Apontamentos Conclusivos:**

A realidade econômica de cada país é um fator importante para determinar a rigidez das normas no direito da concorrência em cada ordenamento jurídico. Por este motivo, as normas com o decorrer dos anos estão sujeitas a passar por transformações que mais se adéquem a realidade contemporânea.

A legislação comunitária é um exemplo desta afirmação, pois só disciplinou o controle das concentrações de empresas em 1989 através do Regulamento nº4064/89. A Comunidade Europeia não se opôs as concentrações durante um longo tempo, pois acreditava que as concentrações constituíam uma medida de fortalecimento econômico frente a outras economias.

Portanto, é justificável que cada país adote diferentes posturas quanto ao tema em causa, pois o grau de tolerância e o “remédios” aceitáveis para corrigir eventuais danos a concorrência ocasionados pelas concentrações de empresa são reflexo da realidade econômica de cada ordenamento jurídico.

Neste diapasão, Brasil e Portugal, recentemente, alteraram a suas respectivas legislações de defesa da concorrência para aperfeiçoarem o sistema de controle dos atos de concentração e dos demais atos que são capazes de comprometerem uma livre concorrência.

Destes novos diplomas legais, sobre a apreciação dos atos de concentração, a nova lei da concorrência brasileira avançou em relação ao seu diploma normativo revogado, vez que não mais exige que os compromissos – chamados, atualmente, de condições – estejam adstritos a ganhos de eficiência. No diploma anterior, a operação de concentração que não representasse ganho de eficiência só poderia obter decisão de aprovação simples ou aprovação parcial da operação e, nesta última hipótese, o CADE determinaria a alienação de parte da operação de concentração que entendesse ser conveniente.

Em relação às condições – compromissos- que podem ser impostas pelo Tribunal, a nova lei elencou as modalidades que poderão ser aplicadas as partes envolvidas, mas esta relação que consta no parágrafo 2º do art. 60 não é taxativa, visto que o inciso VI deste dispositivo dispõe que: “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.” Por outro lado, as outras modalidades de condição dispostas nos outros incisos do artigo supracitado demonstram que o legislador apenas relacionou compromissos de caráter estrutural, embora a redação do inciso VI abra espaço para imposição de compromissos comportamentais.

Por outro lado, observamos que há uma interveniência excessiva no campo da autonomia privada em nosso ordenamento jurídico, pois a legislação brasileira não prevê a possibilidade das partes modificarem o projeto da operação e nem sequer proporem compromissos com vistas a sanar eventuais prejuízos a concorrência efetiva, vez que manteve a imposição das condições por parte do órgão regulador. Sendo assim, o CADE poderá impor os compromissos que achar conveniente para sanar os possíveis danos à concorrência.

Neste prisma, melhor solução é a adotada pela legislação comunitária, pois a propositura dos compromissos pelo órgão responsável pela análise da concentração poderá gerar a impossibilidade das partes os cumprirem. Assim, as partes poderão não

aceitar os compromissos propostos pelo Tribunal/CADE, obtendo a negativa de autorização, ou, as partes aceitam os compromissos, contudo, incorrem em descumprimento dos mesmos, isto é, a concorrência efetiva que é o bem jurídico tutelado será prejudicada.

Insta salientar que a Comissão europeia prefere que as partes envolvidas adotem remédios de caráter estrutural ao invés dos remédios de caráter comportamental, pois, acertadamente, perceberam que este tipo de compromisso não exige fiscalização constante.

Muito embora, a tendência atual do CADE seja a de impor compromissos deste tipo, contudo, observamos por longo tempo a imposição de compromissos de caráter meramente comportamental e estes ainda são utilizados com certa frequência ainda que conjugados com compromissos de caráter estrutural.

Neste longo percurso sobre o instituto dos compromissos nas concentrações de empresa, podemos concluir que são instrumentos de essencial importância na medida em que asseguram a concorrência efetiva no mercado que é o bem jurídico tutelado no direito da concorrência, sem, contudo, olvidar os interesses das empresas.

#### **4. Bibliografia:**

COSTA, Adalberto. Regime legal da concorrência. Coimbra: Almedina, 2004.

CUNHA, Carolina. O controlo das concentrações de empresa (direito comunitário e direito português). Coimbra: Almedina, 2005.

CORDOVIL, Leonor/ CARVALHO, Vinícius Marques/ BAGNOLI, Vicente/ ANDERS, Eduardo Caminate, Nova lei de defesa da concorrência comentada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARIA, Werter. O controle das concentrações de empresas. Revista IBRAC, vol.7.

FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. Lei de proteção à concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NASCIMENTO, Cyntia/KLAJMIC, Magali. Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória, Revista de Direito Econômico, nº25, 1997.

PAIS, Sofia Oliveira. O controlo das concentrações de empresas no direito comunitário da concorrência. Coimbra: Almedina, 1996.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano, O controlo dos oligopólios pelo direito comunitário (a posição dominante colectiva). Coimbra: Almedina, 2007.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade, Controle de concentrações de empresas (estudos da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei brasileira nº8884/94), Dissertação de mestrado, Coimbra, 1999.