

## II

(Comunicações)

COMUNICAÇÕES ORIUNDAS DAS INSTITUIÇÕES E DOS ÓRGÃOS DA  
UNIÃO EUROPEIA

## COMISSÃO

**Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do  
Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão**

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(2008/C 267/01)

## I. INTRODUÇÃO

1. O Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas <sup>(1)</sup> (em seguida designado «Regulamento das concentrações») prevê expressamente no n.º 2 do seu artigo 6.º e no n.º 2 do seu artigo 8.º que a Comissão pode decidir declarar uma concentração compatível com o mercado comum na sequência das alterações introduzidas pelas partes <sup>(2)</sup>, tanto antes como após o início do processo. Para o efeito, a Comissão pode acompanhar a sua decisão de condições e obrigações destinadas a garantir que as empresas em causa cumprem os compromissos perante ela assumidos para tornar a concentração compatível com o mercado comum <sup>(3)</sup>.
2. A presente Comunicação tem como objectivo fornecer orientações no que respeita às alterações introduzidas nas concentrações, nomeadamente os compromissos assumidos neste sentido pelas empresas em causa. Estas alterações são normalmente denominadas «medidas de correcção», uma vez que visam eliminar as preocupações de concorrência <sup>(4)</sup> identificadas pela Comissão. As orientações definidas na presente Comunicação reflectem a evolução da experiência adquirida pela Comissão a nível da apreciação, aceitação e aplicação de medidas de correcção nos termos do Regulamento das concentrações, desde a sua entrada em vigor em 21 de Setembro de 1990. O reexame da Comunicação da Comissão de 2001 sobre as soluções passíveis de serem aceites <sup>(5)</sup> decorre da entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 139/2004 (Regulamento das concentrações reformulado) <sup>(6)</sup> e do Regulamento (CE)

<sup>(1)</sup> JO L 24 de 29.1.2004, pp. 1 a 22.

<sup>(2)</sup> As alusões a «partes» e «partes na concentração» englobam igualmente as situações em que existe somente uma parte notificante.

<sup>(3)</sup> N.º 2, segundo parágrafo, do artigo 6.º e n.º 2, segundo parágrafo, do artigo 8.º, respectivamente. Ver igualmente o trigésimo considerando do Regulamento das concentrações que prevê o seguinte: «Quando as empresas em causa alteram uma concentração notificada, em especial propondo compromissos para tornar a concentração compatível com o mercado comum, a Comissão poderá declarar a concentração, tal como alterada, compatível com o mercado comum». Tais compromissos deverão ser proporcionais ao problema da concorrência e permitir a sua total eliminação. Este considerando explica ainda o seguinte: «É também oportuno aceitar compromissos antes do início do processo quando o problema de concorrência é rapidamente identificável e pode ser facilmente sanado».

<sup>(4)</sup> Salvo indicação em contrário, a expressão «preocupações de concorrência» corresponde, no resto de texto e em função da etapa do processo, a sérias dúvidas ou a conclusões preliminares quanto ao facto de a concentração ser susceptível de entrar de forma significativa a concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial do mesmo, nomeadamente em consequência da criação ou do reforço de uma posição dominante.

<sup>(5)</sup> Comunicação da Comissão sobre as soluções passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão (JO C 68 de 2.3.2001, p. 3).

<sup>(6)</sup> Regulamento que substitui o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho (JO L 395 de 30.12.1989, versão rectificada no JO L 257 de 21.9.1990, p. 13).

n.º 802/2004 da Comissão <sup>(1)</sup> (o «Regulamento de execução») em 1 de Maio de 2004, da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Primeira Instância, das conclusões extraídas da avaliação *ex post* sistemática, pela Comissão, das medidas de correcção propostas anteriormente <sup>(2)</sup> e da prática decisória da Comissão nos processos que deram origem a medidas de correcção nos últimos anos. Os princípios enunciados na presente Comunicação serão aplicados, desenvolvidos e aperfeiçoados pela Comissão no âmbito dos processos específicos. As orientações enunciatas na presente Comunicação não prejudicam a interpretação que possa ser dada pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias.

3. A presente Comunicação delinea os princípios gerais que se aplicam às medidas de correcção passíveis de serem aceites pela Comissão, os principais tipos de compromissos que podem ser por ela aceites nos processos ao abrigo do Regulamento das concentrações, os requisitos específicos que as propostas de compromissos devem satisfazer em ambas as fases do processo e as principais condições a respeitar na execução dos referidos compromissos. Em todo o caso, a Comissão tomará devidamente em consideração as circunstâncias específicas de cada caso singular.

## II. PRINCÍPIOS GERAIS

4. Nos termos do Regulamento das concentrações, a Comissão aprecia a compatibilidade de uma concentração notificada com o mercado comum em função do seu efeito sobre a estrutura da concorrência na Comunidade <sup>(3)</sup>. O critério para determinar a compatibilidade nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 2.º do Regulamento das concentrações consiste em apurar se uma concentração entravaria significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante. Uma concentração que entrave significativamente a concorrência efectiva, tal como acima descrito, é incompatível com o mercado comum, sendo a Comissão obrigada a proibi-la. Aquando da criação de uma empresa comum, a Comissão examinará igualmente a concentração nos termos do n.º 4 do artigo 2.º do Regulamento das concentrações. Os princípios enunciados na presente Comunicação também serão aplicáveis, de modo geral, às medidas de correcção apresentadas para eliminar as preocupações de concorrência identificadas nos termos do n.º 4 do artigo 2.º.
5. Quando uma concentração suscita preocupações de concorrência, pelo facto de ser susceptível de entrar significativamente a concorrência efectiva, nomeadamente devido à criação ou ao reforço de uma posição dominante, as partes podem pretender alterar a operação a fim de suprimir as preocupações de concorrência e obter, assim, a respectiva aprovação. Estas alterações podem ser plenamente aplicadas antes da adopção de uma decisão de autorização. Todavia, uma prática mais corrente consiste em as partes apresentarem compromissos com vista a tornar a concentração compatível com o mercado comum e que esses compromissos sejam executados após a respectiva autorização.
6. Em conformidade com a estrutura do Regulamento das concentrações, incumbe à Comissão demonstrar que uma concentração entravaria de forma significativa a concorrência <sup>(4)</sup>. A Comissão informa as partes das suas preocupações de concorrência, a fim de lhes permitir apresentar propostas de medidas de correcção adequadas e pertinentes <sup>(5)</sup>. Cabe em seguida às partes na concentração apresentar compromissos; a Comissão não está em condições de impor unilateralmente quaisquer condições para a adopção de uma decisão de autorização, apenas podendo fazê-lo com base nos compromissos assumidos pelas partes <sup>(6)</sup>. A Comissão informará as partes sobre a sua apreciação preliminar das medidas de correcção propostas. No entanto, se as partes não apresentarem uma proposta válida de medidas

<sup>(1)</sup> Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004, de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO L 133 de 30.4.2004, p. 1). Este regulamento substitui o Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão de execução do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO L 61 de 2.3.1998, p. 1).

<sup>(2)</sup> DG COMP, *Merger Remedies Study*, Outubro de 2005.

<sup>(3)</sup> Sexto considerando do Regulamento das concentrações.

<sup>(4)</sup> Na Fase I, antes da emissão de uma Comunicação de Objecções, tal corresponde a *sérias dúvidas* quanto a um entrave significativo à concorrência efectiva.

<sup>(5)</sup> O Regulamento das concentrações prevê etapas formais em que as partes são informadas das preocupações de concorrência identificadas pela Comissão (decisão adoptada nos termos do n.º 1, alínea c), do artigo 6.º, comunicação de objecções). Além disso, as melhores práticas da DG Concorrência relativamente à tramitação dos processos de controlo das concentrações comunitárias prevêem a organização de «reuniões para fazer o ponto da situação» em etapas fundamentais do processo, a fim de permitir à Comissão explicar as suas preocupações às partes, permitindo a estas últimas reagir mediante propostas de medidas de correcção adequadas.

<sup>(6)</sup> Acórdão do TPI no processo T-210/01, *General Electric/Comissão* [2005], Col. II-5575, ponto 52 e 612; ver acórdão do TPI no processo T-87/05, *EDP/Comissão* [2005], Col. II-3745, ponto 105.

de correcção adequadas para eliminar as preocupações de concorrência, não restará outra alternativa à Comissão senão a de adoptar uma decisão de proibição <sup>(1)</sup>.

7. A Comissão deve apreciar se as medidas de correcção propostas, uma vez aplicadas, suprimiriam as preocupações de concorrência identificadas. Só as partes dispõem de todas as informações pertinentes necessárias para uma apreciação deste tipo, nomeadamente no que diz respeito à exequibilidade dos compromissos propostos, bem como à viabilidade e competitividade dos activos que propõem para efeitos de alienação. Incumbe-lhes assim prestar todas as informações disponíveis a esse respeito e que sejam necessárias para que a Comissão aprecie as medidas de correcção propostas. Para o efeito, o Regulamento de execução obriga as partes notificantes a facultar, juntamente com os compromissos, informações pormenorizadas sobre o conteúdo dos compromissos propostos e as suas condições de execução e que comprovem o seu carácter adequado para suprimir qualquer entrave significativo à concorrência efectiva, tal como previsto no anexo ao Regulamento de execução («formulário CO»). No que se refere aos compromissos que consistam na alienação de uma actividade, as partes devem descrever em pormenor a forma como a actividade a alienar é actualmente explorada. Estas informações permitirão à Comissão apreciar a viabilidade, a competitividade e o valor comercial da actividade através de uma comparação do seu modo de funcionamento nessa data com o seu alcance proposto ao abrigo dos compromissos. A Comissão pode adaptar os requisitos específicos em função das informações necessárias no caso em consideração e estará disponível para discutir com as partes o âmbito das informações exigidas antes da transmissão do formulário CO.
8. Muito embora as partes devam propor compromissos suficientes para eliminar as preocupações de concorrência e apresentar as informações necessárias para a sua apreciação, incumbe à Comissão determinar se uma concentração, tal como alterada pelos compromissos propostos de forma válida, deve ser declarada incompatível com o mercado comum por criar, não obstante estes compromissos, um entrave significativo à concorrência efectiva. O ónus da prova para efeitos de uma proibição ou autorização de uma concentração alterada por uma proposta de compromissos está assim sujeito aos mesmos critérios que os aplicáveis a uma concentração inalterada <sup>(2)</sup>.

#### *Condições de base para compromissos aceitáveis*

9. Nos termos do Regulamento das concentrações, a Comissão só está habilitada a aceitar compromissos que sejam considerados susceptíveis de tornar a concentração compatível com o mercado comum, por forma a impedir um entrave significativo à concorrência efectiva. Os compromissos devem suprimir plenamente as preocupações de concorrência <sup>(3)</sup>, devendo ser abrangentes e eficazes sob todos os pontos de vista <sup>(4)</sup>. Além disso, os compromissos devem ser susceptíveis de uma execução efectiva a curto prazo, uma vez que a manutenção das condições de concorrência no mercado apenas será possível após o cumprimento dos compromissos.
10. Os compromissos estruturais, nomeadamente as alienações, propostos pelas partes apenas preencherão estas condições na medida em que a Comissão puder concluir, com o grau de certeza necessário, que a sua aplicação é possível e que as novas estruturas comerciais daí resultantes serão suficientemente viáveis e duradouras para assegurar a não concretização de um entrave significativo à concorrência efectiva <sup>(5)</sup>.
11. O grau de certeza necessário quanto à execução dos compromissos propostos pode ser nomeadamente afectado pelos riscos associados à transferência da actividade a alienar, tais como as condições fixadas pelas partes para a alienação, os direitos de terceiros em relação a esta actividade ou as dúvidas quanto

<sup>(1)</sup> Ver processo COMP/M.2220 — GE/Honeywell, decisão de 3 de Julho de 2001, confirmada pelo acórdão do TPI no processo T-210/01, General Electric/Comissão [2005], Col. II-5575, pontos 555 e seguintes, pontos 612 e seguintes; processo COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP, decisão de 9 de Dezembro de 2004, confirmada pelo acórdão do TPI no processo T-87/05, EDP/Comissão [2005], Col. II-3745, pontos 63 e seguintes, pontos 75 e seguintes; processo IV/M.469 — MSG Media Service, decisão de 9 de Novembro de 1994; processo IV/M.490 — Nordic Satellite Distribution, decisão de 19 de Julho de 1995; processo IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol, decisão de 20 de Setembro de 1995; processo IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere, decisão de 27 de Maio de 1998; processo IV/M.1027 — Deutsche Telekom BetaResearch, decisão de 27 de Maio de 1998; processo IV/M.774 — St Gobain/Wacker Chemie, decisão de 4 de Dezembro de 1996; processo IV/M.53 — Aerospatiale/Alenia/de Havilland, decisão de 2 de Outubro de 1991; processo IV/M.619 — Gencor/Lonrho, decisão de 24 de Abril de 1996, confirmada pelo acórdão do TPI no processo T-102/96, Gencor/Comissão [1999], Col. II-753.

<sup>(2)</sup> Ver acórdão do TPI no processo T-87/05, EDP/Comissão [2005], Col. II-3745, pontos 62 e seguintes.

<sup>(3)</sup> Ver considerando 30 do Regulamento das concentrações e o acórdão proferido pelo TPI no processo T-282/02, Cementbouw/Comissão [2006], Col. II-319, ponto 307.

<sup>(4)</sup> TPI, processo T-210/01, General Electric/Comissão [2005], Col. II-5575, ponto 52; processo T-87/05, EDP/Comissão, [2005], Col. II-3745, ponto 105.

<sup>(5)</sup> TPI, processo T-210/01, General Electric/Comissão [2005], Col. II-5575, pontos 555, 612.

à possibilidade de encontrar um adquirente adequado, bem como os riscos ligados à deterioração dos activos até à realização da alienação. Incumbe às partes eliminar estas incertezas no que respeita à execução da medida de correcção aquando da sua apresentação à Comissão <sup>(1)</sup>.

12. Aquando da apreciação da segunda condição, com vista a determinar se o compromisso proposto é susceptível de eliminar as preocupações de concorrência identificadas, a Comissão terá em conta todos os factores relevantes relacionados com a medida propriamente dita, incluindo nomeadamente o tipo, dimensão e alcance da medida de correcção proposta, avaliados em função da estrutura e das características específicas do mercado em que se levantam as preocupações de concorrência, incluindo a posição das partes e de outros operadores no mercado.
13. Para que os compromissos sejam consentâneos com estes princípios, devem poder ser executados e controlados eficazmente <sup>(2)</sup>. Ao passo que as alienações, uma vez executadas, não requerem quaisquer medidas de acompanhamento suplementares, outros tipos de compromissos exigem mecanismos de controlo eficazes, a fim de garantir que o seu efeito não seja atenuado ou mesmo eliminado pelas partes. Caso contrário, tais compromissos devem ser considerados como simples declarações das intenções das partes, não correspondendo a obrigações vinculativas uma vez que, na ausência de mecanismos de controlo eficazes, qualquer infracção pode não resultar na revogação da decisão, em conformidade com as disposições do Regulamento das concentrações <sup>(3)</sup>.
14. Todavia, quando as partes apresentarem propostas de medidas de correcção cuja extensão e complexidade seja de molde a não tornar possível que a Comissão determine, com o grau de certeza necessário, no momento da sua decisão, que estas serão plenamente aplicadas e susceptíveis de manter a concorrência efectiva no mercado, não pode ser concedida uma decisão de autorização <sup>(4)</sup>. A Comissão pode recusar essas medidas de correcção, invocando nomeadamente o facto de a sua aplicação não poder ser controlada de forma eficaz e que a falta de um controlo efectivo limita, ou suprime até, o efeito dos compromissos propostos.

#### *Carácter adequado dos diferentes tipos de medidas de correcção*

15. De acordo com a jurisprudência do Tribunal, o objectivo fundamental dos compromissos consiste em garantir estruturas concorrenciais no mercado <sup>(5)</sup>. Deste modo, os compromissos que assumam uma natureza estrutural, tal como a alienação de uma actividade comercial, são geralmente preferíveis do ponto de vista do objectivo definido pelo Regulamento das concentrações, dado que esses compromissos eliminam de forma duradoura as preocupações de concorrência suscitadas pela concentração conforme notificada, não exigindo, além disso, medidas de acompanhamento a médio ou a longo prazo. Não obstante, não é de excluir *a priori* que outros tipos de compromissos possam ser igualmente susceptíveis de impedir a criação de um entrave significativo à concorrência efectiva <sup>(6)</sup>.
16. A Comissão sublinha que cabe examinar numa base casuística se uma medida de correcção é susceptível de eliminar as preocupações de concorrência identificadas e, mais especificamente, qual o tipo de medida mais adequado para o efeito.
17. No entanto, cabe estabelecer uma distinção geral entre as alienações, outras medidas de correcção estruturais tais como a concessão de acesso a infra-estruturas fundamentais ou a matérias-primas em condições não discriminatórias e os compromissos relativos ao futuro comportamento da entidade resultante da fusão. Os compromissos de alienação asseguram a melhor forma de eliminar as preocupações de concorrência resultantes de sobreposições horizontais, podendo igualmente constituir a

<sup>(1)</sup> Medidas de salvaguarda específicas podem ter como objecto a compensação de certos riscos, consoante a natureza dos mesmos. Por exemplo, o risco decorrente dos direitos de terceiros sobre os activos a alienar pode ser compensado por uma outra proposta de alienação. Estas medidas de salvaguarda serão debatidas de forma mais aprofundada mais à frente.

<sup>(2)</sup> TPI, processo T-177/04, easyJet/Comissão [2006], Col. II-1931, ponto 188.

<sup>(3)</sup> TPI, processo T-177/04, easyJet/Comissão [2006], Col. II-1931, pontos 186 e seguintes; TPI, processo T-87/05, EDP/Comissão [2005], Col. II-3745, ponto 72.

<sup>(4)</sup> Ver, enquanto exemplo de uma medida de correcção complexa e inadequada, o processo COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, decisão de 9 de Dezembro de 2004; confirmada pelo TPI, no seu acórdão proferido no processo T-87/05, EDP/Comissão [2005], Col. II-3745, ponto 102; processo COMP/M.1672 — Volvo/Scania, decisão de 15 de Março de 2000.

<sup>(5)</sup> Ver oitavo considerando do Regulamento das concentrações; acórdão do TPI no processo T-102/96, Gencor/Comissão [1999], Col. II-753, ponto 316; TJCE no processo C-12/03 P, Comissão/Tetra Laval [2005], Col. I-987, ponto 86; acórdão do TPI no processo T-158/00, ARD/Comissão [2003], Col. II-3825, pontos 192 e seguintes.

<sup>(6)</sup> TJCE no processo C-12/03, P Comissão/Tetra Laval [2005], Col. I-987, ponto 86; TPI, acórdão de 25 de Março de 1999 no processo T-102/96, Gencor/Comissão [1999], Col. II-753, pontos 319 e seguintes; TPI, acórdão de 30 de Setembro de 2003 no processo T-158/00, ARD/Comissão [2003], Col. II-3825, ponto 193; TPI, processo T-177/04, easyJet/Comissão [2006], Col. II-1931, ponto 182; TPI, processo T-87/05, EDP/Comissão [2005], Col. II-3745, ponto 101.

melhor solução para resolver problemas quanto a sobreposições verticais ou problemas associados à criação eventual de um conglomerado <sup>(1)</sup>. Outros compromissos estruturais podem ser adequados para suprir todas as preocupações eventuais se tais medidas de correcção forem equiparáveis a alienações em termos dos seus efeitos, como explicado em pormenor mais à frente nos pontos 61 e seguintes. Os compromissos respeitantes ao futuro comportamento da entidade resultante da fusão só podem ser aceites, a título excepcional, em circunstâncias muito específicas <sup>(2)</sup>. Em especial, os compromissos assumidos pelas empresas no sentido de não aumentar os preços, não reduzir a gama de produtos ou não retirar certas marcas do mercado não eliminarão, de modo geral, as preocupações de concorrência resultantes de sobreposições horizontais. Em todo o caso, esses tipos de medidas de correcção só podem ser aceites a título excepcional se a sua viabilidade for plenamente assegurada por uma aplicação e um controlo eficazes, em consonância com o disposto nos pontos 13-14, 66, 69, e caso não apresentem o risco de produzir efeitos de distorção a nível da concorrência <sup>(3)</sup>.

#### *Procedimento*

18. A Comissão pode aceitar compromissos nas duas fases do processo <sup>(4)</sup>. No entanto, tendo em conta que só na Fase II se procede a uma investigação aprofundada do mercado, os compromissos apresentados à Comissão na Fase I devem ser suficientes para eliminar claramente «sérias dúvidas», na acepção do n.º 1, alínea c), do artigo 6.º do Regulamento das concentrações <sup>(5)</sup>. Nos termos do n.º 2 do artigo 10.º do Regulamento das concentrações, a Comissão deve tomar uma decisão de autorização logo que se afigure que já não se colocam as sérias dúvidas referidas no n.º 1, alínea c), do artigo 6.º do referido regulamento, em virtude dos compromissos apresentados pelas partes. Esta regra é aplicável aos compromissos propostos na Fase II do processo antes de a Comissão emitir uma comunicação de objecções <sup>(6)</sup>. Se a Comissão concluir, a título preliminar, que a concentração cria um entrave significativo à concorrência efectiva e emitir uma comunicação de objecções, os compromissos devem ser suficientes para eliminar esse entrave significativo à concorrência efectiva.
19. Muito embora os compromissos devam ser propostos pelas partes, a Comissão assegurará a aplicabilidade dos compromissos, subordinando a autorização da concentração à sua observância. Cabe estabelecer uma distinção entre condições e obrigações. A exigência de concretização de uma mudança estrutural do mercado deve estar sujeita a condições como, por exemplo, a alienação de uma actividade. As medidas de execução necessárias para atingir este resultado constituem, em geral, obrigações impostas às partes, por exemplo, a nomeação de um administrador com o mandato irrevogável de proceder à venda dessa actividade.
20. Sempre que as empresas em causa infringam uma obrigação, a Comissão pode revogar, por força do n.º 2 do artigo 6.º ou do n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento das concentrações, as decisões de autorização tomadas, respectivamente, nos termos do n.º 3 do artigo 6.º ou do n.º 6 do artigo 8.º do referido regulamento. Em caso de incumprimento de uma obrigação, podem ser igualmente aplicadas às partes coimas ou sanções pecuniárias compulsórias nos termos do n.º 2, alínea d), do artigo 14.º e do n.º 1, alínea c), do artigo 15.º, respectivamente, do Regulamento das concentrações. Contudo, sempre que uma condição for infringida, por exemplo, uma actividade não é alienada no prazo previsto nos compromissos ou é posteriormente readquirida, a decisão de compatibilidade deixa de ser aplicável. Nestas circunstâncias, a Comissão pode, em primeiro lugar, adoptar medidas provisórias adequadas para manter condições de uma concorrência efectiva nos termos do n.º 5, alínea b), do artigo 8.º do Regulamento das concentrações. Em segundo lugar, caso estejam reunidas as condições previstas no n.º 4, alínea b), do artigo 8.º, pode ordenar a adopção de qualquer medida adequada para garantir que as empresas em causa procedam à dissolução da concentração ou tomar outras medidas para restabelecer a situação ou, em conformidade com o n.º 7 do artigo 8.º, tomar uma decisão ao abrigo dos n.ºs 1 a 3 deste artigo. Além disso, podem ser impostas coimas às partes, conforme previsto no n.º 2, alínea c), do artigo 14.º.

<sup>(1)</sup> Ver alienação das instalações de armazenagem no processo COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2, decisão de 14 de Março de 2006, pontos 170 e seguintes; processo COMP/M.3696 — E.ON/MOL, decisão de 21 de Dezembro de 2005, pontos 735 e seguintes, enquanto exemplos da «desagregação da propriedade» no intuito de eliminar vínculos estruturais entre as partes no sector da armazenagem do gás; ver igualmente processo COMP/M.4314 — Johnson & Johnson/Pfizer, decisão de 11 de Dezembro de 2006, processo COMP/M.4494 — Evraz/Highveld, decisão de 20 de Fevereiro de 2007.

<sup>(2)</sup> Ver, em relação aos efeitos de conglomerado de uma concentração, TJCE, acórdão de 15 de Fevereiro de 2005 no processo C-12/03 P, Comissão/Tetra Laval [2005], Col. I-987, pontos 85 e 89.

<sup>(3)</sup> Por exemplo, os compromissos relativos a determinadas práticas em matéria de fixação de preços, como a imposição de limites de preços, que apresentam o risco de conduzir a um alinhamento anticoncorrencial dos preços dos concorrentes.

<sup>(4)</sup> Tal como previsto no considerando 30 do Regulamento das concentrações, a Comissão assegurará a transparência e uma consulta efectiva dos Estados-Membros em ambas as fases do processo.

<sup>(5)</sup> Os compromissos na Fase I só podem ser aceites em determinados tipos de situações — ver ponto 81.

<sup>(6)</sup> Ver, nomeadamente, processo COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, decisão de 23 de Julho de 2003; processo COMP/M.2861 — Siemens/Drägerwerk/EC, decisão de 30 de Abril de 2003; processo IV/JV.15 — BT/AT & T, decisão de 30 de Março de 1999; processo IV/M.1532 — BP Amoco/Arco, decisão de 29 de Setembro de 1999.

*Modelos para os compromissos de alienação*

21. Os serviços da Comissão publicaram um guia de boas práticas relativamente aos compromissos de alienação («*Best Practice Guidelines for divestiture commitments*»), que comportam um modelo para os compromissos de alienação («*Model Text for Divestiture Commitments*») e um modelo para o mandato do administrador («*Model Text for Trustee Mandates*») <sup>(1)</sup>. Estes modelos não se destinam a abranger de forma exaustiva todas as questões que possam vir a colocar-se na globalidade dos casos, não sendo também juridicamente vinculativos para as partes num processo de concentração. Servem de complemento à presente Comunicação, uma vez que apresentam as modalidades habituais assumidas pelos compromissos de alienação num formato susceptível de ser utilizado pelas partes. Simultaneamente, os modelos conferem uma certa margem de flexibilidade, tendo em vista a sua adaptação aos requisitos de cada caso específico.

**III. DIFERENTES TIPOS DE MEDIDAS DE CORRECÇÃO****1. Alienação de uma actividade a um adquirente adequado**

22. Quando uma concentração projectada ameaça entrar de forma significativa a concorrência efectiva, a forma mais eficaz de manter esta concorrência, para além da proibição da operação, consiste em criar as condições para o aparecimento de um novo concorrente ou para o reforço dos concorrentes existentes através de uma alienação a realizar pelas partes na concentração.

*1.1. Alienação de uma actividade viável e concorrencial*

23. As entidades alienadas devem constituir uma actividade viável que, no caso de ser explorada por um adquirente adequado, possa concorrer eficazmente numa base duradoura com a entidade resultante da concentração, sendo alienada enquanto empresa em actividade <sup>(2)</sup>. A fim de garantir a viabilidade da actividade, pode ser igualmente necessário incluir vertentes relacionadas com mercados em que a Comissão não identificou preocupações de concorrência, se a criação de um concorrente eficaz nos mercados afectados assim o exigir <sup>(3)</sup>.
24. Aquando da apresentação de uma proposta de alienação de uma actividade viável, é necessário ter em conta as incertezas e os riscos associados à transferência de uma actividade para um novo proprietário. Tais riscos podem limitar o impacto concorrencial da actividade alienada e, deste modo, conduzir a uma situação de mercado em que as preocupações de concorrência não serão forçosamente dissipadas.

*Âmbito da actividade a alienar*

25. A actividade deve incluir todos os activos que contribuem para o seu funcionamento actual ou que sejam necessários para assegurar a sua viabilidade e competitividade, bem como todos o pessoal no activo nessa data ou necessários para assegurar a viabilidade e a competitividade dessa actividade <sup>(4)</sup>.
26. O pessoal e os activos que estejam, no momento da operação, repartidos entre a actividade a alienar e outras actividades das partes, mas que contribuam para a exploração da actividade ou que sejam necessários para assegurar a sua viabilidade e competitividade, devem igualmente ser incluídos no quadro da alienação. Caso contrário, a viabilidade e a competitividade da actividade serão comprometidas. Deste modo, a actividade a alienar deve englobar os efectivos que desempenham funções essenciais para a mesma como, por exemplo, o pessoal afectado à I&D a nível do grupo e à tecnologia de informação, mesmo se o referido pessoal for nesse momento empregue numa outra unidade empresarial das partes — pelo menos numa medida suficiente para dar resposta às necessidades correntes da actividade alienada. De igual forma, devem ser incluídos os activos partilhados, mesmo que estes sejam da propriedade ou afectados a uma outra unidade empresarial.

<sup>(1)</sup> Este guia foi publicado em Maio de 2003 e pode ser consultado no sítio Web da DG COMP (<http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/legislation.html>). Estes modelos podem ser continuamente actualizados e, caso necessário, poderá vir a ser publicado um outro guia de boas práticas no domínio das medidas de correcção.

<sup>(2)</sup> Tal engloba, em certas condições, as actividades que devem ser dissociadas de uma actividade de uma parte ou de activos individuais; ver pontos 35 e seguintes.

<sup>(3)</sup> Processo IV/M.913 — SIEMENS/Elektrowatt de 18 de Novembro de 1997; processo IV/M.1578 — Sanitec/Sphinx de 1 de Dezembro de 1999, ponto 255; processo COMP/M.1802 — Unilever/Amora-Maille de 8 de Março de 2000; processo COMP/M.1990 — Unilever/Bestfoods, decisão de 28 de Setembro de 2000.

<sup>(4)</sup> As partes notificantes devem assumir um compromisso no sentido de que a actividade a alienar incluirá todos estes activos e efectivos. Se a descrição pormenorizada da actividade, a apresentar pelas partes conforme previsto no ponto 27, se afigurar posteriormente incompleta a esse respeito e se as partes não complementarem essa actividade com os activos ou efectivos suplementares necessários, a Comissão pode ponderar a possibilidade de revogar a sua decisão de autorização condicional.

27. A fim de que a Comissão esteja em condições de determinar o âmbito da actividade a alienar, as partes devem incluir uma definição exacta a este respeito nos compromissos («descrição da actividade»). Esta descrição deve ser adaptada ao caso específico em consideração e deve conter todos os elementos que fazem parte integrante da actividade a alienar: activos corpóreos (por exemplo, actividades de I&D, produção, distribuição, venda e comercialização) e incorpóreos (tais como direitos de propriedade intelectual, saber fazer e *know-how*); licenças, aprovações e autorizações emitidas por organismos públicos a favor da entidade; contratos, locações financeiras e compromissos (por exemplo, acordos com fornecedores e clientes) em benefício da actividade a alienar; e ainda ficheiros de clientes, créditos e outros tipos de registos. Na descrição da actividade, as partes devem indicar em linhas gerais os efectivos a transferir, incluindo os efectivos destacados e os agentes temporários, e incluir uma lista dos efectivos cruciais, ou seja, aqueles que sejam essenciais para a viabilidade e a competitividade da actividade. A transferência destes efectivos será assegurada sem prejuízo da aplicação das Directivas do Conselho relativas aos despedimentos colectivos <sup>(1)</sup>, à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas <sup>(2)</sup> e ao procedimento de informação e consulta dos trabalhadores <sup>(3)</sup>, bem como das disposições nacionais de transposição dessas directivas e de outras regulamentações nacionais. A medida de correcção deve ser acompanhada de um compromisso das partes no sentido de se absterem de atrair os efectivos essenciais pelas partes.
28. Na descrição da actividade, as partes devem igualmente definir as modalidades do seu fornecimento de produtos e serviços à entidade alienada ou vice-versa. Essa prossecução das relações da entidade alienada pode ser necessária para a manutenção da sua plena viabilidade e competitividade económicas durante um período transitório. A Comissão apenas aceitará mecanismos deste tipo se não afectarem a independência da entidade alienada em relação às partes.
29. A fim de evitar qualquer mal-entendido quanto à actividade a alienar, as partes devem expressamente excluir dos seus compromissos os activos ou os efectivos afectados ou empregues no âmbito da referida actividade mas que, segundo as partes, não devam ser transferidos no quadro da alienação. A Comissão só poderá aceitar essa exclusão de activos ou pessoal se as partes puderem demonstrar inequivocamente que tal não afectará a viabilidade e a competitividade da actividade.
30. A actividade a alienar deve ser viável enquanto tal. Daí que os recursos de um eventual adquirente futuro ou simplesmente presumido não sejam tidos em conta pela Comissão quando procede à apreciação da medida de correcção. A situação diverge se, já durante o desenrolar do processo, for celebrado um acordo de compra e venda com um adquirente específico cujos recursos possam ser tomados em consideração para efeitos da apreciação do compromisso. Esta situação será abordada de forma mais aprofundada nos pontos 56 e seguintes.
31. Uma vez identificado um adquirente após a adopção de uma decisão de autorização, alguns activos ou efectivos incluídos na actividade alienada podem não ser necessários para o referido adquirente. Aquando do processo de aprovação do adquirente, a Comissão pode, a pedido das partes, aprovar a alienação da actividade ao adquirente proposto excluindo um ou vários activos ou efectivos, desde que tal não afecte a viabilidade e a competitividade da actividade a alienar após a sua venda, tendo em conta os recursos do adquirente proposto.

#### 1.2. Entidade autónoma e condições para aceitar medidas alternativas

32. Normalmente, uma entidade viável é uma actividade susceptível de ser explorada numa base autónoma, isto é, de forma independente das partes na concentração, no que diz respeito ao fornecimento de matérias-primas e a outras formas de cooperação, findo um período transitório.

<sup>(1)</sup> Directiva 98/59/CE do Conselho, de 20 de Julho de 1998, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos despedimentos colectivos (JO L 225 de 12.8.1998, p. 16).

<sup>(2)</sup> Directiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos (JO L 82 de 22.3.2001, p. 16).

<sup>(3)</sup> Directiva 94/45/CE do Conselho, de 22 de Setembro de 1994, relativa à instituição de um conselho de empresa europeu ou de um procedimento de informação e consulta dos trabalhadores nas empresas ou grupos de empresas de dimensão comunitária (JO L 254 de 30.9.1994, p. 64). Directiva 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 2002, que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta dos trabalhadores na Comunidade Europeia (JO L 80 de 23.3.2002, p. 29).

33. A Comissão manifesta a sua clara preferência por uma actividade autónoma existente. Tal pode assumir a forma de uma empresa ou de um grupo de empresas já existente, ou ainda de um departamento que até aí não se encontrava constituída sob a forma de sociedade.
34. Quando o problema de concorrência resultar de uma sobreposição horizontal, as partes devem poder optar entre duas actividades. No caso de uma oferta hostil, um compromisso que preveja a alienação das actividades da empresa-alvo pode, se as partes notificantes dispuserem de informações limitadas sobre a actividade a alienar, aumentar o risco de esta actividade não resultar, após a sua alienação, num concorrente viável em condições de concorrer eficazmente no mercado numa base duradoura. Consequentemente, neste tipo de cenários, pode ser mais adequado que as partes proponham a alienação de actividades pertencentes ao adquirente.

#### *Dissociação de actividades*

35. Apesar de a Comissão exigir normalmente a alienação de uma entidade viável numa base autónoma, pode também, atendendo ao princípio da proporcionalidade, ter em conta a alienação de actividades estreitamente ligadas ou parcialmente integradas nas actividades conservadas pelas partes e que devem, por conseguinte, ser objecto de uma «dissociação» neste quadro. A fim de atenuar, tanto quanto possível, os riscos em termos de viabilidade e competitividade, as partes podem igualmente apresentar compromissos que proponham a dissociação das vertentes de uma actividade existente que não devam ser forçosamente alienadas. Com efeito, a entidade alienada nessas circunstâncias constitui uma actividade existente e autónoma, apesar de as partes poderem, através de uma «dissociação inversa», separar um número limitado de elementos que pretendam conservar.
36. Em todo o caso, a Comissão apenas poderá aceitar compromissos que prevejam a dissociação de uma actividade se estiver convicta que a actividade alienada constituirá, pelo menos na data da sua transferência para o adquirente, uma actividade viável e autónoma e que os riscos para a sua viabilidade e competitividade decorrentes desta dissociação serão assim reduzidos ao mínimo indispensável. Por conseguinte, tal como explicado no ponto 113, as partes devem assegurar que a dissociação de actividades seja iniciada no período provisório, ou seja, no período compreendido entre a adopção da decisão da Comissão e a conclusão da alienação (o que equivale à transferência da propriedade jurídica e factual da actividade para o adquirente). No termo deste período, será assim alienada uma actividade viável e autónoma. Se tal não for possível ou se a dissociação de actividades se revelar particularmente difícil, as partes podem proporcionar à Comissão o grau de segurança que esta requer, propondo uma solução relativa a um adquirente inicial, tal como explicado mais à frente no ponto 55.

#### *Alienação de activos, nomeadamente marcas e licenças*

37. Uma alienação que consista na combinação de certos activos que não tenham anteriormente constituído uma actividade homogénea e viável suscita riscos a nível da viabilidade e competitividade da nova entidade daí resultante. Tal é nomeadamente o caso se os activos pertencerem a várias partes. Esta abordagem só pode ser aceite pela Comissão se a viabilidade da actividade for garantida, não obstante o facto de os activos não terem anteriormente constituído uma actividade homogénea. Tal pode ser o caso se os diferentes activos puderem ser já considerados como uma entidade viável e concorrencial <sup>(1)</sup>. De igual forma, somente em casos excepcionais é que um conjunto de activos a alienar, englobando apenas marcas e activos de produção e/ou distribuição correspondentes, será considerado suficiente para criar as condições para uma concorrência efectiva <sup>(2)</sup>. Nessas circunstâncias, o conjunto de marcas e activos deve ser suficiente para permitir à Comissão concluir que a nova entidade daí resultante será imediatamente viável nas mãos de um adquirente adequado.
38. A alienação de uma actividade afigura-se em geral preferível à concessão de licenças sobre direitos de propriedade intelectual, uma vez que a concessão de uma licença é fonte de maiores incertezas, não permitirá ao licenciado concorrer imediatamente no mercado, requer uma relação contínua com as partes que pode levar o licenciante a influenciar o comportamento concorrencial do licenciado no

<sup>(1)</sup> Processo COMP/M.1806 — AstraZeneca/Novartis, decisão de 26 de Julho de 2000; COMP/M.1628 — TotalFina/Elf, decisão de 9 de Fevereiro de 2000; processo IV/M.603 — Crown Cork & Seal/CarnaudMetalbox, decisão de 14 de Novembro de 1995.

<sup>(2)</sup> Processo COMP/M.2544 — Masterfoods/Royal Canin, decisão de 15 de Fevereiro de 2002; processo COMP/M.2337 — Nestle/Ralston Purina, decisão de 27 de Julho de 2001; processo IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, decisão de 16 de Janeiro de 1996; processo COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq, decisão de 24 de Junho de 2005.



mercado e pode causar litígios entre o licenciante e o licenciado quanto ao âmbito, bem como às condições e modalidades da licença. Por conseguinte, a concessão de uma licença não será, de modo geral, considerada uma solução adequada sempre que a alienação de uma actividade se afigurar exequível. Se os problemas de concorrência decorrerem da posição de mercado relativamente a uma dada tecnologia ou direitos de propriedade intelectual, a alienação dessa tecnologia ou desses direitos constituirá a medida de correcção preferível, uma vez que suprime uma relação duradoura entre a nova entidade resultante da concentração e os seus concorrentes <sup>(1)</sup>. No entanto, a Comissão pode aceitar acordos de licença como alternativa à alienação, nos casos em que, por exemplo, esta última entravaria a prossecução de uma investigação eficiente em curso ou quando a alienação for impossível devido à natureza da actividade <sup>(2)</sup>. Tais licenças deverão permitir ao respectivo titular concorrer eficazmente com as partes, tal como sucederia após uma alienação. Normalmente, tratar-se-á de licenças exclusivas e não devem estar sujeitas a quaisquer restrições em termos de domínio de utilização, nem a nível geográfico para o licenciado. Em caso de incerteza quanto ao âmbito da licença ou quanto às suas modalidades e condições, as partes deverão alienar os direitos de propriedade intelectual subjacentes, mas poderão celebrar um acordo de retrocessão de licença. Em caso de incerteza quanto à concessão efectiva de uma licença a um licenciado adequado, as partes podem encarar a possibilidade de propor um licenciado inicial ou uma solução prévia, em conformidade com o ponto 56, a fim de permitir à Comissão concluir com o grau de certeza necessário que a medida de correcção será aplicada <sup>(3)</sup>.

#### *Mudança de marca*

39. Em casos excepcionais, a Comissão aceitou compromissos que previam a concessão de uma licença exclusiva, limitada no tempo, relativa a uma dada marca a fim de permitir ao licenciado alterar a marca do produto no prazo previsto. Finda a primeira fase destes compromissos (concessão de uma licença para a alteração da marca), as partes comprometiam-se numa segunda fase a abster-se de qualquer utilização da marca (fase de «blackout»). Tais compromissos tinham como objectivo permitir ao licenciado transferir os clientes da marca objecto de licença para a sua marca própria, com vista à criação de um concorrente viável, sem a alienação duradoura dessa marca objecto de licença.
40. Uma medida de correcção que preveja a alteração da marca comporta riscos substancialmente mais elevados do que uma alienação no que diz respeito ao restabelecimento de uma concorrência efectiva, incluindo a alienação de uma marca: existe, com efeito, um grau de incerteza considerável quanto à questão de saber se o licenciado poderá implantar-se com êxito no mercado enquanto concorrente activo, com base no produto cuja marca tenha sido alterada. Uma medida de correcção deste tipo pode ser aceite nos casos em que a marca em causa seja largamente utilizada e quando uma proporção elevada do volume de negócios por ela gerada for realizada fora dos mercados em que foram identificados problemas de concorrência <sup>(4)</sup>. Nessas circunstâncias, uma medida de correcção que preveja a alteração da marca deve ser definida de molde a garantir a manutenção de uma concorrência eficaz no mercado numa base duradoura mediante a concessão de uma licença, devendo o licenciado tornar-se um concorrente efectivo após a alteração da marca dos produtos.
41. Dado que o êxito dos compromissos relativos à alteração da marca se encontra estreitamente associado à viabilidade da marca que é objecto de licença, devem ser reunidas uma série de condições prévias para a definição de tais compromissos. Em primeiro lugar, a marca a transferir deve ser conhecida e dispor de uma solidez substancial, a fim de garantir simultaneamente a viabilidade imediata da marca objecto de licença e a sua sobrevivência económica durante o período em que se procede à alteração da marca. Em segundo lugar e a fim de assegurar a viabilidade da medida de correcção, pode ser necessária uma parte dos activos de produção ou distribuição dos produtos comercializados sob a marca objecto de licença ou a transferência de saber fazer <sup>(5)</sup>. Em terceiro lugar, a licença deve ser exclusiva e, em princípio, abrangente, ou seja, não se deve limitar a uma dada gama de produtos num mercado

<sup>(1)</sup> Ver processo COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, decisão de 23 de Julho de 2003; processo IV/M.1378 — Hoechst/Rhône-Poulenc, decisão de 9 de Agosto de 1999; processo COMP/M.1601 — Allied Signal/Honeywell, decisão de 1 de Dezembro de 1999; processo COMP/M.1671 — Dow/UCC, decisão de 3 de Maio de 2000.

<sup>(2)</sup> Processo COMP/M.2949 — Finmeccanica/Alenia Telespazio, decisão de 30 de Outubro de 2002; processo COMP/M.3593 — Apolo/Bakelite, decisão de 11 de Abril de 2005, compromisso respeitante à licença relativa a materiais refractários ligados a carbono; em relação a casos no sector farmacêutico, ver processo COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, decisão de 23 de Julho de 2003; processo IV/M.555 — Glaxo/Wellcome, decisão de 28 de Fevereiro de 1995.

<sup>(3)</sup> Ver processo COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, decisão de 23 de Julho de 2003.

<sup>(4)</sup> Contudo, mesmo nestas condições, a alienação da marca pode ser uma solução mais adequada, nomeadamente se a cisão da propriedade da marca daí resultante for prática corrente no sector; ver, em relação ao sector farmacêutico, o processo COMP/M.3544 — Bayer Healthcare/Roche (OTC), decisão de 19 de Novembro de 2004, ponto 59 relativo à alienação da marca Desenex.

<sup>(5)</sup> COMP/M.3149 — Procter & Gamble/Wella, ponto 60; IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, decisão de 16 de Janeiro de 1996, ponto 236 i). Tal é particularmente importante durante a fase de concessão da licença, em que o licenciado deve preparar o lançamento de uma nova marca concorrencial. Isto não se afigura exequível se o adquirente tiver de consagrar recursos significativos ao processo de produção, comercialização e distribuição da marca sob licença; ver COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, decisão de 27 de Julho de 2001, pontos 67 e seguintes; COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, decisão de 8 de Janeiro de 2002, ponto 140.

específico, e deve incluir os direitos de propriedade intelectual, por forma a garantir que os clientes reconheçam o produto cuja marca tenha sido alterada. As partes não serão autorizadas a utilizar termos ou símbolos semelhantes, uma vez que isto poderia comprometer o efeito do processo de alteração da marca <sup>(1)</sup>. Em quarto lugar, a fase de concessão da licença e a fase de «blackout» devem ser suficientemente longos, atendendo às especificidades do caso em consideração, de molde a que a medida de correcção que preveja a alteração da marca tenha efeitos semelhantes a uma alienação <sup>(2)</sup>.

42. A identidade do licenciado potencial será um factor fundamental para o êxito do compromisso. Em caso de incerteza quanto à existência de uma série de licenciados adequados, em condições e dispondo de fortes incentivos para proceder à alteração da marca, as partes poderão encarar a possibilidade de propor uma solução do tipo «licenciado inicial» ou «solução prévia», em conformidade com o estabelecido no ponto 53.

### 1.3. Cláusula de não-reaquisição

43. A fim de manter o efeito estrutural de uma medida de correcção, os compromissos devem prever que a entidade resultante da concentração não poderá subsequentemente adquirir influência <sup>(3)</sup> sobre a actividade alienada, no todo ou em parte. Os compromissos deverão normalmente prever a impossibilidade de reaquisição de uma influência significativa durante um período alargado, em geral de 10 anos. No entanto, os compromissos podem igualmente prever uma derrogação que autorize a Comissão a eximir as partes desta obrigação se vier a verificar subsequentemente que a estrutura do mercado alterou numa medida em que a ausência de influência sobre a actividade alienada deixou de ser necessária para tornar a concentração compatível com o mercado comum. Mesmo na ausência de uma cláusula expressa neste sentido, uma reaquisição da actividade infringiria a obrigação implícita que recai sobre as partes ao abrigo dos compromissos assumidos, uma vez que afectaria a eficácia das medidas de correcção.

### 1.4. Compromissos alternativos em matéria de alienação: as «jóias da coroa»

44. Em certos casos, a concretização da solução de alienação (de uma actividade viável que elimine os problemas de concorrência) preferida pelas partes pode estar envolta em incertezas devido, por exemplo, à existência de direitos de preferência de terceiros ou às associadas à possibilidade de transferência de contratos essenciais ou de direitos de propriedade intelectual, ou ainda em relação à possibilidade de se encontrar um adquirente adequado. Não obstante, as partes podem considerar que se encontram em condições de alienar esta actividade a um adquirente adequado num prazo muito curto.
45. Nestas circunstâncias, a Comissão não pode assumir o risco de, no final, não ser mantida a concorrência efectiva. Consequentemente, apenas aceitará estes compromissos de alienação nas seguintes condições: a) ausência de incerteza, devendo a primeira alienação proposta nos compromissos consistir numa actividade viável, e b) apresentação pelas partes de uma outra possibilidade de alienação que estas serão obrigadas a executar caso não possam executar o primeiro compromisso no prazo previsto para o efeito <sup>(4)</sup>. Esse compromisso alternativo deve ser, em geral, do tipo «jóia da coroa» <sup>(5)</sup>, ou seja, uma vez executado, deve ser pelo menos equivalente ao primeiro em termos de criação de um concorrente viável, não deve suscitar qualquer incerteza relativamente à sua aplicação e deve ser susceptível de uma execução rápida a fim de evitar que o período de aplicação global exceda o que seria normalmente considerado como aceitável nas condições do mercado em causa. A fim de limitar os riscos durante o período provisório, é indispensável que sejam aplicadas a todos os activos incluídos em ambas as soluções alternativas de alienação medidas provisórias de conservação e separação. Além disso, o compromisso deve definir critérios claros e um calendário rigoroso no que diz respeito às modalidades e data de execução da outra possibilidade de alienação, exigindo a Comissão prazos mais curtos para a respectiva aplicação.

<sup>(1)</sup> COMP/M.3149 — Procter & Gamble/Wella, decisão de 30 de Julho de 2003, ponto 61; COMP/M.2337 — Nestlé/Ralstone Purina, decisão de 27 de Julho de 2001, ponto 68; COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, decisão de 8 de Janeiro de 2002, ponto 141; processo IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, decisão de 16 de Janeiro de 1996, ponto 236 ii).

<sup>(2)</sup> Por exemplo, tendo em conta o ciclo de vida dos produtos, cf. COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, decisão de 8 de Janeiro de 2002, ponto 141, em que a duração dos compromissos abrange efectivamente um período correspondente a cerca de três ciclos de vida dos produtos; confirmado pelo acórdão proferido pelo TPI no processo T-119/02, Royal Philips Electronics/Comissão [2003], Col. II-1433, pontos 112 e seguintes.

<sup>(3)</sup> Influência sobre o comportamento concorrencial da actividade alienada pelo proprietário anterior da actividade sobre que ameaça comprometer o objectivo prosseguido pela medida de correcção.

<sup>(4)</sup> Acórdão do TPI no processo T-210/01, General Electric/Comissão [2005], Col. II-5575, ponto 617; processo COMP/M.1453 — AXA/GRE, decisão de 8 de Abril de 1999.

<sup>(5)</sup> O compromisso alternativo pode incidir numa actividade completamente distinta ou, em caso de dúvidas quanto à possibilidade de encontrar um adquirente adequado, em actividades e activos a acrescentar às medidas iniciais.

46. Se prevalecer qualquer incerteza quanto à execução da alienação devido a direitos de terceiros ou associada à possibilidade de encontrar um adquirente adequado, a apresentação de compromissos do tipo «jóia da coroa» e a solução «adquirente inicial» (ver ponto 54) permitem dar resposta às mesmas preocupações, pelo que as partes podem optar entre ambas as estruturas.

#### 1.5. *Transferência para um adquirente adequado*

47. O efeito pretendido da alienação só será alcançado uma vez transferida a actividade para um adquirente adequado e quando este se tornar um importante operador concorrencial, activo no mercado. A capacidade de uma empresa atrair um adquirente adequado constitui um importante elemento a ter em conta na apreciação da Comissão sobre o carácter adequado dos compromissos propostos <sup>(1)</sup>. A fim de garantir que a actividade seja alienada a um adquirente adequado, os compromissos devem enumerar os critérios a serem por ele preenchidos, de molde a permitir à Comissão concluir que a alienação da actividade a esse adquirente será susceptível de eliminar as preocupações de concorrência identificadas.

#### a) *Carácter adequado de um adquirente*

48. Os requisitos normalizados que o adquirente normalmente preencher são os seguintes:

- o adquirente deve ser independente das partes e não dispor de vínculos com as mesmas,
- o adquirente deve possuir recursos financeiros, competências adequadas comprovadas e dispor do incentivo e da capacidade para manter e desenvolver a entidade alienada enquanto operador viável e activo no mercado em concorrência com as partes e outros concorrentes, e
- a aquisição da actividade por um adquirente proposto não deve ser susceptível de dar origem a novos problemas de concorrência, nem suscitar o risco de provocar atrasos na execução dos compromissos propostos. Por conseguinte, deve ser possível antever de forma razoável que o adquirente proposto obterá junto das autoridades regulamentares competentes todas as autorizações necessárias para a aquisição da actividade a alienar.

49. Os requisitos normalmente aplicáveis ao adquirente podem ter de ser completados numa base casuística. Por exemplo, pode ser exigido, se for caso disso, que o adquirente pertença ao sector industrial e não um investidor financeiro <sup>(2)</sup>. Os compromissos conterão normalmente uma cláusula deste tipo sempre que, devido às circunstâncias específicas do caso, um adquirente financeiro possa não dispor da capacidade nem dos incentivos necessários para desenvolver de forma viável a capacidade concorrencial da entidade no mercado, mesmo se estivesse em condições de obter as competências necessárias em matéria de gestão (por exemplo, mediante o recrutamento de gestores experientes no sector em causa), pelo que a aquisição da actividade por um adquirente financeiro não eliminaria os problemas de concorrência com um grau de certeza suficiente.

#### b) *Identificação de um adquirente adequado*

50. Em geral, há três formas de garantir a transferência de uma actividade para um adquirente adequado. Em primeiro lugar, a actividade é transferida num determinado prazo após a adopção da decisão, para um adquirente aprovado pela Comissão com base nos requisitos exigidos para o efeito. Em segundo lugar, para além destas condições, os compromissos prevêm que as partes não podem concluir a operação notificada antes de terem celebrado um acordo vinculativo relativo à actividade com um adquirente, aprovado pela Comissão (o denominado «adquirente inicial»). Em terceiro lugar, as partes identificam um adquirente para a actividade em causa e celebram um acordo vinculativo ainda durante o processo da Comissão <sup>(3)</sup> [a denominada medida de correcção do tipo «solução prévia» <sup>(4)</sup>]. A principal diferença entre estas duas últimas opções reside no facto de que, no caso de um adquirente inicial, a Comissão desconhece a sua identidade antes de adoptar uma decisão de autorização.

51. A escolha da metodologia depende dos riscos inerentes ao caso e, deste modo, das medidas que permitam à Comissão concluir com o grau de certeza necessário que o compromisso será aplicado. Tal dependerá da natureza e do âmbito da actividade a alienar, dos riscos de degradação da actividade durante o período provisório até ao momento de alienação, bem como de todas as incertezas inerentes à transferência e à sua concretização, nomeadamente as dúvidas quanto à probabilidade de encontrar um adquirente adequado.

<sup>(1)</sup> Processo IV/M.913 — SIEMENS/Elektrowatt, decisão de 18 de Novembro de 1997.

<sup>(2)</sup> Ver os compromissos no processo COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, decisão de 8 de Janeiro de 2002, que prevêm que o licenciado deve utilizar a sua marca registada própria no sector em causa. Alguns mercados podem exigir um grau de reconhecimento suficiente pelos clientes para que um adquirente possa transformar a entidade a alienar num operador competitivo no mercado.

<sup>(3)</sup> A transferência da actividade pode ser efectuada após a decisão da Comissão.

<sup>(4)</sup> Esta terminologia pode ter um significado diferente noutros contextos jurídicos.

1. Venda da actividade alienada num prazo fixo após a decisão

52. A primeira metodologia permite às partes proceder à venda da actividade a alienar, tendo em conta os requisitos aplicáveis ao adquirente, num prazo fixo após a adopção da decisão. É provável que tal seja a metodologia adequada na maioria de casos, desde que seja possível tomar em consideração vários adquirentes com vista a assegurar uma actividade viável e se nenhum problema específico vier complicar ou entravar a alienação. Quando o adquirente deve dispor de qualificações específicas, este processo pode revelar-se adequado se houver um número suficiente de adquirentes potenciais que satisfaçam os requisitos específicos necessários, os quais devam ser incluídos nos compromissos em tais casos. Nestas circunstâncias, a Comissão pode concluir que a alienação será concretizada, não havendo razões para suspender a execução da concentração notificada após a sua decisão.

2. Adquirente inicial

53. Verificam-se casos em que só a a proposta de um adquirente inicial permitirá à Comissão concluir com o grau de certeza necessário que a actividade será efectivamente alienada a um adquirente adequado. Por conseguinte, as partes devem comprometer-se a não concluir a operação notificada antes de celebrar um acordo vinculativo relativo à actividade a alienar com um adquirente, aprovado pela Comissão <sup>(1)</sup>.
54. Em primeiro lugar, tal sucede nos casos em que a alienação se depara com obstáculos significativos, tais como os direitos de terceiros ou incertezas quanto à probabilidade de encontrar um adquirente adequado <sup>(2)</sup>. Nesses casos, um adquirente inicial permitirá à Comissão concluir, com o grau de certeza necessário, que os compromissos serão aplicados, uma vez que este tipo de compromisso cria maiores incentivos para que as partes procedam à conclusão da alienação, a fim de poderem completar a sua própria concentração. Nessas circunstâncias, as partes podem optar entre a proposta de um adquirente inicial e um outro compromisso de alienação, em conformidade com o acima estabelecido no ponto 46.
55. Em segundo lugar, um adquirente inicial pode ser necessário nos casos em que se verificam riscos significativos a nível da manutenção da competitividade e quanto à possibilidade de venda da actividade a alienar no período provisório previsto para o efeito. Trata-se de situações em que os riscos de degradação da actividade a alinear se afiguram importantes, nomeadamente devido à perda eventual do pessoal essencial para a actividade ou em que os riscos intercalares aumentam, dada a impossibilidade de as partes empreenderem o processo de dissociação durante o período provisório, uma vez que essa dissociação apenas pode ter lugar uma vez celebrado um acordo de compra e venda com um adquirente. A solução do adquirente inicial pode acelerar a transferência da actividade a alienar (dados os maiores incentivos para que as partes concluem a alienação a fim de poderem completar a sua própria concentração), na medida em que os compromissos permitirão à Comissão concluir, com o grau de certeza necessário, que tais riscos são limitados e que a alienação será efectivamente levada a cabo <sup>(3)</sup>.

3. Medidas de correcção do tipo «solução prévia»

56. A terceira metodologia prende-se com os casos em que as partes identificam um adquirente, celebrando com ele um acordo juridicamente vinculativo que descreve os aspectos essenciais da aquisição, durante o processo iniciado pela Comissão <sup>(4)</sup>. A Comissão poderá determinar na decisão final se a transferência da actividade a alienar ao adquirente identificado permitirá dissipar as preocupações de concorrência. Se a Comissão autorizar a concentração notificada, não deverá adoptar qualquer decisão complementar relativa à aprovação do adquirente, podendo ser assegurada a conclusão da venda da actividade a alienar imediatamente após a adopção da referida decisão de autorização.
57. A Comissão acolhe favoravelmente as medidas de correcção do tipo «solução prévia», nomeadamente nos casos em que a identidade do adquirente seja fundamental para a eficácia da medida de correcção proposta. Trata-se de situações em que, dadas as circunstâncias, somente um número muito restrito de adquirentes potenciais podem ser considerados adequados, atendendo nomeadamente ao facto de a

<sup>(1)</sup> Processo COMP/M.3796 — Omya/Huber PCC, decisão de 19 de Julho de 2006; processo COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins, decisão de 23 de Julho de 2003; processo COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, decisão de 13 de Dezembro de 2000; processo COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, decisão de 27 de Julho de 2001; processo COMP/M.2544 — Masterfoods/Royal Canin, decisão de 15 de Fevereiro de 2002; processo COMP/M.2947 — Verbund/Energie Allianz, decisão de 11 de Junho de 2003.

<sup>(2)</sup> Ver processo COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, decisão de 13 de Dezembro de 2000, ponto 92.

<sup>(3)</sup> Ver processo COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, decisão de 13 de Dezembro de 2000, ponto 95.

<sup>(4)</sup> Tais acordos estão normalmente subordinados à decisão final da Comissão no que diz respeito à aceitação da medida de correcção em causa.

actividade a alienar não ser viável enquanto tal, sendo a sua viabilidade apenas passível de ser assegurada por activos específicos do adquirente ou sempre que este último deva apresentar características específicas para que a medida de correcção suprima as preocupações de concorrência <sup>(1)</sup>. Se as partes optarem por celebrar um acordo vinculativo com um adquirente adequado durante o processo no quadro de uma «solução prévia», a Comissão pode assim, nessas circunstâncias, concluir com o grau de certeza necessário que os compromissos serão cumpridos graças à venda a um adquirente adequado. Nestas situações, uma solução do tipo «adquirente inicial» que preveja requisitos específicos quanto ao carácter adequado de um adquirente será geralmente considerada equivalente e aceitável.

## 2. Eliminação dos vínculos com os concorrentes

58. Os compromissos de alienação podem igualmente servir para eliminar os vínculos entre as partes e os concorrentes, sempre que estes vínculos contribuam para as preocupações de concorrência suscitadas pela concentração. Pode ser necessária a alienação de uma participação minoritária numa empresa comum a fim de suprimir um vínculo estrutural com um concorrente importante <sup>(2)</sup> ou, de igual forma, a alienação de uma participação minoritária num concorrente <sup>(3)</sup>.
59. Apesar de a alienação destas participações ser a solução preferível, a Comissão pode, a título excepcional, aceitar a renúncia aos direitos associados às participações minoritárias num concorrente sempre que seja possível excluir, dadas as circunstâncias específicas do caso, que os benefícios financeiros decorrentes de uma participação minoritária num concorrente suscitam, por si só, preocupações de concorrência <sup>(4)</sup>. Nessas circunstâncias, as partes devem renunciar a todos os direitos resultantes dessa participação que influenciem o seu comportamento concorrencial, tal como a representação no conselho de administração, os direitos de veto e os direitos à informação <sup>(5)</sup>. A Comissão só pode aceitar esse romper das ligações com um concorrente se a renúncia a esses direitos for abrangente e permanente <sup>(6)</sup>.
60. Quando as preocupações de concorrência resultarem de acordos com empresas que fornecem produtos ou serviços idênticos, uma medida de correcção adequada pode consistir em pôr termo aos respectivos acordos, tais como os acordos de distribuição com os concorrentes <sup>(7)</sup> ou os acordos que se traduzem na coordenação de certos comportamentos comerciais <sup>(8)</sup>. Contudo, a mera rescisão de um acordo de distribuição apenas permitirá eliminar as preocupações de concorrência se for igualmente garantida a distribuição do produto de um concorrente no futuro, a fim de exercer uma pressão concorrencial efectiva sobre as partes.

## 3. Outras medidas de correcção

61. As alienações ou a supressão dos vínculos com os concorrentes, muito embora sejam as medidas de correcção consideradas preferíveis, não constituem a única medida de correcção possível para suprimir certas preocupações de concorrência. As alienações constituem, no entanto, o parâmetro de referência em função do qual serão apreciadas a eficácia e a eficiência de outras medidas de correcção. A Comissão pode assim aceitar outros tipos de compromissos, mas unicamente quando os efeitos da medida de correcção proposta forem pelos menos equivalentes a uma alienação <sup>(9)</sup>.

<sup>(1)</sup> Ver processo COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring, decisão de Abril de 2006, em que certos sítios e frequências de telefonia móvel, não constituindo uma actividade viável, só podiam ser alienados a um concorrente susceptível de desempenhar um papel semelhante ao da tele.ring no mercado; processo COMP/M.4000 — INCO/Falconbridge, decisão de 4 de Julho de 2006, em que a actividade de transformação de níquel só podia ser alienada a um concorrente integrado verticalmente em termos de abastecimento de níquel; processo COMP/M.4187 — Metso/Aker Kvaerner, decisão de 12 de Dezembro 2006, em que um único adquirente era adequado para as actividades a alienar, dado que se tratava do único com o saber fazer necessário e com a presença necessária em mercados limítrofes; processo COMP/M.3436 — Continental/Phoenix, decisão de 26 de Outubro de 2004, em que só o sócio da empresa comum de distribuição se encontrava em condições de assegurar a viabilidade da actividade a alienar; processo COMP/M.3136 — GE/Agfa, decisão de 5 de Dezembro de 2003.

<sup>(2)</sup> Processo IV/M.942 — VEBA/Degussa, decisão de 3 de Dezembro de 1997.

<sup>(3)</sup> Processo COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech, decisão de 13 de Julho de 2005, pontos 491, 493 e seguintes.

<sup>(4)</sup> Ver processo COMP/M.3453 — Siemens/VA Tech, decisão de 13 de Julho de 2005, pontos 327 e seguintes, em que os efeitos da participação minoritária no plano financeiro puderam ser excluídos, na medida em que uma opção relativa à venda desta participação já havia sido exercida.

<sup>(5)</sup> Processo COMP/M.4153 — Toshiba/Westinghouse, decisão de 19 de Setembro de 2006.

<sup>(6)</sup> Ver processo COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, decisão de 9 de Dezembro de 2004, pontos 648 e seguintes, e ponto 672.

<sup>(7)</sup> No que respeita à rescisão de acordos de distribuição, ver processo COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq, decisão de 24 de Junho de 2005; processo COMP/M.3658 — Orkla/Chips, decisão de 3 de Março de 2005.

<sup>(8)</sup> Ver nomeadamente no sector dos transportes marítimos, processo COMP/M.3829 — Maersk/PONL, decisão de 29 de Julho de 2005 e processo COMP/M.3863 — TUI/CP Ships, decisão de 12 de Outubro de 2005. Nesses casos, as partes comprometeram-se a retirar-se de certas conferências e consórcios marítimos.

<sup>(9)</sup> Processo COMP/M.3680 — Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio, decisão de 28 de Abril de 2005, em que era impossível uma alienação.

*Medidas de correcção respeitantes ao acesso*

62. Em diversos casos, a Comissão aceitou medidas de correcção que previam a concessão de acesso a infra-estruturas fundamentais, redes e tecnologias cruciais, designadamente patentes, saber fazer ou outros direitos de propriedade intelectual, bem como matérias-primas essenciais. Normalmente, as partes facultam esse acesso a terceiros numa base não discriminatória e transparente.
63. Podem ser propostos compromissos que autorizam o acesso a infra-estruturas e redes no intuito de facilitar a entrada de concorrentes no mercado. Tais compromissos são passíveis de serem aceites pela Comissão sempre que seja suficientemente claro que se verificará a entrada de novos concorrentes na prática, conducente à eliminação de qualquer entrave significativo à concorrência efectiva <sup>(1)</sup>. Outros exemplos de compromissos deste tipo consistem em compromissos que facultam o acesso a plataformas de televisão por assinatura <sup>(2)</sup> e à energia através de programas de disponibilização de gás <sup>(3)</sup>. Sucede frequentemente que as medidas individuais não permitem reduzir num grau suficiente as barreiras à entrada, sendo necessário um conjunto de medidas, reunindo medidas de correcção em matéria de alienação e compromissos de acesso ou um conjunto de compromissos destinado a facilitar na sua globalidade a entrada de concorrentes através de todo um leque de medidas diferentes. Se esses compromissos permitirem realmente a entrada de um número suficiente de novos concorrentes em tempo oportuno, poderão ser considerados como tendo, a nível da concorrência no mercado, efeitos equiparáveis a uma alienação. Se não for possível concluir que a diminuição das barreiras à entrada resultante dos compromissos propostos é susceptível de conduzir à entrada de novos concorrentes no mercado, a Comissão rejeitará esse conjunto de medidas de correcção <sup>(4)</sup>.
64. Podem ser igualmente apresentados compromissos que autorizam o acesso não discriminatório a infra-estruturas ou redes das partes na concentração, no intuito de garantir que a concorrência não seja entravada de forma significativa em consequência do encerramento do mercado. Em decisões anteriores, a Comissão aceitou compromissos que previam a concessão de acesso a condutas <sup>(5)</sup> e a redes de telecomunicações ou outras redes semelhantes <sup>(6)</sup>. A Comissão apenas aceitará tais compromissos se for possível concluir que serão eficazes e que é provável que os concorrentes recorram aos mesmos, de molde a suprimir as preocupações quanto ao encerramento do mercado. Em casos específicos, pode ser adequado subordinar um compromisso deste tipo a uma disposição do tipo «adquirente inicial» ou «solução prévia» para que a Comissão possa concluir, com o grau de certeza necessário, que o compromisso será aplicado <sup>(7)</sup>.
65. De igual modo, o controlo de uma tecnologia fundamental ou de direitos de propriedade intelectual podem suscitar preocupações quanto ao encerramento do mercado no que se refere aos concorrentes que dependam dessa tecnologia ou desses direitos de propriedade intelectual a título de recurso essencial para desenvolver actividades num mercado a jusante. Trata-se, por exemplo, dos problemas de concorrência que resultam do facto de as partes não divulgarem as informações necessárias à interoperabilidade de equipamentos diferentes. Nestas circunstâncias, os compromissos que facultam aos concorrentes o acesso às informações necessárias podem dissipar as preocupações de concorrência <sup>(8)</sup>. De igual forma, nos sectores em que os operadores devem geralmente cooperar entre si mediante a concessão recíproca de licenças, as preocupações quanto ao facto de a entidade resultante da

<sup>(1)</sup> Ver acórdão do TPI no processo T-177/04, *easyJet/Comissão* [2006], Col. II-1931, pontos 197 e seguintes.

<sup>(2)</sup> Ver processo COMP/M.2876 — *Newscorp/Telepiù*, decisão de 2 de Abril de 2003, pontos 225 e seguintes, em que o conjunto de compromissos incluiu o acesso por parte dos concorrentes a todos os vectores essenciais de uma rede de televisão por assinatura, designadamente, 1. o acesso ao conteúdo necessário; 2. o acesso à plataforma técnica; e 3. o acesso aos serviços técnicos necessários. De igual forma, no processo COMP/JV.37 — *BskyB/Kirch Pay TV*, decisão de 21 de Março de 2000, confirmada pelo acórdão do TPI no processo T-158/00, *ARD/Comissão* [2003], Col. II-3825, a Comissão aceitou um conjunto de compromissos que autorizava o acesso geral ao mercado da televisão por assinatura a outros operadores.

<sup>(3)</sup> Ver processo COMP/M.3696 — *E.ON/MOL*, decisão de 21 de Dezembro de 2005; processo COMP/M.3868 — *DONG/Elsam/Energi E2*, decisão de 14 de Março de 2006.

<sup>(4)</sup> No que respeita às concentrações no sector dos transportes aéreos, a mera redução das barreiras à entrada graças a um compromisso das partes no sentido de propor faixas horárias em aeroportos específicos pode nem sempre ser suficiente para assegurar a entrada de novos concorrentes nas rotas em que se levantam problemas de concorrência e tornar a medida de correcção equivalente, do ponto de vista dos seus efeitos, a uma alienação.

<sup>(5)</sup> Processo COMP/M.2533 — *BP/E.ON*, decisão de 20 de Dezembro de 2001, acesso às condutas para além da alienação de participações numa empresa de condutas; processo COMP/M.2389 — *Shell/DEA*, decisão de 20 de Dezembro de 2001, acesso a um terminal de importação de etileno.

<sup>(6)</sup> No que respeita ao acesso às redes de telecomunicações, ver processo COMP/M.2803 — *Telia/Sonera*, decisão de 10 de Julho de 2002; processo IV/M.1439 — *Telia/Telenor*, decisão de 13 de Outubro de 1999; processo COMP/M.1795 — *Vodafone/Mannesmann*, decisão de 12 de Abril de 2000. Ver igualmente processo COMP/M.2903 — *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV*, decisão de 30 de Abril de 2003, em que a Comissão aceitou um conjunto de compromissos destinado a facultar o acesso a terceiros a uma rede telemática e a reduzir as barreiras à entrada, autorizando-os a utilizar elementos de um sistema telemático, concebido para a cobrança de portagens, fornecidos pelas partes.

<sup>(7)</sup> Ver «a moratória qualitativa» no processo COMP/M.2903 — *DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV*, decisão de 30 de Abril de 2003, ponto 76.

<sup>(8)</sup> Processo COMP/M.3083 — *GE/Instrumentarium*, decisão de 2 de Setembro de 2003; processo COMP/M.2861 — *Siemens/Draegerwerk*, decisão de 30 de Abril de 2003.

concentração deixar de dispor de incentivos para conceder licenças na mesma medida e nas mesmas condições que anteriormente podem ser dissipadas por compromissos no que se refere à concessão de licenças numa base idêntica igualmente no futuro <sup>(1)</sup>. Nesses casos, os compromissos devem prever a emissão de licenças não exclusivas ou a divulgação de informações numa base não exclusiva a todos os terceiros que se encontrem dependentes dos direitos de propriedade intelectual ou de informações para desenvolverem as suas actividades. Cabe igualmente garantir que as modalidades e condições de concessão das licenças em causa não impeçam a aplicação efectiva deste tipo de medida de correcção. Se não prevalecerem modalidades e condições claramente determinadas para a concessão de licenças no mercado em causa, os compromissos devem defini-las de forma inequívoca, bem como os preços (por exemplo, através de fórmulas de fixação dos preços). Uma solução alternativa poderia consistir em recorrer a licenças isentas de *royalties*. Além disso, consoante o caso, a concessão de licenças poderia igualmente comportar a transmissão de informações sensíveis para o licenciante sobre o comportamento concorrencial dos licenciados que operam no mercado a jusante, por exemplo, a divulgação do número de licenças utilizadas nesse mercado. Nessas situações, para que a medida de correcção seja adequada, os compromissos deverão excluir eventuais problemas de confidencialidade. De modo geral, conforme estabelecido no ponto anterior, a Comissão apenas aceitará tais compromissos se puder concluir que estes serão eficazes, sendo provável que os concorrentes tirem partido dos mesmos.

66. Os compromissos em matéria de acesso assumem frequentemente uma natureza complexa e comportam forçosamente uma descrição geral das modalidades e condições em que o acesso é facultado. No intuito de garantir a sua eficácia, esses compromissos devem prever os requisitos processuais necessários para o respectivo acompanhamento como, por exemplo, a obrigação de uma contabilidade separada para a infra-estrutura a fim de permitir uma análise dos custos daí decorrentes <sup>(2)</sup>, bem como dispositivos de controlo adequados. Normalmente, esse acompanhamento deve ser realizado pelos próprios operadores no mercado, por exemplo, pelas empresas que pretendam beneficiar dos compromissos. Entre as medidas que permitem a terceiros executar eles próprios os compromissos figuram nomeadamente o acesso a um mecanismo rápido de resolução de litígios através de um procedimento de arbitragem (em conjunto com os administradores) <sup>(3)</sup> ou de procedimentos de arbitragem que envolvam as autoridades regulamentares nacionais competentes, caso existentes nos mercados em causa <sup>(4)</sup>. Se a Comissão puder concluir que os mecanismos previstos nos compromissos permitirão aos próprios operadores no mercado executá-los de forma eficaz e atempada, não será necessário que esta assegure qualquer controlo permanente neste contexto. Nessas circunstâncias, uma intervenção pela Comissão apenas se justificaria nos casos em que as partes não respeitem as soluções alcançadas no âmbito desses mecanismos de resolução de litígios <sup>(5)</sup>. No entanto, a Comissão apenas poderá aceitar tais compromissos na condição de a sua complexidade não comportar, à partida, um risco para a sua eficácia e quando os dispositivos de controlo propostos assegurarem a sua aplicação efectiva e o seu mecanismo de execução se traduzir em resultados em tempo oportuno <sup>(6)</sup>.

#### *Alteração dos contratos exclusivos a longo prazo*

67. A alteração da estrutura de mercado resultante da concentração projectada pode fazer com que certas cláusulas de carácter contratual existentes passem a ser prejudiciais para uma concorrência efectiva. É o que acontece, em especial, com os acordos exclusivos de fornecimento a longo prazo, sempre que estes acordos restrinjam a participação dos concorrentes a montante ou o seu acesso aos clientes a jusante. Quando a entidade resultante da concentração dispõe da capacidade e dos incentivos para encerrar o mercado aos concorrentes por esta via, os efeitos de evicção decorrentes dos acordos exclusivos existentes podem contribuir para entravar de forma significativa a concorrência efectiva <sup>(7)</sup>.
68. Em tais circunstâncias, a rescisão ou a alteração dos acordos exclusivos existentes pode ser considerada adequada para eliminar os problemas de concorrência <sup>(8)</sup>. Todavia, os elementos de prova disponíveis

<sup>(1)</sup> Ver processo COMP/M.3998 — Axalto/Gemplus, decisão de 19 Maio 2006.

<sup>(2)</sup> Ver, por exemplo, processo COMP/M.2803 — Telia/Sonera, decisão de 10 de Julho de 2007; processo COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, decisão de 30 de Abril de 2003.

<sup>(3)</sup> No que diz respeito aos efeitos das cláusulas de arbitragem, ver acórdão do TPI no processo T-158/00, ARD/Comissão [2003], Col. II-3825, pontos 212, 295, 352; acórdão TPI no processo T-177/04, easyJet/Comissão [2006], Col. II-1931, ponto 186.

<sup>(4)</sup> Ver processo COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù; processo COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/Tele.ring.

<sup>(5)</sup> TPI, acórdão no processo T-158/00, ARD/Comissão [2003], Col. II-3825, pontos 212, 295, 352.

<sup>(6)</sup> Ver acórdãos do TPI no processo T-87/05, EDP/Comissão [2005], Col. II-3745, pontos 102 e seguintes; e processo T-177/04, easyJet/Comissão [2006], Col. II-1931, ponto 188.

<sup>(7)</sup> Ver Comunicação da Comissão relativa à apreciação das concentrações não horizontais [...]; processo IV/M.986 — AGFA Gevaert/DuPont, decisão de 11 de Fevereiro de 1998.

<sup>(8)</sup> Processo COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù, decisão de 2 de Abril de 2003, pontos 225 e seguintes, concessão de direitos unilaterais de rescisão aos fornecedores do conteúdo de televisão, limitação do âmbito das cláusulas de exclusividade e da vigência dos futuros acordos exclusivos relativos ao fornecimento de conteúdo; processo COMP/M.2822 — ENI/EnBW/GVS, decisão de 17 de Dezembro de 2002, concessão de direitos de rescisão antecipada dos contratos de fornecimento a longo prazo de gás a todos os distribuidores locais de gás; processo IV/M.1571 — New Holland, decisão de 28 de Outubro de 1999; processo IV/M.1467 — Rohm and Haas/Morton, decisão de 19 de Abril de 1999.

devem permitir à Comissão determinar claramente que nenhuma exclusividade será de facto mantida. Além disso, em condições normais, essa alteração dos acordos a longo prazo apenas será suficiente caso se enquadre num conjunto de medidas de correcção destinadas a eliminar as preocupações de concorrência identificadas.

#### *Outras medidas de correcção que não a alienação*

69. Tal como acima indicado no ponto 17, as medidas de correcção de natureza não estrutural, tais como os compromissos assumidos pelas partes no sentido de não adoptarem certos comportamentos comerciais (por exemplo, agrupamento de produtos) não eliminarão, de modo geral, as preocupações de concorrência resultantes de sobreposições horizontais. Em todo o caso, pode ser difícil assegurar o grau de eficácia pretendido com este tipo de medida de correcção, devido à ausência de um controlo efectivo a nível da sua execução, conforme acima indicado nos pontos 13 e seguintes <sup>(1)</sup>. Com efeito, pode revelar-se impossível para a Comissão verificar se o compromisso foi ou não respeitado e mesmo outros operadores no mercado, tais como os concorrentes, podem não estar em condições de determinar, com o grau de certeza necessário, se as partes cumpriram as condições do compromisso na prática. Além disso, os concorrentes podem também não dispor do incentivo de alertar a Comissão para tal facto, na medida em que não beneficiam directamente dos compromissos. Por conseguinte, a Comissão só pode encarar a possibilidade de outros tipos de medidas de correcção que não a alienação, como, por exemplo, compromissos em matéria de comportamento, a título excepcional e em circunstâncias específicas, nomeadamente quando se levantam problemas de concorrência em estruturas do tipo conglomerado <sup>(2)</sup>.

#### *Prazo aplicável a outras medidas de correcção que não a alienação*

70. A Comissão pode aceitar que outras medidas de correcção que não a alienação sejam limitadas no tempo. A possibilidade de aceitar um prazo e a sua duração dependerão das circunstâncias individuais do caso em consideração, não podendo ser previamente definidas em termos gerais no quadro da presente comunicação.

### **4. Cláusula de reexame**

71. Independentemente do tipo de medida de correcção, os compromissos incluirão geralmente uma cláusula de reexame <sup>(3)</sup>, o que permitirá à Comissão, mediante pedido fundamentado das partes, conceder uma prorrogação dos prazos ou, em circunstâncias excepcionais, derrogar, alterar ou substituir os compromissos.
72. A alteração dos compromissos mediante a prorrogação dos prazos é nomeadamente pertinente para efeitos dos compromissos de alienação. As partes devem apresentar um pedido de prorrogação no prazo estabelecido. Quando solicitarem uma prorrogação relativamente ao primeiro prazo de alienação, a Comissão apenas considerará o seu pedido devidamente fundamentado se as partes não puderam cumprir o prazo por razões alheias à sua responsabilidade e se for de antever que as partes possam em seguida alienar com êxito a actividade a curto prazo. Caso contrário, o administrador responsável pela alienação poderá encontrar-se em melhores condições para realizar esta operação e assegurar a observância dos compromissos em nome das partes.
73. A Comissão só pode conceder derrogações ou aceitar alterações ou a substituição dos compromissos em circunstâncias excepcionais. Tal sucederá apenas muito raramente no que respeita aos compromissos de alienação. Dado que estes devem ser aplicados num curto período de tempo após a decisão, é muito pouco provável que a situação do mercado se tenha alterado nesse prazo tão curto e a Comissão não aceitará normalmente quaisquer alterações ao abrigo da cláusula de reexame geral. Em situações específicas, os compromissos prevêem normalmente cláusulas de reexame mais específicas <sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> Ver, enquanto exemplo de medidas de correcção deste tipo, o processo COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, decisão de 9 de Dezembro de 2004, pontos 663, 719.

<sup>(2)</sup> Ver, em relação aos efeitos do tipo conglomerado de uma concentração, TJCE, acórdão de 15 de Fevereiro de 2005 no processo C-12/03 P, Comissão/Tetra Laval [2005], Col. I-987, pontos 85, 89.

<sup>(3)</sup> A cláusula de reexame assume todavia uma importância específica para as medidas de correcção sob a forma de concessão de acesso, pelo que esta deve ser sistematicamente incluída nestas últimas; ver ponto 74.

<sup>(4)</sup> Tal como referido no ponto 30, a Comissão pode aprovar um adquirente sem alguns dos activos ou membros do pessoal previstos, se tal não afectar a competitividade e a viabilidade da actividade alienada. De igual forma, a cláusula de não reacquirição, como explicado no ponto 43, só proíbe a reacquirição do controlo dos activos alienados se a Comissão não tiver anteriormente verificado, dado o âmbito da alteração da estrutura do mercado, que a alienação deixou de ser necessária.



74. A derrogação, alteração ou substituição dos compromissos pode assumir um maior interesse no que respeita a outros compromissos que não a alienação, tais como os compromissos respeitantes ao acesso, que podem ser assumidos por vários anos e em relação aos quais nem sempre é possível prever todas as eventualidades aquando da adopção da decisão da Comissão. Em primeiro lugar, a existência de circunstâncias excepcionais que justifiquem uma derrogação, alteração ou substituição dos compromissos pode ser aceite se as partes demonstrarem que a situação do mercado se modificou de forma significativa e duradoura. A demonstração deste efeito requer que tenha decorrido um período suficientemente alargado, normalmente de vários anos, no mínimo, entre a data de adopção da decisão pela Comissão e qualquer pedido apresentado pelas partes. Em segundo lugar, a existência de circunstâncias excepcionais pode ser igualmente reconhecida se as partes puderem demonstrar que a experiência adquirida na aplicação da medida de correcção revela que o objectivo prosseguido por esta medida seria alcançado de melhor forma se as modalidades do compromisso fossem alteradas. Em relação a qualquer derrogação, alteração ou substituição de compromissos, a Comissão terá igualmente em conta a opinião de terceiros e o impacto que uma alteração pode ter sobre a sua situação e, deste modo, sobre a eficácia global da medida de correcção. Neste contexto, a Comissão examinará igualmente se as alterações afectam o direito já adquirido por terceiros após a aplicação da medida de correcção <sup>(1)</sup>.
75. Se, no momento da adopção da decisão, a Comissão não puder, por razões específicas, antecipar todas as eventualidades no que se refere à execução desses compromissos, pode igualmente ser adequado que as partes incluam uma cláusula nos compromissos que permita à Comissão proceder a uma alteração limitada dos mesmos. Essas alterações podem ser necessárias se os compromissos iniciais não alcançarem os resultados previstos e neles delineados, não suprimindo assim de forma efectiva as preocupações de concorrência. Do ponto de vista processual, as partes podem ser obrigadas, neste caso, a propor uma alteração dos compromissos a fim de obterem o resultado neles definido ou a própria Comissão pode, após ter ouvido as partes, alterar para o efeito as condições e as obrigações estabelecidas. Este tipo de cláusula circunscrever-se-á normalmente aos casos em que as modalidades específicas ameaçam comprometer a execução efectiva desses compromissos. Cláusulas deste tipo foram utilizadas, por exemplo, no que respeita às modalidades dos programas de disponibilização de gás <sup>(2)</sup>.
76. A Comissão pode, mediante pedido, adoptar uma decisão formal relativa a qualquer derrogação, alteração ou substituição dos compromissos ou simplesmente tomar nota do facto de as partes terem alterado de forma satisfatória a medida de correcção, sempre que estas alterações melhorem a eficácia da medida e resultem em obrigações juridicamente vinculativas para as partes, por exemplo, no quadro de acordos contratuais. Em geral, uma alteração dos compromissos terá unicamente um efeito *ex nunc*. Consequentemente, uma alteração dos compromissos não suprirá de forma retroactiva qualquer infracção aos compromissos que tenha sido cometida antes da data de alteração. Por conseguinte e no caso de tal ser necessário, a Comissão pode dar início a um procedimento por infracção nos termos dos artigos 14.º e 15.º do Regulamento das concentrações.

#### IV. ASPECTOS PROCESSUAIS PARA A APRESENTAÇÃO DE COMPROMISSOS

##### 1. Fase I

77. Nos termos do n.º 2 do artigo 6.º do Regulamento das concentrações, a Comissão pode declarar uma concentração compatível com o mercado comum igualmente antes do início do processo se considerar que, na sequência das alterações introduzidas, a operação notificada deixa de suscitar sérias dúvidas nos termos do n.º 1, alínea c), do mesmo artigo.
78. As partes podem submeter propostas de compromissos à apreciação da Comissão a título informal, mesmo antes da notificação. Devem apresentar os seus compromissos no prazo máximo de 20 dias úteis a contar da data da recepção da notificação <sup>(3)</sup>. A Comissão informa as partes sobre as suas sérias dúvidas atempadamente antes do termo desse prazo <sup>(4)</sup>. Sempre que as partes apresentarem compromissos, o prazo para a Comissão tomar a sua decisão nos termos do n.º 1 do artigo 6.º do Regulamento das concentrações passa de 25 para 35 dias úteis <sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> Ver, a título ilustrativo, o acórdão do TPI no processo T-119/02, Royal Philips Electronics/Comissão [2003], Col. II-1433, ponto 184.

<sup>(2)</sup> Ver processo COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2, decisão de 14 de Março de 2006, ponto 24 do anexo.

<sup>(3)</sup> N.º 1 do artigo 19.º do Regulamento de execução.

<sup>(4)</sup> Neste caso, as partes notificantes serão formalmente convidadas a participar numa reunião para fazer o ponto da situação (ver ponto 30 do Guia das melhores práticas da DG Concorrência relativamente à tramitação dos processos de controlo das concentrações comunitárias).

<sup>(5)</sup> N.º 1, segundo parágrafo, do artigo 10.º do Regulamento das concentrações.

79. Para poderem servir de base a uma decisão nos termos do n.º 2 do artigo 6.º, as propostas de compromissos devem preencher os seguintes requisitos:
- a) especificar plenamente o teor e as modalidades de execução dos compromissos assumidos pelas partes;
  - b) ser assinados por uma pessoa devidamente autorizada para o efeito;
  - c) ser acompanhados de informações sobre os compromissos propostos, conforme previsto no Regulamento de execução (tal como explicado anteriormente no ponto 7); e
  - d) incluir em anexo uma versão não confidencial dos compromissos <sup>(1)</sup>, para efeitos da consulta do mercado junto dos terceiros interessados. Esta versão não confidencial dos compromissos deve permitir a terceiros apreciar plenamente a viabilidade e a eficácia das medidas de correcção propostas, com vista a suprir as preocupações de concorrência.
80. As propostas apresentadas pelas partes em conformidade com estes requisitos serão apreciadas pela Comissão que consultará as autoridades dos Estados-Membros sobre os compromissos propostos e, quando adequado, igualmente os terceiros interessados no âmbito de uma consulta de mercado, incluindo nomeadamente os terceiros interessados e os representantes reconhecidos <sup>(2)</sup> dos trabalhadores que sejam directamente afectados pelas medidas de correcção propostas. Se for caso disso, a Comissão pode igualmente consultar as autoridades regulamentares nacionais competentes em relação ao mercado em causa, caso existam <sup>(3)</sup>. Além disso, nos casos em que o mercado geográfico em causa seja mais vasto do que o Espaço Económico Europeu («EEE») ou quando, por razões atinentes à viabilidade da actividade, o âmbito das actividades a alienar seja mais vasto do que o território do EEE, a versão não confidencial das medidas de correcção propostas pode ser igualmente discutida com autoridades de concorrência exteriores ao EEE, no quadro dos acordos de cooperação bilaterais da Comunidade com estes países.
81. Os compromissos propostos na Fase I só podem ser aceites se o problema de concorrência for prontamente identificável e puder ser facilmente suprido <sup>(4)</sup>. Por conseguinte, o problema de concorrência deve ser preciso e as medidas de correcção devem ser de tal modo claras que afastam a necessidade de iniciar uma investigação aprofundada, devendo os compromissos ser suficientes para excluir de forma inequívoca as «sérias dúvidas» na aceção do n.º 1, alínea c), do artigo 6.º do Regulamento das concentrações <sup>(5)</sup>. Se a apreciação confirmar que os compromissos propostos dissipam os motivos para a existência de sérias dúvidas em relação à operação, a Comissão autorizará a concentração no decurso da Fase I.
82. Atendendo aos condicionalismos em termos de prazos inerentes à Fase I, é particularmente importante que as partes apresentem de forma atempada à Comissão as informações exigidas no Regulamento de execução a fim de lhe permitir apreciar correctamente o conteúdo e a exequibilidade dos compromissos, bem como o seu carácter adequado para manter condições para uma concorrência efectiva no mercado comum numa base duradoura. Se as partes não respeitarem a obrigação estabelecida no Regulamento de execução, a Comissão pode não estar em condições de concluir que os compromissos propostos eliminarão as sérias dúvidas suscitadas pela operação.
83. Se a apreciação revelar que os compromissos propostos não são suficientes para dissipar as preocupações de concorrência suscitadas pela concentração, as partes serão informadas desse facto. Dado que as medidas de correcção propostas na Fase I se destinam a proporcionar uma resposta clara a uma preocupação da concorrência facilmente identificável, só podem ser aceites alterações de âmbito limitado aos compromissos propostos. Tais alterações, apresentadas como uma resposta imediata ao resultado das consultas, podem incluir clarificações, precisões e/ou outras melhorias destinadas a assegurar que os compromissos sejam viáveis e eficazes. Todavia, estas alterações só podem ser aceites quando estiver garantida a possibilidade de a Comissão proceder a uma apreciação adequada desses compromissos <sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> N.º 2 do artigo 20.º do Regulamento de execução.

<sup>(2)</sup> Ver n.º 1, alínea c), do artigo 2.º da Directiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos (JO L 82 de 22.3.2001, p. 16). Ver igualmente n.º 1, alínea g), do artigo 2.º da Directiva 94/45/CE do Conselho, de 22 de Setembro de 1994, relativa à instituição de um conselho de empresa europeu ou de um procedimento de informação e consulta dos trabalhadores nas empresas ou grupos de empresas de dimensão comunitária (JO L 254 de 30.9.1994, p. 64).

<sup>(3)</sup> Em relação ao papel das autoridades regulamentares nacionais no âmbito de um mecanismo de resolução de litígios, ver ponto 66.

<sup>(4)</sup> Ver considerando 30 do Regulamento das concentrações.

<sup>(5)</sup> Ver acórdão do TPI no processo T-119/02, Royal Philips Electronics/Comissão [2003], Col. II-1433, pontos 79 e seguintes.

<sup>(6)</sup> Ver considerando 17 do Regulamento de execução e acórdão do TPI, processo T-119/02, Royal Philips Electronics/Comissão [2003], Col. II-1433, pontos 237 e seguintes.

84. Se a apreciação final de um caso pela Comissão demonstrar que não se levantam preocupações de concorrência num ou em vários mercados, as partes serão informadas desse facto e podem retirar os compromissos desnecessários relativamente a esses mercados. Se as partes não os retirarem, a Comissão não os terá normalmente em conta na decisão. Em todo o caso, essas propostas de compromissos não constituem uma condição prévia para a autorização.
85. Quando as partes forem informadas que a Comissão tenciona sustentar na sua decisão final que a operação suscita preocupações de concorrência relativamente a um mercado específico, incumbe às partes propor compromissos. A Comissão não está em condições de impor unilateralmente quaisquer condições para a adopção de uma decisão de autorização, apenas podendo fazê-lo com base nos compromissos assumidos pelas partes <sup>(1)</sup>. Contudo, a Comissão examinará na sua apreciação se os compromissos apresentados pelas partes são proporcionais ao problema de concorrência antes de incluí-los a título de condições ou obrigações na sua decisão final <sup>(2)</sup>. Não obstante, é de sublinhar que qualquer proposta de compromisso deve forçosamente conter todos os elementos necessários para satisfazer as condições de base aplicáveis aos compromissos passíveis de serem aceites, em conformidade com o estabelecido nos pontos 9 e seguintes. O disposto no presente ponto e nos pontos anteriores é igualmente aplicável aos compromissos assumidos na Fase II.
86. Se a Comissão concluir que os compromissos propostos pelas partes não eliminam as sérias dúvidas, tomará uma decisão nos termos do n.º 1, alínea c), do artigo 6.º e dará início a um processo.

## 2. Fase II

87. Nos termos do n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento das concentrações, a Comissão declarará a compatibilidade de uma concentração com o mercado comum se, na sequência das alterações nela introduzidas, a operação deixar de entravar significativamente a concorrência efectiva na acepção do n.º 3 do artigo 2.º do Regulamento das concentrações.
88. Os compromissos propostos à Comissão, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º, devem ser-lhe apresentados no prazo de 65 dias úteis a contar da data do início do processo. Quando os prazos para a adopção da decisão final forem alargados em conformidade com o n.º 3 do artigo 10.º do Regulamento das concentrações, os prazos para a apresentação de medidas de correcção são também automaticamente prorrogados pelo mesmo número de dias <sup>(3)</sup>. A Comissão só pode aceitar que os compromissos lhe sejam apresentados pela primeira vez após ter decorrido este prazo em circunstâncias excepcionais. O pedido de prorrogação deste prazo apresentado pelas partes deve ser recebido no prazo fixado e deve descrever as circunstâncias excepcionais que, segundo elas, justificam tal facto. Para além da existência de circunstâncias excepcionais, uma prorrogação só é possível se a Comissão dispuser de tempo suficiente para apreciar correctamente a proposta e para proceder à consulta adequada dos Estados-Membros e de terceiros <sup>(4)</sup>.
89. A questão de saber se a apresentação de medidas de correcção alargará o prazo de adopção de uma decisão final pela Comissão depende da fase do procedimento em que sejam apresentados os compromissos. Quando as partes apresentarem compromissos num prazo inferior a 55 dias úteis após o início do processo, a Comissão deve tomar uma decisão final no prazo máximo de 90 dias úteis a contar da data de início do processo <sup>(5)</sup>. Quando as partes apresentarem compromissos no 55.º dia útil ou após esta data (mesmo após o 65.º dia útil, se esses compromissos forem passíveis de serem aceites devido a circunstâncias excepcionais conforme acima estabelecido no ponto 88), o prazo de adopção de uma decisão final pela Comissão é alargado para 105 dias úteis, em conformidade com o n.º 3, segundo período, do artigo 10.º. Quando as partes apresentarem compromissos num prazo inferior a 55 dias úteis, mas fornecerem uma versão alterada no 55.º dia útil ou após essa data, o prazo de adopção de uma decisão final será igualmente alargado para 105 dias úteis.

<sup>(1)</sup> Ver ponto 6.

<sup>(2)</sup> Ver acórdão do TJCE de 18 de Dezembro de 2007 no processo C-202/06 P, *Cementbouw/Comissão* [2007], ponto 54.

<sup>(3)</sup> N.º 2, segundo parágrafo, do artigo 19.º do Regulamento de execução.

<sup>(4)</sup> N.º 2, terceiro parágrafo, do artigo 19.º do Regulamento de execução. Ver processo COMP/M.1439 — *Telia/Telenor*, decisão de 13 de Outubro de 1999; processo IV/M.754 — *Anglo American/Lonrho*, decisão de 23 de Abril de 1997.

<sup>(5)</sup> Quando os prazos para a adopção da decisão final forem alargados em conformidade com o n.º 3, segundo parágrafo, do artigo 10.º do Regulamento das concentrações antes do 55.º dia útil, este prazo será igualmente prorrogado.

90. A Comissão está disposta a discutir compromissos adequados muito antes do termo do prazo de 65 dias úteis. As partes são incentivadas a apresentar projectos de propostas que englobem tanto os aspectos materiais como os aspectos em matéria de execução, os quais são necessários para assegurar que os compromissos sejam plenamente viáveis. Se as partes entenderem que se afigura necessário um período mais alargado para examinar as preocupações de concorrência e elaborar os compromissos adequados, podem igualmente propor à Comissão a prorrogação do prazo de adopção de uma decisão final nos termos do n.º 3, primeiro parágrafo, do artigo 10.º. Esse pedido deve ser apresentado antes do termo do prazo de 65 dias úteis. Com efeito, a Comissão não alargará normalmente o prazo de adopção de uma decisão final em conformidade com o n.º 3, primeiro parágrafo, do artigo 10.º se o pedido de prorrogação for efectuado findo o prazo para apresentar as medidas de correcção previsto no Regulamento de execução, ou seja, após o prazo de 65 dias úteis <sup>(1)</sup>.
91. A fim de satisfazerem as condições necessárias para a tomada de uma decisão nos termos do n.º 2 do artigo 8.º, os compromissos devem preencher os seguintes requisitos:
- a) resolver todos os problemas de concorrência suscitados pela concentração e especificar na íntegra o teor e as modalidades de execução dos compromissos assumidos pelas partes;
  - b) ser assinados por uma pessoa devidamente autorizada para o efeito;
  - c) ser acompanhados de informações sobre os compromissos propostos, conforme previsto no Regulamento de execução (tal como explicado anteriormente no ponto 7); e
  - d) incluir em anexo uma versão não confidencial dos compromissos <sup>(2)</sup>, tendo em vista a consulta do mercado junto dos terceiros interessados, preenchendo assim os requisitos acima estabelecidos no ponto 79.
92. As propostas apresentadas pelas partes em conformidade com estes requisitos serão apreciadas pela Comissão. Se a apreciação confirmar que os compromissos propostos eliminam as sérias dúvidas (caso nenhuma comunicação de objecções tenha sido ainda emitida pela Comissão) ou as preocupações de concorrência enunciadas na comunicação de objecções, na sequência das consultas previstas no ponto 80, a Comissão adoptará uma decisão de autorização condicional.
93. Se, pelo contrário, a apreciação levar a concluir que os compromissos propostos não se afiguram suficientes para resolver os problemas de concorrência levantados pela concentração, as partes serão informadas desse facto <sup>(3)</sup>.
94. O Regulamento das concentrações não impõe qualquer obrigação à Comissão no sentido de aceitar compromissos findo o prazo legal para a apresentação das medidas de correcção, salvo se esta aceitar examinar tais compromissos em circunstâncias específicas <sup>(4)</sup>. Daí que, quando as partes alterarem os compromissos propostos após o termo do prazo de 65 dias úteis, a Comissão apenas aceitará estes compromissos alterados se puder determinar claramente — com base na sua apreciação das informações já recebidas durante a investigação, incluindo os resultados da consulta de mercado anterior e sem necessidade de proceder a qualquer outra consulta deste tipo — que tais compromissos, uma vez executados, resolverão plena e inequivocamente as preocupações de concorrência identificadas, devendo também proporcionar o tempo suficiente para uma apreciação adequada pela Comissão e para uma consulta adequada dos Estados-Membros <sup>(5)</sup> <sup>(6)</sup>. De modo geral, a Comissão rejeitará os compromissos alterados que não preencham estas condições <sup>(7)</sup>.

<sup>(1)</sup> O Tribunal de Primeira Instância confirmou que o Regulamento das concentrações e o Regulamento de execução não impõem qualquer obrigação à Comissão no sentido de esta aceitar compromissos apresentados findo o prazo legal, tal como estabelecido no ponto 94; ver processo T-87/05, EDP/Comissão [2005], Col. II-3745, ponto 161. Por conseguinte, a Comissão não é obrigada a ter em conta quaisquer medidas de correcção apresentadas pelas partes findo o respectivo prazo, mesmo que as partes aceitassem prorrogar o prazo final. Além disso, tal não corresponderia ao objectivo, conforme enunciado no considerando 35 do Regulamento das concentrações, das prorrogações previstas no n.º 3 do artigo 10.º. A prorrogação prevista no n.º 3, primeiro parágrafo, do artigo 10.º destina-se a conferir tempo suficiente para o exame das preocupações de concorrência, enquanto o objectivo da prorrogação estabelecida no n.º 3, segundo parágrafo, do artigo 10.º visa conferir tempo suficiente para a análise dos compromissos e a realização de um inquérito de mercado sobre os mesmos.

<sup>(2)</sup> N.º 2 do artigo 20.º do Regulamento de execução.

<sup>(3)</sup> Ver pontos 30 e seguintes do Guia das melhores práticas da DG Concorrência relativamente à tramitação dos processos de controlo das concentrações comunitárias que prevêem a organização de diversas reuniões para fazer o ponto da situação entre a Comissão e as partes ao longo do processo.

<sup>(4)</sup> Ver acórdãos do TPI no processo T-87/05, EDP/Comissão [2005], Col. II-3745, pontos 161 e seguintes. Ver igualmente acórdão do TPI no processo T-290/94, Kaysersberg SA/Comissão [1997], Col. II-2137.

<sup>(5)</sup> Processo COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, decisão de 9 de Dezembro de 2004, pontos 855 e seguintes; confirmada pelo acórdão do TPI no processo T-87/05, EDP/Comissão [2005], Col. II-3745, pontos 162 e seguintes; COMP/M.1628 — TotalFina/Elf, decisão de 9 de Março de 2000, ponto 345.

<sup>(6)</sup> Esta consulta requer normalmente que a Comissão possa enviar aos Estados-Membros um projecto da decisão final, incluindo uma apreciação dos compromissos alterados, pelo menos 10 dias úteis antes da reunião do Comité Consultivo com os Estados-Membros. Este prazo só pode ser reduzido em circunstâncias excepcionais (n.º 5 do artigo 19.º do Regulamento das concentrações).

<sup>(7)</sup> Ver processo COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, decisão de 9 de Dezembro de 2004, ponto 913.

## V. REQUISITOS PARA A EXECUÇÃO DOS COMPROMISSOS

95. Os compromissos são propostos como um meio para obter uma autorização, devendo a sua execução ocorrer normalmente após a decisão. Os compromissos exigem assim medidas de salvaguarda para assegurar a sua execução efectiva e atempada. Essas disposições de execução farão normalmente parte dos compromissos assumidos pelas partes perante a Comissão.
96. São em seguida apresentadas orientações pormenorizadas sobre a execução dos compromissos de alienação, que representam o tipo de compromisso mais generalizado. Alguns aspectos relativos à execução de outros tipos de compromissos são subseqüentemente debatidos.

### 1. Processo de alienação

97. A alienação deve ser concluída num prazo fixo, acordado entre as partes e a Comissão. Segundo a prática da Comissão, este prazo global divide-se num período para celebrar um acordo definitivo e num outro período para o encerramento da operação e a transferência da propriedade jurídica. Além disso, o período para celebrar um acordo vinculativo reparte-se normalmente numa primeira etapa em que as partes podem procurar um adquirente adequado (a «primeira etapa da alienação») e, caso as partes não consigam alienar a actividade, numa segunda etapa em que o administrador responsável pela alienação obtém um mandato para alienar a actividade sem fixar um preço mínimo (a «etapa de intervenção do administrador responsável pela alienação»).
98. A experiência da Comissão demonstrou que a fixação de prazos curtos para a alienação contribui em grande medida para o êxito da operação, dado que, caso contrário, a actividade a alienar estará sujeita a um período de incerteza alargado. Deste modo, os prazos devem ser tão curtos quanto possível. A Comissão optará normalmente por um prazo de cerca de seis meses para a primeira etapa de alienação e por um prazo adicional de três meses para a etapa de intervenção do administrador responsável pela alienação, caso necessário. É geralmente previsto um período suplementar de três meses para o encerramento da operação. Estes prazos podem ser alterados numa base casuística. Em especial, podem ser reduzidos se houver um risco elevado de deterioração da viabilidade da actividade durante o período provisório.
99. Em geral, o prazo para a alienação começa a correr na data de adopção da decisão da Comissão. Uma derrogação a este princípio pode justificar-se no caso de uma operação realizada através de uma oferta pública de aquisição, em que as partes se comprometem a alienar uma actividade pertencente à empresa-alvo. Nessas circunstâncias, quando as partes não puderem preparar a alienação da actividade da empresa-alvo antes da conclusão da concentração notificada, a Comissão pode aceitar que os prazos fixados para essa alienação apenas comecem a correr a partir da data de conclusão da operação notificada. De igual forma, pode ser encarada a possibilidade de uma solução deste tipo se a data do encerramento da concentração não depender das partes, por exemplo, pelo facto de exigir a aprovação do Estado <sup>(1)</sup>. Em contrapartida, pode impor-se a redução dos prazos a fim de diminuir o período de incerteza para a actividade a alienar.
100. Ao passo que o procedimento acima descrito é aplicável às soluções do tipo «adquirente inicial», as «soluções prévias» exigirão um procedimento distinto. Em geral, um acordo vinculativo com um adquirente já terá sido celebrado durante o processo pelo que, após a adopção da decisão, caberá apenas prever um prazo suplementar para a conclusão da operação. Se, previamente à decisão, apenas tiver sido celebrado um acordo-quadro com o adquirente, os prazos a prever para a celebração de um acordo global e o posterior encerramento da operação deverão ser decididos caso a caso <sup>(2)</sup>.

### 2. Aprovação do adquirente e do acordo de aquisição

101. A fim de assegurar a eficácia do compromisso, a venda a um adquirente proposto está sujeita à aprovação prévia da Comissão. Quando as partes (ou o administrador responsável pela alienação) chegarem a um acordo definitivo com um adquirente, devem apresentar uma proposta fundamentada e documentada à Comissão. As partes ou o administrador responsável pela alienação, consoante o caso, deverão demonstrar, a contento da Comissão, que o adquirente proposto satisfaz os requisitos necessários para ser aprovado e que a actividade é alienada de modo consentâneo com a decisão da Comissão e os compromissos assumidos. Sempre que forem propostos adquirentes distintos para diferentes partes do conjunto de medidas, a Comissão avaliará se cada adquirente individual proposto é aceitável e se o conjunto global de medidas suprime as preocupações de concorrência.

<sup>(1)</sup> Contudo, também nesses casos, outras disposições contidas nos compromissos, nomeadamente as que estabelecem salvaguardas durante o período provisório, devem começar a ser aplicáveis a partir da data da adopção da decisão.

<sup>(2)</sup> Ver processo COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring, decisão de 20 de Abril de 2006.

102. No quadro da apreciação de um eventual adquirente proposto, a Comissão interpretará os requisitos a serem por ele preenchidos à luz do objectivo prosseguido pelos compromissos, no sentido de manter no imediato a concorrência efectiva no mercado em que foram identificadas preocupações de concorrência, bem como da situação do mercado, conforme descrita na decisão <sup>(1)</sup>. Em geral, a apreciação pela Comissão das condições a serem preenchidas pelo adquirente basear-se-á nas informações apresentadas pelas partes, na avaliação efectuada pelo administrador responsável pelo controlo e, nomeadamente, nas discussões realizadas com o adquirente proposto, bem como no seu plano de actividades. A Comissão analisará, além disso, se as premissas em que o adquirente se baseia se afiguram plausíveis em função da situação do mercado.
103. O requisito segundo o qual o adquirente deve dispor dos recursos financeiros necessários engloba nomeadamente as modalidades de financiamento da aquisição pelo adquirente proposto. A Comissão não aceitará normalmente o financiamento da alienação pelo vendedor, sobretudo se isto lhe conceder o direito a uma participação futura nos lucros da actividade alienada.
104. Quando aprecia se o adquirente proposto ameaça criar problemas de concorrência, a Comissão procederá a uma avaliação preliminar (*prima facie*) à luz das informações de que disponha no âmbito do processo de aprovação do adquirente. Quando a aquisição se traduz numa concentração de dimensão comunitária, esta nova operação terá que ser notificada nos termos do Regulamento das concentrações e autorizada segundo o processo normal <sup>(2)</sup>. Sempre que não for este o caso, a aprovação pela Comissão de um adquirente proposto não prejudica a competência das autoridades nacionais em matéria de controlo das concentrações. Além disso, incumbe ao adquirente proposto obter as demais autorizações necessárias junto das autoridades regulamentares competentes. Quando for previsível, à luz das informações de que a Comissão dispõe, que as dificuldades na obtenção da autorização da operação, no âmbito do processo de controlo das concentrações ou de outras autorizações, possam atrasar indevidamente a execução do compromisso, considerar-se-á que o adquirente proposto não satisfaz os requisitos necessários. Caso contrário, as preocupações de concorrência identificadas pela Comissão não seriam eliminadas num prazo adequado.
105. De modo geral, a Comissão deve aprovar não só a identidade do adquirente, mas igualmente o acordo de compra e venda, bem como qualquer outro acordo celebrado entre as partes e o adquirente proposto, incluindo acordos transitórios. A Comissão verificará se a alienação prevista pelos acordos é consentânea com os compromissos assumidos <sup>(3)</sup>.
106. A Comissão comunicará às partes se considera que o adquirente proposto é ou não adequado. Se a Comissão concluir que o adquirente proposto não preenche os requisitos estabelecidos, adoptará uma decisão em que indicará que o adquirente proposto não satisfaz as condições previstas para o efeito ao abrigo dos compromissos <sup>(4)</sup>. Se a Comissão concluir que o acordo de compra e venda (ou quaisquer acordos conexos) não prevêem uma alienação consentânea com os compromissos, a Comissão comunicará este facto às partes, sem forçosamente rejeitar o adquirente enquanto tal. Se a Comissão concluir que o comprador é adequado ao abrigo dos compromissos e que os contratos permitem uma alienação em conformidade com os referidos compromissos, a Comissão autorizará a alienação ao adquirente proposto <sup>(5)</sup>. A Comissão emitirá as autorizações necessárias o mais rapidamente possível.

### 3. Obrigações das partes no período provisório

107. As partes devem cumprir determinadas obrigações durante o período provisório (na acepção do ponto 36). Neste contexto, os compromissos devem normalmente incluir as disposições seguintes: i) salvaguardas para a conservação provisória da viabilidade da actividade; ii) medidas necessárias para o processo de dissociação e, se for caso disso, iii) medidas necessárias para a preparação da alienação da actividade.

<sup>(1)</sup> Ver acórdão do TPI no processo T-342/00, *Petrolescence/Comissão* [2003], Col. II-1161.

<sup>(2)</sup> Processo IV/M.1383 — *Exxon/Mobil*, decisão de 29 de Setembro de 1999 e processos COMP/M.1820 — *BP/JV Dissolution*, decisão de 2 de Fevereiro de 2000, e COMP/M.1822 — *Mobil/JV Dissolution*, decisão de 2 de Fevereiro de 2000.

<sup>(3)</sup> Tal como referido anteriormente, as partes podem solicitar à Comissão que aprove a alienação da actividade ao adquirente proposto sem um ou vários activos ou membros do pessoal, se tal não afectar a viabilidade e a competitividade da actividade alienada após a venda, atendendo aos recursos do adquirente proposto.

<sup>(4)</sup> Processo COMP/M.1628 — *TotalFina/Elf*, decisão de 9 de Fevereiro de 2000 (estações de serviço nas auto-estradas); confirmada pelo acórdão do TPI no processo T-342/00, *Petrolescence/Comissão* [2003], Col. II-1161.

<sup>(5)</sup> Em função das circunstâncias da alienação, pode ser também necessário que as partes assegurem, por exemplo através de disposições adequadas no acordo de compra, que o adquirente preserve a capacidade concorrencial no mercado da actividade alienada, não procedendo à sua revenda a curto prazo.

*Medidas provisórias de conservação da actividade a alienar*

108. Incumbe às partes reduzir ao mínimo qualquer risco de uma eventual redução da competitividade potencial da actividade a alienar que possa advir de incertezas inerentes à transferência de uma actividade. Até à transferência da actividade para o adquirente, a Comissão exigirá que as partes proponham compromissos destinados a manter a independência, a viabilidade económica, o valor comercial e a competitividade da actividade. Somente compromissos deste teor permitirão à Comissão concluir com o grau de certeza necessário que a alienação da actividade se efectuará segundo as modalidades propostas pelas partes nos compromissos.
109. Em geral, estes compromissos devem ser concebidos por forma a manter a separação da actividade a alienar em relação às actividades conservadas pelas partes, assegurando que a primeira seja gerida no seu interesse enquanto entidade distinta e destinada a venda, com vista a garantir a manutenção da sua viabilidade económica, valor comercial e competitividade, bem como a sua independência perante as empresas conservadas pelas partes.
110. As partes deverão assegurar que todos os activos da actividade sejam mantidos em conformidade com as boas práticas comerciais e as práticas habituais da gestão empresarial, não sendo realizados quaisquer actos susceptíveis de ter um impacto adverso significativo sobre a actividade. Este aspecto refere-se nomeadamente à manutenção dos activos fixos, do saber fazer ou das informações comerciais de carácter confidencial ou privativo, da base de clientela e da competência técnica e comercial do pessoal. Além disso, as partes devem manter em relação à actividade as mesmas condições que prevaleciam antes da concentração, nomeadamente assegurar-lhe recursos suficientes, tal como capital ou uma linha de crédito, baseando-se nos planos de actividade existentes e prosseguindo-os, garantir o desempenho das mesmas funções administrativas e de gestão, ou ainda outros factores necessários para manter a concorrência nesse sector específico. Os compromissos devem igualmente prever que as partes sejam obrigadas a tomar todas as medidas razoáveis, incluindo regimes de incentivo adequados, para encorajar todos os efectivos importantes a permanecer na empresa, devendo as partes abster-se de procurar atrair ou transferir quaisquer membros do pessoal para as suas restantes actividades.
111. As partes devem, além disso, manter a actividade separada das restantes actividades que conservam e velar para que os efectivos importantes da actividade a alienar deixem de participar nas actividades conservadas e vice-versa. Se a actividade a alienar estiver constituída sob a forma de sociedade e caso se afigure necessária uma dissociação estrita a nível da estrutura da empresa, os direitos das partes enquanto accionistas, nomeadamente os direitos de voto, devem ser exercidos pelo administrador responsável pelo controlo que deve estar igualmente habilitado a substituir os membros do conselho de administração designados em nome das partes. Em relação à informação, as partes devem assegurar a delimitação («ring-fence») da actividade a alienar e tomar todas as medidas necessárias para garantir a não obtenção de quaisquer segredos comerciais ou outras informações confidenciais. Devem devolver à entidade ou destruir todos os documentos ou informações confidenciais com ela relacionados, obtidos antes da adopção da decisão.
112. Ademais, as partes são geralmente obrigadas a nomear um gestor encarregado de garantir a separação das actividades, que disponha das competências necessárias, e que será incumbido da gestão da actividade e da execução das obrigações em matéria de separação e protecção. O gestor encarregado de garantir a separação das actividades deve actuar sob a supervisão do administrador responsável pelo controlo, que lhe pode emitir instruções para o efeito. Os compromissos devem prever que a nomeação deverá ocorrer imediatamente após a adopção da decisão e mesmo antes que as partes possam encerrar a concentração notificada. Apesar de as partes poderem nomear elas próprias o gestor encarregado de garantir a separação das actividades, os compromissos devem prever que o administrador responsável pelo controlo poderá destituir das suas funções o referido gestor se este não respeitar os compromissos ou comprometer a sua aplicação atempada e adequada. A nomeação ulterior de um novo gestor estará sujeita à aprovação do administrador responsável pelo controlo.

*Medidas de dissociação*

113. Tal como acima referido no ponto 35, a Comissão pode aceitar, em certas circunstâncias, que a alienação de uma actividade a ser dissociada das restantes actividades das partes possa ser considerada uma medida de correcção adequada. Não obstante, também nessas circunstâncias, somente a transferência de uma actividade viável para um adquirente em condições de manter e desenvolver a capacidade concorrencial desta actividade no mercado suprimirá as preocupações de concorrência da

Comissão. Por conseguinte, as partes devem comprometer-se a proceder, no período provisório, a uma dissociação dos activos que farão parte da actividade a alienar, devendo este processo pautar-se por resultados concretos. O resultado daí decorrente deve consistir numa actividade viável e concorrencial, autónoma e separada das outras actividades das partes, passível de ser transferida para um adquirente adequado no final do período provisório. As partes deverão suportar os custos e os riscos dessa dissociação durante o período provisório.

114. O processo de dissociação deve ser realizado pelas partes sob a supervisão do administrador e em colaboração com o gestor encarregado de garantir a separação das actividades. Em primeiro lugar, os activos e efectivos partilhados entre as actividades a alienar e as restantes actividades das partes devem ser afectados à entidade, na medida em que isto não seja excluído pelos compromissos <sup>(1)</sup>. A afectação dos activos e dos efectivos será controlada e aprovada pelo administrador responsável pelo controlo. Em segundo lugar, o processo de dissociação pode igualmente exigir uma duplicação para a entidade dos activos detidos ou das funções exercidas por outras divisões das empresas das partes, se tal for necessário para assegurar a viabilidade e a competitividade da actividade a alienar. Pode citar-se a título ilustrativo a cessação da participação da entidade numa rede central de tecnologias da informação e a instalação de um sistema informático distinto. Em geral, as medidas principais deste processo de dissociação e as funções a serem duplicadas devem ser decididas numa base casuística e descritas nos compromissos.
115. Simultaneamente, impõe-se assegurar que a viabilidade da actividade a alienar não seja afectada por essas medidas. Durante o período provisório, as partes devem assim manter a utilização dos activos partilhados pela entidade e continuar a prestar-lhe serviços tal como anteriormente, enquanto esta não for viável numa base autónoma.

#### *Obrigações específicas das partes no âmbito do processo de alienação*

116. No que diz respeito ao processo de alienação, os compromissos devem prever que os adquirentes potenciais possam efectuar as devidas diligências e obter, em função da fase do processo, informações suficientes relativas à actividade a alienar no intuito de lhes permitir avaliar plenamente o valor, o âmbito e o potencial comercial da actividade, bem como dispor de um acesso directo aos seus efectivos. As partes devem, além disso, apresentar relatórios periódicos sobre os adquirentes potenciais e a evolução das negociações. A alienação só será executada uma vez encerrada a operação, ou seja, após a transferência da propriedade jurídica para o adquirente autorizado e dos activos respectivos. No termo do processo, as partes deverão transmitir um relatório final, em que confirmarão a conclusão da operação e a transferência dos activos.

#### **4. Administrador responsável pelo controlo e pela alienação**

##### *Papel do administrador responsável pelo controlo*

117. Uma vez que a Comissão não pode, numa base quotidiana, intervir directamente no processo de supervisão da execução dos compromissos, as partes devem propor a nomeação de um administrador incumbido de controlar o cumprimento dos compromissos por elas assumidos, nomeadamente das suas obrigações no período provisório e no processo de alienação (o denominado «administrador responsável pelo controlo»). Deste modo, as partes garantem a eficácia dos compromissos que foram por elas propostos e fornecem à Comissão garantias de que a alteração da concentração notificada, conforme proposta pelas partes, será levada a cabo com o grau de certeza necessário.
118. O administrador responsável pelo controlo desempenhará as suas funções sob a supervisão da Comissão e deve ser considerado como o seu guardião («eyes and ears»). Velará por que a actividade seja gerida e mantida correctamente numa base autónoma ao longo do período provisório. A Comissão pode assim emitir quaisquer ordens e instruções a este administrador no intuito de garantir a observância dos compromissos e o administrador pode propor às partes todas as medidas que considerar necessárias para o desempenho das suas funções. As partes, contudo, não podem emitir quaisquer instruções ao administrador sem o aval da Comissão.

<sup>(1)</sup> Ver ponto 26 relativamente à questão de saber qual o tratamento a aplicar aos activos repartidos nos compromissos.



119. Os compromissos definirão em geral as funções que incumbem ao administrador responsável pelo controlo. Os seus deveres e obrigações serão especificados em pormenor no seu mandato, a elaborar em colaboração entre as partes e o administrador, devendo as suas funções ser descritas em maior pormenor num plano de trabalho. Em princípio, o administrador responsável pelo controlo começará a desempenhar as suas funções imediatamente após a adopção da decisão da Comissão e até à transferência jurídica e efectiva da actividade para o adquirente autorizado. Cabe distinguir cinco funções principais, de carácter não exaustivo, a exercer pelo administrador responsável pelo controlo, sob a supervisão da Comissão:
- em primeiro lugar, o administrador deve assegurar a supervisão das salvaguardas relativas à actividade a alienar durante o período provisório,
  - em segundo lugar, em caso de dissociação, deve acompanhar a repartição dos activos e a afectação dos efectivos entre a actividade a alienar e as actividades conservadas pelas partes, bem como a duplicação dos activos detidos e das funções asseguradas anteriormente pelas partes,
  - em terceiro lugar, incumbe-lhe supervisionar os esforços envidados pelas partes no sentido de encontrar um adquirente potencial e assegurar a transferência da actividade. Em geral, examinará os progressos alcançados a nível do processo de alienação e os adquirentes potenciais nele participantes. Verificará se os adquirentes potenciais receberam informações suficientes sobre a actividade, analisando nomeadamente o memorando informativo (caso disponível), a sala de dados ou o processo de exame prévio. Uma vez proposto um adquirente, o administrador responsável pelo controlo deve transmitir à Comissão um parecer fundamentado sobre a questão de saber se o adquirente proposto satisfaz os critérios enunciados nos compromissos e se a actividade é alienada de forma consentânea com os compromissos. No termo do processo, o administrador deve controlar a transferência jurídica e efectiva da actividade para o adquirente e elaborar um relatório final, em que confirmará esta transferência,
  - em quarto lugar, o administrador deve servir de ponto de contacto para quaisquer pedidos transmitidos por terceiros, nomeadamente adquirentes potenciais, no que se refere aos compromissos. As partes informarão os terceiros interessados, incluindo eventuais adquirentes potenciais, da identidade e das funções do administrador responsável pelo controlo. Em caso de desacordo entre as partes e terceiros no que respeita a questões abordadas nos compromissos, o administrador responsável pelo controlo deve discuti-las com ambas as partes e comunicar as suas conclusões à Comissão. A fim de poder desempenhar o seu papel, o administrador deve assegurar o tratamento confidencial de quaisquer segredos comerciais das partes e de terceiros,
  - em quinto lugar, o administrador responsável pelo controlo comunicará estas questões à Comissão nos relatórios periódicos consagrados à observância dos compromissos e transmitir-lhe-á igualmente, a seu pedido, relatórios complementares.
120. Os compromissos definirão igualmente em pormenor as necessidades do administrador responsável pelo controlo em termos de apoios e cooperação com as partes; igualmente neste contexto, a Comissão assegurará a supervisão das relações entre as partes e o administrador. Para desempenhar as suas funções, o administrador deve dispor de acesso aos livros contabilísticos e registos das partes e da actividade a alienar e, na medida em que isto seja necessário para a execução dos compromissos, pode solicitar às partes um apoio a nível administrativo e em matéria de gestão, deve ser informado dos adquirentes potenciais e de qualquer evolução a nível do processo de alienação e devem ser-lhe transmitidas todas as informações prestadas aos adquirentes potenciais. Além disso, as partes indemnizarão o administrador e permitir-lhe-ão nomear consultores, caso necessário, para o desempenho das suas funções ao abrigo dos compromissos. Estes últimos permitirão igualmente que a Comissão partilhe com o administrador responsável pelo controlo todas as informações que lhe sejam transmitidas pelas partes a fim de permitir ao referido administrador desempenhar as suas funções. O administrador está sujeito à obrigação de assegurar a confidencialidade destas informações.

*Papel do administrador responsável pela alienação*

121. Tal como sucede em relação ao administrador responsável pelo controlo, as partes devem propor a nomeação de um administrador responsável pela alienação, a fim de garantir a eficácia dos compromissos por elas apresentados e fornecer à Comissão garantias de que a alteração da concentração notificada, conforme proposta pelas partes, será levada a cabo. Se as partes não conseguirem encontrar um adquirente adequado durante o primeiro período de alienação, será conferido ao administrador responsável pela alienação, no período previsto para a sua intervenção, um mandato irrevogável e exclusivo para alienar a actividade, sob a supervisão da Comissão, num prazo específico e sem a fixação de qualquer preço mínimo, a um adquirente adequado. Os compromissos permitirão ao administrador responsável pela alienação prever no acordo de compra e venda as modalidades e condições que considerar adequadas para proceder a uma venda rápida, nomeadamente as declarações habituais sobre o estado da actividade, bem como as garantias e as indemnizações correntes. A venda da actividade pelo administrador responsável pela alienação está sujeita à autorização prévia da Comissão do mesmo modo que a venda pelas partes.

122. Tal como sucede no que respeita ao administrador responsável pelo controlo, os compromissos devem prever que as partes apoiarão e informarão o administrador responsável pela alienação, assegurando-lhe a todo o momento a sua cooperação. Para a alienação, as partes devem conceder ao administrador em causa todos os poderes de procuração necessários para o efeito, englobando todas as fases da operação.

*Aprovação do administrador e respectivo mandato*

123. Consoante o compromisso, o administrador responsável pelo controlo pode ser ou não a mesma pessoa ou instituição que assume as funções de administrador responsável pela alienação. As partes proporão à Comissão um ou vários administradores potenciais, bem como o texto integral do seu mandato e as linhas gerais de um plano de trabalho. É essencial que o administrador responsável pelo controlo comece a desempenhar as suas funções imediatamente após a decisão da Comissão. Por conseguinte, as partes devem propor um administrador adequado imediatamente após a decisão da Comissão <sup>(1)</sup> e os compromissos devem normalmente prever que a concentração notificada só poderá ser executada uma vez nomeado o administrador responsável pelo controlo, após a sua aprovação pela Comissão <sup>(2)</sup>. A situação diverge no que respeita ao administrador responsável pela alienação, que deve ser nomeado bastante antes do termo do primeiro período de alienação <sup>(3)</sup>, por forma a que o seu mandato possa produzir efeitos no início do período em que lhe incumbe intervir.
124. Ambos os tipos de administradores serão nomeados pelas partes com base num mandato, concluído entre as referidas partes e o administrador. A nomeação do administrador e o seu mandato deverão ser aprovados pela Comissão, que disporá de poderes discricionários na selecção do administrador e que apreciará se o candidato proposto tem o perfil adequado para desempenhar as funções previstas no caso específico. O administrador deve ser independente das partes, dispor das qualificações necessárias para o exercício do seu mandato e não deve, nem deve vir a estar, exposto a uma situação de conflito de interesses.
125. A Comissão avaliará as qualificações necessárias à luz dos requisitos do caso específico, incluindo a área geográfica e o sector em causa. De acordo com a experiência da Comissão, as empresas de auditoria e outras sociedades de consultoria podem afigurar-se particularmente aptas para desempenhar as funções que incumbem ao administrador responsável pelo controlo. Os particulares que tenham trabalhado no sector específico podem igualmente constituir candidatos adequados se dispuserem dos recursos necessários para desempenhar as funções em causa. Os bancos de investimento afiguram-se particularmente qualificados para desempenhar o papel de administrador responsável pela alienação. A independência do administrador é fundamental para lhe permitir desempenhar correctamente o seu papel de controlo, por conta da Comissão, da observância dos compromissos assumidos pelas partes e para garantir a sua credibilidade face a terceiros. Em especial, a Comissão não aceitará a título de administradores quaisquer pessoas ou instituições que sejam simultaneamente auditores das partes ou seus assessores de investimento no âmbito da alienação. Não haverá, contudo, qualquer conflito de interesses, desde que as relações do administrador com as partes não comprometam o desempenho com objectividade e independência das suas funções. Compete às partes fornecer à Comissão informações adequadas para que esta última possa apreciar se o administrador satisfaz os requisitos necessários. A nomeação do administrador após a sua aprovação pelas partes é irrevogável, salvo se o administrador for substituído com a aprovação ou a pedido da Comissão.
126. O mandato do administrador deve definir as suas funções tal como enunciadas nos compromissos e deve incluir todas as disposições necessárias para permitir ao administrador exercer as suas funções no respeito dos compromissos aceites pela Comissão. As partes são responsáveis por remunerar o administrador ao abrigo do mandato e a estrutura da remuneração deve ser de molde a não entravar a independência e a eficácia do administrador no exercício do seu mandato. A Comissão apenas aprovará a nomeação de um administrador se o mandato que lhe for atribuído for adequado. Caso necessário, pode publicar a identidade do administrador e um resumo das suas funções.
127. Quando os compromissos específicos de que o administrador tenha sido incumbido tiverem sido executados, ou seja, quando for assinado o acto jurídico de alienação da actividade, os activos tiverem sido efectivamente transferidos para o adquirente e determinadas disposições específicas, susceptíveis de continuar a ser aplicadas após a alienação, forem executadas, o mandato deve prever que o administrador solicite à Comissão a quitação relativamente a outras responsabilidades. Não obstante o facto de a quitação ter sido dada, pode ser necessário que a Comissão exija uma nova nomeação do administrador com base nos compromissos, caso se afigure subsequentemente que os compromissos relevantes podem não ter sido plena e devidamente executados.

<sup>(1)</sup> Em geral, os compromissos devem prever que um administrador responsável pelo controlo seja proposto no prazo de duas semanas a contar da data da decisão.

<sup>(2)</sup> Ver processo COMP/M.4180 — GdF/Suez, decisão de 14 de Novembro de 2006; processo COMP/M.4187 — Metso/Aker Kvaerner, decisão de 12 de Dezembro de 2006; processo COMP/M.3916 — T-Mobile/Tele.ring, decisão de 20 de Abril de 2006.

<sup>(3)</sup> A Comissão exigirá normalmente a sua nomeação pelo menos um mês antes do termo do primeiro período de alienação.

### 5. Obrigações das partes após a realização da alienação

128. Os compromissos devem igualmente prever que a Comissão poderá solicitar informações às partes durante um período de 10 anos após a adopção da decisão de aceitação dos compromissos. Tal permitirá à Comissão controlar a aplicação efectiva da medida de correcção.

### 6. Execução de outros compromissos

129. Muitos dos princípios acima enunciados no que diz respeito à execução dos compromissos de alienação podem ser igualmente aplicados a outros tipos de compromissos, caso estes devam vir a ser executados na sequência da decisão da Comissão. Por exemplo, se for prevista a necessidade de a Comissão aprovar o titular de uma licença, podem ser aplicadas as considerações tecidas no que se refere à aprovação do adquirente. Atendendo ao vasto leque de compromissos relativamente a outros aspectos que não a alienação, não podem ser definidos quaisquer requisitos gerais e exaustivos em relação à execução deste tipo de compromissos.
130. No entanto, dada a longa duração dos compromissos relativos a outros aspectos que não a alienação, bem como a sua complexidade frequente, serão frequentemente necessários esforços significativos em matéria de controlo e instrumentos específicos para permitir à Comissão concluir que tais compromissos serão efectivamente aplicados. Por conseguinte, a Comissão exigirá muitas vezes que um administrador seja incumbido de controlar a execução de tais compromissos, bem como o estabelecimento de um procedimento de arbitragem acelerado a fim de prever um mecanismo de resolução dos litígios e assegurar que sejam os próprios operadores de mercado a garantir a observância dos compromissos. Em casos anteriores, a Comissão exigiu frequentemente a nomeação de um administrador e uma cláusula de arbitragem <sup>(1)</sup>. Nesses casos, o administrador controlará a execução dos compromissos, mas estará igualmente em condições de participar nos processos de arbitragem, por forma a que estes possam concluídos num prazo curto.

---

<sup>(1)</sup> Este tipo de abordagem em que o exercício do controlo é assegurado em simultâneo pela arbitragem e por um administrador responsável pelo controlo foi utilizado, por exemplo, no processo COMP/M.2803 — Telia/Sonera, decisão de 10 de Julho de 2002; processo COMP/M.3083 — GE/Instrumentarium, decisão de 2 de Setembro de 2003; e processo COMP/M.3225 — Alcan/Pechiney II, decisão de 29 de Setembro de 2003.