

# CONTROLO DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS E GRUPOS DE SOCIEDADES

*José Engrácia Antunes*

*ABSTRACT: The group of companies has become the prevailing form of enterprise organization in modern times, where a cluster of individual subsidiaries are submitted to the control exercised by the parent company. The present paper aims to determine the relevance of the norms on merger control on the formation and organization of groups of companies.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Âmbito de aplicação. 2.1. Âmbito subjectivo. 2.2. Âmbito espacial. 2.3. Âmbito material. 3. Modalidades de concentração. 3.1. Fusão. 3.2. Aquisição de controlo. 3.2.1. Sujeitos. 3.2.2. Conteúdo e instrumentos. 3.3.3. Modalidades. 3.3.4. O conceito jusconcorrencial de controlo em perspectiva.

## 1. INTRODUÇÃO

A *concorrência* (“competition”, “Wettbewerb”, “concurrance”, “concorrenza”, “competición”) constitui um princípio fundamental dos modelos de organização económica de mercado – consagrado no ordenamento constitucional português (artigo 81.º, *f*) da Constituição da República Portuguesa) e europeu (artigos 3.º, n.º 1, *b*), 101.º e seguintes do Tratado de Funcionamento da União Europeia), assegurando uma maior eficiência produtiva (alocação óptima de recursos escassos), garantindo a satisfação dos consumidores (acesso a bens e serviços de melhor qualidade e preço) e promovendo, assim, o próprio desenvolvimento económico-social geral.<sup>1</sup>

Esta centralidade regulatória do princípio da concorrência explica que, um pouco por todo o mundo, os legisladores tenham vindo a desenvolver e

---

1 Sobre o princípio da concorrência, sua noção e funções, *vide* Mestmäcker & Schweitzer, 2004: 72 e ss.

implementar um conjunto de normas jurídicas que visam proteger e promover a liberdade da concorrência, vulgarmente designado Direito da Concorrência (“antitrust laws”, “Kartellrecht”, “droit de la concurrence”, “derecho de la libre competencia”)<sup>2</sup>. Em Portugal, estas normas estão hoje essencialmente contidas na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, doravante designada Lei Geral da Concorrência (abreviadamente LGC): entre tais normas, avultam as relativas às *operações de concentração de empresas* (artigos 8.º e ss.).

Na verdade, as operações de concentração de empresas, encerrando embora algumas vantagens indiscutíveis – obtenção de economias de escala, aumento da eficácia produtiva, dinamização do mercado de controlo empresarial e ganhos na eficiência de gestão –, podem ser lesivas do valor da concorrência, ao conduzir à eliminação de concorrentes no mercado ou à obstrução da entrada de novos concorrentes, à formação de oligopólios ou monopólios, e ao empobrecimento da liberdade de escolha dos consumidores. As normas legais citadas – também conhecidas noutras ordens jurídicas (“merger control”, “Zusammenschlüssekontrolle”, “contrôle des concentrations”) – têm por objectivo central o estabelecimento de uma *avaliação preventiva das operações de concentração interempresarial de dimensão nacional susceptíveis de gerar efeitos nocivos sobre a estrutura concorrencial do mercado*, instituindo um dever de notificação prévia a cargo das empresas envolvidas à Autoridade da Concorrência.<sup>3</sup>

Tais normas encontram-se fundamentalmente em sintonia com as normas europeias previstas no Regulamento CE/139/2004, de 20 de Janeiro, relativo ao controlo das concentrações de empresas (“Regulamento das Concentrações Comunitárias”, doravante abreviadamente RCC), que são assim também relevantes na interpretação e aplicação do direito português<sup>4</sup>: como veremos adiante, inspirando-se no princípio geral “one-stop-shop”<sup>5</sup>, a repartição de

---

2 Sobre a formação e evolução do Direito da Concorrência, *vide* Morais, 2009a: 59 e ss.; Gomes, 2010: 75 e ss. Noutras ordens jurídicas, *vide* Eilhauge, 2008; Emmerich, 2008; Martín-Crespo, 2009.

3 Sobre o tema, *vide*, entre nós, Cunha, 2005; Fonseca & Ferreira, 2009; Pais, 1997; Pais, 2006: 71 e ss. Para um panorama comparativo do “estado da arte” em múltiplas ordens jurídicas, *vide* Dabbah & Lasok, 2007.

4 In JO L24, de 29.1.2004. Tenha-se ainda em conta o Regulamento CE/802/2004, de 7 de Abril, relativo à execução do RCC (in JO L133, de 30.4.2004), bem assim como a “Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência” (in JO C95, de 16.4.2008), que vem clarificar determinados conceitos utilizados no RCC, reflectindo a experiência desenvolvida pelos serviços da Comissão em matéria do controlo de concentrações. Para um comentário desenvolvido do regulamento comunitário, *vide* Löffler, 2001.

5 Sobre este princípio geral, de acordo com o qual uma concentração de empresas deve ser exclusivamente fiscalizada por uma única jurisdição, cf. Varona, 2005: 3.

competências entre as normas nacionais e europeias na matéria, bem como das respectivas autoridades de tutela (Autoridade da Concorrência e Comissão Europeia), realiza-se essencialmente com base no critério da dimensão nacional ou comunitária da concentração (artigos 1.º e 21.º do RCC).<sup>6</sup>

Tradicionalmente, os *grupos de sociedades* não foram objecto de consideração particular por parte do legislador da concorrência: como sublinha Pablo Girgado Perandones, “a regulação concorrencial raras vezes presta atenção às empresas vinculadas ou aos grupos de empresas”<sup>7</sup>. E, todavia, os grupos estão hoje no epicentro da “praxis” e regulação da concorrência, em especial em sede do controlo das concentrações interempresariais – levantando aí numerosas e espinhosas questões.<sup>8</sup>

Com efeito, as normas jurídico-concorrenciais têm como protagonista central a *empresa* (“Unternehmen”, “undertaking”, “entreprise”, “impresa”)<sup>9</sup>: ora, constituindo o grupo societário uma espécie de empresa unitária complexa ou policorporativa que existe e actua através de uma pluralidade de sociedades individuais, questão que nos sai imediatamente a caminho é a de saber se os destinatários das referidas normas constituirão apenas as empresas societárias “de primeiro grau” e/ou também a própria empresa de grupo, ou de “segundo grau”, enquanto tal. Além disso, enquanto empresa unitária de estrutura plurissocietária, o grupo tem usualmente a sua génese em *operações de concentração* horizontal, vertical ou diversificada através das quais uma sociedade passa a ser titular do controlo de uma ou mais outras sociedades; e, constituindo o controlo intersocietário o “cimento” ou a base da unidade da direcção económica sobre a qual repousa a estrutura do grupo, todo o seu crescimento e reorganização posteriores far-se-á amiúde através do recurso

---

6 Sobre o direito comunitário da concorrência na matéria, *vide*, entre nós, Cunha, 2005: 35 e ss.; Pais, 1996; para uma visão actual, Rusu, 2010. Em particular sobre a articulação entre normas internas e europeias, cf. Lampert, 1995.

7 Perandones, 2007: 11.

8 Sobre as relações entre os grupos de sociedades e o direito da concorrência no direito nacional, *vide* Cordeiro, 1987: 101 e ss. No direito comparado, entre outros, *vide* Balejkian, 1984: 369 e ss.; Bolze, 1979; Harms, 1968; Heitzer, 1999; Lyon-Caen, 1977: 328 e ss.; Mach, 1974; Pohlmann, 1999.

9 Sobre a empresa como sujeito jusconcorrencial, *vide*, em várias latitudes, Corona, 1975: 291 e ss.; Roth, 2006: 393 e ss.; Spadafora, 1990: 294.

a *instrumentos de controlo jusconcorrencialmente relevantes* (v.g., aquisição de participações de capital, contratos de domínio, acordos parassociais).<sup>10</sup>

## 2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Em sede geral, os artigos 8.º e ss. da LGC cobrem duas modalidades essenciais de concentração interempresarial: a chamada *concentração primária* ou *na unidade* (também designada “concentração económica com concentração jurídica”) – é o caso da “fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes” (artigo 8.º, n.º 1, *a*) da LGC) – e a concentração *secundária* ou *na pluralidade* (por vezes dita “concentração económica sem concentração jurídica”) – é o caso de “uma ou mais pessoas singulares que já detenham o controlo de pelo menos uma empresa ou de uma ou mais empresas adquirirem, directa ou indirectamente, o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas” (artigo 8.º, n.º 1, *b*) da LGC).<sup>11</sup>

Antes de analisarmos tais modalidades, todavia, haverá que esclarecer que nem todas as operações de formação ou expansão de um grupo de sociedades, que possam ser consideradas como uma operação de concentração à luz do artigo 8.º da LGC, se encontram automaticamente sujeitas ao regime da notificação e apreciação prévias, sendo ainda necessário que estejam preenchidos cumulativamente um conjunto de pressupostos relativos aos *sujeitos* envolvidos na operação (âmbito subjectivo de aplicação), à respectiva *localização* (âmbito espacial de aplicação) e à sua *dimensão* (âmbito material de aplicação).

### 2.1. Âmbito subjectivo

Em primeiro lugar, no que toca ao âmbito subjectivo de aplicação, existem pressupostos relativos aos *sujeitos* intervenientes ou envolvidos na operação de concentração: nos termos do artigo 2.º, n.º 1 da LGC, “considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento”.

10 Salvo indicação em contrário, tomaremos aqui a expressão “grupo de sociedades” no seu sentido mais amplo, e não no seu sentido estrito ou jurídico-positivo (artigo 488.º e ss. do Código das Sociedades Comerciais, doravante CSC). Sobre a noção de grupo societário, bem assim como as suas acepções ampla e estrita, *vide* Antunes, 2002: 51 e ss.

11 Sobre estas formas alternativas de concentração económica, *vide* já Antunes, 2002: 48 e ss.

Em consonância com esta noção amplíssima de empresa (“Unternehmen”, “undertaking”, “entreprise”, “impresa”) que vigora no domínio jurídico-concorrencial, estão aqui abrangidas as operações de concentração cujos protagonistas activos e passivos constituam, não apenas sociedades comerciais, mas quaisquer outras formas jurídicas de organização empresarial que operem no mercado, independentemente da *personalidade jurídica* do seu titular – podendo tratar-se de pessoas singulares (“maxime”, empresário individual) ou pessoas colectivas (v.g., sociedades, agrupamentos complementares de empresas, cooperativas, fundações, etc.) –<sup>12</sup>, da *natureza privada ou pública* dessa titularidade – incluindo particulares, entidades de direito privado, ou pessoas colectivas de direito público (“maxime”, entidades públicas empresariais, institutos públicos) –<sup>13</sup>, da *natureza da actividade económica* explorada – abrangendo-se assim, à partida, as actividades agrícolas, artesanais, comerciais, industriais, financeiras, de prestação de serviços ou qualquer outro tipo de actividade económica –<sup>14</sup>, do *sector de propriedade dos meios de produção* em que se enquadrem os respectivos titulares – abrangendo assim indistintamente as empresas do sector privado (“maxime”, sociedades comerciais de direito privado), do sector público (v.g., empresas públicas estaduais, entidades públicas empresariais, empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas) e do sector cooperativo (v.g., cooperativas, empresas em autogestão,

---

12 Tenha-se presente que, também no direito comunitário da concorrência, se adoptou um conceito funcional, e não institucional, de empresa (“funktioneller Unternehmensbegriff”) (Roth, 2006: 393 e ss.): em decisão recente, o Tribunal de Justiça da União Europeia voltou a afirmar que por empresa se entende “qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico ou do seu modo de financiamento” (acórdão de 11 de Julho de 2006, no Proc. n.º 205-03 – *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria/Comissão*). Tal conceito chega a abranger, quer os indivíduos ou entidades que exerçam uma actividade económica em mercado sem qualquer suporte organizativo de factores produtivos – tal como, designadamente, os profissionais liberais (cf. Michalski, 1989) –, quer até entidades desprovidas de personalidade jurídica própria – tais como comunidades conjugais ou de herdeiros, sociedades civis, sociedades comerciais irregulares, ou associações sem personalidade jurídica (cf. Frignani & Waelbroeck, 1983: 21 e ss.; Groeben, Thiesing & Ehlermann, 1991: 1340), além de ser a própria LGC a admitir que possa ser sujeito passivo de uma operação de concentração uma parte ou partes de empresa sem autonomia jurídica (cf. artigos 8.º, n.º 1, b) e 10.º, n.º 4). Sobre o conceito jusconcorrencial de empresa, vide ainda Morais, 2006: 331 e ss.

13 Sobre o Estado e as pessoas colectivas públicas como empresa no sentido das normas concorrenciais, vide Emmerich, 1969.

14 Recorde-se que as empresas bancárias, financeiras e seguradoras (com a ressalva da excepção específica contemplada no artigo 8.º, n.º 4, c) da LGC) se encontram hoje igualmente sujeitas ao regime português do controlo das concentrações, não gozando do privilégio de imunidade de que chegaram a usufruir no direito pretérito (criticamente sobre tal privilégio, vide já Pais, 1997: 78 e ss.).

empresas mutualistas) –<sup>15</sup>, ou até da sua *dimensão* – abrangendo indistintamente micro, pequenas, médias e grandes empresas, incluindo as empresas de dimensão comunitária (no sentido do artigo 2.º, *c*) da Lei n.º 96/2009, de 3 de Setembro).<sup>16</sup>

De resto, esta amplitude do perímetro subjectivo da lei está bem patente no facto de constituir entendimento dominante na doutrina e jurisprudência, quer nacional quer comunitária, a relevância das chamadas “empresas potenciais” – ou seja, daquelas empresas que, não se encontrando ainda a exercer de facto a sua actividade económica em mercado, estão prontas a iniciá-la ou reiniciá-la num determinado espaço de tempo –<sup>17</sup> e das “empresas indirectas” – ou seja, de empresas que, não exercendo directamente e em nome próprio uma actividade económica, o fazem indirectamente através da titularidade de participações sociais de controlo noutras empresas comerciais ou industriais (“maxime”, sociedades gestoras de participações sociais)<sup>18</sup>. Daqui resultam já claramente as enormes diferenças do alcance das normas jurídico-societárias e das normas jurídico-concorrenciais relativamente ao fenómeno da concentração interempresarial: ao passo que as primeiras apenas são aplicáveis às coligações entre empresas que revistam a forma de sociedades comerciais de certo tipo (anónimas, por quotas, comanditárias por acções: cf. artigo 481.º, n.º 1 do CSC)<sup>19</sup>, as últimas aplicam-se às empresas de um modo geral, abrangendo, pelo lado activo, qualquer pessoa natural ou colectiva, e, pelo passivo, qualquer tipo de empresa (ou mesmo nalguns casos, como veremos, de meras partes de uma empresa).

Particularmente relevante é o tratamento do *grupo de sociedades* como uma empresa unitária: nos termos do artigo 2.º, n.º 2 da LGC, “considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente dis-

15 Cf. também Cunha, 2005: 195 e ss.

16 Os critérios dimensionais, todavia, já são relevantes para efeitos da apreciação da dimensão nacional (artigo 9.º, n.º 2, *b*) da LGC) ou comunitária (artigos 1.º e 21.º do RCC) da operação de concentração: sobre o ponto, *vide* ainda *infra* 2.3.

17 Sobre a figura (“potentielle Unternehmen”), *vide* Emmerich, 2008: 268; entre nós, Fonseca & Ferreira, 2009: 39.

18 As sociedades gestoras de participações sociais ou SGPS, por vezes designadas “holdings”, são um tipo especial de sociedade comercial, previsto e regulado pelo Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro, que tem por objecto a gestão estratégica de participações sociais como forma indirecta de exercício de actividades económicas (sobre a figura, *vide* Antunes, 2009b: 67 e ss.).

19 Sobre o âmbito subjectivo de aplicação do regime jurídico das sociedades coligadas e, em particular, dos grupos de sociedades, *vide* Antunes, 2002: 292 e ss.

tintas, constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.º 1 do artigo 10.º.<sup>20</sup>

À semelhança do legislador pretérito<sup>21</sup>, de outros legisladores estrangeiros<sup>22</sup> e do próprio legislador comunitário<sup>23</sup>, veio assim o legislador português actual consagrar um *privilégio* (“Konzernprivileg”) ou *cláusula especial* (“Verbundklausel”) em favor dos grupos, não se havendo como concentração para efeitos da aplicação do regime da LGC as operações realizadas no seio de um grupo entre as respectivas sociedades componentes: assim, por exemplo, serão consideradas como meras operações de reorganização interna, sem relevo jusconcorrencial, a fusão entre duas sociedades-filhas, a compra e venda entre duas sociedades-filhas de uma participação de controlo numa sociedade-neta, a aquisição pela sociedade-mãe da totalidade dos activos de uma sociedade-filha, a constituição de uma empresa comum por duas ou mais sociedades agrupadas, etc.<sup>24</sup>. Sublinhe-se que se adoptou aqui uma acepção ampla de grupo, abrangendo indistintamente todos os grupos de empresas (sob forma societária ou outra), sejam eles grupos de direito (constituídos através de contrato de subordinação, contrato de grupo paritário ou participação totalitária) ou meros grupos de facto (assentes em participações maioritárias de capital ou votos, em direitos especiais de designação maioritária dos órgãos sociais ou noutros instrumentos que confirmam o poder de gestão das empresas-filhas), bem assim como grupos de subordinação (cujas empresas componentes se encontram entre si numa relação de dependência) ou grupos de coordena-

20 Uma curiosidade: esta noção legal foi perfilhada pelo artigo 3.º, o) do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 30 de Março, relativo à instalação de estabelecimentos comerciais grossistas e retalhistas, o qual define “Grupo” como “o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes da utilização da mesma insígnia ou dos direitos ou poderes enumerados no n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho”.

21 Disposições paralelas, embora não inteiramente coincidentes, encontravam-se já previstas no artigo 14.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, e no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 391/93, de 29 de Outubro. Para o direito nacional pretérito, vide Cordeiro, 1987: 101 e ss.

22 Cf. Steindorf, 1982; Wiedemann, 2008: 758 e ss.

23 Cf. o Processo n.º 4M-1172 – *Fortis AG/Generale Bank*, onde a Comissão Europeia expressamente considerou que as reorganizações internas dos grupos não constituem concentrações abrangidas pelo RCC (in JO C164, de 24.5.1998). Vide ainda Morais, 2009b: 18 e ss.; Ritter & Braun, 2005: 210.

24 Vejam-se, por exemplo, as decisões da Autoridade da Concorrência nos Processos n.º 38/2005 – *Lease Plan Portugal/Unirent* (ponto 11) e n.º 43/2007 – *Luxxotica/Oakley* (ponto 14).

ção (cujas empresas componentes, encontrando-se embora submetidas a uma direcção económica unitária, se conservam independentes entre si).<sup>25</sup>

## 2.2. Âmbito espacial

Em segundo lugar, no que concerne ao âmbito espacial de aplicação, refira-se a existência de pressupostos relativamente à *localização* da operação de concentração: nos termos do artigo 1.º, n.º 2 da LGC, “sob reserva das obrigações internacionais do Estado Português, a presente lei é aplicável às práticas restritivas da concorrência e às operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos”.

Projectão do princípio dos efeitos ou da territorialidade objectiva, tal significa que ficarão sob a alçada do regime legal não apenas as operações de concentração interempresarial que tenham sido realizadas em Portugal, mas também aquelas que, conquanto realizadas em território estrangeiro, *produzam ou possam produzir os seus efeitos em território português*.<sup>26</sup>

De novo, é ostensivo o diferente alcance das normas concorrenciais e societárias em sede das concentrações entre empresas: ao passo que, para o legislador societário, apenas existirá uma coligação empresarial relevante quando todas as empresas societárias envolvidas tiverem a sua sede em Portugal (artigo 481.º, n.º 2 do CSC) – implicando assim, designadamente, que as operações concentracionísticas nas quais uma ou mais das empresas intervenientes tenha a sua sede no estrangeiro não poderão dar origem ao nascimento de um grupo societário sujeito ao regime dos artigos 488.º e ss. do CSC<sup>27</sup> –, já para o legislador da concorrência é indiferente a localização da sede (estatutária ou efectiva) das empresas ou da própria operação de concentração, bastando que esta última seja susceptível de projectar ou produzir os

25 Sobre as classificações dos grupos (em particular, grupos de direito e de facto, grupos de subordinação e de coordenação), *vide* Antunes, 2002: 72 e ss.

26 Fonseca & Ferreira, 2009: 30 e ss.; Pais, 2006: 78.

27 Repare-se que esta conclusão não é sequer infirmada pelas várias excepções previstas no artigo 481.º, n.º 2 do CSC (sobre tais excepções, *vide* Antunes, 2002: 313 e ss.). É certo que a sua alínea *d*) admite a formação de um grupo multinacional, ao permitir que uma sociedade com sede no estrangeiro possa estabelecer uma relação de grupo por domínio total com uma ou mais sociedades com sede em Portugal, mediante a aquisição de uma participação totalitária inicial ou originária nestas últimas. Todavia, como melhor será visto adiante, as operações de concentração interempresarial, relevantes para efeitos do regime de controlo previsto na LGC, pressupõem sempre a existência prévia das empresas intervenientes na operação (ainda que porventura não tendo já entrado em funcionamento), o que não se verifica na citada alínea, a qual, ao invés, regula justamente o caso específico da constituição “ab initio” de uma sociedade anónima unipessoal.

seus efeitos em território nacional. Esta amplitude extraterritorial do âmbito da lei justifica uma aplicação particularmente cuidada e equilibrada por parte das autoridades nacionais da concorrência: é que, se tal amplitude favorece decerto uma maior eficácia do controlo das concentrações, também é certo que, quando interpretada de forma literal e em toda a sua extensão, poderá ser fonte de uma significativa insegurança jurídica, ora originando conflitos de jurisdição com autoridades estrangeiras congéneres, ora sujeitando ao crivo do controlo administrativo nacional meras “bagatelas” ou operações interempresariais desprovidas de real impacto jusconcorrencial no mercado interno.

### 2.3. Âmbito material

Em terceiro e último lugar, no que toca ao âmbito material de aplicação, existem pressupostos relativamente à *dimensão nacional* da operação de concentração: nos termos do artigo 9.º, n.º 1, da LGC, “as operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando preencham uma das seguintes condições: a) em consequência da sua realização se crie ou se reforce uma quota superior a 30% no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste; b) o conjunto das empresas participantes na operação de concentração tenha realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 150 milhões de euros, líquidos dos impostos com este directamente relacionados, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por, pelo menos, duas dessas empresas seja superior a dois milhões de euros”.

Tal significa, portanto, que a dimensão nacional de uma concentração interempresarial é aferida por dois tipos de critérios alternativos<sup>28</sup>: o critério da *quota de mercado* – que, visando averiguar o “poder de mercado” da concentração emergente, é construído na dupla dimensão de mercado geográfico (o mercado nacional ou parte substancial deste) e de mercado material (o

---

28 Neste ponto, o direito português (como, de resto, o de outros países europeus) afastou-se do direito comunitário na matéria, que recorre unicamente ao critério do volume de negócios: nos termos do artigo 1.º do RCC, uma concentração terá *dimensão comunitária* quando o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa seja superior a 5 000 milhões de euros e o volume de negócios total realizado individualmente no espaço europeu por, pelo menos, duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios num único Estado-Membro. Sobre a dimensão comunitária da concentração (“community dimension”, “gemeinschaftswerte Bedeutung”), vide, entre nós, Pais, 2006: 197 e ss.; noutros quadrantes, Martín-Crespo, 1997; Mestmäcker & Schweitzer, 2004: 537 e ss.; Ritter & Braun, 2005: 525 e ss.

mercado de determinado bem ou serviço) –<sup>29</sup> e o critério do *volume de negócios* – que, visando fundamentalmente aferir o “poder económico” das empresas concentradas, está assente no duplo patamar do volume de negócios global (do conjunto das empresas) e individual (de duas ou mais dessas empresas)<sup>30</sup>. Pela sua pertinência à nossa temática, merece especial atenção o relevo do grupo no contexto dos métodos de *determinação e cômputo dos limiares legais* em sede da quota de mercado e volume de negócios (artigo 10.º da LGC): na verdade, sempre que alguma das empresas participantes na operação de concentração se encontrar já integrada no perímetro de um grupo, no cálculo dos limiares legais dever-se-á levar em linha de conta o volume de negócios, não apenas dessas mesmas empresas participantes (incorporante e incorporada no caso de fusão, adquirente e adquirida no de aquisição de controlo, etc.), mas também das respectivas empresas-filhas, da respectiva empresa-mãe ou mães, das demais empresas-filhas do mesmo grupo, e ainda de qualquer filial comum controlada simultaneamente por uma empresa do grupo e por entidades a este estranhas.<sup>31</sup>

### 3. MODALIDADES DE CONCENTRAÇÃO

Descritos sumariamente os pressupostos relativos ao âmbito pessoal, espacial e material das normas em sede do controlo da concentração de empresas, cumpre analisar as modalidades ou tipos de operações de concentração relevantes, já atrás referenciadas: a concentração primária ou na unidade (*fusão*) e a concentração secundária ou na pluralidade (*aquisição de controlo*). Tratando-se de modalidades distintas e alternativas de concentração interempresarial – das quais a última goza uma primazia prática indiscutível<sup>32</sup> –, elas podem entrecruzar-se, mediante a combinação de uma fusão com uma aquisição de controlo ou vice-versa, caso em que haverá que determinar

29 Sobre este critério, *vide* Cunha, 2005: 200 e ss.; Fonseca & Ferreira, 2009: 87 e ss.; Pais, 1997: 68 e ss.

30 Sobre este critério, *vide* Cunha, 2005: 201 e ss.; Fonseca & Ferreira, 2009: 93 e ss.; Pais, 1997: 73 e ss.; noutros quadrantes, Emmerich, 2008: 427 e ss.

31 Trata-se, naturalmente, de uma asserção geral, que não prescinde da consideração em concreto dos laços intersocietários e empresariais previstos na lei (cf. elenco das alíneas do artigo 10.º, n.º 1), nem de diversas correcções (artigo 10.º, n.º 2), excepções (artigo 10.º, n.º 4) e até adaptações a casos específicos (artigo 10.º, n.º 5, todos da LGC). Cf. Pais, 2006: 86 e ss.

32 De acordo com os dados da Autoridade da Concorrência relativos a 2008, num universo de 68 operações de concentrações notificadas e apreciadas pela autoridade de tutela, apenas 3 correspondiam a fusões, dizendo as restantes 65 respeito a aquisições de controlo, com particular destaque para a aquisição de participações maioritárias de capital (cf. *Relatório de Actividades e Contas 2008*, 5).

se estaremos diante de uma operação de concentração unitária ou de duas operações autónomas.<sup>33</sup>

### 3.1. Fusão

A primeira modalidade legal é a *fusão* (“merger”, “Verschmelzung”, “fusion”, “fusionne”): nos termos do artigo 8.º, n.º 1, *a*) da LGC, entende-se haver uma concentração de empresas “no caso de fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes”.

À primeira vista, dir-se-ia que este tipo de operação concentracionística seria irrelevante do ponto de vista da constituição e expansão dos grupos societários: com efeito, ao passo que o grupo constitui uma técnica de organização da empresa que repousa na manutenção da personalidade jurídica das sociedades componentes, a fusão constitui uma operação jurídico-económica que acarreta justamente, por definição, a extinção de uma ou mesmo todas as sociedades envolvidas na mesma (artigo 97.º do CSC).<sup>34</sup>

Mas não. Na verdade, ao falar da fusão de “empresas anteriormente independentes”, o legislador jusconcorrencial acolheu um conceito mais amplo do que o seu congénere jussocietário: por um lado, abrangem-se aqui todos os tipos de empresas, ainda que não societárias, sendo assim relevantes as *fusões transgênicas*, celebradas entre quaisquer titulares ou formas jurídico-organizativas de empresas (v.g., sociedade anónima e empresa individual, cooperativa e fundação, etc.); por outro lado, abrangem-se aqui as *fusões impróprias*, ou seja, aquelas operações que dão origem a uma nova e única entidade económica sem que tal seja acompanhado da extinção jurídica das próprias empresas intervenientes na fusão<sup>35</sup>. Neste sentido, pode assim dizer-

33 Muito embora ambas as modalidades possuam o mesmo significado substantivo (desencadeando a obrigação de notificação prévia da operação), elas já se distinguem no plano do respectivo regime processual, mormente para efeitos da determinação do evento que desencadeia a obrigação de notificação prévia (“triggering event”) (artigo 9.º, n.º 2 da LGC) e, em certos casos, do apuramento do volume de negócios das empresas envolvidas na operação (artigo 10.º, n.ºs 1 e 4 da LGC).

34 Recorde-se que, na fusão-incorporação, a sociedade incorporada se extingue como pessoa jurídica, e que, na fusão-constituição, todas as sociedades intervenientes na fusão desaparecem para dar lugar a uma nova sociedade (artigo 97.º, n.º 4 do CSC), sendo ainda que, em qualquer caso, a operação de fusão tem por consequência uma transmissão universal dos patrimónios e a transumância intersocietária dos sócios. Sobre os efeitos da fusão, em especial a extinção das sociedades incorporadas e fundidas, *vide* Antunes, 2011: 435 e ss.; Ventura, 1992: 228 e ss. Para um confronto mais desenvolvido entre as figuras da fusão e do grupo, *vide* Antunes, 2002: 84 e ss.

35 Também assim Lehmann (2010: 10), que distingue entre fusões em sentido jurídico (“rechtliche Fusion”) e em sentido económico (“wirtschaftliche Fusion”). O único requisito que a lei estabelece é que as empresas sejam “anteriormente independentes” (artigo 8.º, n.º 1, *a*) da LGC). Tal requisito é especialmente relevante

–se que, para efeitos dos artigos 8.º e ss. da LGC, se entende por fusão todo o acordo celebrado entre empresas que tenha por objecto e resultado a criação de uma nova *unidade jurídica* ou meramente de uma nova *unidade económica* (“*wirtschaftliche Einheit*”): em linha com a interpretação de preceito paralelo do RCC, tal poderá ocorrer quando duas ou mais empresas, mantendo a sua personalidade jurídica própria, estabeleçam uma direcção económica unitária ou comum por via contratual – dando assim origem a um agrupamento complementar de empresas, a um consórcio ou até porventura a um grupo paritário ou de coordenação (v.g., o contrato de grupo paritário português do artigo 492.º do CSC)<sup>36</sup> – ou até quando adoptem a estrutura de uma empresa de dupla cotação na bolsa.<sup>37</sup>

Sublinhe-se ainda, por último, que esta concepção muito ampla da fusão empresarial – sobretudo em articulação com a não menos lata visão do fenómeno do controlo, a seguir analisada – pode levar à existência de algumas *zonas cinzentas* de fronteira ou até de sobreposição entre estas duas modalidades concentracionísticas: assim, por exemplo, uma fusão-incorporação, implicando uma aquisição universal dos activos da empresa incorporada por parte da incorporante, poderia subsumir-se no controlo por via da aquisição da propriedade dos activos (artigo 8.º, n.º 3, *b*) da LGC); e um contrato de grupo paritário pode ocasionalmente enfileirar na galeria do chamado controlo conjunto ou mesmo dos contratos cuja celebração confere uma influência preponderante sobre a empresa controlada (artigo 8.º, n.º 3, *c*) da LGC).

### 3.2. Aquisição de controlo

Seja pela sua maior frequência prática, seja até pela superior complexidade operacional, merece atenção especial a segunda modalidade: a *aquisição de*

---

no caso dos grupos empresariais, cujas empresas filhas são, por definição, entidades destituídas de independência económica em virtude da sua subordinação a uma direcção económica unitária exercida pela respectiva empresa-mãe: tal implicará – ao menos, para o comum dos casos – que as fusões entre filiais do mesmo grupo constituirão meras operações de reorganização interna grupal, e não operações de concentração, como tal excluídas do âmbito de aplicação da lei. Em sentido oposto, todavia, *vide* Pais, 1997:42 e ss.

36 No mesmo sentido, Cunha, 2005: 76. Sobre os contratos de ACE e de consórcio, *vide* Antunes, 2009a: 398 e ss., 412 e ss.; sobre o contrato de grupo paritário, *vide* Antunes, 2002: 80 e ss., 911 e ss.

37 Ponto 10 da Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência (in: JO C95, de 16.4.2008).

*controllo* (“acquisition of control”, “Kontrollerwerb”, “acquisition du contrôle”, “acquisizione del controllo”).<sup>38</sup>

Nos termos da lei, haverá uma concentração de empresas jusconcorrencialmente relevante no caso de “uma ou mais pessoas singulares que já detenham o controlo de pelo menos uma empresa ou de uma ou mais empresas adquirirem, directa ou indirectamente, o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas” (artigo 8.º, n.º 1, *b*) da LGC). Além disso, “o controlo decorre de qualquer acto, independentemente da forma que este assuma, que implique a possibilidade de exercer, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa, nomeadamente: *a*) aquisição da totalidade ou de parte do capital social; *b*) aquisição de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa; *c*) aquisição de direitos ou celebração de contratos que confirmam uma influência preponderante na composição ou nas deliberações dos órgãos de uma empresa” (artigo 8.º, n.º 3 da LGC).

A clarificação do sentido e do alcance deste intrincado e suculento preceito impõe uma ordenação das ideias, sendo mister analisar separadamente os *sujeitos*, o *conteúdo* e *instrumentos*, e as *modalidades* do controlo.

### 3.2.1. Sujeitos

Relativamente aos sujeitos do controlo, há que distinguir entre os sujeitos activos e passivos. Quanto aos adquirentes do controlo (*sujeitos activos*), eles poderão consistir em uma ou em várias “empresas” – o que, nos termos do conceito amplíssimo atrás passado em revista<sup>39</sup>, abrangerá todo o tipo de entidades (singulares ou colectivas, privadas ou públicas) que exerçam uma actividade económica de oferta de bens ou serviços em mercado (v.g., empresários individuais, sociedades, empresas públicas, cooperativas) – ou mesmo uma ou várias pessoas singulares que controlem uma empresa – tal como, por exemplo, o accionista ou accionistas maioritários de uma sociedade anónima.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Sobre a noção jurídico-concorrencial de controlo, em diferentes latitudes, *vide* Broberg, 2004: 741 e ss.; Lamandini, 1995: 83 e ss.; Ulshöfer, 2003.

<sup>39</sup> Cf. *supra* 2.1.

<sup>40</sup> Tal significa, pois, que a aquisição de controlo de uma empresa por parte de uma pessoa singular ou física apenas constituirá uma operação de concentração caso essa pessoa exerça paralelamente uma actividade económica em mercado, seja directamente e em nome próprio (“maxime”, empresário individual),

Já quanto ao alvo da aquisição (*sujeitos passivos*), ele deve consistir genericamente numa “empresa”: todavia, por forma a garantir a eficácia dos seus próprios normativos perante o carácter multimodo da “praxis”, o legislador abrangeu expressamente todos os tipos de operações aquisitivas, sejam uni ou pluriempresariais (isto é, tenham estas por objecto a aquisição de uma única empresa ou de um conjunto de empresas), sejam totais ou parciais (isto é, que incidam sobre a totalidade de uma empresa ou apenas uma parte desta). Especialmente relevante é o caso da aquisição parcial, considerando-se como “parte de empresa” para estes efeitos todo o conjunto de activos empresariais (v.g., estabelecimento comercial, carteira de clientes, grupo qualificado de trabalhadores, contratos de fornecimento relevantes, activos incorpóreos como marcas, patentes ou outros direitos de propriedade industrial) que seja susceptível de realizar de forma unitária e autónoma um volume de negócios (cf. ainda artigo 10.º, n.º 4 da LGC).<sup>41</sup>

### 3.2.2. Conteúdo e instrumentos

Aspecto absolutamente crucial é o relativo ao *conteúdo* e aos *instrumentos* do controlo. À semelhança do legislador europeu (artigo 3.º do RCC) mas também de outros legisladores estrangeiros (v.g., § 37 da “Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen” alemã, secção 23 do “Enterprise Act” inglês)<sup>42</sup>, o legislador português construiu o conceito jurídico-concorrencial de controlo com base numa noção geral – “a possibilidade de exercício de uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa” – e num elenco exemplificativo de instrumentos possíveis da sua criação (artigo 8.º, n.º 2 da LGC).

---

seja indirectamente por via da posição de controlo já detida numa outra empresa. Sublinhe-se que nada impede que a aquisição do controlo seja realizada por ambos os protagonistas elegíveis da lei, mediante um negócio em que intervêm simultaneamente uma (ou várias) “empresas” e uma (ou várias) “pessoas singulares” titulares de controlo empresarial.

41 Inversamente, já não se afiguram relevantes, em princípio, as operações de “outsourcing” através das quais uma empresa externalize determinadas actividades internas (v.g., informática, contabilidade), excepto quando for acompanhada da transferência dos activos pertinentes para entidade que também preste serviços no mercado (cf. Pontos 25 e ss. da Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência). Sobre o ponto, *vide* Lohrberg & Huhtamäki, 2008: 349 e ss.

42 Para o direito alemão (“bestimmenden Einfluss”), *vide* Emmerich, 2008: 438; para o direito inglês (que distingue, todavia, o conceito de “material influence” do conceito de controlo de direito e de facto), *vide* Slaughter & May, 2011: 3.

Trilhando aqui muito de perto o filão europeu na matéria, a doutrina e as autoridades nacionais<sup>43</sup> têm identificado consistentemente o cerne da noção legal (poder de exercício de influência determinante) com o *poder de determinar, positiva ou negativamente, as decisões estratégicas da empresa alvo do controlo* (em particular, os respectivos orçamentos e plano de actividades, os investimentos significativos ou a designação do pessoal dirigente), não se exigindo já que determine de modo geral a gestão de todas as actividades daquela.<sup>44</sup>

Doutra banda, é também muito vasto o alcance do elenco legal dos *instrumentos* ou meios dessa influência.<sup>45</sup>

À cabeça, surge a “aquisição da totalidade ou parte do capital” (artigo 8.º, n.º 3, *a*) da LGC). Incluem-se aqui, não apenas as participações totalitárias e maioritárias (as quais, de resto, representam o instrumento clássico e mais difundido do controlo empresarial), mas também as próprias participações minoritárias de capital sempre que, em associação com circunstancialismos de direito ou de facto concomitantes (v.g., maioria de facto estável devida à elevada dispersão do capital social, acordos parassociais de voto, etc.), sejam susceptíveis de assegurar ao adquirente a possibilidade de determinar a condução estratégica empresarial.<sup>46</sup>

A lei refere-se ainda à “aquisição de direitos de propriedade, de uso ou fruição sobre a totalidade ou parte dos activos” da empresa controlada (artigo

---

43 *Vide* assim, por exemplo, os pontos 28 e ss. do Processo n.º 05/2005 – *EDP/National Power (Turbogás)*. Cf. também Fonseca & Ferreira, 2009: 53; Pais, 1997: 48.

44 Aspecto importante é que apenas releva aqui o controlo duradouro e estável, sendo irrelevantes as operações que impliquem uma mera *alteração transitória ou fortuita* do controlo (v.g., “parqueamento” de acções ou activos de uma empresa numa instituição financeira, obtenção de maiorias de facto ocasionais na assembleia geral dessa empresa, etc.): cf. também Pontos 28 e ss. da Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência.

45 Trata-se de um elenco meramente *exemplificativo*, que não exclui que a aquisição do controlo possa ter a sua base noutros instrumentos nele não previstos. Todavia, ao contrário do que sucede com outros elencos legais congéneres (artigo 486.º, n.º 2 do CSC, artigo 21.º, n.º 2 do Código dos Valores Mobiliários), não se nos afigura que se esteja diante de presunções legais absolutas ou sequer relativas do controlo, cabendo assim aos interessados fazer prova, caso a caso, que do concreto acto ou transacção tipificados (v.g., aquisição de participação minoritária, aquisição de activos, celebração de contratos) resultou para o adquirente o poder de impor o cunho da sua vontade no governo estratégico da empresa alvo.

46 Sobre as participações totalitárias, maioritárias e minoritárias como instrumento da criação de uma relação de domínio intersocietário, *vide* Antunes, 2002: 485 e ss. Sobre as participações minoritárias “qualificadas” como instrumento de controlo jusconcorrencial, *vide* Gräfer, 2004; Montag & Dohms, 1993: 275 e ss. Não se perca de vista, todavia, a previsão de excepções relativamente à aquisição de participações sociais com meras funções de garantia, de participações em empresas insolventes, ou de determinadas participações detidas por instituições de crédito em empresas não financeiras (artigo 8.º, n.º 4 da LGC): sobre tais excepções, *vide* Gorjão-Henriques, 2011: 301 e ss.; Ricardo, 2010: 53 e ss.

8.º, n.º 3, *b*) da LGC). Incluem-se aqui, em abstracto, todos os negócios aptos a realizar a constituição de direitos reais de gozo (v.g., compras e vendas, permutas de activos, fusões, transformações novatórias, dissolução com transmissão global, etc.) ou até de meros direitos pessoais de gozo (v.g., contratos de locação de empresa, contratos de licença exclusiva, contratos de gestão de empresa, etc.) sobre a totalidade ou parte dos activos que integram o património empresarial (v.g., estabelecimentos comerciais, unidades produtivas, activos incorpóreos, direitos de propriedade industrial como patentes e marcas, carteiras de clientes, etc.).<sup>47</sup>

Enfim, numa proposição que tem também tanto de vasto quanto de impreciso, atribui-se ainda relevo para estes efeitos à “aquisição de direitos ou celebração de contratos que confirmam uma influência preponderante na composição ou nas deliberações dos órgãos de uma empresa” (artigo 8.º, n.º 3, *c*) da LGC). Incluem-se aqui direitos sociais ou estatutários (v.g., direito especial de veto, direito especial de nomeação de administradores, etc.), contratos societários (v.g., contrato de subordinação, convenção de atribuição de lucros, etc.) ou até mesmo contratos comerciais comuns que invistam uma das empresas contratantes num controlo de facto sobre a respectiva contraparte contratual (v.g., contratos de fornecimento duradouros, contratos de empréstimo).<sup>48</sup>

### 3.3.3. Modalidades

Por último, com vista a garantir a eficácia dos seus próprios comandos, o legislador foi extremamente generoso relativamente às *modalidades* possíveis e relevantes da aquisição e titularidade do controlo.

---

47 Muito embora a lei não o refira expressamente, julgamos que os direitos reais ou meramente obrigacionais de gozo devem incidir, pelo menos, sobre uma *parte substancial* (“wesentliche Teile”) dos activos da empresa controlada que, pela sua magnitude no quadro do respectivo património ou pela sua importância estratégica no quadro da respectiva actividade global, seja susceptível de transferir para o adquirente a posição de mercado daquela. Um tal requisito da substancialidade dos activos transaccionados assegura também que ao regime do controlo das concentrações ficarão apenas sujeitas as operações de expansão externa da empresa (“externe Wachstum”) com relevância directa na respectiva posição de mercado, deixando de fora os meros casos de expansão interna ou endógena (“interne Wachstum”) decorrentes da normal acumulação de activos patrimoniais. Para problema paralelo, embora não totalmente idêntico, Knöpfle, 1992: 472 e ss.; Kroitzisch, 1977: 235 e ss.

48 Cf. também Ponto 20 da Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência; na doutrina, para mais desenvolvimentos, Gómez-Acebo, 2002: 5357 e ss. (embora mais centrado nas práticas anticoncorrenciais); Pasche, 1989; Wiedemann, 2008: 782 e ss. Sobre os contratos como fonte de relações de dependência fáctico-económica, vide desenvolvidamente Antunes, 2002: 508 e ss.

Assim, desde logo, o legislador abrangeu aqui indistintamente os casos de *controlo directo e indirecto* (artigo 8.º, n.º 3, proémio, da LGC), não revelando assim se o instrumento de controlo é detido directamente pelo respectivo titular ou indirectamente através de interposto terceiro. Questão que a lei não resolveu expressamente foi a de determinar quais os terceiros e as formas relevantes dessa titularidade indirecta: seguramente serão aqui aplicáveis os critérios de imputação previstos no artigo 483.º, n.º 2 do CSC (participações de capital ou voto detidos por sociedades dependentes, por sociedades agrupadas ou por terceiros detentores por conta), mas não se pode considerar excluído que a “ratio” legal possa levar a considerar como igualmente relevantes outras formas de titularidade indirecta nos casos concretos, sobretudo tendo em conta a possível natureza não societária de algumas empresas controladas (cujo controlo não passe pela detenção de capital ou votos) e de alguns instrumentos de controlo (v.g., aquisição de direitos de propriedade sobre activos empresariais).<sup>49</sup>

Importante é também sublinhar que estão aqui indistintamente abrangidos os casos de *controlo exclusivo e conjunto* (artigo 8.º, n.º 3 da LGC), não relevando assim se o controlo é detido e exercido solitariamente por um único sujeito ou conjuntamente por dois ou mais sujeitos.

No primeiro caso, existe apenas um único titular do controlo ou do poder de influenciar determinantemente a empresa controlada, seja porque apenas este dispõe do poder de determinar as decisões comerciais estratégicas da empresa controlada (“controlo exclusivo positivo”), seja já porque apenas ele dispõe do poder de vetar tais decisões estratégicas, sem que possa, todavia, impor ou determinar positivamente o sentido de tais decisões (“controlo exclusivo negativo”).<sup>50</sup> Já no segundo caso, existem dois ou mais sujeitos inde-

---

49 A titularidade indirecta representa hoje, indubitavelmente, um instituto fulcral do Direito Comercial, tanto nacional como comparado, encontrando-se a disposição fundamental nesta matéria prevista no artigo 483.º, n.º 2, do CSC, que reza assim: “À titularidade de quotas ou acções por uma sociedade equipara-se, para efeito do montante referido no número anterior, a titularidade de quotas ou acções por uma outra sociedade que dela seja dependente, directa ou indirectamente, ou com ela esteja em relação de grupo, e de acções de que uma pessoa seja titular por conta de qualquer dessas sociedades”. Sobre esta norma fundamental, *vide* Antunes, 2002: 345 e ss.

50 O controlo exclusivo negativo não se confunde com o controlo conjunto: ao passo que, neste último, são vários os sujeitos que dispõem simultaneamente o poder de vetar a adopção de decisões estratégicas – sendo justamente deste poder de veto paritário e mutuamente excludente que resulta o controlo de cada um deles sobre a empresa controlada –, no primeiro existe apenas um único titular do poder de veto, sem que existam paralelamente outros sujeitos ou membros da empresa controlada com idêntico potencial de influência positiva ou negativa (sobre o controlo exclusivo negativo, *vide* Fonseca & Ferreira, 2009: 55). Daqui resultam também claramente as diferenças do conceito de controlo nas leis jusconcorrencial

pendentes entre si que dispõem da possibilidade de influenciar determinadamente a empresa objecto do controlo: a doutrina e jurisprudência, tanto nacional como europeia, têm identificado tal possibilidade com a situação de impasse decorrente da circunstância de dois ou mais sujeitos se encontrarem investidos num poder de impedir ou bloquear reciprocamente a tomada de decisões estratégicas na empresa controlada, resultante da titularidade de instrumentos ou posições de controlo igualitários (v.g., participações de 50% de capital ou votos em empresa comum com dois sócios, direitos paritários de designação dos membros dos órgãos de administração, direitos especiais de veto sobre decisões comerciais estratégicas, etc.).<sup>51</sup>

Sublinhe-se ainda que, paralelamente ao controlo conjunto, o legislador atribuiu relevância à figura da chamada *empresa comum de pleno exercício* (“full-function joint venture”, “Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen”), entendendo-se por tal aquela empresa que, encontrando-se submetida ao controlo conjunto de duas ou mais outras empresas-mães, desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma (artigo 8.º, n.º 2 da LGC).<sup>52</sup>

---

e societária: nos termos gerais, apenas existirá um domínio jurídico-societário no sentido do artigo 486.º do CSC quando um accionista possa determinar de forma activa e positiva o governo geral da sociedade dependente, não bastando, em via de regra, que esteja em condições de vetar ou impedir (pela “negativa”) a tomada de determinadas deliberações ou decisões, sem que com isso possa determinar o sentido das deliberações a tomar em seu lugar e, muito menos, o sentido geral do governo e gestão social (cf. Antunes, 2002: 474 e ss.).

51 No direito português, Cunha, 2005: 81 e ss.; Fonseca & Ferreira, 2009: 58 e ss.; Pais, 2006: 81; no direito europeu, Emmerich, 2008: 446 e ss.; Hoffer, 2008: 244 e ss. Mestmäcker & Schweitzer, 2004: 560 e ss. (cf. ainda Pontos 62 e ss. da Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência). Mesmo tendo em conta a consabida latitude com que o direito da concorrência perspectiva o fenómeno do controlo, interrogamo-nos sobre se um tal conceito de controlo conjunto – construído que está sobre uma pura ideia de controlo negativo (situação de “impasse” ou de “bloqueio” mútuo) – não poderá conduzir a sujeitar ao regime da lei operações de “falso” controlo: com efeito, nos casos em que as entidades titulares de um tal poder paritário de bloqueio não hajam, pura e simplesmente, coordenado a aquisição dos instrumentos do controlo nem o respectivo exercício no seio da empresa “controlada”, torna-se claro que nenhuma delas estará em condições de determinar sozinha a condução estratégica da empresa, já que o seu potencial de influência se vem a anular ou bloquear reciprocamente (com a consequência de a administração social da empresa comum ganhar uma autonomia acrescida). Daí que, em nosso entender, de controlo conjunto se deveria falar apenas se e quando os sujeitos do controlo *hajam assegurado, de modo duradouro e estável, o exercício coordenado e unitário do respectivo potencial de controlo* no seio da organização da empresa comum ou controlada (v.g., através de acordos parassociais de voto, de um contrato de grupo paritário, de uma “holding” fiduciária, etc.). Sobre a questão, *vide* Antunes, 2000: 74 e ss.; na doutrina estrangeira, cf. Gansweid, 1976; Guaccero, 1993: 747 e ss.; Marchand, 1986: 59 e ss.; Mestmäcker, Donaldson & Blaise, 1979; Steindorf, 1980: 1921 e ss.; Ulmer, 1977: 466 e ss.; Wertenbruch, 1990.

52 Trata-se de uma autonomia operacional, ou capacidade para operar de forma independente no mercado, sendo elementos relevantes para a respectiva aferição, designadamente, a sua natureza duradoura, a existência de gestão e imagem próprias, a titularidade dos recursos produtivos necessários para tal, e

Enfim, são também relevantes os casos de *controlo efectivo ou meramente potencial* – bastando que do instrumento do controlo decorra para o seu titular ou titulares “a possibilidade de exercer” uma influência determinante sobre a empresa objecto do controlo (artigo 8.º, n.º 3, proémio, da LGC), sendo indiferente saber se dela fez ou não um uso efectivo ou actual<sup>53</sup> –, de *controlo de direito ou de facto* – já que, tendo a lei mandado tomar em conta “as circunstâncias de direito ou de facto” (artigo 8.º, n.º 3, proémio, da LGC), se abrangem indistintamente os casos em que o poder de determinação estratégica da empresa alvo tem a sua base em mecanismos de natureza jurídica (v.g., participações sociais, contratos, estatutos sociais, direitos de propriedade, direitos pessoais de gozo, sucessão “mortis causa”) ou em meras situações de facto (v.g., maiorias de facto estáveis em assembleias gerais, dependência económica interempresarial, laços pessoais entre estruturas accionistas ou entre administrações) –<sup>54</sup>, de *controlo originário ou superveniente* – sendo indiferente se a operação de concentração resulta da aquisição “ex novo” de uma posição de controlo sobre uma determinada empresa ou simplesmente da alteração da titularidade de uma posição de controlo pré-existente (v.g., compra de participação de controlo a accionista maioritário)<sup>55</sup> –, ou de *controlo unitário ou*

---

a sua não dependência total relativamente às empresas-mães em matéria de vendas. Sobre a figura, *vide* entre nós Morais, 2006: espec. 375 e ss.; noutros quadrantes, Bergqvist, 2003: 498 e ss.; Mälzer, 1992: 705 e ss.; para um caso de espécie, *vide* a decisão da Autoridade da Concorrência no Processo n.º 43/2008 – *Farcoware/LPL/Codifar/União/Medlog/Disfalog/NewCo*.

53 Com o exercício potencial (“Potentialität der Einflussname”, “influenza potenziale”) não se confunde, todavia, a *titularidade potencial ou eventual* do controlo, ou seja, aqueles casos em que o sujeito activo do controlo, não sendo ainda titular jurídico do instrumento de controlo, já assegurou a possibilidade dessa titularidade no futuro, mormente com base num direito legal ou negocial à sua transmissão futura, v.g., contrato promessa, opção, reporte, direito estatutário ou legal de preferência na alienação de acções nominativas, etc. (para um caso de espécie, *vide* o acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 19 de Maio de 1994, no Processo n.º T2-93 – *Air France/Comissão*, onde foi considerado que a titularidade de direitos de opção é base insuficiente para a existência da aquisição de controlo por parte do optante ou beneficiário [*in C/T*] (1994), II-00323)) (cf. ainda Gorjão-Henriques, 2011: 284 e ss.). Sobre a titularidade eventual ou futura dos instrumentos do controlo – a que o legislador português deu expressa relevância em vários ramos do universo juscomercialista (v.g., artigo 20.º, n.º 1, e), “ex vi” do artigo 16.º, n.º 2 do Código dos Valores Mobiliários, artigo 13.º, n.º 7, i) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, artigo 3.º, n.º 2, i) do Regime Geral da Actividade Seguradora) –, *vide* Antunes, 2002: 352 e ss.

54 Sobre o controlo de direito e de facto, *vide*, entre nós, Cunha, 2005: 78; Fonseca & Ferreira, 2009: 45 e ss.; noutros quadrantes, Emmerich, 2008: 440 e ss.; Wiedemann, 2008: 782 e ss.

55 As *alterações* de controlo jurídico-concorrencialmente relevantes abrangem assim, designadamente, a mudança da identidade do titular de um controlo exclusivo (v.g., entrada de novo accionista de controlo na sequência de uma OPA hostil) ou de um controlo conjunto (v.g., aumento ou redução do núcleo duro dos accionistas co-controladores), bem como a passagem de um controlo exclusivo a um controlo conjunto (ou vice-versa). Inversamente, e em regra, já não estaremos perante alterações relevantes no caso de meras alterações ao nível dos instrumentos de controlo (v.g., reorganização da participação de controlo) ou de

*fragmentado* – sendo indiferente se os instrumentos ou a posição de controlo foi obtida pelo adquirente através de uma única operação ou transacção (“uno actu”) ou se foi obtida de forma fragmentada através de várias transacções individuais e sucessivas relacionadas entre si (“staggered transactions”).<sup>56</sup>

### 3.3.4. O conceito jusconcorrencial de controlo em perspectiva

De todo o exposto, é assim ostensivo que o conceito jurídico-concorrencial de controlo, não excluindo de modo algum o conceito jurídico-societário congénere de domínio (artigo 486.º do CSC), vai, na realidade, muito para além deste, quer no plano subjectivo – ao abranger, para além das sociedades comerciais, o controlo sobre qualquer tipo de empresas (chegando mesmo ao ponto de atribuir relevo, pelo lado activo, aos indivíduos controladores e, pelo passivo, a simples partes de empresas) –, quer no plano objectivo – ao abranger, para além da “influência dominante” do direito societário (que, em regra, exige o poder de determinar de forma activa e global a condução da vida e gestão da sociedade dependente), também a “influência determinante” (traduzida no poder de determinar, ainda que pela negativa, o “core” estratégico daquela gestão) –, quer mesmo no plano instrumental – ao atribuir relevância expressa a mecanismos e modalidades de controlo que, no contexto jurídico-societário, não configurariam senão meras relações de simples participação (v.g., certas participações minoritárias de capital) ou mesmo relações irrelevantes do ponto de vista do sistema legal das sociedades coligadas (v.g., aquisição de direitos de uso e fruição sobre activos empresariais, dependência fáctico-económica).

## BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, J. Engrácia

2000 *Participações Qualificadas e Domínio Conjunto*, Porto: UCP Editora.

2002 *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Pluris-societária*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.

2009a *Direito dos Contratos Comerciais*, Coimbra: Almedina.

---

certas modalidades de controlo (v.g., passagem do controlo directo para indirecto, de um controlo exclusivo negativo para um controlo exclusivo positivo).

<sup>56</sup> Cf. também Pontos 36 e ss. da Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência. Sobre as operações interligadas ou fragmentadas, *vide*, no direito português, Fonseca & Ferreira, 2009: 71 e ss.; no direito europeu, Rusu, 2010: 20.

- 2009b “As Sociedades Gestoras de Participações Sociais”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano I, pp. 67-103.
- 2011 *Direito das Sociedades*, 2.<sup>a</sup> ed., Porto: ed. de Autor.
- BALEKJIAN, Wahe H.
- 1984 “Parent and Subsidiaries Companies Under European Community Competition Law”, in Campbell, D. & Rohwer, C. (orgs.), *Legal Aspects of International Business Transactions*, pp. 369-461, North-Holland: Elsevier Science.
- BERGQVIST, Christian
- 2003 “The Concept of an Autonomous Economic Entity”, in *European Competition Law Review*, vol. 24, pp. 498-503.
- BOLZE, Christian
- 1979 *Groupes de Sociétés et Droit de la Concurrence dans la Communauté Économique Européenne*, Dissertação, Nancy.
- BROBERG, Morten
- 2004 “The Concept of Control in the Merger Regulation”, in *European Competition Law Review*, vol. 25, pp. 741-751.
- CORDEIRO, A. Robalo
- 1987 “As Coligações de Empresas e os Direitos Português e Comunitário da Concorrência”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, XXIX, pp. 81-137.
- CORONA, E. Galán
- 1975 “La Empresa como Destinataria de las Normas de Defensa de Competencia”, in *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. II, pp. 291-346.
- CUNHA, Carolina
- 2005 *Controlo da Concentração de Empresas – Direito Comunitário e Direito Português*, Coimbra: Almedina.
- DABBAH, Maher & LASOK, Paul (orgs.)
- 2007 *Merger Control Worldwide*, New York: Cambridge University Press.
- ELHAUGE, Einer R.
- 2008 *United States Antitrust Law and Economics*, New York: Foundation Press.
- EMMERICH, Volker
- 1969 *Das Wirtschaftsrecht der öffentliche Unternehmen*, Bad Homburg: Verlag Max Gehlen.
- 2008 *Kartellrecht*, 11. Aufl., München: C.H. Beck Verlag.
- FONSECA, M. Rosado & FERREIRA, L. Nascimento,
- 2009 *O Procedimento de Controlo das Operações de Concentração de Empresas em Portugal*, Coimbra: Almedina.

- FRIGNANI, Aldo & WAELBROECK, Michel  
1983 *Disciplina della Concorrenza nella CEE*, 3.<sup>a</sup> ed., Napoli: Jovene.
- GROEBEN, Hans, THIESING, Jochen & EHLERMANN, Claus-Dieter  
1991 *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Band 2, 4.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden: Nomos Verlag.
- GANSWEID, Wolfgang,  
1976 *Gemeinsame Tochtergesellschaften in deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht*,  
Baden-Baden: Nomos Verlag.
- GOMES, J. Caramelo  
2010 *Lições de Direito da Concorrência*, Coimbra: Almedina.
- GÓMEZ-ACEBO, A. Fernández  
2002 “Grupos de Empresas de Base Contractual y Derecho de la Competencia”,  
in AA.VV., *Derecho de Sociedades – Libro de Homenaje al Prof. Fernando  
Sánchez Calero*, vol. 5, pp. 5357-5424, Madrid: McGraw Hill.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel  
2011 “A Aquisição de Empresas no Direito da Concorrência”, in AA.VV., *Aquisição  
de Empresas*, pp. 263-312, Coimbra: Coimbra Editora/Wolters Kluwer.
- GRÄFER, Jens  
2004 *Die Erfassung von Minderheitsbeteiligungen durch das Europäische  
Wettbewerbsrecht: unter besonderer Berücksichtigung des Zusammenschlussbegriffs  
in der Fusionskontrollverordnung*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- GUACCERO, Andrea  
1993 “L’Impresa Comune nella Disciplina Antitrust Nazionale”, in *Rivista del  
Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, vol. XCI, pp.  
747-784.
- HARMS, Wolfgang  
1968 *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Eine wirtschafts- und  
gesellschaftsrechtliche Untersuchung*, Köln: Carl Heymanns.
- HEITZER, Eric  
1999 *Konzerne im Europäischen Wettbewerbsrecht*, Heidelberg: Recht und  
Wirtschaft Verlag.
- HOFFER, Raul  
2008 “Alleinige und gemeinsame Kontrolle über ein Unternehmen”, in  
*Österreichisch Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, vol. 5, pp.  
244-251.
- KNÖPFLE, Robert  
1992 “Zum Zusammenschluß durch den Erwerb eines Vermögensteiles”, in *Neue  
Juristische Wochenschrift*, vol. 45, pp. 472-475.

KROITZISCH, Herman

1977 “Der Erwerb eines wesentlichen Vermögensteils im Sinne des § 23, II, Abs. 1 GWB”, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, vol. 27, pp. 235-256.

LAMANDINI, Marco

1995 *Il “Controllo” – Nozioni e Tipo nella Legislazione Economica*, Milano: Giuffrè.

LAMPERT, Thomas

1995 *Die Anwendbarkeit der EG-Fusionskontrollverordnung im Verhältnis zum Fusionskontrollrecht der Mitgliedstaaten – Rechtsvergleichend zum Verhältnis zwischen dem US-Antitrustrecht des Bundes und der Einzelstaaten*, Köln: Carl Heymanns.

LEHMANN, Volker

2010 *Die europäische Fusionskontrolle*, Berlin: Grin Verlag.

LÖFFLER, Heinz

2001 *Kommentar zur europäischen Fusionskontrollverordnung*, Neuwied: Luchterhand.

LOHRBERG, Jan & HUHTAMÄKI, Matti

2008 “Outsourcing Transactions and Merger Control”, in *European Competition Law Review*, vol. 29, pp. 349-355.

LYON-CAEN, Antoine

1977 “Droit Européen de la Concurrence et Groupe”, in Goldmann, B. & Francescakis, P. (eds.), *L'Entreprise Multinationale Face au Droit*, Paris: Librairies Techniques, pp. 328-404.

MACH, Olivier

1974 *L'Entreprise et les Groupes de Sociétés en Droit Européen de la Concurrence*. Genève: Georg.

MÄLZER, Susanne

1992 “Die Stellung von Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht”, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, vol. 40, pp. 705-714.

MARCHAND, Gerhard

1986 *Abhängigkeit und Konzernzugehörigkeit von Gemeinschaftsunternehmen*, Berlin: Duncker & Humblot.

MARTÍN-CRESPO, M. Pilar

1997 *Concentración de Empresas de Dimensión Comunitaria*, Pamplona: Aranzadi.

2009 *Derecho de la Libre Competencia Comunitaria e Español*, Navarra: Thomson/ Aranzadi.

- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, BLAISE, Jean-Bernard & DONALDSON, David  
1979 *Gemeinschaftsunternehmen (Joint-Venture/Filiale Commune) im Konzern und Kartellrecht*, Frankfurt a.M.: Metzner.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim & SCHWEITZER, Heicke  
2004 *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., München: Beck Verlag.
- MICHALSKI, Lutz  
1989 *Das Gesellschafts- und Kartellrecht der berufsrechtlich gebundenen freien Berufe*, Köln: Verlag Otto Schmidt.
- MONTAG, Frank & DOHMS, Rüdiger  
1993 “Minderheitsbeteiligungen im deutschen und EG-Kartellrecht”, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, vol. 41, pp. 275-295.
- MORAIS, L. Silva  
2006 *Empresas Comuns (Joint Ventures) no Direito Comunitário da Concorrência*, Coimbra: Almedina.  
2009a *Direito da Concorrência – Perspectivas do seu Ensino*, Coimbra: Almedina.  
2009b *Os Conceitos de Objecto e Efeito Restritivos da Concorrência e a Prescrição de Infracções da Concorrência*, Coimbra: Almedina.
- PAIS, S. Oliveira  
1996 *O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência*, Coimbra: Almedina.  
1997 *O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Português – Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro*, Porto: UCP.  
2006 “O Novo Regime do Controlo das Concentrações de Empresas na Lei n.º 18/2003”, in AA.VV., *Concorrência – Estudos*, pp. 71-101, Coimbra: Almedina.
- PASCHE, Marian  
1989 *Der Zusammenschlussbegriff des Fusionskontrollrechts*, Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft.
- PERANDONES, Pablo Girgado  
2007 *Grupos de Empresas y Derecho Antitrust – La Aplicación de las Normas Anticolusorias en las Relaciones Intragruppo*, Madrid: Marcial Pons.
- POHLMANN, Petra  
1999 *Der Unternehmensverbund im Europäischen Kartellrecht*, Berlin: Duncker & Humblot.

RICARDO, F. Pereira

2010 “A Aquisição de Participações ou de Activos da Empresa Insolvente e o Conceito de Concentração de Empresas”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, n.º 4, pp. 53-63.

RITTER, Lennard & BRAUN, David

2005 *European Competition Law*, 3.<sup>a</sup> ed., The Hague: Kluwer Law International.

ROTH, Wulf-Henning

2006 “Zum Unternehmensbegriff im europäischen Kartellrecht”, in *Festschrift für Rainer Bechtold*, München: Beck Verlag, pp. 393-408.

RUSU, C. Stefan

2010 *European Merger Control: The Challenges Raised by Twenty Years of Enforcement Experience*, The Netherlands: Kluwers Wolters International.

SLAUGHTER & MAY

2011 *UK Merger Control Under Enterprise Act 2002*, London: Working Paper.

SPADAFORA, Antonio

1990 “La Nozione di Impresa nel Diritto Comunitario”, in *Giustizia Civile*, vol. XL, II, pp. 283-301.

STEINDORF, Ernst

1980 “Gemeinschaftsunternehmen mit zwei paritätisch beteiligten Gesellschaftern”, in *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 33, pp. 1921-1924.

1982 *Wettbewerbliche Einheit und Kartellrechtliche Vermutungen*, Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft.

ULMER, Peter

1977 “Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht”, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 141, pp. 466-477.

ULSHÖFER, Matthias

2003 *Kontrollerwerb in der Fusionskontrolle. Eine Untersuchung im europäischen, deutschen und US-amerikanischen Fusionskontrollrecht*, Baden-Baden: Nomos.

VARONA, E. Navarro

2005 *Merger Control in the European Union: Law, Economics and Practice*, Oxford/ New York: Oxford University Press.

VENTURA, Raúl

1992 *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades*, Coimbra: Almedina.

WERTENBRUCH, Johannes

1990 *Die Rechtsfolgen der Doppelkontrolle von Gemeinschaftsunternehmen nach dem  
GWB*, Köln: Carl Heymanns.

WIEDEMANN, Gerhard

2008 *Handbuch des Kartellrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., München: C.F. Beck Verlag.