

---

# DIREITO E ECONOMIA DA CONCORRÊNCIA: CONCENTRAÇÃO VERTICAL NA UNIÃO EUROPEIA

---

*Eugênio Battesini*

*Procurador Federal atuante na Procuradoria Regional Federal da 4ª Região da Advocacia Geral da União; Professor do Curso de Especialização em Direito e Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Visiting Scholar na Columbia Law School in the City of New York; Pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Agraciado com o prêmio Robert Cooter – MICROSOFT em Direito e Economia; Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduado em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e; Graduado em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fundamentos Econômicos do Direito da Concorrência; 1.1 Perspectiva histórica; 1.2 Panorama atual; 2 Concentração Vertical; 2.1 Aspectos teóricos; 2.2 Evidências empíricas; Conclusão; Obras Consultadas; Anexos

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo analisar a dinâmica de interação entre direito e economia da concorrência, com ênfase no estudo da integração vertical na União Européia. Enquanto valor fundamental tutelado pela ordem jurídica, a liberdade de competição constitui objeto de estudo do direito da concorrência. Enquanto espinha dorsal da economia de mercado, as condições de competição constituem objeto de estudo da teoria econômica da concorrência. A identidade de objeto desencadeia frutífera interação entre direito e economia da concorrência, tradição que remonta aos primórdios da legislação de defesa da concorrência e se projeta até os dias atuais. Verifica-se a existência de intenso debate doutrinário acerca questões, tais como, a concepção de concorrência, os objetivos e a extensão da política de concorrência. A exposição foi estruturada em duas partes. Na primeira parte são apresentados os fundamentos econômicos do direito da concorrência, em perspectiva histórica e contemporânea. Na segunda parte, são apresentados aspectos teóricos e empíricos relativos à integração vertical. A conclusão a que se chega é no sentido de que o êxito da União Européia em desencadear consistente trajetória de desenvolvimento, em promover processo de integração sócio-econômico fundado em arranjo institucional que prioriza a livre concorrência, está a indicar a correção da manifestação de Douglas North, para quem o segredo para se entender o desenvolvimento econômico sustentável no longo prazo está na construção de matriz institucional eficiente.

**PALAVRAS CHAVE:** Direito e economia. Concorrência. Concentração vertical. União Européia.

**ABSTRACT:** The present paper has the objective of analyze the dynamics of interaction between law and economics of competition, with emphasis in the study of vertical merger in European Union. While basic social value the freedom of competition is object of study of competition law. While spine of the market economy, the competition conditions are object of study of the economic theory. The object identity unchains fruitful interaction between law and economics of competition, tradition that retraces to the beginning of the legislation of free market defense and is projected until the current days. Anyway, persist intense doctrinal debate concerning topics like, the conception of competition, the objectives and extension of the politics of competition. The exposition will be made in two parts. The first part presents the economic beddings of the law of the competition, in historical and contemporary perspective. The second part presents theoretical and empirical aspects of the vertical integration. The conclusion is that the success of the European Union in unchaining consistent trajectory of development, in promoting social-economic process of integration based in institutional arrangement that prioritizes the free competition, is to indicate the correction of the manifestation of Douglas North, for who the secret to understand the sustainable economic development in the long stated period is in the construction of efficient institutional matrix.

**Keywords:** Law and economics. Competition. Vertical merger. European Union.

## INTRODUÇÃO

O processo de interação entre direito e economia se revela mutuamente vantajoso, contribuindo para o aprimoramento das duas áreas de conhecimento. O direito adquire nova perspectiva, vislumbrando as normas jurídicas não apenas como sistema de coerção, mas como guia de conduta que incorpora valores econômicos e atua como mecanismo transmissor de preços implícitos, sistema de incentivos que afeta a dinâmica econômica. A economia passa a ser concebida em bases institucionais, considerando o sistema normativo como elemento ativo, dinamizador do sistema econômico.

A percepção de que a competição entre os agentes econômicos conduz à melhoria do bem-estar social por aumentar a eficiência alocativa (produzindo o que os consumidores querem, conforme demonstrado por sua disposição a pagar), por aumentar a eficiência produtiva (produzindo bens e serviços ao menor custo, usando o mínimo de recursos) e por encorajar o progresso técnico (recompensando inovações) conduz a livre concorrência à posição de fundamento da ordem econômica no Estado democrático contemporâneo.

Enquanto valor fundamental tutelado pela ordem jurídica, a liberdade de competição constitui objeto de estudo do direito da concorrência. Enquanto espinha dorsal da economia de mercado, as condições de competição constituem objeto de estudo da teoria econômica da concorrência. A identidade de objeto desencadeia frutífera interação entre direito e economia da concorrência, tradição que remonta aos primórdios da legislação de defesa da concorrência e se projeta até os dias atuais. Verifica-se a existência de intenso debate doutrinário acerca da concepção de concorrência, dos objetivos e extensão da política de concorrência, entre outras questões.

Delineado tal contexto, desenvolve-se o presente estudo com o objetivo de analisar a dinâmica de interação entre direito e economia da concorrência, em especial no âmbito da União Européia, utilizando a integração vertical como elemento de articulação. A exposição será feita em duas partes. Na primeira parte são apresentados os fundamentos econômicos do direito da concorrência, em perspectiva histórica e contemporânea. Na segunda são apresentados aspectos teóricos e empíricos relativos à integração vertical.

## 1 FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

### 1.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA

As raízes da noção de concorrência remontam à própria origem da ciência econômica. Mesmo que autores mercantilistas como Jacques Turgot, David Hume e James Stuart tenham se dedicado ao estudo da competição nos mercados, coube a Adam Smith (*The wealth of nations* – 1776) a generalização da concorrência como força motriz que leva a economia ao melhor resultado possível, como mão invisível

que conduz ao crescimento econômico. Para Adam Smith, a idéia de competição está associada à existência de rivalidade recíproca e à ausência de restrições tais como os privilégios corporativos do período mercantilista. A concorrência é concebida de forma dinâmica, como processo de interação que se efetivada em contexto institucional, demandando limitada regulação governamental harmonizadora.

A concepção da concorrência enquanto processo social foi reforçada nas primeiras décadas do século XX no pensamento da escola austríaca de economia (Ludwig Von Mises, Eugen Von Böhm-Bawerk, entre outros autores) e da escola ordo-liberal de Freiburg (Franz Böhm, Walter Eucken, entre outros autores). Enfatizando a liberdade de escolha que permite a descoberta das melhores opções de mercado, tais abordagens destacam a concorrência como valor a ser preservado em si mesmo. A garantia da efetiva competição nos mercados é essencial para o funcionamento do sistema econômico e, como tal, constitui o próprio valor a ser tutelado pelo direito da concorrência.

O advento da revolução marginalista e, sobretudo, da síntese microeconômica neoclássica (Alfred Marshall, Arthur Pigou, Francis Edgeworth, entre outros autores) representa, contudo, expressiva mudança de paradigma no estudo da concorrência. A noção de concorrência como processo social dá lugar à noção de concorrência enquanto situação, estrutura de mercado que proporciona a eficiência alocativa dos recursos econômicos. Tem início o processo de matematização das forças concorrenciais que, através da interação entre oferta (custo marginal) e demanda (benefício marginal), conduzem à situação de equilíbrio ótimo de Pareto (situação na qual ninguém poderá melhorar seu bem estar sem sacrifício do bem estar de outrem). Tem origem o modelo de concorrência perfeita, que pauta o estudo da economia até os dias atuais. Enquanto estrutura de mercado caracterizada pelo grande número de competidores, livre entrada e saída, produto homogêneo e plena informação dos agentes econômicos, o modelo de concorrência perfeita assegura a eficiência alocativa conduzindo ao bem-estar social máximo. Em tal contexto, o objetivo do direito da concorrência é a correção de falhas de mercado de forma a garantir a eficiência alocativa do modelo concorrenciais, modelo ideal em relação ao qual outras estruturas de mercado devem ser comparadas (cartéis, monopólios, concentrações empresariais). Em resumo, o valor tutelado pelo direito da concorrência é a eficiência alocativa, a qual é alcançada ao se proporcionar condições para que a livre concorrência se realize.

## 1.2. PANORAMA ATUAL

As evidências empíricas apontando para a existência de estruturas de mercado distintas da concorrência perfeita e a construção de

formulações teóricas enfatizando aspectos como o grau de concentração e a diferenciação de produtos (modelos de monopólio, oligopólio e concorrência monopolística), conduzem à refutação do modelo de concorrência perfeita como parâmetro analítico. Tem surgimento, na década de 1940, a escola estruturalista de Harvard que propõe a substituição da idéia de concorrência perfeita pela de concorrência viável (*workable competition*). Autores como John Clark, Edward Mason, Joe Bain, Phillip Areeda e Donald Turner, reconhecendo que determinado grau de concentração é aceitável e recomendável, sustentam que devem ser evitadas concentrações excessivas de poder de mercado, as quais acabam por gerar disfunções no funcionamento do sistema econômico. De acordo com a concepção estruturalista, a eficiência alocativa é afetada pela estrutura de mercado, pela organização industrial. É desenvolvido o modelo estrutura-conduta-desempenho, que, em essência, assume que os resultados de mercado (benefícios do consumidor, estabilidade de preços, emprego, desenvolvimento tecnológico...) dependem da conduta de produtores e consumidores, sendo a conduta determinada pela estrutura de mercado. O paradigma estrutura-conduta-desempenho tem por intuito a construção de teoria geral (substitutiva do paradigma microeconômico neoclássico) que mapeie os elementos comuns de qualquer setor de atividade econômica, servindo como referencial para a análise econômica dos mercados. O direito da concorrência deve se preocupar com a estruturação da atividade econômica, voltando o foco para questões como o grau de concentração industrial, a margem de lucro/retorno sobre o investimento, a existência de barreiras à entrada e de poder de mercado. A conformação de estrutura industrial pulverizada, a diluição do poder de mercado que assegure a rivalidade entre os concorrentes constitui objetivo a ser perseguido pela política de defesa da concorrência. É recomendável a atuação preventiva do Estado de forma a evitar estruturas industriais concentradas, consideradas contrárias à concorrência *per se*.

A rejeição da intervenção governamental na economia, através da política de defesa da concorrência, constitui a tônica da escola de Chicago, desenvolvida a partir da década de 1970 por autores como Robert Bork, Richard Posner, John McGee, Lester Telser e Ward Bowman. Sob a ótica da escola de Chicago, a concentração industrial é resultado da eficiência, assim sendo, se a autoridade de defesa da concorrência interfere na estrutura industrial concentrada ela estará reduzindo a eficiência alocativa e, como tal, o nível de bem-estar social. Robert Bork<sup>1</sup> se refere à política intervencionista, propugnada pela escola de Harvard, como “uma política em guerra consigo mesmo”, pois, ao mesmo tempo em que procura preservar a concorrência, combate-a por sacrificar a eficiência alocativa (*antitrust paradox*). De acordo com a escola de Chicago, a eficiência alocativa de mercado, caracterizada pelo benefício máximo aos consumidores, pela produção a baixos custos, se sobrepõe a qualquer outro valor, constituindo o objetivo da política de defesa

1 BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*.

da concorrência. Partindo dos pressupostos de que as barreiras de entradas são mais imaginárias do que reais, de que as estruturas concentradas tendem a ser autocorretivas e de que em sua maioria os mercados são competitivos, a escola de Chicago refuta a idéia de que estruturas concentradas e práticas restritivas verticais sejam, por definição, um mal a ser evitado, enfatizando a necessidade de efetiva demonstração dos resultados anticompetitivos no mercado para que a prática seja considerada ilícita (substituição da regra da ilegalidade *per se* pela regra da razão).

Após período de inquestionável supremacia, a partir da década de 1980 as idéias desenvolvidas pela escola de Chicago passam a ser criticadas, dado o seu caráter analítico estático e pela desconsideração de aspectos institucionais, com demasiada simplificação da complexa realidade econômica. Contribuições relevantes são feitas mediante aplicação da teoria dos jogos e de fundamentos da nova economia institucional. Por oferecer um rigoroso instrumental analítico que considera fatores como estratégias de atuação, vantagens obtidas e custos incorridos pelas firmas competidoras, a teoria dos jogos reflete o mundo real da concorrência melhor do que qualquer outra teoria, propiciando valiosos *insights* para definir se as práticas de mercado são competitivas ou anticompetitivas. Em muitos setores da atividade econômica, a efetiva competição entre as empresas não se dá via preço, mas sim via quantidade (dominação de mercados), razão pela qual a análise das condições de concorrência é feita de forma mais eficaz mediante aplicação da teoria dos jogos do que mediante aplicação da análise microeconômica tradicional, calcada na teoria dos preços. Outro aspecto, derivado da teoria dos jogos e que deve ser considerado pela autoridade da defesa da concorrência, diz respeito à integração vertical como estratégia competitiva decisiva em diversos setores da economia.

Partindo do pressuposto de que as instituições atuam como engrenagens, peças-chave na dinâmica de funcionamento do sistema econômico, eis que estruturam os incentivos de natureza política, social e econômica, a nova economia institucional tem por objetivo compreender o que são as instituições, como surgem, evoluem e podem ser moldadas de forma a articular o processo de desenvolvimento de forma duradoura e sustentável. O núcleo analítico básico, defendido por autores como Ronald Coase, Douglass North e Oliver Williamson, recai sobre os conceitos de direitos de propriedade (vinculados à definição e delimitação do alcance dos privilégios outorgados aos indivíduos relativamente a recursos econômicos específicos), de contratos (concebidos como instrumentos através dos quais os direitos de propriedade são estabelecidos, transferidos ou modificados), de custos de transação (concebidos como custos de operação no mercado, de intercambiar direitos de propriedade, compreendendo custos de informação, de contratação e de fazer cumprir as obrigações assumidas) e de instituições (restrições, limites estabelecidos pelo homem para disciplinar as interações humanas, ou, em analogia informal com esportes competitivos, feita por Douglass North<sup>2</sup>, “as regras do jogo

2 NORTH, Douglas. *Institutions, institutional change and economic performance*, p. 3.

numa sociedade”). Considerando que o mercado não é livre, mas sim condicionado pela estrutura institucional, a qual afeta o seu funcionamento, impõem fricções, custos às transações, a nova economia institucional exerce influência decisiva em matéria concorrencial. À medida que o comportamento das empresas, os diferentes tipos de transação por elas realizados, tem a ver com os diferentes custos de operação nas diferentes estruturas de mercado, não há uma regra de eficiência única, conforme propugnado pela teoria microeconômica neoclássica. A eficiência não é algo atemporal e descontextualizado do ambiente institucional, só podendo ser concebida, aferida e comparada considerando o ambiente institucional. Tais concepções são de fundamental importância em termos de política da concorrência, pois, determinadas condutas, estratégias de ação das empresas, tais como concentrações e práticas restritivas verticais, podem ser resultado de complexo processo de negociação objetivando reduzir custos de transação, contexto que deve ser considerado ao se cogitar da licitude de práticas em tese anticoncorrenciais.

No estágio atual, conforme Patrick Cayseele e Roger Van der Bergh<sup>3</sup> destacam, é possível cogitar da existência de síntese conciliadora (*workable syntesis*) que aproxima a metodologia analítica do direito e da economia da concorrência. A utilização de análise empírica aberta para o tipo de estrutura/conduta prevalecente em cada indústria, aliada à idéia de que é possível mensurar e modelar os elementos que caracterizam a competição em cada setor econômico, tem pautado o estudo da concorrência. Através da análise de séries históricas que identifiquem variáveis relevantes como o poder de mercado, indústrias como a automobilística, telefonia, do aço, de bebidas, entre outras, são analisadas e modeladas de forma a permitir a simulação dos efeitos de concentrações e a identificação de comportamentos anticoncorrenciais, com sensíveis ganhos na defesa da concorrência.

A influência das diversas correntes de pensamento em matéria de concorrência se faz sentir no âmbito da União Européia. A concepção da concorrência enquanto processo social e a importância da liberdade de circulação (mercadorias, pessoas, serviços e capitais – artigos 26 e 28, do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia) desempenharam papel fundamental na integração econômica, eis que, conforme destaca Calixto Salomão<sup>4</sup>, na ausência de agente estatal forte, a concorrência atuou como elemento de agregação, dinamizando o processo de organização e integração. A influência das idéias da escola de Harvard se faz presente no âmbito das regras materiais de defesa da concorrência (artigos 101 e 102, do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia), que regulam as estruturas (vertente preventiva) e as condutas anticoncorrenciais (vertente repressiva). A influência da escola de Chicago pode ser aferida a partir do acolhimento da regra da razão na qualificação do caráter concorrencial ou não das condutas ou associações de empresas (artigo 101, 3, do Tratado

3 CAYSEELE, Patrick; VAN DER BERGH, Roger. Antitrust law, p. 483.

4 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial, as estruturas*, p. 20.

sobre o Funcionamento da União Européia). A influência das abordagens econômicas posteriores à década de 1980 pode ser aferida a partir da análise da concentração vertical, tema objeto da segunda etapa do presente estudo.

## 2. CONCENTRAÇÃO VERTICAL

### 2.1. ASPECTOS TEÓRICOS

Fundamental para o estudo das estruturas organizacionais em matéria de concorrência é a noção de poder de mercado, que, em essência, vincula-se à possibilidade de alterar a dinâmica normal de funcionamento do mercado através de práticas como o aumento de preços e a restrição na oferta de bens. O poder de mercado pode ser decorrente do crescimento interno da empresa (resultado da eficiência produtiva), da cooperação empresarial (acordo entre concorrentes, ação coordenada tendente a alterar as condições de competição) e da concentração empresarial (unificação de atividades).

A concentração empresarial se classifica em horizontal, vertical e conglomerados. A concentração horizontal envolve a integração entre empresas que atuam no mesmo mercado relevante, produzindo bens ou serviços substitutos entre si. A concentração vertical envolve a integração de empresas que operam em níveis diferentes, mas complementares, de uma cadeia de produção e/ou distribuição, em outras palavras, processos que podem ser executados separadamente por duas ou mais firmas passam a ser realizados pela mesma firma. Os conglomerados constituem categoria residual que engloba as concentrações nas quais as atividades das empresas não guardam relação entre si, ou seja, as firmas atuam em mercados relevantes completamente distintos.

Se, por um lado, é consensual a necessidade de controle preventivo da concentração horizontal, face à magnitude do potencial de ameaça à concorrência, por outro lado, há controvérsia acerca da nocividade à concorrência e da própria necessidade de controle da concentração vertical, enquanto categoria autônoma<sup>5</sup>. Tal situação é creditada ao fato de que aliado aos potenciais efeitos anticompetitivos, a concentração vertical apresenta elevado potencial pró-competitivo.

Os fundamentos do controle preventivo da concentração vertical gravitam, basicamente, em torno de dois pontos críticos, o fechamento de mercado e a criação de estruturas de mercado que facilitem ações coordenadas. A idéia de fechamento de mercado está vinculada à criação de dificuldades para o funcionamento dos concorrentes, tais como o acesso a matérias-primas e/ou canais de distribuição de produtos. Ou seja, a integração vertical pode determinar situação na qual a empresa resultante venha a impedir que seus rivais tenham acesso a fontes de insumos,

5 Para os seguidores da escola de Chicago, a concentração vertical não representa problema jurídico autônomo. Nada há de errado na concentração entre comprador e vendedor, o problema só aparece quando um deles tem poder no mercado horizontalmente considerado.

mercado a jusante, e/ou a vias de distribuição, mercado a montante. A principal questão é saber se a empresa resultante da integração tem poder de mercado para promover a exclusão parcial dos concorrentes e se ela pode fazer uso efetivo de tal poder, verificação que deve ser feita de forma empírica, considerando o contexto específico da operação e do mercado considerado.

A criação de estruturas de mercado que facilitem ações coordenadas está vinculada ao fato de que, sobretudo em mercados oligopolizados, é comum que à primeira integração vertical se sucedam outras, desencadeando processo de concentração que não termina enquanto grande parte dos participantes esteja integrada. Tal situação implica na formação de barreiras de entrada de novos competidores, bem como, conduz à exclusão de pequenos competidores independentes não integrados. Além do que, tal processo cria condições estruturais propícias à formação de cartéis, com prejuízo direto ao consumidor.

Os fundamentos favoráveis à concentração vertical, efeitos pró-concorrenciais, vinculam-se à melhoria dos produtos ofertados (qualidade, variedade, desenvolvimento de novos produtos...), à redução dos custos de produção (geração de economias de escala e de escopo, eficiência administrativa e operacional, não incidência de dupla margem de lucro...) e, sobretudo, à redução dos custos de transação. A internalização de operações antes realizadas via mercado implica em redução de custos transacionais; custos de obtenção de informação, custos de contratação, custos de fazer valer o contratado, entre outros. Os custos de transação são derivados da incerteza que caracteriza as relações de mercado, em especial as de longa duração. A empresa integrada verticalmente consegue reduzir incertezas, pois passa a ter o controle do conjunto de operações relevantes.

No âmbito da União Européia, o controle das concentrações de empresas é disciplinado pelo Regulamento nº139/2004 do Conselho (substitutivo do Regulamento nº4064/1989 do Conselho), que estabelece regras substantivas, procedimentais<sup>6</sup> e sancionatórias relativas às operações de concentração. As *guidelines* econômicas para apreciação das concentrações horizontais são fixadas no ato 2004/C 31/03 da Comissão, que, entre outros aspectos, estabelece diretrizes para a avaliação de fatores como mercado relevante, níveis de concentração, participação e poder de mercado, posição dominante, efeitos anticoncorrenciais e efeitos pró-competitivos. Boa parte dos fundamentos analíticos relativos à concentração horizontal é aplicável na apreciação das concentrações verticais. Contudo, dado o crescente reconhecimento dos efeitos pró-competitivos das concentrações verticais e a inexistência de *guidelines* econômicas específicas para sua apreciação, a Comissão encomendou estudos sobre modelos, instrumentos e técnicas analíticas de avaliação dos atos de concentração não-horizontal, em especial, *The efficiency-enhancing effects of non-horizontal mergers*, elaborado por Simon Bishop e outros (2005), e *The impact of vertical and conglomerate mergers on*

<sup>6</sup> Outras normas procedimentais são estabelecidas no Regulamento nº802/2004 da Comissão e dos atos 2005/C 56/02 e 2005/C 56/03 da Comissão.

*competition*, elaborado por Jeffrey Church (2004). Pautada em tal referencial analítico, nos últimos anos tem se formado consistente jurisprudência acerca das operações de concentração vertical, a qual se passa a analisar.

## 2.2. EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS

A evolução da jurisprudência da União Européia em matéria de concentração vertical pode ser aferida a partir da análise de três casos relevantes, Skanska/Scancem (nº IV/M.1157 - 1999), AOL/Time Warner (nº COMP/M.1845 - 2000) e Tetra-Laval/Sidel (nº COMP/M.2416 - 2001), a seguir considerados<sup>7</sup>.

O caso nº IV/M.1157<sup>8</sup>, notificação prévia à Comissão Européia realizada em 03 de abril de 1998, envolve as empresas Skanska, atuante nos mercados de administração de propriedades, construção civil, produção e distribuição de material de construção, principalmente concreto e artefatos de cimento, e Scancem, atuante nos mercados de produção e distribuição de material de construção, principalmente cimento. Na operação de concentração notificada, a empresa Scancem se propunha a adquirir o controle acionário da empresa Skanska. Tendo sido reconhecida a dimensão comunitária da operação, foi considerado como mercado relevante do ponto de vista geográfico os países escandinavos, em especial a Suécia, sendo que os mercados relevantes sob o ponto de vista dos produtos foram considerados como sendo o de cimento e produtos derivados, em especial os mercados de concreto e artefatos de cimento. Em análise essencialmente estruturalista, a Comissão considerou que a operação originalmente proposta era incompatível com o mercado comum por criar posição dominante da Skanska no mercado suco de concreto e de artefatos de cimento, bem como por fortalecer a posição dominante da Scancem no mercado suco de cimento. Em especial, a Comissão ressaltou os efeitos anticompetitivos decorrentes da potencial exclusão do mercado dos concorrentes da empresa Skanska, em face da criação de barreiras de acesso ao cimento, principal insumo dos mercados de concreto e artefatos de cimento (aproximadamente 30 a 40% dos custos totais de tais produtos). Após as empresas envolvidas terem assumido uma série de compromissos tendentes a afastar os efeitos anticompetitivos da operação, e ter sido efetivada a redução da participação acionária da empresa Scancem na empresa Skanska, de forma a preservar a autonomia administrativa da empresa Skanska, em decisão proferida em 11 de novembro de 1998, a

7 Registre-se o fato de se tratarem de operações de fusão e/ou incorporação complexas, envolvendo grupos econômicos, bem como afetando a competição em vários mercados mediante integração horizontal, vertical e conglomerados. Dada a proposta do presente estudo, as decisões em questão não serão apreciadas de forma exaustiva, sendo o foco direcionado aos aspectos pertinentes à concentração vertical.

8 **Decisão da Comissão de 11 de novembro de 1998 que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e com a aplicação do Acordo EEE. Processo IV/M.1157 - Skanska/Scancem** (Jornal Oficial nº L 183 de 16/07/1999 p. 0001 □ 0028. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999D0458:PT:HTML>, acesso em 11.09.2010).

Comissão declarou a operação de concentração compatível com o mercado comum, aprovando-a com restrições.

O caso n° COMP/M.1845<sup>9</sup>, notificação prévia à Comissão Europeia realizada em 28 de abril de 2000, envolve as empresas América Online – AOL, atuante nos mercados de serviços interativos, comércio eletrônico, distribuição de músicas *on line* (*downloading e streaming*), entre outros, e Time Warner, atuante nos mercados de mídia e entretenimento, tais como, televisão a cabo, cinema, publicações e produção musical. Na operação de concentração notificada, formar-se-ia *holding* da qual a AOL participaria com 55% e a Time Warner com 45%. Reconhecida a dimensão comunitária, considerou-se que sob o ponto de vista geográfico a operação apresentava dimensão mundial e que sob a perspectiva do produto o mercado de música *on line* seria relevante. A principal preocupação da Comissão foi com a possibilidade de fechamento do mercado, restringindo-se o acesso de concorrentes da Time Warner aos canais de distribuição de música *on line*, bem como propiciando condições favoráveis à formação de posição dominante nos mercados de produção musical e serviços interativos. Objetivando superar as restrições apontadas, as empresas envolvidas assumiram conjunto de compromissos tendentes a afastar os efeitos anticompetitivos da operação. Em decisão proferida em 11 de outubro de 2000, suscitando, também, a existência de aspectos pró-competitivos, em especial os potenciais benefícios proporcionados aos consumidores pela possibilidade de desenvolvimento de uma nova geração de serviços interativos, a Comissão declarou a operação de concentração compatível com o mercado comum, aprovando-a com restrições.

O caso n° COMP/M.2416<sup>10</sup>, notificação prévia realizada à Comissão Europeia em 18 de maio de 2001, envolve as empresas Tetra-Laval, atuante nos mercados de fabricação de embalagens para alimentos líquidos (plásticas, de papel e alumínio), e Sidel, atuante nos mercados de produção de máquinas para a fabricação de embalagens. Na operação de concentração notificada, a empresa Tetra-Laval estaria adquirindo participação de 92% na empresa Sidel. Tendo sido reconhecida a dimensão comunitária da operação, foi considerado como mercado relevante do ponto de vista geográfico a União Europeia, sendo que os mercados relevantes sob o ponto de vista dos produtos foram considerados como sendo o de embalagens para alimentos líquidos e o de máquinas para a fabricação de alimentos líquidos. A principal preocupação da Comissão foi com a possibilidade de fechamento do mercado, restringindo-se o

9 Decisão da Comissão, de 11 de outubro de 2000, que declara compatível com o mercado comum e com o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu uma operação de concentração. Processo COMP/M:1845 - AOL/Time Warner (*Journal Oficial* n° L 268 de 09/10/2001 p. 0028 □ 0048. Disponível em [http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=aol+time+warner&arg1=&arg2=&titre=titre&chlang=pt&RechType=RECH\\_mot&idRoot=8&refinecode=LEG\\*T1%3DV113%3BT2%3DV1%3BT3%3DV1&Submit=Pesquisar](http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=aol+time+warner&arg1=&arg2=&titre=titre&chlang=pt&RechType=RECH_mot&idRoot=8&refinecode=LEG*T1%3DV113%3BT2%3DV1%3BT3%3DV1&Submit=Pesquisar), acesso em 11.09.2010).

10 Decisão da Comissão, de 13/01/2003 relativa à compatibilidade com o mercado comum de uma operação de concentração. Processo no COMP/M.2416 - TETRA LAVAL / SIDEL (*JO C 137 de 12.6.2003, p. 14* □ 14 [http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=tetra-laval+sidel&arg1=&arg2=&titre= titre&chlang=pt&RechType=RECH\\_mot&idRoot=8&refinecode=LEG\\*T1%3DV113%3BT2%3DV1%3BT3%3DV1&Submit=Pesquisar](http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=tetra-laval+sidel&arg1=&arg2=&titre= titre&chlang=pt&RechType=RECH_mot&idRoot=8&refinecode=LEG*T1%3DV113%3BT2%3DV1%3BT3%3DV1&Submit=Pesquisar)).

acesso de concorrentes da Tetra-Laval às máquinas para fabricação de embalagens para alimentos líquidos, propiciando condições favoráveis ao fortalecimento da posição dominante da Tetra-Laval no mercado de embalagens para alimentos. Não obstante as empresas envolvidas terem assumido um conjunto de compromissos tendentes a afastar os efeitos anticompetitivos da operação, em decisão proferida em 30 de outubro de 2001, a Comissão reprovou a operação, considerando-a incompatível com o mercado comum. Não concordando com a decisão, as empresas envolvidas recorreram à Corte de Primeira Instância, que anulou a decisão proferida pela Comissão (casos nº T-80/02 e T-5/02 – 2002). A Comissão re-apreciou o caso e, ao mesmo tempo, recorreu da decisão da Corte de Primeira Instância à Corte Européia de Justiça, que, em 15 de fevereiro de 2005, rejeitou os argumentos da Comissão (caso nº C-12/03 – 2003). A decisão da Corte Européia de Justiça se evidencia relevante à medida considerou não estar evidenciado que a operação em questão produzia significativo impedimento à concorrência, motivo pelo qual deveria ser aceita. Conforme destaca Simon Bishop<sup>11</sup>, o precedente da Corte de Justiça estabeleceu a presunção de pró-competitividade das concentrações verticais no âmbito da Comunidade Européia. Presunção que, segundo o autor, deriva da fundamental diferença entre concentração horizontal e vertical: enquanto na concentração horizontal há o afastamento direto da competição, possibilitando a elevação no preço dos produtos e serviços com prejuízo para os consumidores, na concentração vertical a competição não é diretamente afetada, além do que o impacto geral sobre os preços é no sentido de sua redução face à eliminação de ineficiências existentes pré-concentração.

A análise da jurisprudência da Comunidade Européia denota a passagem de postura eminentemente estruturalista, adotada no caso *Skanska/Scancem*, para postura mais aberta que incorpora a análise dos benefícios gerados aos consumidores, caso *AOL/Time Warner*, e avança para o acolhimento da presunção de pró-competitividade da concentração vertical, caso *Tetra-Laval/Sidel*. A sensível evolução verificada em pouco menos de uma década evidencia de forma paradigmática a importância de interação de fundamentos econômicos e jurídicos da concorrência.

## CONCLUSÃO

De forma sagaz, Kenneth Boulding<sup>12</sup> registra que o especialista, na busca da solução para seus problemas, vê com surpresa que se aproxima cada vez mais das fronteiras com as outras disciplinas. A dinâmica de interação entre direito e economia da concorrência, conforme evidencia a análise da concentração vertical no âmbito da União Européia desenvolvida

11 BISHOP, Simon e outros. *The efficiency-enhancing effects of non-horizontal mergers*, p. IV.

12 BOULDING, Kennett. *A reconstruction of economics*. Citado por: ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*, p. 53.

no presente estudo, reflete de forma ímpar as potencialidades do estudo interativo do direito e da economia.

O estudo integrativo direito-economia se evidencia relevante à medida que proporciona melhor conhecimento da realidade econômico-institucional, permite a prestação jurisdicional, a formulação de políticas públicas, em bases sólidas, reduzindo incertezas e criando condições favoráveis à coordenação dos agentes econômico-sociais, conduzindo à operação eficiente dos mercados, com a racional utilização dos recursos econômicos, de forma a desencadear trajetórias de desenvolvimento. Conforme Décio Zylbersztajn registra, “a relação entre direito e economia em processo de contínua interação é vital para explicar a evolução de uma sociedade, fomentar o desenvolvimento econômico e social, reduzindo desigualdades e aumentando o bem-estar geral, buscando privilegiar os aspectos sociais bem como a eficiência econômica”<sup>13</sup>.

O êxito da União Européia em desencadear consistente trajetória de desenvolvimento, em promover processo de integração sócio-econômico fundado em arranjo institucional que prioriza a liberdade, a livre concorrência, está a indicar a correção da manifestação de Douglass North<sup>14</sup>, para quem o segredo para se entender o desenvolvimento econômico sustentável no longo prazo está na construção de matriz institucional eficiente.

#### OBRAS CONSULTADAS

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da concorrência nas Comunidades Européias*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1992.

BALLARINO, Tito. *Manuale di diritto dell'Unione Europea*. 6. ed. Padova: CEDAM, 2001.

BISHOP, Simon e outros. *The efficiency-enhancing effects of non-horizontal mergers*. Brussels: European Communities, 2004. 164 p.

BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. 2ª ed. New York: The Free Press, 1978.

BUCHAIN, Luiz Carlos. *O Poder Econômico e a Responsabilidade Concorrencial*. Porto Alegre: Nova Prova, 2006. 200 p.

BURGES Jr. Alison; SUFRIN, Brenda. *The economics of regulation and antitrust*. New York: HarperCollins College Publishers, 1995. 484 p.

BYRNS, Ralph T.; STONE Jr., Gerald W. *Microeconomia*. São Paulo: Makron, 1996.

13 ZYLBERSZTAJN, Décio. et al. Apresentação do projeto diálogos FEA & Largo de São Francisco, relevância para transformação das instituições no Brasil contemporâneo, p.101.

14 NORTH, Douglas. C. *Economic performance through time*.

COASE, Ronald H. The new institutional economics. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. N° 140, march 1984, p. 229-231.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLES, Javier. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid: Editorial COLEX, 2003. 1308 p.

CAYSEELE, Patrick; VAN DER BERGH, Roger. Antitrust law. Publicado em: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (org.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. 1094 p.

CHURCH, Jeffrey. *The impact of vertical and conglomerate mergers on competition*. Brussels: European Communities, 2004. 296 p.

CUNHA, Ricardo Thomazinho. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*. Barueri: Editora Manole, 2003. 368 p.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. 435 p.

FRADERA, Véra Jacob de. A integração européia e o MERCOSUL: confronto atual. Direito da concorrência e integração em perspectiva comparativista. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n° 31, p. 86-97, jul./set., 1999.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel, Teoria Unificada da Colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2007. 542 p.

JAEGER JÚNIOR, Augusto. *A liberdade de concorrência como a quinta liberdade fundamental: contribuição para um mercado comum do sul*. Porto Alegre: UFRGS, 2005. Tese de doutorado.

\_\_\_\_\_. *Direito Internacional da Concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008. 433 p.

JONES, Alison; SUFRIN Brenda. *EC competition law*. New York: HarperCollins College Publishers, 1995. 484 p.

MATTOS, César (org.). *A revolução do antitruste no Brasil*. São Paulo: Editora Singular, 2003. 484 p.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997. 235 p.

NEUMANN, Manfred. *Competition policy*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2001. 225 p.

- NORTH, Douglas. C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Economic performance through time*. Oslo: Nobel Foundation, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Understanding the process of economic change*. Princeton: Princeton University Press, 2005. 187 p.
- NOUEL, Gide L. *Competition assessment of vertical mergers and vertical agreements in the new economy*. Brussels: European Communities, 2001. 29 p.
- PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 4ª ed. São Paulo: Makron, 1999.
- POSNER, Richard. *Antitrust law*. Chicago: The University of Chicago Press. 1976. 262 p.
- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial, as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- SCHERER, F. M; ROSS. *Industrial market structure and economic performance*. 3ª ed. Boston: Houghton Mifflin, 1990.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Tradução: Luiz J. Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1983.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. 737 p.
- TIROLE, Jean. *The theory of industrial organization*. 4ª ed. Cambridge: MIT Press, 1990.
- ZYLBERSZTAJN, Décio. et al. Apresentação do projeto diálogos FEA & Largo de São Francisco, relevância para transformação das instituições no Brasil contemporâneo. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Ano XLI (nova série), nº126, abr./jun. de 2002, p. 103-111.
- ZYLBERSZTAJN, Décio.; SZTAJN, Rachel (org.). *Direito e economia, análise econômica do direito das organizações*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005. 315 p.

**TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA - VERSÃO CONSOLIDADA** disponível em <<http://www.consilium.europa.eu/showPage.aspx?id=1296&lang=pt>>. Acesso em 11 set. 2010

### PARTE III

## AS POLÍTICAS E ACÇÕES INTERNAS DA UNIÃO TÍTULO I

### O MERCADO INTERNO

Artigo 26.º (ex-artigo 14.º TCE)

1. 1. A União adopta as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou a assegurar o seu funcionamento, em conformidade com as disposições pertinentes dos Tratados.
2. 2. O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados.
3. 3. O Conselho, sob proposta da Comissão, definirá as orientações e condições necessárias para assegurar um progresso equilibrado no conjunto dos sectores abrangidos.

### TÍTULO II

### A LIVRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

Artigo 28.º (ex-artigo 23.º TCE)

4. 1. A União compreende uma união aduaneira que abrange a totalidade do comércio de mercadorias e implica a proibição, entre os Estados-Membros, de direitos aduaneiros de importação e de exportação e de quaisquer encargos de efeito equivalente, bem como a adopção de uma pauta aduaneira comum nas suas relações com países terceiros.
5. 2. O disposto no artigo 30.º e no Capítulo 3 do presente título é aplicável tanto aos produtos originários dos Estados-Membros, como aos produtos provenientes de países terceiros que se encontrem em livre prática nos Estados-Membros.

...

### TÍTULO VII

### AS REGRAS COMUNS RELATIVAS À CONCORRÊNCIA, À FISCALIDADE E À APROXIMAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES

Capítulo 1 - As regras de concorrência

Secção 1 - As regras aplicáveis às empresas

Artigo 101.º (ex-artigo 81.º TCE)

6. 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio

entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

7. a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
8. b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
9. c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
10. d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
11. e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

12. – a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,

13. – a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e

– a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Artigo 102.º (ex-artigo 82.º TCE)

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações

equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

Artigo 103.º (ex-artigo 83.º TCE)

1. Os regulamentos ou directivas necessários à aplicação dos princípios constantes dos artigos 101.º e 102.º serão estabelecidos pelo Conselho, sob proposta da Comissão, após consulta do Parlamento Europeu.

2. Os regulamentos e as directivas referidas no n.º 1 têm por finalidade, designadamente:

a) Garantir o respeito das proibições referidas no n.º 1 do artigo 101.º e no artigo 102.º, pela cominação de multas e adstrições;

b) Determinar as modalidades de aplicação do n.º 3 do artigo 101.º, tendo em conta a necessidade, por um lado, de garantir uma fiscalização eficaz e, por outro, de simplificar o mais possível o controlo administrativo;

c) Definir, quando necessário, o âmbito de aplicação do disposto nos artigos 101.º e 102.º, relativamente aos diversos sectores económicos;

14. d) Definir as funções respectivas da Comissão e do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto à aplicação do disposto no presente número;

15. e) Definir as relações entre as legislações nacionais e as disposições constantes da presente secção ou as adoptadas em execução do presente artigo.

16.

*Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, - Regulamento das Concentrações Comunitárias (Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:PT:HTML>, acesso em 11.09.2010)*

...

*Artigo 2º. Apreciação das concentrações*

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

18. Nessa apreciação, a Comissão deve ter em conta:

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

20. b) A posição que as empresas em causa ocupam no mercado e o seu poder económico e financeiro, as possibilidades de escolha de fornecedores e utilizadores, o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados de escoamento, a existência, de direito ou de facto, de barreiras à entrada no mercado, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços em questão, os interesses dos consumidores intermédios e finais, bem como a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência.

21. 2. Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as concentrações que não entrem 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.

22. 3. Devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as concentrações que entrem 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.

23. 4. Na medida em que a criação de uma empresa comum que constitua uma concentração na acepção do artigo 3.o tenha por objecto ou efeito a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que se mantêm independentes, essa coordenação deve ser apreciada segundo os critérios previstos nos n.os 1 e 3 do artigo 81.o do Tratado, a fim de determinar se a operação é ou não compatível com o mercado comum.

24. 5. Nessa apreciação, a Comissão deve ter em conta designadamente:

25. - a presença significativa e simultânea de duas ou mais empresas fundadoras no mesmo mercado da empresa comum, num mercado situado a montante ou a jusante desse mercado ou num mercado vizinho estreitamente ligado a esse mercado,

26. - a possibilidade de as empresas em causa, em virtude da coordenação directamente resultante da criação da empresa comum, eliminarem a concorrência em relação a uma parte significativa dos produtos ou serviços em causa.

27. Artigo 3º. **Definição de concentração**

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

29. a) Fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; ou

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

31. 2. O controlo decorre dos direitos, contratos ou outros meios que conferem, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto e de direito, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre uma empresa e, nomeadamente:

32. a) Direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa;

33. b) Direitos ou contratos que conferem uma influência determinante na composição, nas deliberações ou nas decisões dos órgãos de uma empresa.

34. 3. O controlo é adquirido pelas pessoas ou pelas empresas:

35. a) Que sejam titulares desses direitos ou beneficiários desses contratos; ou

36. b) Que, não sendo titulares desses direitos nem beneficiários desses contratos, tenham o poder de exercer os direitos deles decorrentes.

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