

LINHAS DE ORIENTAÇÃO

sobre a adopção de

COMPROMISSOS

EM CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

28.07.2011

LINHAS DE ORIENTAÇÃO sobre a adopção de COMPROMISSOS EM CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

Conteúdo

1	INTRODUÇÃO	1
2	CONCEITO E REGIME DOS COMPROMISSOS	2
3	SELECÇÃO DE COMPROMISSOS	3
3.1	Introdução	3
3.2	Princípios aplicáveis	4
3.2.1	Análise de risco	5
3.2.2	Mandatário de monitorização	11
3.2.3	Mandatário de alienação	12
3.3	Tipos de compromissos	13
3.3.1	Compromissos estruturais	13
3.3.1.1	Objecto da alienação	14
3.3.1.2	Carácter adequado do adquirente	18
3.3.2	Compromissos de natureza comportamental	21
3.4	Prazos para implementação dos compromissos	24
4	ASPECTOS PROCESSUAIS	26
5	ALTERAÇÃO DE COMPROMISSOS	31
6	INCUMPRIMENTO DE COMPROMISSOS	34
7	MINUTAS EM ANEXO	36

LINHAS DE ORIENTAÇÃO
sobre a adopção de
COMPROMISSOS
EM CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

1 INTRODUÇÃO

1. As presentes Linhas de Orientação têm como propósito apresentar um conjunto de indicações relativas à selecção, desenho, execução e monitorização de compromissos, no âmbito de processos de controlo prévio de operações de concentração de empresas, com o intuito de contribuir para a transparência, a eficiência e a celeridade destes processos e, simultaneamente, para o reforço da segurança jurídica.
2. Este documento baseia-se, por um lado, na experiência interna da Autoridade da Concorrência (AdC) no desenho de compromissos e, por outro lado, em linhas de orientação de outras autoridades de concorrência¹.
3. Quando uma operação de concentração for susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva, actual ou potencial, no mercado nacional ou numa parte substancial deste, podem os autores da notificação, nos termos do n.º 3 do artigo 35.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei da Concorrência), assumir, perante a AdC, um conjunto de compromissos destinados a obviar a uma decisão de oposição da AdC.
4. Sendo os compromissos propostos à AdC considerados adequados, suficientes, exequíveis e proporcionais para solucionar as preocupações jus-concorrenciais identificadas na apreciação da operação de concentração em causa, a AdC emite uma decisão de não oposição acompanhada da imposição de condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento dos compromissos assumidos pelos autores da notificação.

¹ A AdC teve em consideração, nomeadamente, a Comunicação da Comissão sobre os compromissos passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) 802/2004 da Comissão (2008/C 267/01) (doravante simplesmente referida como “Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos”) e a comunicação da Competition Commission “*Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*”, de Novembro de 2008 (doravante “Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos”). Atentou ainda nas “*Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations: Procédure et analyse*” da *Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes* (referidas como *Lignes Directrices da DGCCRF*), assim como nos princípios identificados pela International Competition Network (ICN) identificados no “*ICN’s Merger Remedies Project – Report for the fourth ICN annual conference*” de Junho de 2005 (doravante “Orientações do ICN sobre Compromissos”).

2 CONCEITO E REGIME DOS COMPROMISSOS

5. Os compromissos são medidas propostas pelas partes que visam eliminar os entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste que decorram da operação em causa.
6. Estes remédios são propostos pelas partes — e não impostos pela AdC —, competindo à AdC avaliar se os mesmos obviam às preocupações jus-concorrenciais identificadas no âmbito da análise da operação de concentração e, em função desta análise, adoptar uma decisão de não oposição, impondo “condições e obrigações” (correspondentes aos compromissos apresentados pelas partes) ou uma decisão de proibição.
7. Assim, a decisão da notificante de apresentar ou não compromissos é tomada pela empresa, no âmbito da sua liberdade de iniciativa económica e de organização empresarial, constitucionalmente tutelada².
8. Entende-se por “condições” os compromissos necessários a afastar os problemas jus-concorrenciais identificados pela AdC (v.g. a alienação de um activo), *i.e.*, sem os quais a AdC não emite uma decisão de não oposição, e por “obrigações” os compromissos que visam tornar exequíveis os primeiros, tendo uma função essencialmente instrumental (v.g. a indicação de um mandatário para proceder à monitorização do cumprimento dos compromissos)³.
9. O conceito de compromissos tem acolhimento nos artigos 35.º e 37.º da Lei da Concorrência⁴.
10. O artigo 35.º reporta-se à decisão da AdC em primeira fase, a qual pode ser de não oposição⁵, seja porque a operação, em si mesma, não é susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, seja porque as partes ofereceram compromissos que eliminam os entraves que dela poderiam resultar⁶.
11. O artigo 37.º diz respeito à decisão da AdC após a investigação aprofundada, a qual pode também ser de não oposição⁷, nas mesmas circunstâncias referidas no ponto anterior, ou seja, mormente em resultado da apresentação de compromissos⁸.

² Constituição da República Portuguesa: artigos 61.º, n.º 1, e 80.º, alínea c), e 17.º, relativamente à aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias no que concerne à liberdade de iniciativa económica e de organização empresarial e artigo 81.º, al. f), no que concerne à garantia da concorrência.

³ O artigo 35.º, n.º 3 da Lei da Concorrência refere “condições e obrigações destinadas a cumprir os compromissos assumidos”. Distinguindo também estes dois tipos de compromissos, veja-se as referências da Comissão nos pontos 19 e 20 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

⁴ O conceito de compromissos tem acolhimento no artigo 35.º da Lei da Concorrência, que não regula a apresentação de compromissos, mas antes prevê a possibilidade de imposição de condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos. Assim, a abrangência daquele conceito deve ser inferida das normas que indirectamente se lhes referem: os n.ºs 2 e 3 do artigo 35.º e o n.º 2 do artigo 37.º.

⁵ Artigo 35.º, n.º 1, al. b) da Lei da Concorrência.

⁶ Artigo 35.º, n.º 2 da Lei da Concorrência.

⁷ Artigo 37.º, n.º 1, al. a) da Lei da Concorrência.

⁸ Artigo 35.º, n.º 2, aplicável *ex vi* artigo 37.º, n.º 2 da Lei da Concorrência.

12. Em suma, a AdC pode aceitar compromissos, quer na primeira quer na segunda fase do procedimento de apreciação de operações de concentração, nos termos do n.º 1, al. b) e dos n.ºs 2 e 3 do artigo 35.º e do n.º 1, al. a), e do n.º 2 do artigo 37.º, ambos da Lei da Concorrência.
13. Os compromissos apresentados devem responder aos problemas suscitados pela operação, nomeadamente tal como identificados pela AdC no estágio de investigação em que a mesma se encontra, aquando da apreciação desses compromissos para efeitos de decisão final⁹.
14. Como tal, os compromissos — sejam de tipo estrutural, com impacto directo na estrutura de mercado, ou de natureza comportamental, que limitam a conduta das empresas participantes no mercado — devem ser interpretados à luz do objectivo da criação de condições para uma concorrência efectiva ou da manutenção de uma concorrência efectiva no mercado relevante em causa.
15. Os compromissos, uma vez aceites pela AdC e acolhidos, enquanto condições e obrigações, na sua decisão, correspondem a cláusulas acessórias, enquadráveis no artigo 121.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), que prevê a sujeição dos actos administrativos a condição, termo ou modo¹⁰.
16. Nem a noção de compromissos, nem a de “condições” e “obrigações”, devem ser confundidas com o conceito de medidas para restabelecimento da concorrência se a operação já tiver sido realizado e se for proibida pela AdC, o qual se encontra previsto no artigo 37.º, n.º 1, al. b) da Lei da Concorrência¹¹.

3 SELECÇÃO DE COMPROMISSOS

3.1 Introdução

17. Com vista a apresentar um conjunto de orientações relativas ao processo de selecção, desenho e implementação de compromissos, no âmbito de processos de controlo prévio de operações de concentração de empresas, o presente documento analisa os seguintes aspectos¹²:
 - O Problema que se pretende obviar com a aceitação dos compromissos, explanado na Secção 2;
 - Os Objectivos ou princípios que os compromissos devem respeitar, para que possam ser aceites pela AdC, *infra*, no ponto 3.2;

⁹ As observações da AdC aos compromissos propostos pelas partes são apresentadas por escrito, nomeadamente em projecto de decisão, nos termos legais, podendo sempre existir uma troca informal de comunicações entre a AdC e a Notificante.

¹⁰ Esta questão tem impacto, sobretudo, nas consequências do incumprimento de compromissos, objecto da Secção 6 do presente documento.

¹¹ Quanto a estas medidas, importa ter em conta que os negócios jurídicos que consubstanciem a realização da operação antes da decisão da AdC no procedimento de avaliação da operação de concentração, quando não tenham sido autorizados, têm validade condicionada à aprovação da operação (artigo 11.º, n.ºs 1 e 2 da Lei da Concorrência). Neste âmbito, veja-se a decisão da AdC de 19 de Novembro de 2009 no processo Ccent. 12/2009 – TAP/SPdH.

¹² Em termos metodológicos, o presente documento segue as orientações da Comissão Europeia que constam do “*Impact Assessment Guidelines*” (15 de Janeiro de 2009).

- As Alternativas ou diferentes tipos de compromissos que podem ser aceites, no ponto 3.3 e 3.4;
 - As Consequências ou a avaliação dos vários tipos de compromissos, com referência a cada um dos objectivos, no ponto 3.2;
 - Os eventuais *Trade-Offs* entre compromissos, ou pacotes de compromissos, susceptíveis de serem aceites pela AdC, também no ponto 3.2.
18. Conforme referido, os compromissos devem obviar aos entraves significativos à concorrência efectiva, actual ou potencial, no mercado nacional ou numa parte substancial deste, que resultem da criação ou reforço de uma posição dominante, no âmbito de uma operação de concentração, sendo avaliados, pela AdC, com referência aos princípios da eficácia, eficiência e proporcionalidade.
19. A avaliação dos compromissos propostos pressupõe, ainda, a análise dos eventuais riscos associados à implementação dos mesmos.
20. Em todos os casos, o risco de execução dos compromissos é integralmente assumido pela notificante, sem prejuízo do disposto sobre a alteração de compromissos, *infra* na Secção 5.

3.2 Princípios aplicáveis

21. As decisões da AdC de não oposição com compromissos regem-se pelos princípios da legalidade, da salvaguarda dos direitos de defesa, da participação e da audiência dos interessados, da confiança legítima, da segurança jurídica e da fundamentação dos actos administrativos, constando da decisão todas as informações e análises que justificam a incorporação dos compromissos na decisão¹³.
22. A proposta e a aceitação de compromissos respeitam ainda os objectivos ou princípios em seguida identificados:
- (i) **Eficácia** – os compromissos devem ser susceptíveis de eliminar as preocupações concorrenciais identificadas. No âmbito da eficácia, deve ter-se igualmente em consideração a necessária exequibilidade dos compromissos, avaliando-se a respectiva susceptibilidade de implementação e monitorização. Deve igualmente ter-se em consideração a duração da aplicação dos compromissos, a qual, no caso dos compromissos comportamentais, tende a estar indexada à manutenção das preocupações concorrenciais identificadas.

No âmbito da eficácia, apenas se aceitam compromissos que apresentem um elevado grau de certeza quanto aos efeitos pretendidos, garantindo o afastamento das preocupações identificadas, o que implica a análise de eventuais riscos e a redução dos riscos identificados a um nível que seja considerado aceitável pela AdC¹⁴.

¹³ Tal impõe que sejam apresentadas, pelas partes envolvidas na operação, todas as informações e inferências lógicas julgadas necessárias para apreciação dos compromissos, em termos de adequação, suficiência, proporcionalidade e exequibilidade.

¹⁴ Veja-se as decisões da AdC de 21 de Novembro de 2008, nos processos Ccent. 21/2008 – CATVP/Tvtel e Ccent. 56/2007 – CATVP/Bragatel*Pluricanal Santarém*Pluricanal Leiria, em que no desenho dos compromissos foi tido em conta o risco de não execução.

- (ii) **Eficiência** – os compromissos devem corresponder à solução com menores custos, de entre aquelas que são susceptíveis de eliminar as preocupações concorrenciais identificadas.

São, assim, tidos em conta eventuais custos de distorção dos mercados que resultem, em particular, da implementação de compromissos comportamentais. Nesta avaliação, são incluídos custos ao nível da eficiência estática (v.g. eficiência na afectação de recursos e eficiência de custos) e da eficiência dinâmica dos mercados (v.g. incentivos à inovação).

São ainda tidos em conta custos que resultem da atenuação ou eliminação de eventuais sinergias e eficiências específicas à operação de concentração e, em particular, aquelas que seriam passadas para o consumidor.

No âmbito da avaliação relativa à eficiência, é dada particular importância a custos suportados por terceiros (resultantes de eventuais distorções dos mercados) e pela própria AdC (em termos de custos de acompanhamento e monitorização dos compromissos).

- (iii) **Proporcionalidade** – os compromissos devem corresponder ao necessário, de forma a permitir eliminar as preocupações concorrenciais identificadas, o que pressupõe que, para além de adequados e necessários, *i.e.*, eficazes e eficientes, salvaguardem a existência de uma relação de equilíbrio entre a preocupação identificada, o meio utilizado e o fim preconizado.

23. Nestes termos, a notificante, ao apresentar compromissos, deve fundamentar a proposta efectuada, à luz dos problemas jus-concorrenciais identificados e dos princípios acima enunciados.
24. A análise e ponderação efectuadas pela AdC são sempre casuísticas¹⁵, devendo atender-se às especificidades de cada operação, sendo as orientações genéricas constantes das presentes Linhas de Orientação aplicadas atendendo a essas especificidades.

3.2.1 Análise de risco

25. Sendo a avaliação do impacto dos compromissos feita a partir de uma análise prospectiva, a execução dos mesmos pode ser susceptível de envolver diversos riscos, os quais podem colocar em causa a eficácia dos compromissos.
26. Nestes termos, procede-se a uma análise dos eventuais riscos associados à execução de compromissos e, sendo o caso, à identificação de condições e obrigações que minimizem os referidos riscos. Sendo certo que nenhum compromisso ou conjunto de compromissos é isento de riscos, caso não se consiga identificar condições e obrigações que os reduzam para níveis que sejam considerados aceitáveis pela AdC, pode estar em causa a própria aceitação de compromissos^{16 17}.

¹⁵ Cf., no mesmo sentido, ponto 16 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

¹⁶ Vide ponto 1.12 das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos.

¹⁷ Neste sentido, veja-se a decisão de proibição da AdC no processo Ccent. 37/2004 – Barraqueiro/Arriva (ATMS), decisão de 25 de Novembro de 2005, em que a AdC entendeu não ter ficado demonstrado que os compromissos oferecidos afastariam as preocupações concorrenciais, nomeadamente a eliminação total da concorrência efectiva.

27. Quanto maiores forem os riscos e a incerteza associados à execução de compromissos, maior é a exigência da AdC em relação às medidas de salvaguarda e aos factores de compensação específicos, visando a mitigação ou compensação desses riscos ou incertezas.

Riscos inerentes aos compromissos de natureza estrutural

28. É de ter em conta, *a priori*, três categorias de riscos no que concerne à execução de compromissos de natureza estrutural e, em especial, de alienação, a considerar na análise dos mesmos¹⁸:
- (i) **Riscos de composição** – riscos decorrentes do facto de o conjunto de activos ou empresas a desinvestir ser demasiado limitado ou não ser apropriado para atrair um adquirente adequado, ou ainda não permitir a um adquirente operar de forma eficiente e viável no mercado;
 - (ii) **Riscos ligados ao adquirente** – riscos de que não se encontre disponível um adquirente adequado, ou que os bens desinvestidos sejam alienados a um adquirente desadequado, por exemplo, por ser um concorrente cuja capacidade de garantir a manutenção da concorrência efectiva não esteja comprovada (este aspecto está ainda relacionado com o princípio de afectação eficiente dos activos a desinvestir);
 - (iii) **Riscos inerentes aos activos** – riscos de que a capacidade concorrencial dos activos ou das empresas a desinvestir se deteriore antes da respectiva alienação, por exemplo em resultado da perda de clientes ou de trabalhadores.

(i) Riscos de composição

29. Como princípio geral, o risco de composição pode ser limitado, por um lado, com o desinvestimento de um negócio pré-existente de forma autónoma – sendo evitadas alienações que combinem bens da adquirente e da empresa a adquirir (“alienações *mix-and-match*”) – e, por outro lado, com a alienação de activos ou empresas do tipo “jóia da coroa”, com maior valor e maior aceitação no mercado do que os bens que a notificante se propõe desinvestir em primeiro lugar, e cuja alienação é condicionada à não concretização do desinvestimento proposto em primeiro lugar.
30. Quando se preveja compromissos de alienação de actividades não separadas jurídica, económica e empresarialmente de outras, é necessário prever todas as medidas necessárias a que o resultado da separação corresponda a uma actividade viável e concorrencial, autónoma e separada das outras actividades das partes, passível de ser transferida para um adquirente adequado no final do período entre a deliberação da AdC e a aquisição do controlo pela adquirente^{19 20}.

¹⁸ A identificação destes três tipos de riscos é efectuada no ponto 3.3 das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos. A Comissão Europeia (Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, ponto 24) refere também a necessidade de se atender às incertezas e riscos associados à transferência de activos ou empresas no âmbito de compromissos de natureza estrutural.

¹⁹ A Comissão Europeia trata também esta questão nos pontos 113 a 115 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, sublinhando, nomeadamente, que o objecto da divisão “deve consistir numa actividade viável e concorrencial, autónoma e separada das outras actividades

31. A alienação de bens do tipo “jóia da coroa” funciona como um compromisso alternativo (em regra subsequente, em caso de não concretização de um primeiro compromisso com risco mais elevado) e corresponde a uma alienação de bens que não suscita riscos relevantes e é susceptível de uma execução rápida²¹.
32. Estes compromissos do tipo “jóia da coroa”, que podem ser utilizados, quando necessário, para minorar o risco, são caracterizados por preencherem os seguintes requisitos: (i) serem susceptíveis de criar um concorrente tão viável como a implementação do compromisso a cujo insucesso estão condicionados; (ii) não acarretarem incertezas quanto à sua concretização; e (iii) terem uma implementação previsivelmente rápida, de maneira a que o prazo global dos dois compromissos, primário e condicional, não exceda a duração que seria considerada aceitável caso não existisse um compromisso condicionado²².

(ii) Riscos ligados ao adquirente

33. A principal forma de minorar os riscos ligados ao adquirente corresponde à celebração, pela notificante, de um contrato que vincule um adquirente à aquisição do activo ou empresa a desinvestir, seja previamente à implementação da operação (adquirente pré-implementação ou “*up-front buyer*”), seja previamente à decisão da AdC (adquirente pré-decisão ou “*fix-it-first*”)²³.
34. Estes riscos são também minorados quando seja alienada uma unidade produtiva previamente existente de forma autónoma.

(iii) Riscos inerentes aos activos

35. Quanto aos riscos inerentes aos activos, de modo a evitar que a capacidade concorrencial dos activos ou empresas a desinvestir se deteriore no período entre a deliberação da AdC e a alienação, a AdC considera que os prazos estabelecidos para a alienação devem ser necessariamente curtos.
36. Os riscos podem ainda ser mitigados com cláusulas de alienação, a final, e decorrido um determinado período de tempo pré-estabelecido, sem preço mínimo²⁴, bem como

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”.

²⁰ Os custos da separação devem ser suportados pelas partes.

²¹ Sobre a alienação de bens do tipo “jóia da coroa” *vide* 3.13 das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos e ponto 45 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, nas quais a Comissão explicita que o compromisso alternativo pode incidir sobre uma actividade completamente distinta ou, em caso de dúvidas quanto à possibilidade de encontrar um adquirente adequado, em activos e empresas acrescentados às medidas iniciais.

²² Em certos casos, a solução da alienação dos bens proposta pela notificante pode apresentar riscos, nomeadamente quanto à possibilidade de se encontrar um adquirente adequado. Atendendo aos princípios da livre iniciativa privada e da proporcionalidade, pode a AdC aceitar o compromisso, desde que o mesmo seja completado por uma venda condicionada ao insucesso da primeira, de activos cuja alienação não apresente riscos. Em termos semelhantes, *vide* Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos, pontos 1.9 a 1.13, e Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, pontos 44 e 45.

²³ Sobre esta questão *vide* igualmente o ponto 3.19 das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos.

²⁴ O recurso a mecanismos de venda sem preço mínimo tem sido aceite na prática decisória da AdC.

com a alienação de bens do tipo “jóia da coroa”²⁵. Este tipo de cláusulas, ao alterarem a capacidade ou o incentivo das empresas participantes na operação para adiar a alienação, contribuem para a celeridade do processo de alienação e, nesta perspectiva, para minorar os riscos inerentes aos activos.

37. Com o intuito de minorar o risco inerente aos activos, e no período até ser espoletado o compromisso de alienação — incluindo bens do tipo “jóia da coroa”²⁶ quando este seja previsto como subsequente e alternativo a uma primeira alienação —, a AdC considera que:
- (i) Devem ser aplicadas medidas provisórias de conservação da actividade a alienar, obrigando-se a notificante a assegurar a execução dos compromissos, actuando de boa-fé, sendo responsável pela independência, viabilidade económica, manutenção do valor comercial e competitividade da actividade^{27 28} ;
Em regra, prevê-se a separação da actividade a alienar em relação às actividades conservadas pelas partes, assegurando que aquela é gerida enquanto entidade distinta e destinada a alienação. Acessoriamente, pode prever-se a imposição de barreiras à circulação de informação (“*chinese walls*”)²⁹.
 - (ii) Devem ser definidos critérios claros e um calendário rigoroso no que diz respeito às modalidades e à data de execução dos compromissos de alienação;
 - (iii) Os compromissos devem, normalmente, prever que a concentração notificada só pode ser executada após a nomeação do mandatário de monitorização e, se for o caso, também após a nomeação do gestor operacional independente;
 - (iv) Quando se considerar necessário que, para assegurar que a gestão das empresas ou dos activos a alienar é efectuada de forma independente da notificante e no melhor interesse das próprias empresas ou dos activos a alienar, tendo como objectivo a manutenção da sua viabilidade económica, valor de mercado e competitividade, pode justificar-se a nomeação de um gestor operacional independente, com conhecimento directo destes, que fica responsável pela gestão diária dos mesmos, sob a supervisão do mandatário de monitorização³⁰.
38. Como forma de garantir uma gestão independente, no interesse da empresa a alienar, pode remeter-se para os seguintes padrões³¹ :

²⁵ Veja-se, sobre os compromissos do tipo “jóia da coroa”, os pontos 31 e 32 das presentes Linhas de Orientação.

²⁶ *Idem*.

²⁷ No mesmo sentido, *vide* ponto 107 Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

²⁸ *Vide*, sobre esta questão, o caso da AdC Ccent. 1/2008 - Pingo Doce/Plus, no âmbito do qual a notificante se comprometeu a (i) encontrar terceiro, que seja aprovado pela AdC, disposto a adquirir o estabelecimento comercial a transmitir e a (ii) celebrar com o mesmo acordo vinculativo para a alienação/transmissão do estabelecimento, em termos tais que permitam a sua exploração de forma imediata, economicamente viável e competitiva.

²⁹ Para este efeito pode, assim, ser necessário prever medidas provisórias para assegurar que, após a data da decisão, a notificante não tem acesso aos segredos de negócio, *know-how*, ou outra informação de natureza confidencial, relacionada com o negócio a desinvestir, sem prejuízo de poder ter acesso à informação que seja considerada razoavelmente necessária para a concretização da alienação.

³⁰ *Vide* ponto 47 das presentes Linhas de Orientação.

³¹ *Vide* processo Ccent. 1/2008 – Pingo Doce/Plus, decisão da AdC de 29 de Abril de 2008.

- (i) A garantia de que todos os activos da actividade são 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;
 - (ii) A manutenção, em relação à actividade, das mesmas condições que prevaleciam antes da concentração, nomeadamente assegurar-lhe recursos suficientes;
 - (ii) A obrigatoriedade de serem tomadas todas as medidas razoáveis, incluindo regimes de incentivo adequados a que todos os trabalhadores cuja permanência na empresa é relevante para a continuação da actividade, devendo as partes abster-se de procurar atrair ou transferir pessoal para as suas restantes actividades.
39. De forma a garantir a total exequibilidade dos compromissos, deve prever-se um conjunto de medidas tendentes à preparação da alienação³²:
- (i) Garantia de obtenção das informações suficientes pelos potenciais adquirentes, que lhes permita avaliar plenamente o valor, o âmbito e o potencial comercial dos bens a alienar;
 - (ii) Apresentação de relatórios periódicos sobre os adquirentes potenciais e a evolução das negociações.

Riscos inerentes aos compromissos de natureza comportamental

40. No que concerne ao desenho e à execução de compromissos de natureza comportamental, devem ser tidas em conta, *a priori*, as seguintes categorias de riscos:
- (i) **Riscos de especificação** – riscos decorrentes da insuficiente clareza de especificação dos compromissos, ao ponto de os mesmos levantarem sérias dúvidas de interpretação para efeitos de execução ou monitorização. Por exemplo, um compromisso de acesso “em condições justas e razoáveis” ou “em condições de mercado”, pode estar sujeito a risco elevado de especificação, atendendo às dúvidas de interpretação relativas às “condições justas e razoáveis” ou às “condições de mercado”;
 - (ii) **Riscos de contorno** – risco decorrente do facto de a limitação da conduta das empresas participantes na operação, que resulta de determinados compromissos comportamentais, ser susceptível de redundar em outras formas de conduta adversa que não se encontravam previstas e restringidas pelos compromissos. Por exemplo, a previsão de um preço máximo, por representar potencialmente um menor incentivo à actuação de uma empresa que ofereça determinados bens ou serviços, pode resultar na diminuição da quantidade e da qualidade oferecida. Como forma de obviar a este tipo de risco, os compromissos devem prever e actuar sobre todas as formas prováveis de entrave à concorrência efectiva nos mercados, susceptíveis de resultar da criação ou reforço de uma posição dominante. Na prática, isto pode redundar em compromissos comportamentais demasiado complexos, colocando em causa a respectiva monitorização, e que, por esse facto, podem não ser aceitáveis.

³²Em sentido idêntico, *vide* ponto 116 Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

- (iii) **Riscos de distorção** – riscos decorrentes do facto de determinados compromissos comportamentais serem susceptíveis de criar distorções no mercado, com impacto na respectiva eficácia, custos ou proporcionalidade. A título de exemplo: (i) um compromisso relativo à não celebração de contratos de longo prazo pode resultar em menores incentivos das empresas para concorrer no sentido de adquirirem novos clientes, ou para realizarem investimentos específicos à relação com o cliente³³ ; e (ii) compromissos de *benchmark* de preços, nomeadamente quando o preço de referência é, ainda que indirectamente, afectado pela actuação da própria empresa sujeita ao compromisso (v.g. quando a empresa afectada pelo compromisso participa nos mercados que servem de base à comparação de preços), podendo alterar os incentivos da empresa no mercado em que define os preços de referência³⁴ .
- (iv) **Riscos de monitorização e de incumprimento** – ainda que os compromissos estejam suficientemente bem especificados, ao ponto de não serem susceptíveis de levantar dúvidas de interpretação, os mesmos podem estar sujeitos a riscos de monitorização, atendendo, em particular, ao volume e complexidade da informação requerida no processo de monitorização, à existência de problemas de assimetria de informação e ao período temporal alargado em que os mesmos são aplicados.

Nestes casos, a eficácia dos compromissos depende, em grande medida, do grau de publicidade dos mesmos e de não se encontrarem sujeitos a elevados riscos de especificação, atento o facto de a principal forma de monitorização dos compromissos ser o controlo dos mesmos pelo próprio mercado³⁵ .

41. Tendo em conta os objectivos ou princípios normativos que orientam a avaliação de compromissos e em face dos riscos *supra* referidos, a AdC, em regra, manifesta uma preferência clara por compromissos de natureza estrutural face a compromissos de natureza comportamental³⁶ .
42. Com efeito, em regra, uma solução estrutural apresenta-se como mais eficaz, na medida em que introduz alterações na estrutura do mercado correctivas dos problemas concorrenciais identificados e apresenta menores custos de monitorização e menores dificuldades na prova do respectivo cumprimento.
43. Não obstante, reitera-se que a selecção do tipo de compromissos é sempre feita numa base casuística, tendo em conta os princípios normativos *supra* identificados de eficácia, eficiência e proporcionalidade, assim como os vários tipos de riscos associados aos diferentes tipos de compromissos.
44. Por exemplo, em situações em que os efeitos anti-concorrenciais da operação sejam de duração limitada, nomeadamente por factores exógenos à vontade da própria

³³ Vide processo Ccent. 8/2006 – Sonaecom/PT, decisão de 22 de Dezembro de 2006, no que se refere às condições relativas à subsidiação dos equipamentos de telefonia móvel.

³⁴ Veja-se os compromissos assumidos pela TAP no âmbito do processo Ccent. 57/2006 – TAP/PGA.

³⁵ Sobre este aspecto veja-se as *Lignes Directrices da DGCCRF* (ponto 532).

³⁶ A Comissão Europeia tem seguido na prática este princípio, que reconhece no ponto 15 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, limitando a aceitação de compromissos de natureza não estrutural a situações excepcionais, em que a eficácia destes seja, pelo menos, tão elevada quanto a que teriam compromissos de natureza estrutural (ponto 61 e 69 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos). Veja-se também o ponto 1.8 das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos.

empresa³⁷, ou quando os compromissos comportamentais forem mais aptos à preservação dos benefícios da operação para os consumidores³⁸, pode a AdC considerar a possibilidade de aceitar compromissos de natureza comportamental.

45. Pode ainda justificar-se o recurso a compromissos de natureza comportamental de modo a complementar compromissos estruturais, em particular com o intuito de eliminar os diversos tipos de risco associados a compromissos de natureza estrutural³⁹.

3.2.2 Mandatário de monitorização

46. Na sequência da análise, casuística e efectuada com base em critérios de proporcionalidade, de forma a garantir a exequibilidade dos compromissos, pode ser necessário nomear um mandatário de monitorização⁴⁰.

47. As funções típicas de um mandatário de monitorização são as seguintes⁴¹:

- (i) Assegurar a supervisão dos compromissos que visem salvaguardar a integridade e autonomia da actividade a alienar durante o período entre a deliberação da AdC e a aquisição do controlo pela adquirente;
- (ii) Quando prevista a separação de actividades, acompanhar a repartição dos activos e a afectação do pessoal entre a actividade a alienar e as actividades retidas pelas partes;
- (iii) Supervisionar os esforços envidados pelas partes no sentido de encontrar um adquirente potencial e assegurar a transferência da actividade, elaborando um relatório final, em que confirma esta transferência;

Para este efeito, o mandatário deve servir de ponto de contacto para contactos de terceiros, nomeadamente adquirentes potenciais, relativamente aos compromissos (devendo para o efeito a notificante informar os potenciais adquirentes da identidade do mandatário de monitorização). Em caso de desacordo entre a notificante e os potenciais adquirentes, o mandatário reporta o diferendo à AdC, de forma fundamentada. Em todos os contactos que efectue, assegura o tratamento confidencial dos segredos comerciais, quer das partes, quer dos terceiros;

- (iv) Enviar à AdC relatórios periódicos, previstos ou com base em solicitação específica, sobre o cumprimento dos compromissos⁴².

³⁷ Neste sentido, veja-se a prática decisória da AdC, seguida no processo Ccent. 6/2008 - EDP Produção/Activos EDIA (Alqueva*Pedrógão), decisão de 25 de Junho de 2008.

³⁸ Vide ponto 1.14. e seguintes das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos.

³⁹ Vide ponto 1.8 das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos.

⁴⁰ Em regra, a AdC permite às partes decidir sobre se o mandatário de monitorização e de alienação correspondem à mesma entidade.

⁴¹ Vide ponto 119 Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos. Deve assegurar-se no texto dos compromissos que o mandatário tem todos os meios necessários ao exercício das respectivas funções (veja-se sobre esta questão, também o ponto 120 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos).

⁴² No caso da monitorização de compromissos comportamentais, o mandatário de monitorização tem como função típica o acompanhamento do cumprimento daqueles, enviando à AdC relatórios periódicos sobre o mesmo.

48. Em certos casos, pode ainda ser necessário a nomeação de um gestor operacional independente; em regra, uma pessoa singular integrada nas empresas a ser desinvestidas, com um profundo conhecimento do negócio, cuja nomeação para a gestão diária daquelas, sob a supervisão do mandatário de monitorização, se encontra sujeita a aprovação pela AdC, na sequência de proposta da Adquirente.
49. O regime regra previsto para as relações entre o mandatário, a AdC e as partes, prevê que a AdC possa dar ordens e instruções ao mandatário de monitorização e este 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 mandatário sem o acordo da AdC.

3.2.3 Mandatário de alienação

50. Caso sejam previstos compromissos estruturais⁴³, e com base numa análise casuística e efectuada com base em critérios de proporcionalidade, as partes podem apresentar à AdC uma proposta de mandatário independente para proceder à alienação dos bens a desinvestir, com o qual celebram um mandato irrevogável para alienar a actividade, sob a supervisão da AdC⁴⁴.
51. Não obstante, a contratação de mandatário de alienação não desonera as partes da responsabilidade pelo eventual incumprimento do compromisso, nem fundamenta qualquer prorrogação de prazo para o cumprimento do mesmo.
52. Sendo prevista a intervenção de mandatário de alienação, os compromissos estabelecem, em regra:
 - (i) Que o mandatário responsável pela alienação possa prever, no contrato de compra e venda, as modalidades e condições que considerar adequadas para proceder a uma rápida alienação;
 - (ii) Que a alienação da actividade, pelo mandatário responsável pela alienação, está sujeita à autorização prévia da AdC, nos mesmos termos da autorização prevista para a venda pelas partes.
 - (iii) As obrigações de cooperação das partes com o mandatário;
 - (iv) Obrigações de confidencialidade por parte do mandatário, incluindo a não divulgação a terceiros de informação relativa ao decorrer do processo de alienação, nomeadamente no que respeita ao número e identidade de potenciais adquirentes, bem como às ofertas que tenham sido apresentadas;
 - (v) A obrigação do mandatário elaborar um conjunto de relatórios sobre a implementação do compromisso, os quais, para além do relatório final, podem incluir relatórios periódicos e pontuais, estes últimos quando verificadas quaisquer circunstâncias relevantes para a execução do compromisso.

⁴³ Vide Secção 3.3.1 das presentes Linhas de Orientação.

⁴⁴ Também neste sentido, vide as Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos (pontos 121 e 122). Em regra, a AdC permite às partes decidir sobre se o mandatário de monitorização e de alienação correspondem à mesma entidade.

3.3 Tipos de compromissos

53. Conforme *supra* referido, os compromissos têm como objectivo assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva, não obstante a concretização de uma operação de concentração que, sem os mesmos, seria proibida pela AdC.
54. Assim, atendendo a que o desiderato do controlo de operações de concentração, prosseguido, nomeadamente, pela imposição de condições e obrigações (compromissos), é a garantia da manutenção de uma concorrência efectiva, por uma questão de exequibilidade ou de diminuição dos riscos, a AdC considera que, salvo indicação em sentido contrário, os compromissos são prestações de resultado, independentemente de esta qualificação constar do texto da decisão de não oposição com compromissos.
55. Com a apresentação de compromissos, a empresa notificante vincula-se, em regra, a obter um resultado determinado, incumprindo o compromisso caso esse resultado não seja atingido, independentemente de o motivo do incumprimento lhe ser ou não imputável (v.g. a não venda de determinado activo cuja venda é objecto de um compromisso)⁴⁵.
56. Em especial, e conforme referido *supra*, importa sublinhar que, mesmo quando seja nomeado um mandatário independente para implementar o compromisso (v.g., alienar determinado activo), caso se venha a verificar uma não implementação (v.g., uma não alienação), considera-se o compromisso incumprido pela notificante.
57. Regra geral, os compromissos classificam-se em dois grandes grupos⁴⁶:
 - Compromissos com impacto directo na estrutura de mercado (ou compromissos de natureza estrutural), em regra de execução instantânea; e
 - Compromissos que limitam a conduta das empresas participantes no mercado e, em particular, das empresas participantes na operação de concentração, em regra de duração contínua (ou compromissos de natureza comportamental).

3.3.1 Compromissos estruturais

58. Os compromissos de natureza estrutural traduzem-se, quando cumpridos, numa alteração da organização do mercado e correspondem, na maior parte dos casos, à alienação de activos ou conjuntos de activos, os quais, em regra, correspondem a empresas – *i.e.*, conjuntos organizados de factores de produção – com os respectivos activos corpóreos e incorpóreos, em seguida por vezes tratados na óptica da respectiva função, ou seja, com referência à respectiva actividade.
59. Com este tipo de compromissos visa-se preservar as condições estruturais de concorrência que se verificariam na ausência da operação de concentração, evitando-

⁴⁵ Por contraposição às obrigações de resultado, nas prestações de meios o devedor não estaria obrigado à obtenção do resultado, mas apenas a actuar com a diligência necessária para que esse resultado seja obtido.

⁴⁶ A fronteira entre compromissos estruturais e comportamentais pode suscitar dúvidas no âmbito da análise de um caso concreto, nomeadamente quando esteja em causa o acesso a direitos de propriedade intelectual ou a imposição de limitações à aquisição de capital a adquirir. *Vide*, sobre este ponto, o ponto 507 das *Lignes Directrices da DGCCRF*, o ponto 2.2. das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos, e ponto 3.6. das Orientações do ICN sobre Compromissos.

se, ao menos parcialmente, a perda de rivalidade concorrencial que resultaria da referida operação de concentração, ponderados os ganhos de eficiência resultantes da operação, na medida em que os activos, ao serem adquiridos por uma entidade independente das partes na concentração, são susceptíveis de criar as condições para o aparecimento de um novo concorrente ou para a expansão dos concorrentes existentes.

60. A alienação em causa corresponde ainda, em regra, a uma alienação de controlo exclusivo numa óptica jus-concorrencial, podendo, contudo, corresponder também à alienação de posições de controlo conjunto ou de bens sobre os quais as partes não detenham qualquer controlo. Estas duas últimas situações são analisadas *infra* sob a óptica da eliminação de vínculos com concorrentes.
61. A eficácia de um compromisso de natureza estrutural pressupõe que os bens desinvestidos possam estar na base de uma actividade viável, devendo ser adquiridos por um adquirente adequado, de forma a concorrer eficazmente, de forma duradoura, com a entidade objecto da concentração⁴⁷.
62. A eficácia de um compromisso desta natureza pressupõe ainda que não se verifique uma reacquirição de controlo, total ou parcial, subsequente à alienação efectuada; neste sentido, prevê-se, em regra, em sede de compromissos, uma cláusula de não reacquirição, num prazo alargado, em regra de 5 anos, de molde a garantir o efeito estrutural das medidas de correcção, no sentido do restabelecimento da concorrência efectiva nos mercados em que foram identificadas preocupações de índole jus-concorrencial^{48 49}.

3.3.1.1 Objecto da alienação

Âmbito do objecto da alienação

63. O objecto de alienação corresponde a um bem ou a um conjunto de bens, com base nos quais é exercida uma determinada actividade e que podem corresponder a uma empresa (ou um conjunto de empresas) ou a um activo (ou a um conjunto de activos), de natureza corpórea (*v.g.* instalações, equipamentos ou *stocks*) ou incorpórea (*v.g.* direitos, licenças, marcas ou patentes).

⁴⁷ Vide, em termos coincidentes, ponto 23 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

⁴⁸ A Comissão Europeia prevê, nas Linhas de Orientação em Matéria de Compromissos (ponto 43), que os compromissos prevejam a impossibilidade de reacquirição de uma influência significativa durante um período alargado, em geral de 10 anos. A Comissão prevê subsequentemente a possibilidade de ser prevista uma derrogação que autorize a eximir as partes desta obrigação caso venha a verificar, subsequentemente, que a estrutura do mercado se alterou em termos em que a ausência de influência sobre os activos ou empresas deixe de ser necessária para que a concentração seja compatível com o mercado comum. A previsão geral, pela Comissão Europeia, da possibilidade de estabelecimento de uma derrogação à cláusula de não reacquirição obriga à reavaliação sobre a necessidade de manutenção da mesma, o que corresponde à análise efectuada em sede de revisão ou alteração de compromissos.

⁴⁹ Em regra, na sua prática decisória, a AdC tem vindo a estipular um prazo de 5 anos para a cláusula de não reacquirição; a título de exemplo, a AdC aceitou este tipo de compromisso nos seguintes processos: Ccent. 1/2008 – Pingo Doce/Plus, decisão de 29 de Abril de 2008; Ccent. 79/2007 – Transdev/Joalto/JV, decisão de 4 de Setembro de 2008, e Ccent. 51/2007 – Sonae/Carrefour, decisão de 27 de Dezembro de 2007.

64. O princípio geral que orienta a determinação do âmbito do objecto da alienação é o de que esta deve corresponder ao foco do problema concorrencial, correspondendo ainda a uma actividade que possa concorrer autonomamente de forma viável⁵⁰.
65. Como forma de garantir a viabilidade da actividade, devem ser incluídos todos os activos e trabalhadores que contribuem para o seu funcionamento actual ou que sejam necessários para assegurar a sua viabilidade e competitividade, incluindo, se necessário e no respeito pela Lei, os trabalhadores que estejam, nesse momento, a laborar numa outra unidade empresarial⁵¹.
66. Pode, ainda, ser necessário incluir compromissos relacionados com mercados em que a AdC não identificou preocupações concorrenciais⁵², quando tal se revela necessário para reduzir os riscos associados aos compromissos e, sobretudo, os riscos de composição e os riscos ligados ao adquirente.
67. A análise relativa ao carácter viável do objecto de alienação é casuística e, apenas nos casos em que for apresentado um adquirente pré-decisão (“*fix-it-first*”), é que a mesma pode ter em conta a complementaridade das actividades deste com as actividades a alienar, para determinar o âmbito da alienação⁵³.
68. Por respeito ao princípio da proporcionalidade, a AdC considera que: (i) quando o problema de concorrência resultar de uma sobreposição horizontal, as partes devem poder optar entre duas actividades a desinvestir, a actividade do adquirente ou a actividade da adquirida; e (ii) no caso de uma oferta hostil, é tendencialmente mais adequado que as partes proponham a alienação de actividades pertencentes ao adquirente⁵⁴.

⁵⁰ Vide também pontos 3.6 a 3.8 das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos.

⁵¹ No mesmo sentido, mas referindo ainda que “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 que esteja “empregue numa outra unidade empresarial das partes”, devendo também “ser incluídos os activos partilhados, mesmo que estes sejam da propriedade ou afectados a uma outra unidade empresarial”, vide as Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, pontos 25 e 26.

⁵² Esta referência é expressamente efectuada pela Comissão Europeia (Linhas de Orientação em Matéria de Compromissos ponto 23). Sobre a prática da AdC, vide a decisão de 24 de Março de 2006 na Ccent. n.º 30/2005 – Unibetão/Sicóbetão e a decisão de 14 de Agosto de 2008 na Ccent. 22/2008 – Sumolis/Compal; nesta operação, foram identificados problemas jus-concorrenciais no mercado dos refrigerantes de fruta sem gás, no canal HORECA, sendo que o compromisso oferecido pela Notificante envolveu a alienação de uma marca de refrigerantes de fruta sem gás que se encontrava, igualmente, presente no canal alimentar.

⁵³ No mesmo sentido, *cfr.* as Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, pontos 30 e 31. Nesta matéria, importa ainda analisar se é admissível prever-se, à luz do Direito nacional, a alteração dos bens a alienar em função de um comprador futuro. Refira-se que, do ponto de vista substantivo, tal alteração poderá justificar-se quando contribua para facilitar a alienação (sem colocar em causa a eficácia dos compromissos) se, por exemplo, o potencial comprador pretender combinar os activos a adquirir com activos complementares que já detenha.

⁵⁴ A AdC considera que, tal como refere a Comissão Europeia (Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, ponto 24), um compromisso que preveja a alienação de activos ou empresas da empresa-alvo pode, se as partes notificantes dispuserem de informações limitadas sobre os bens a alienar, aumentar o risco associado ao desinvestimento proposto. Consequentemente, neste tipo de cenários, pode ser mais adequado que as partes proponham a alienação de activos ou empresas pertencentes ao adquirente. Sem prejuízo do exposto, veja-se as decisões da AdC nos processos Ccent. 8/2006 – Sonaecom/PT*PTM, decisão de 22 de Dezembro de

69. A forma seguida pela AdC, para garantir que esta entidade esteja em condições de determinar o âmbito da actividade a alienar⁵⁵, corresponde a uma obrigatoriedade de inclusão no texto dos compromissos, pelas partes, de uma descrição clara e específica da actividade a alienar, contendo todos os elementos que fazem parte integrante desta actividade: activos corpóreos (por exemplo, activos relacionados com actividades de I&D (investigação e desenvolvimento), produção, distribuição, venda e comercialização) e incorpóreos (tais como direitos de propriedade intelectual, saber-fazer e *trespasse*); 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 registos⁵⁶.
70. Na descrição da actividade, as partes devem indicar, em linhas gerais, os trabalhadores a transferir, e incluir uma lista dos trabalhadores que sejam essenciais para a viabilidade e a competitividade da actividade⁵⁷.

Carácter autónomo da actividade

71. A exigência do carácter autónomo da actividade, como requisito de viabilidade, decorre de, em regra, apenas uma actividade passível 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 – poder desenvolver uma actuação concorrencial susceptível de eliminar os problemas identificados na operação. Por este motivo, deve ser dada preferência a actividades autónomas pré-existentes à operação⁵⁸.
72. Não obstante a AdC exigir normalmente a alienação de uma actividade autónoma, podem os princípios da proporcionalidade e da eficiência justificar a alienação de actividades estreitamente ligadas ou parcialmente integradas nas actividades retidas pelas partes, devendo, nestes casos, proceder-se a uma dissociação das actividades, tendente a uma alienação e à manutenção de uma actividade, ambas a título parcial⁵⁹.

2006, e Ccent. 15/2006 – BCP/BPI, decisão de 16 de Março de 2007, em que se previu a alienação de activos das empresas a adquirir.

⁵⁵Esta abordagem é idêntica à prevista pela Comissão Europeia nas respectivas Linhas de Orientação em Matéria de Compromissos (ponto 27).

⁵⁶Não é, em regra, necessária a identificação nominal de todos os elementos do activo no documento de compromissos, sendo suficiente a identificação das categorias a que esses elementos pertencem.

⁵⁷Caso as partes pretendam excluir a alienação de determinados bens ou a transferência de trabalhadores, devem especificá-lo de forma expressa (neste sentido, veja-se as Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, ponto 29).

⁵⁸Neste sentido, pontos 32 e 33 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos; tal como decorre também deste texto da Comissão, estas actividades podem corresponder a uma empresa ou um grupo de empresas previamente existentes, ou a um departamento que até então não se encontrava autonomizado.

⁵⁹Tal como refere a Comissão Europeia (Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, pontos 35 e 36), também a AdC 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 são assim reduzidos ao mínimo indispensável. Este compromisso pode ser reforçado com compromissos alternativos ou subsequentes ou, nos termos gerais, pela apresentação de um *up-front buyer*.

73. Nestes casos, as Partes devem assegurar que a dissociação de actividades seja iniciada, pelo menos, no período entre a adopção da decisão de não oposição à operação e a conclusão da alienação (o que equivale à transferência da propriedade do activo ou empresa para o adquirente juridicamente e de facto).⁶⁰
74. Os riscos inerentes aos compromissos são superiores quando os activos ou actividades a desinvestir não tenham, anteriormente, constituído uma actividade homogénea, nomeadamente por pertencerem a várias partes⁶¹.
75. Deve assegurar-se que, em regra, após a alienação, não subsistam ligações de natureza jurídica ou económica que limitem os incentivos de actuação do adquirente de forma autónoma no mercado⁶².

Alienação de activos, nomeadamente marcas e licenças

76. Os compromissos estruturais passam, conforme referido, pela alteração da estrutura de mercado e, em concreto, pela entrada ou reforço da posição de concorrentes no mercado. Podem corresponder, nomeadamente, ao objectivo de entrada de um concorrente em dado mercado, como resultado da cedência de acesso⁶³, da alienação de concessões⁶⁴, da alienação de licenças⁶⁵ ou da cedência de marcas⁶⁶.
77. No âmbito de compromissos relativos à alienação de marcas e licenças, a AdC considera que:
 - (i) A alienação de uma actividade se afigura, em geral, preferível à concessão de licenças sobre direitos de propriedade intelectual⁶⁷;

⁶⁰ Este entendimento é também o da Comissão europeia, nos termos previstos nas Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos (ponto 36).

⁶¹ Neste sentido, *vide* ponto 37 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

⁶² *Vide*, sobre este, ponto 3.18 das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos e ponto 28 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos. Tal não obsta a que subsistam, por exemplo, contratos de fornecimento entre a entidade adquirente do bem desinvestido e o respectivo alienante, devendo os efeitos desses contratos ser analisados em função das circunstâncias do caso concreto.

⁶³ *Vide* decisões da AdC de 21 de Novembro de 2008 nos processos Ccent. 21/2008 – CATVP/Tvtel e Ccent. 56/2007 – CATVP/Bragatel*Pluricanal Santarém*Pluricanal Leiria.

⁶⁴ *Vide* processo Ccent. 79/2007 – Transdev/Joalto/JV.

⁶⁵ Como exemplos de processos em que foram aceites compromissos consubstanciados no acesso a licenças, veja-se o processo Ccent. 51/2007 – Sonae/Carrefour, decisão de 27 de Dezembro de 2007, e Ccent. 57/2006 – TAP/PGA, decisão de 5 de Junho de 2007.

⁶⁶ *Vide* processo Ccent. 22/2008 – Sumolis/Compal, decisão de 14 de Agosto de 2008.

⁶⁷ Tal conclusão decorre da análise de risco subjacente a estes dois tipos de compromissos, sendo certo que, tal como refere a Comissão (Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, ponto 38), a concessão de uma licença gera mais incerteza, não permite, por si só, ao licenciado concorrer no mercado, requer uma relação contínua com as partes que pode levar o licenciante a influenciar o comportamento concorrencial do licenciado no mercado e pode causar litígios entre o licenciante e o licenciado quanto ao âmbito, bem como às condições e modalidades da licença. Os acordos de licença (em regra exclusivos e sem restrições) podem, contudo, constituir uma alternativa à alienação, nos casos em que, por exemplo, esta última prejudicaria a prossecução de processos de investigação e desenvolvimento eficiente em curso ou quando a alienação for impossível devido à natureza da actividade. A Comissão prevê ainda a possibilidade de assinatura de acordos de retrocessão de licença.

- (ii) Atendendo a que uma alienação de activos que não tenham anteriormente constituído uma actividade homogénea e viável suscita riscos de composição, um conjunto de activos a alienar que englobe apenas marcas e activos de produção ou distribuição, apenas excepcionalmente é considerado suficiente para criar as condições para uma concorrência efectiva, quando a viabilidade da actividade for assegurada⁶⁸;
- (iii) Podem ser aceites, em casos excepcionais, compromissos que prevejam a concessão de uma licença exclusiva, limitada no tempo, relativa a uma dada marca, sem a alienação duradoura dessa marca. Nestes casos, a criação de um concorrente viável resulta de um processo de red denominação da marca objecto de licença, traduzido na alteração da marca pela entidade licenciada, num período determinado, de forma a permitir a transferência dos clientes da marca objecto de licença para a sua marca própria⁶⁹.

Alienação de participações minoritárias

- 78. Conforme referido *supra*, os compromissos de alienação podem servir para eliminar os vínculos entre as partes e os concorrentes, quando estes vínculos contribuam para as preocupações jus-concorrenciais suscitadas pela operação de concentração.
- 79. Nestes termos, pode ser necessária (i) a alienação de uma participação no capital de uma empresa comum ou de uma empresa em que ambos tenham participações sem controlo — com o intuito de suprimir um vínculo estrutural com um concorrente — ou (ii) a alienação de uma participação minoritária num concorrente⁷⁰.
- 80. Em alternativa a este tipo de compromissos, atentas as especificidades do caso concreto, podem ser aceites compromissos de natureza comportamental, como os referidos *infra* no ponto 98.

3.3.1.2 Carácter adequado do adquirente

- 81. Atendendo a que o objectivo do compromisso de alienação é o de permitir a entrada ou expansão de concorrentes no mercado, a alienação deve ser efectuada a um adquirente que permita prosseguir este objectivo. Para este efeito, os compromissos devem enumerar, com maior ou menor detalhe em função das circunstâncias do caso concreto, os critérios que devem ser respeitados na escolha do adquirente⁷¹.

⁶⁸ Neste sentido, *vide* ponto 37 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

⁶⁹ Como refere a Comissão (Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, pontos 39 a 42), estes compromissos, que podem justificar-se 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, prevêem que, após a concessão da licença para a alteração da marca, as partes se abstenham subsequentemente de qualquer utilização da marca (fase de “*blackout*”).

⁷⁰ *Vide*, sobre este aspecto, o ponto 58 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

⁷¹ Dependendo das características exigidas em relação ao adquirente, pode exigir-se que este não proceda à revenda dos bens adquiridos num determinado prazo. Veja-se sobre esta questão o ponto 106 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos. *Vide*, ainda, o ponto 47 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos e, no âmbito da prática

82. Sem prejuízo de uma análise casuística, as principais características a ter em conta no que concerne ao adquirente, susceptíveis de consubstanciar condições de aceitação do mesmo, são as seguintes⁷²:
- (i) Independência – o adquirente deve ser independente das partes e não dispor de vínculos com as mesmas⁷³;
 - (ii) Capacidade e incentivo – o adquirente deve possuir capacidade técnica e financeira⁷⁴, experiência e incentivo económico, aferido à luz de critérios objectivos, para manter e desenvolver, de modo viável, a actividade a desinvestir, permitindo que esta se afirme no mercado em termos concorrenciais^{75 76};
- Para este efeito, pode ser necessário que o adquirente detenha determinados activos, incluindo licenças⁷⁷;
- (iii) Ausência de perspectivas de identificação de problemas, sobretudo de natureza concorrencial, em resultado da aquisição⁷⁸.

nacional, a decisão de 25 de Novembro de 2005 no processo Ccent. 37/2004 – Barraqueiro/Arriva (ATMS).

⁷² Em termos coincidentes, *vide* ponto 48 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos e ponto 3.15 das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos.

⁷³ Os vínculos entre as partes e o adquirente devem ser interpretados em função das características e da prática seguida na indústria, sector ou mercado em causa, sendo tendencialmente mais prejudiciais para a concorrência aqueles que tornam o adquirente mais dependente, por falta de alternativas, das empresas participantes na operação de concentração no acesso a factores produtivos ou a canais de distribuição ou comercialização.

⁷⁴ No que respeita à capacidade financeira, esta inclui, nomeadamente, as modalidades de financiamento da aquisição pelo adquirente proposto, não devendo ser aceite, regra geral, o financiamento da alienação pelo vendedor, sobretudo se este financiamento criar interligações entre este e o adquirente que possam influenciar os respectivos comportamentos no mercado.

⁷⁵ Para além dos incentivos próprios da estrutura de mercado em causa, a AdC atende, quando relevante, ao passado da empresa no sector ou mercado, sendo um comportamento agressivo, desalinhado, inovador no sector em causa, em regra, um indício objectivo de empenhamento numa política activa de vendas. Releva ainda a análise de eventuais tentativas de entrada ou de expansão de capacidade no mercado relevante em causa, bem como a natureza da operação, já que a aquisição dos activos por parte do produtor de um bem complementar é potencialmente positivo para a concorrência, atendendo a que este tem, por norma, incentivo para manter a concorrência no mercado a montante, sob pena de perda de competitividade no mercado a jusante (o mesmo se aplicará quando estejam em causa mercados relacionados, numa perspectiva conglomeral).

⁷⁶ Como forma de garantir a capacidade e os incentivos necessários para desenvolver de forma viável a actividade, a Comissão Europeia (Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, ponto 49) prevê que possa ser exigido, nomeadamente, que o adquirente pertença ao sector industrial e não ser um investidor financeiro.

⁷⁷ A detenção de determinados activos, incluindo licenças, pode envolver matérias da competência de outras entidades, *maxime* de outros reguladores, sendo de referir, como exemplos de cooperação entre a AdC e o ICP-ANACOM, os processos Ccent. 21/2008 – TV Cabo/Tvtel, Ccent. 56/2007 - TV Cabo Portugal/Bragatel/Pluricanal Leiria/Pluricanal Santarém e Ccent. 8/2006 – Sonaecom/PT, e entre a AdC e a ERSE, os processos Ccent. 18/2008 - EDP / Portgás, Ccent. 6/2008 – EDP/EDIA, Ccent. 2/2008 - EDP/PebbleHydro/H. Janeiro de Baixo, Ccent. 5/2005 - EDP/Turbogás/Portugen e Ccent. 48/2003 - EDP/N Quintas.

⁷⁸ Quando a AdC prever, com base na informação de que dispõe, que as dificuldades na obtenção da autorização da operação, no âmbito do processo de controlo de operações de concentração, de obtenção de qualquer autorização ou de preenchimento de qualquer requisito legal, venham a ter,

83. A aquisição da actividade por um adquirente proposto não deve ser susceptível de dar origem a novos problemas de concorrência, nem provocar atrasos na execução dos compromissos. Assim, deve perspectivar-se que o adquirente em causa obtém, sendo caso disso, todas as autorizações necessárias para a aquisição da actividade a alienar, incluindo a não oposição da Autoridade da Concorrência, caso tal aquisição consubstancie uma operação de concentração notificável.
84. Existem sobretudo três formas de garantir a transferência de uma actividade para um adquirente adequado⁷⁹. Todas passam pela sujeição da escolha do adquirente à aprovação da AdC e correspondem aos seguintes mecanismos:
- (i) Aprovação do adquirente num prazo determinado, mas sem imposição de que tal aprovação seja prévia à implementação da operação ou mesmo à decisão da AdC no âmbito do processo de análise da concentração⁸⁰;
 - (ii) Aprovação do adquirente – com o qual deve ser celebrado um contrato de aquisição vinculativo – antes da implementação da operação (“adquirente pré-implementação” ou “*up-front buyer*”)⁸¹;
 - (iii) Aprovação do adquirente – com o qual deve ser celebrado um contrato de aquisição vinculativo – antes da decisão da AdC no âmbito do processo de análise da concentração (“adquirente pré-decisão” ou “*fix-it-first*”)⁸².
85. Como decorre da estrutura dos mecanismos acima referidos, os mesmos correspondem, pela ordem indicada, progressivamente a uma maior redução dos riscos de alienação acima referidos.
86. Acresce que o conhecimento, pela AdC, do adquirente previamente à emissão da decisão final (“adquirente pré-decisão” ou “*fix-it-first*”), tem como vantagem poder ser reduzido o âmbito do desinvestimento a efectuar, na medida em que é possível determinar com maior exactidão os activos que o adquirente em causa necessita para tornar viável e competitiva a actividade que se propõe desenvolver. Trata-se, assim, de um mecanismo que pode ser utilizado, quando necessário, para minorar o risco, e o possível âmbito do desinvestimento.
87. A indicação de adquirentes pré-decisão ou, pelo menos, pré-implementação, são soluções que permitem diminuir a incerteza relativamente à existência de adquirentes

como efeito, um atraso no cumprimento do compromisso, a AdC considera que o adquirente não preenche os requisitos necessários.

⁷⁹Vide, em termos semelhantes, os pontos 50 a 57 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

⁸⁰ Esta solução, sendo a que confere às partes maior liberdade, deve ser a privilegiada, excepto se se verificar, no caso concreto, algum risco específico relativo ao adquirente ou aos activos ou empresas a alienar. Neste sentido, *vide* também as Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos (ponto 52).

⁸¹ A necessidade de a AdC aprovar o adquirente previamente à implementação da operação pode justificar-se quando se verificarem riscos acrescidos relacionados com a escolha do adquirente ou o activo ou empresa a alienar, por exemplo, em virtude de direitos de terceiros ou incertezas quanto à probabilidade de encontrar um adquirente adequado. Esta reflexão, acolhida pela AdC, decorre das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos (pontos 53 a 55).

⁸² Segundo a Comissão Europeia (pontos 56 e 57 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos), a terceira solução adequa-se, em particular, a situações em que a viabilidade da alienação apenas é 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.

interessados em determinado activo ou empresa⁸³, com as características referidas no ponto 82 *supra*.

88. Em regra, a AdC prevê a sujeição, à sua prévia autorização, da escolha do adquirente bem como do clausulado de todos os acordos, incluindo, para além do acordo de aquisição, os acordos transitórios (a título de exemplo, um contrato-promessa)⁸⁴. Este controlo prévio visa, nomeadamente, mitigar os riscos ligados à escolha do adquirente, de forma a assegurar que este se encontra em condições de assegurar a concorrência efectiva no mercado em questão.
89. Este controlo prévio não obsta ao controlo da operação de concentração correspondente a esta aquisição, que se aplica nos termos legais, *maxime* na medida em que estejam preenchidos os requisitos legalmente previstos para a notificação obrigatória junto da AdC ou da Comissão Europeia.
90. Caso seja prevista uma aprovação prévia do adquirente, cabe às partes demonstrar, junto da AdC, que o adquirente proposto satisfaz os requisitos necessários para ser aprovado e que a actividade é alienada de modo consentâneo com a decisão da AdC e os compromissos assumidos.
91. Sempre que forem propostos adquirentes distintos para diferentes partes do conjunto de medidas, a AdC avalia se cada adquirente proposto é aceitável e se o conjunto global de medidas suprime as preocupações de concorrência (o que implica, nomeadamente, que não seja posta em causa a viabilidade da actividade em causa pelo facto de existir uma multiplicidade de adquirentes)⁸⁵.
92. A AdC aprecia o preenchimento dos requisitos necessários à aprovação de um adquirente, atendendo aos objectivos prosseguidos pelos compromissos, no sentido de manter, no imediato, a concorrência efectiva no mercado em que foram identificadas preocupações concorrenciais, bem como da situação do mercado, conforme descrita na decisão⁸⁶.

3.3.2 Compromissos de natureza comportamental

93. Contrariamente aos compromissos estruturais, os quais actuam directamente sobre a estrutura de mercado, os compromissos comportamentais propõem-se influenciar a conduta das empresas participantes no mercado e, em particular, das empresas participantes na operação de concentração, actuando ao nível da capacidade e dos incentivos destas empresas, nomeadamente com o objectivo de promover as condições de contestabilidade dos mercados.
94. Podem, ainda, constituir medidas acessórias relativamente a outros compromissos, mormente de natureza estrutural, sendo este o caso, exemplificativamente, da

⁸³ O que pode, por exemplo, ter sido apurado no âmbito de um teste de mercado ou decorrer de situações de ausência de investimento prévio no mesmo mercado.

⁸⁴ No mesmo sentido, veja-se o ponto 105 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

⁸⁵ Neste ponto e na referência aos requisitos exigíveis a um adquirente, a AdC segue de perto as considerações da Comissão nos pontos 101 a 103 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

⁸⁶ No mesmo sentido, *vide* as considerações da Comissão no ponto 102.

designação de mandatários de monitorização e alienação e de obrigações de reporte à AdC⁸⁷.

95. No âmbito dos compromissos que visam promover as condições de contestabilidade dos mercados, incluem-se todo o tipo de medidas que criam ou reforçam a capacidade e o incentivo dos concorrentes na disputa de clientes às partes envolvidas na operação de concentração, tais como: (i) a imposição de limitações sobre o comportamento das partes na operação (v.g. a abstenção de requerer determinada licença⁸⁸ ou a abstenção de explorar os seus próprios bens⁸⁹); (ii) medidas susceptíveis de atenuar custos de mudança dos clientes das partes na operação de concentração (v.g. inibição de práticas de fidelização de clientes⁹⁰); ou (iii) medidas que reduzam o recurso a contratos de exclusividade ou contratos de longo prazo nas vendas das partes na operação de concentração^{91 92}.
96. Podem ainda ser assumidos, pelas partes, entre outros, os seguintes compromissos:
- (i) Revogar cláusulas contratuais que passem a ser prejudiciais para uma concorrência efectiva em resultado da estrutura de mercado resultante da operação, na medida em que restrinjam a participação dos concorrentes a montante ou o seu acesso aos clientes a jusante (v.g. acordos exclusivos de fornecimento a longo prazo), quando a entidade objecto da concentração disponha da capacidade e dos incentivos para encerrar o mercado⁹³;
 - (ii) terminar acordos de distribuição com concorrentes ou acordos que se traduzam na coordenação de certos comportamentos comerciais^{94 95};

⁸⁷ Veja-se as decisões da AdC de 21 de Novembro de 2008 nos processos Ccent. 21/2008 – CATVP/Tvtel, e Ccent. 56/2007 – CATVP/Bragatel*Pluricanal Santarém*Pluricanal Leiria.

⁸⁸ Vide decisões da AdC de 29 de Abril de 2008, no processo Ccent. 1/2008 - Pingo Doce/Plus, e de 27 de Dezembro de 2007 no processo Ccent. 51/2007 – Sonae/Carrefour.

⁸⁹ No que concerne à abstenção de explorar os seus próprios bens pode verificar-se, por exemplo, a previsão de restrições aos direitos de propriedade, traduzidas hipoteticamente na celebração de um contrato de arrendamento ou aluguer com um terceiro relativamente a um conjunto de activos. Veja-se a decisão da AdC de 25 de Junho de 2008 no processo Ccent. 6/2008 – EDP Produção/Activos EDIA (Alqueva*Pedrógão).

⁹⁰ Vide decisão da AdC de 22 de Dezembro de 2006 no processo Ccent. 8/2006 – Sonaecom/PT, decisão de 23 de Outubro de 2007 na Ccent. 30/2007 – Bensaúde/NSL e decisões de 21 de Novembro de 2008 na Ccent. 56/2007 – CATVP/Bragatel*Pluricanal Santarém*Pluricanal Leiria e na Ccent. 21/2008 – CATVP/Tvtel.

⁹¹ Veja-se ponto 2.8 das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos.

⁹² Veja-se ponto 2.8 das Linhas de Orientação da *Competition Commission* sobre Compromissos, assim como a prática nacional constante dos processos Ccent. 8/2006 – Sonaecom/PT, decisão de 22 de Dezembro de 2006, Ccent. 30/2007 – Bensaúde/NSL, decisão de 23 de Outubro de 2007 e Ccent. 22/2008 – Sumolis/Compal, decisão de 22 de Agosto de 2008.

⁹³ Sobre este ponto, consulte-se a Comunicação da Comissão relativa à apreciação das concentrações não horizontais (JO C 265/6, DE 18.10.2008, ponto 36), bem como o ponto 67 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos. No âmbito da prática nacional, vide processos Ccent. 30/2005 – Unibetão/Sicóbetão, decisão de 24 de Março de 2006, Ccent. 30/2007 – Bensaúde/NSL, decisão de 23 de Outubro de 2007, e Ccent. 22/2008 – Sumolis/Compal, decisão de 22 de Agosto de 2008.

⁹⁴ Sobre este ponto, vide ainda o ponto 60 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

⁹⁵ Vide, no que concerne à prática decisória da AdC, processo Ccent. 2/2008 - EDP/PebbleHydro*H. Janeiro de Baixo, decisão de 25 de Junho de 2008, Ccent. 6/2007 – Enernova/Eólica de Alagoa, decisão de 26 de Fevereiro de 2007, Ccent. 60/2005 – Enernova/Bolores*Eneraltius*Levante*Cabeço das Pedras*Malhadizes, decisão de 30 de Novembro de 2005, Ccent. 16/2005 –

- (iii) não adoptar determinados comportamentos comerciais, como a venda de produtos ligados ou em pacote⁹⁶;
- (iv) conceder acesso, reportando-se esta concessão, *inter alia* a: (a) infra-estruturas e, em particular, a redes⁹⁷; (b) matérias-primas essenciais; (c) licenças⁹⁸ e concessões; (d) tecnologias e (e) patentes, saber-fazer ou outros direitos de propriedade intelectual.

Nestes casos, o acesso de terceiros deve ser efectuado numa base transparente e não discriminatória, sobretudo em caso de identificação de problemas de natureza vertical.

- 97. Para além do exposto, quando da detenção de uma participação minoritária no capital social de empresa diversa da notificante – *maxime* concorrentes – decorram preocupações jus-concorrenciais, o compromisso potencialmente mais adequado para obviar a esta situação é a alienação das referidas participações minoritárias.
- 98. Não obstante, a título excepcional, quando seja possível comprovar que os benefícios financeiros decorrentes dessas participações não suscitam, por si só, preocupações concorrenciais, pode constituir um compromisso adequado a mera renúncia a todos os direitos inerentes à referida participação minoritária que influenciem o seu comportamento concorrencial, tais como direitos de representação no conselho de

Enernova/Ortiga*Safra, decisão de 11 de Novembro de 2005, Ccent. 8/2004 – United Biscuits/Triunfo, decisão de 30 de Julho de 2004, Ccent. 44/2003 – Dragner/Hillenbrand, decisão de 5 de Abril de 2004 e Ccent. 47/2003 – PPTV/PT Conteúdos (Sport TV), decisão de 8 de Abril de 2004.

⁹⁶ Sobre este ponto, *vide* ponto 69 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos. *Vide*, ainda, ponto 2.8. das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos.

⁹⁷ Podem ser propostos compromissos que autorizam o acesso a infra-estruturas e redes no intuito de facilitar a entrada de concorrentes no mercado. Tal como refere a Comissão (ponto 63 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos) e decorre da jurisprudência (acórdão do TPI no processo T-177/04, *EasyJet/Comissão Europeia*, pontos 197 e seguintes); estes compromissos podem ser aceites sempre que se perspetive uma efectiva entrada no mercado de novos concorrentes ou se permita a expansão dos concorrentes que já se encontram presentes no mercado. A Comissão Europeia identifica, nas suas Linhas de Orientação em Matéria de Compromissos, exemplos de compromissos de concessão de acesso que a mesma já aceitou, como o acesso a tecnologias cobertas por direitos de propriedade intelectual (ponto 65); acesso a plataformas de televisão por assinatura (ponto 63); acesso a energia através de programas de disponibilização de gás (ponto 63); acesso a condutas (ponto 64); acesso a licenças (pontos 65 e 66) e a acesso a redes de telecomunicações ou outras redes semelhantes (ponto 64). No âmbito da prática nacional, *vide* processos Ccent. 21/2008 – CATVP/Tvtel, decisão de 21 de Novembro de 2008, Ccent. 56/2007 – CATVP/Bragatel*Pluricanal Santarém*Pluricanal Leiria, decisão de 21 de Novembro de 2008 e Ccent. 8/2006 – Sonaecom/PT*PTM, decisão de 22 de Dezembro de 2006.

⁹⁸ No caso da imposição de licenciamento, é necessário prever as modalidades e condições da concessão das licenças, nomeadamente no que respeita a preços (por exemplo, através de fórmulas de fixação dos preços), devendo ainda atentar-se na transmissão de informação subjacente à emissão das licenças, que pode provocar em si mesma, efeitos prejudiciais do ponto de vista da concorrência. Em paralelo, é necessário prever os requisitos processuais necessários para o respectivo acompanhamento, os quais podem passar pela imposição de uma contabilidade separada, bem como procedimentos de resolução de litígios adequados à garantia de eficácia do compromisso (a Comissão Europeia pronunciou-se já neste sentido nos pontos 65 e 66 das Linhas de Orientação em Matéria de Compromissos).

administração, direitos de veto e direitos à informação, mantendo-se a detenção da participação no capital social⁹⁹.

99. Para além dos *supra* identificados compromissos comportamentais de promoção das condições de contestabilidade dos mercados, a AdC pode, muito excepcionalmente, aceitar compromissos comportamentais que intervêm directamente no comportamento das partes, designadamente ao nível dos preços (*inter alia*, quantidade oferecida ou capacidade de produção), qualidade ou variedade de produtos, visando, desta forma, limitar os efeitos adversos expectáveis da operação de concentração.
100. Os compromissos comportamentais referidos no ponto anterior apenas são aceites em condições muito excepcionais, uma vez que os mesmos não actuam sobre as causas dos problemas jus-concorrenciais (v.g. ao nível da estrutura de mercado ou ao nível das condições de contestabilidade do mercado), mas apenas restringem os efeitos adversos advenientes da operação de concentração.
101. Nestes termos, o tipo de compromissos referido no ponto anterior apenas se pode justificar, em termos limitados temporalmente, nas seguintes situações: (i) em complemento a compromissos de natureza estrutural ou a compromissos de natureza comportamental de promoção das condições de contestabilidade do mercado, quando seja previsível que a concorrência efectiva no mercado se restabeleça no curto-prazo; ou (ii) quando a aplicação de compromissos estruturais ou de outro tipo de compromissos comportamentais é claramente desproporcional, face ao tipo e duração dos problemas de natureza jus-concorrencial que foram identificados, quando seja previsível que a concorrência efectiva no mercado se restabeleça no curto-prazo. Nestes casos, os compromissos em referência visam apenas obviar aos efeitos anti-concorrenciais que se verifiquem até ao restabelecimento da concorrência, sendo ponderados os custos e benefícios da intervenção de curto-prazo.
102. Por fim, as salvaguardas exigidas pela AdC no âmbito de compromissos de alienação são, em grande medida, comuns às salvaguardas exigidas no âmbito da execução e monitorização de outros tipos de compromissos, referindo, em especial, a relevância de mandatórios de monitorização e cláusulas de arbitragem no caso de cedência de licenças¹⁰⁰, sendo, em especial, de prever “obrigações” de envio de informação considerada relevante para a monitorização da respectiva execução, com a periodicidade adequada a cada caso concreto.

3.4 Prazos para implementação dos compromissos

103. A aceitação de um compromisso estrutural pressupõe celeridade na respectiva implementação, atendendo a fixação dos prazos, nomeadamente: (i) ao grau e ao tipo de risco inerente à alienação prevista (quanto maior, menor deve ser o prazo); (ii) à complexidade do processo de alienação; (iii) à experiência anterior, em matéria de alienações comparáveis; e (iv) ao nível de garantia oferecido, no âmbito dos compromissos, resultante, nomeadamente, da apresentação de um comprador

⁹⁹ A Comissão Europeia considera esta renúncia excepcional (ponto 59 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos). No que se refere à prática decisória da AdC, *vide* processo Ccent. 16/2004 – CTT/Visabeira/CTT IMO (Empresa Comum), decisão de 14 de Julho de 2004.

¹⁰⁰ *Vide*, também sobre esta matéria, os pontos 129 e 130 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

previamente à decisão ou à implementação, da previsão de alienações sem preço mínimo, da alienação de bens do tipo “jóia da coroa”¹⁰¹.

104. Em regra, e atendendo, nomeadamente, à necessária protecção do valor dos activos a alienar, o prazo de implementação não deve ser superior a 9 meses, compreendida uma etapa tendente à celebração de um acordo definitivo de transferência dos activos ou empresas em causa — primeiramente pela empresa, de forma directa (denominado “primeiro período de desinvestimento”) e, em seguida, por mandatário (denominado “segundo período de desinvestimento”) —, e uma etapa em que se encerra a operação, nomeadamente com a concretização da transferência de controlo.
105. No que respeita ao prazo a partir do qual começam a contar os prazos de execução dos compromissos, este deve corresponder, em regra, à data de adopção da decisão da AdC. Não obstante, quando se verificarem elementos de incerteza no que respeita à data da implementação da operação, como por exemplo esta concretizar-se através de uma oferta pública de aquisição ou de venda, ou ser necessária uma subsequente autorização pública, os prazos podem começar a contar-se a partir da data em que a(s) notificante(s) assume(m) o controlo da empresa adquirida^{102 103}.
106. Em qualquer caso, a data em que se começa a contar os prazos deve constar do processo de forma determinada e inequívoca, pelo que, nos casos em que esta esteja sujeita a termo ou condição, deve impor-se à notificante que a comunique à AdC.
107. Os compromissos de natureza comportamental devem, em regra, prever um prazo para a respectiva implementação, correspondente ao período em que, prospectivamente, se verificam os efeitos anti-concorrenciais resultantes da operação de concentração, o qual deve corresponder a um horizonte temporal que não ultrapasse, em regra, o período de três anos.

¹⁰¹ Sobre este tipo de compromissos veja-se os pontos 31 e 32 das presentes Linhas de Orientação.

¹⁰² Em sentido semelhante, veja-se o disposto no ponto 99 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

¹⁰³ Nos casos em que a empresa adquirida não desenvolve ainda qualquer actividade e só virá a fazê-lo no futuro, pode justificar-se, dependendo das circunstâncias do caso concreto, que o início da execução dos compromissos tenha por referência a data previsível do início da actividade da adquirida. De todo o modo, a avaliação jus-concorrencial é, em todos os casos, efectuada na decisão de não oposição com compromissos, podendo, contudo, prever-se, na decisão, condições relativamente à execução dos compromissos, que reflectam a incerteza sobre a evolução do mercado. Veja-se a decisão da AdC de 13 de Dezembro de 2010, no processo Ccent. 23/2010 - EDP Produção/Greenvougá.

4 ASPECTOS PROCESSUAIS¹⁰⁴

108. A AdC pode decidir não se opor a uma operação de concentração na sequência da aceitação de compromissos, no âmbito do procedimento administrativo de controlo de concentrações, quer após a instrução (“1.ª Fase”), nos termos do artigo 35.º¹⁰⁵, quer na sequência de investigação aprofundada (“2.ª Fase”), nos termos previstos no artigo 37.º, todos da Lei da Concorrência¹⁰⁶.
109. Não obstante, o conteúdo dos compromissos potencialmente aceites pela AdC varia em função do grau de investigação já desenvolvido e da densificação dos problemas concorrenciais já efectuada pela AdC. Assim, por um lado, os compromissos apresentados em 1.ª Fase são tendencialmente mais abrangentes do que os compromissos apresentados em 2.ª Fase, que podem dirigir-se já, em regra, mais cirurgicamente a problemas especificamente identificados de forma mais apurada; por outro lado, com o desenvolvimento da investigação em 2ª Fase podem ser reavaliados problemas jus-concorrenciais, com a consequência de estes, para serem solucionados, terem que ser objecto de compromissos com maior amplitude¹⁰⁷.
110. A AdC não pode, formalmente, aceitar compromissos em sede de procedimento de avaliação prévia, previsto no n.º 3 do artigo 9.º da Lei da Concorrência, por alteração do Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de Novembro.
111. Nada obsta, no entanto, a que as partes submetam propostas de compromissos à apreciação da AdC, a título informal, mesmo antes da notificação.
112. No que respeita ao prazo limite para apresentação de compromissos, o regime legal da concorrência nacional não prevê expressamente prazos, contrariamente ao regime comunitário, pelo que devem ser aplicados os princípios substantivos e processuais aplicáveis¹⁰⁸, atendendo-se à razão de ser do próprio controlo das operações de concentração.
113. Nestes termos, defende-se que devem ser objecto de análise, pela AdC, os compromissos apresentados pelas partes até ao momento em que a respectiva análise

¹⁰⁴ Excepto se referido o contrário, os prazos contados em dias (não os contados em meses) estabelecidos nas presentes Linhas de Orientação são contados em dias úteis (não se considerando os Sábados, Domingos e feriados nacionais).

¹⁰⁵ Vide os n.ºs 2 e 3 em conjugação com a al. b) do n.º 1 do artigo 35.º da Lei da Concorrência.

¹⁰⁶ Cf. a alínea a) do n.º 1 e n.º 2, com remissão para os n.ºs 2 e 3 do artigo 35.º da Lei da Concorrência.

¹⁰⁷ Os compromissos assumidos durante a 1ª Fase visam sobretudo dissipar quaisquer dúvidas relativas à criação ou reforço de uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste. Acresce que podem ser aceites compromissos em primeira fase, mesmo quando não se encontra totalmente demonstrada a necessidade dos mesmos, ou estes possam ser mais abrangentes ou exigentes do que o necessário, quando a AdC só esteja em condições de excluir preocupações jus-concorrenciais, após uma investigação aprofundada. Em sentido idêntico ao exposto no texto supra, veja-se as considerações tecidas nos pontos 81 a 83 e 94 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

Por outro lado, quando, *prima facie*, a operação de concentração não suscite problemas jus-concorrenciais, a AdC, de acordo com o princípio da proporcionalidade, poderá rejeitar os compromissos apresentados pela notificante, com fundamento no facto de que estes não constituírem uma condição necessária para a autorização da operação.

¹⁰⁸ Vide secções 3 e 4 das presentes Linhas de Orientação.

não lese os princípios da segurança e da certeza jurídica, os direitos de participação de terceiros e a eficiência do controlo de concentrações¹⁰⁹.

114. Assim, considera-se aconselhável que os compromissos sejam propostos, de preferência, até ao 20.º dia útil do procedimento, em caso de apresentação de compromissos em 1.ª Fase, e até ao 40.º dia útil do prazo respeitante ao procedimento em 2.ª Fase, contados desde o início desta fase, quando os compromissos forem apresentados durante a mesma.
115. Em fases fundamentais do processo, a realização de reuniões entre a AdC e as partes, que permitam à AdC expor as suas preocupações, poderá contribuir para uma melhor avaliação pelas partes da oportunidade de apresentarem compromissos atempadamente.
116. A par deste tipo de reuniões, e quando em 2.ª Fase, a AdC procurará transmitir por escrito, tão cedo quanto possível, as suas preocupações, em face dos elementos entretanto recolhidos e analisados, nomeadamente através da emissão de um projecto de decisão, de modo a permitir às partes, se for caso disso, a apresentação, em tempo útil, de propostas de compromissos.
117. Admite-se ainda que, para além da audiência de interessados em que se coloca à consideração um primeiro projecto de decisão final da AdC, se deva realizar uma segunda audiência de interessados sempre que se verifique uma alteração substancial do mesmo (por exemplo, em resultado da apresentação de uma nova proposta de compromissos)¹¹⁰.
118. De forma a poderem servir de base a uma decisão de não oposição, as propostas de compromissos, a apresentar pela notificante, devem preencher os seguintes requisitos:
 - (i) Resolver todos os problemas de concorrência suscitados pela concentração¹¹¹;
 - (ii) Especificar plenamente o teor e as modalidades de execução dos compromissos assumidos pelas partes, distinguindo entre “condições” e “obrigações”;
 - (iii) Estar enunciadas de forma clara e simples, em particular no que respeita ao nexo entre os problemas referidos no ponto (i) e os compromissos especificados nos termos do ponto (ii);
 - (iv) Ser assinadas por pessoa ou pessoas com poderes para o efeito;
 - (v) Ser acompanhadas das informações necessárias à avaliação da adequação, suficiência, exequibilidade e viabilidade dos compromissos.
119. Deve ser junta uma versão não confidencial dos compromissos, nomeadamente para efeitos da consulta do mercado. Esta versão não confidencial dos compromissos deve

¹⁰⁹ Importa atentar, nesta matéria, ao regime de não oposição tácita previsto no n.º 4 do artigo 35.º e no n.º 3 do artigo 37.º da Lei da Concorrência. A AdC rejeitou já uma proposta de compromissos, parcialmente com estes fundamentos, no processo Ccent. 37/2004 – Barraqueiro/Arriva (ATMS), decisão de 25 de Novembro de 2005. Podem, assim, ser aceites compromissos após a audiência de interessados prevista no artigo 38.º da Lei da Concorrência, desde que salvaguardados os princípios referidos no texto e, nomeadamente, que seja possível assegurar a participação dos contra-interessados.

¹¹⁰ Nestes casos, a segunda audiência pode ser dispensada caso a AdC considere que as pronúncias efectuadas pelos contra-interessados relativamente ao primeiro projecto de decisão, permitem aferir da posição dos contra-interessados quanto à nova proposta de compromissos.

¹¹¹ Os problemas suscitados pela operação de concentração são os transmitidos às partes de forma informal em reunião de “*state of play*” ou em eventual projecto de decisão de proibição notificado.

permitir a terceiros apreciar de forma adequada a viabilidade e a eficácia dos compromissos propostos, com vista a suprir as preocupações de concorrência¹¹².

120. As propostas apresentadas pelas partes, em conformidade com os requisitos acima referidos, são apreciadas pela AdC que, quando adequado, consulta as entidades que considerar relevante no âmbito de uma consulta de mercado (“teste de mercado”), incluindo nomeadamente os contra-interessados e todas as empresas cuja pronúncia seja, do ponto de vista da AdC, necessária ou útil para efectuar a avaliação da exequibilidade e eficácia dos compromissos (v.g. concorrentes, potenciais adquirentes e empresas potencialmente afectadas pelos compromissos, *maxime* se comportamentais)¹¹³.
121. Se for caso disso, a AdC pode igualmente consultar as autoridades regulatórias nacionais competentes em relação ao mercado em causa¹¹⁴.
122. Se a apreciação dos compromissos propostos revelar que estes não são suficientes para dissipar as preocupações jus-concorrenciais identificadas pela Autoridade, esta deve informar as partes atempadamente do seu entendimento e da respectiva fundamentação, de modo a permitir-lhes apresentar alterações às propostas de compromissos inicialmente apresentadas. Para tal, torna-se necessário que a Autoridade disponha de tempo suficiente para apreciar adequadamente os novos compromissos e para, se necessário (em particular se os mesmos representarem uma modificação substancial da proposta inicial), testar a proposta modificada junto do mercado.
123. Em suma, e sem prejuízo da necessária adaptação ao caso concreto e do respeito pelos princípios aplicáveis, *maxime* o princípio da proporcionalidade, o procedimento regra relativo à apresentação, previsão e cumprimento de compromissos, corresponderá ao seguinte:
 - (i) A empresa apresenta os compromissos e, em concreto, o documento de compromissos e as minutas de mandato de monitorização e de alienação, em tempo útil, para que os mesmos permitam à AdC decidir no sentido da não oposição com compromissos, caso preencham os requisitos previstos no ponto 118.

¹¹² A obrigatoriedade de apresentação de uma versão não confidencial decorre da necessidade de consulta de terceiros dos documentos do processo, desde logo, para efeitos da sua participação procedimental, prevista no artigo 38.º da Lei da Concorrência, e dos princípios da celeridade e da eficácia das decisões da Administração, bem como dos artigos 61.º a 64.º do CPA.

¹¹³ Neste sentido, *vide* ponto 1.23 das Linhas de Orientação da Competition Commission sobre Compromissos. São exemplo de operações em que a AdC efectuou consultas ao mercado ou testes de mercado os processos Ccent. 8/2006 - Sonaecom/PT*PTM, decisão de 22 de Dezembro de 2006 e os processos Ccent. 21/2008 – CATVP/Tvtel, decisão de 21 de Novembro de 2008 e Ccent. 56/2007 – CATVP/Bragatel*Pluricanal Santarém*Pluricanal Leiria, decisão de 21 de Novembro de 2008.

¹¹⁴ Por um lado, a consulta das entidades reguladoras no âmbito do teste de mercado justifica-se, nomeadamente, quando os compromissos tenham impacto ao nível da regulação sectorial, sendo apresentados após a emissão do parecer da entidade reguladora sectorial. Por outro lado, a consulta das entidades reguladoras no âmbito do teste de mercado apenas se justifica se outra colaboração mais estreita não tiver sido implementada. Sobre este aspecto, *vide* processo Ccent. 8/2006 - Sonaecom/PT*PTM, decisão de 22 de Dezembro de 2006, em que a AdC contactou formalmente a ANACOM – Autoridade Nacional de Comunicações, solicitando o seu entendimento quanto ao desenho dos compromissos oferecidos, no âmbito da análise e avaliação dos compromissos, em 2.ª Fase.

- (ii) A AdC incorpora na decisão o texto do documento de compromissos e das minutas acima referidas, convolvando os Compromissos em condições e obrigações.
- (iii) No prazo de 7 dias úteis após a notificação da decisão da AdC referida nos pontos anteriores, a notificante apresenta à AdC, em função dos compromissos apresentados, os seguintes documentos e informações:
 - (a) Lista de pelo menos três entidades que pretenda nomear para as funções de mandatário de monitorização, acompanhada dos documentos e informações necessários à análise da adequação dos mandatários propostos;
 - (b) Se adequado e possível, indicação que o Mandatário de Monitorização assumirá posteriormente as funções de Mandatário de Alienação;
 - (c) Nomeação do gestor operacional independente, quando aplicável.
- (iv) Caso a AdC aprove¹¹⁵ pelo menos duas das entidades propostas, a notificante inicia de imediato negociações com a(s) entidade(s) aprovada(s) pela AdC com vista a obter um acordo sobre o Mandato de Monitorização.
- (v) Caso a AdC não aprove nenhuma das entidades propostas da primeira lista apresentada, a notificante deve propor, nos 5 dias úteis seguintes à decisão de rejeição da AdC, o nome e elementos *supra* previstos de três novas entidades.
- (vi) Caso a AdC aprove apenas uma das entidades propostas da primeira lista apresentada, a notificante inicia de imediato as negociações com a entidade aprovada pela AdC com vista a obter um acordo sobre o Mandato ou propõe, nos 5 dias úteis seguintes à decisão da AdC, o nome e elementos *supra* previstos de duas novas entidades.
- (vii) Caso a apreciação da primeira e segunda listas apresentadas não resulte na aprovação pela AdC de pelo menos duas entidades, a notificante inicia de imediato as negociações com a entidade aprovada pela AdC com vista a obter um acordo sobre o Mandato, informando a AdC, ou, caso o requeira, a AdC indica o nome de pelo menos duas entidades, com as quais a Notificante deve negociar para exercer as funções de Mandatário de Monitorização e/ou de Alienação¹¹⁶.
- (viii) No prazo de 5 dias úteis após a decisão de aprovação dos mandatários de monitorização, a notificante remete à AdC uma via do contrato de mandato de monitorização, devidamente assinado pelas partes, comunicando a AdC a sua aceitação às duas partes do contrato.
- (ix) Caso a notificante pretenda nomear um mandatário de alienação diferente do mandatário de monitorização, no prazo de 40 dias úteis antes do início do Segundo Período de Desinvestimento, apresenta à AdC os documentos referidos em (iii) *supra*, seguindo-se o procedimento de aprovação previsto nos pontos (iv) a (viii) *supra*.
- (x) A notificante apresenta à AdC até 7 dias úteis antes do início do Segundo Período de Desinvestimento, um original, devidamente assinado, do contrato de mandato de alienação, previamente aprovado pela AdC.

¹¹⁵ A AdC decide com a brevidade possível. Em termos não díspares, veja-se o ponto 106 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos.

¹¹⁶ A solução proposta salvaguarda a posição negocial da notificante/mandante.

- (xi) Tendo sido previsto um compromisso de natureza estrutural, a notificante obriga-se a alienar directamente a empresa ou activo em causa, denominando-se o período entre a data da notificação da decisão da AdC e este termo, Primeiro Período de Desinvestimento:
- (a) Caso a notificante assine um contrato de alienação até 20 dias úteis antes do termo do Primeiro Período de Desinvestimento, implementa a alienação até ao termo deste Período, assim cumprindo o compromisso.
 - (b) Caso a notificante assine um contrato de alienação durante o período de 20 dias úteis que antecede o termo do Primeiro Período de Desinvestimento, este Período é prorrogado, em regra por 20 dias úteis, para implementação da alienação, sendo, conseqüentemente adiada, pelo mesmo período, a entrada em vigor do contrato de mandato de alienação.
 - (c) Caso a notificante não assine um contrato de alienação nos termos das alíneas *supra*, assina e remete à AdC, até 7 dias úteis antes do termo do Primeiro Período de Desinvestimento, o mandato de alienação, também assinado pelo mandatário previamente aprovado pela AdC, nos termos da minuta também anteriormente aprovada pela AdC.
- (xii) Não se tendo verificado o cumprimento do compromisso de alienação durante o Primeiro Período de Desinvestimento, inicia-se o Segundo Período de Desinvestimento, durante o qual o mandatário de alienação exerce funções, vigorando o mandato desde o primeiro dia do Segundo Período de Desinvestimento:
- (a) Caso o mandatário de alienação assine um contrato de alienação até 20 dias úteis antes do termo do Segundo Período de Desinvestimento, implementa a alienação até ao termo deste Período, assim se cumprindo o compromisso.
 - (b) Caso o mandatário de alienação assine um contrato de alienação durante o período de 20 dias úteis que antecede o termo do Segundo Período de Desinvestimento, este Período é prorrogado, em regra por 20 dias úteis, para implementação da alienação.
 - (c) Caso o mandatário de alienação não assine um contrato de alienação nos termos das alíneas *supra*, o compromisso é incumprido.
- (xiii) O prazo de cumprimento do compromisso de alienação referido nos pontos (xi) e (xii) *supra*:
- (a) Suspende-se durante o período de apreciação, pela AdC, da minuta final do Contrato de Alienação e do correspondente Contrato-Promessa caso previsto, *i.e.*, desde o momento da recepção pela AdC de toda a informação necessária e até à decisão da Autoridade;
 - (b) Suspende-se durante o período de apreciação da operação de concentração, caso a alienação corresponda a uma operação de concentração sujeita a controlo nos termos da Lei da Concorrência ou do Regime Jurídico da Concorrência comunitário ou de outros Estados;
 - (c) Pode ser prorrogado, mediante requerimento fundamentado da notificante — caso se anteveja uma impossibilidade de cumprimento do Prazo de Desinvestimento em resultado do tempo necessário à obtenção de licenças ou autorizações por parte de qualquer entidade pública —, pelo período necessário à obtenção das mesmas.

- (xiv) Tendo sido cumprido o compromisso de alienação, a notificante ou, caso exista, o mandatário, remete, no prazo de 10 dias úteis, toda a documentação necessária à verificação do cumprimento.

5 ALTERAÇÃO DE COMPROMISSOS

124. Com o propósito da transparência, a AdC pode prever, na decisão de não oposição com compromissos, uma cláusula de revisão, com base na qual pode, mediante acordo ou requerimento da notificante, rever as obrigações impostas, nomeadamente no que respeita aos respectivos prazos, periodicidade ou conteúdo, na medida em que estas se tratam de compromissos que visam tornar exequíveis as condições, tendo uma função essencialmente instrumental.¹¹⁷
125. Adicionalmente, a AdC pode aceitar prever condições adaptadas a diferentes cenários e a circunstâncias que serão por esta avaliadas, nos termos previstos *ab initio* na decisão.
126. Diferente da revisão, prevista nos pontos anteriores, é a alteração das condições impostas, sem que se conheçam *ab initio* as circunstâncias para a sua revisão, nem tampouco a revisão concreta que se processará em função das referidas circunstâncias. A alteração de condições, correspondendo a compromissos necessários a afastar os problemas jus-concorrenciais identificados pela AdC, sem os quais a operação não teria sido objecto de uma decisão de não oposição, nos termos referidos na própria decisão, traduz-se, deste modo, numa alteração da decisão da qual são parte integrante.
127. A decisão da AdC que impõe condições e obrigações, consubstanciando um acto administrativo, encontra-se sujeita ao regime da alteração dos actos previsto no artigo 147.º do CPA, o qual segue, a título subsidiário, o regime da revogação dos actos administrativos.
128. A alteração tem, em todos os casos, como objectivo, a prossecução do interesse público e a tutela da concorrência, incorporando os demais princípios que regem a actuação da AdC enquanto autoridade administrativa e, em especial, os princípios da eficiência e da proporcionalidade¹¹⁸, sendo salvaguardados os direitos adquiridos e os interesses legítimos, nos termos legais.
129. Assim, para efeitos da alteração de compromissos, a Autoridade verifica se se mantêm ou se se alteraram as circunstâncias que permitiram identificar os problemas jus-concorrenciais cuja eliminação foi o propósito dos compromissos, admitindo-se a alteração dos compromissos apenas se se tiver verificado uma alteração superveniente das referidas circunstâncias, na medida em que as alterações de

¹¹⁷ Vide processos Ccent. 8/2006 – Sonaecom/PT*PTM, decisão de 22 de Dezembro de 2006 e Ccent. 25/2010 - S. C. Johnson & Sara Lee/Negócio Insecticidas e Repelentes Sara Lee, decisão de 21 de Dezembro de 2010.

¹¹⁸ No âmbito dos processos comunitários, a Comissão prevê a possibilidade de, em circunstâncias excepcionais, derrogar, alterar ou substituir os compromissos (pontos 71 a 76 das Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos), estabelecendo expressamente que será tido em conta o facto de as alterações afectarem direitos adquiridos por terceiros na sequência da implementação dos compromissos.

compromissos propostas obviem às preocupações jus-concorrenciais que ainda subsistam.

130. Atentos os princípios da segurança jurídica da tutela da confiança nos actos administrativos, e tendo em conta que os compromissos, nos termos do n.º 3 do artigo 35.º da Lei da Concorrência, são assumidos pelos autores da notificação com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva, uma alteração de compromissos pode traduzir-se, nomeadamente, na revogação, na substituição ou na caducidade de compromissos, mantendo-se, em todos os casos, o carácter de não oposição da decisão¹¹⁹.
131. Na medida em que uma decisão de não oposição com compromissos é um acto constitutivo de direitos e, potencialmente, de interesses legalmente protegidos da notificante e, eventualmente, da entidade objecto da operação de concentração, os quais, para estes efeitos, correspondem aos interessados cuja concordância é necessária, a respectiva alteração é condicionada, nos termos do n.º 2 do artigo 140.º, aplicável *ex vi* artigo 147.º, todos do CPA¹²⁰.
132. No que respeita ao tipo de impulso, a alteração dos compromissos pode ser oficiosa, *i.e.*, resultar da iniciativa da AdC ou provocada por requerimento de interessados, cabendo às partes fundamentar devidamente a alteração de circunstâncias invocada e a adequação dos novos compromissos propostos.
133. Nestes termos, e atendendo a que o fundamento subjacente aos compromissos e a qualquer alteração dos mesmos é, em todos os casos, obviar às preocupações jus-concorrenciais identificadas no âmbito da análise da operação de concentração, tendo as partes na operação apresentado compromissos que tenham sido aceites pela AdC, caso as mesmas ou a entidade objecto da operação de concentração venham a solicitar à Autoridade a alteração dos referidos compromissos durante o período de dois anos subsequente à decisão de não oposição com compromissos, sem que se tenha verificado uma alteração das circunstâncias superveniente à decisão, a AdC não procede à alteração de compromissos, indeferindo o requerimento apresentado.
134. Em todo o caso, a AdC considera que, salvo situações de carácter excepcional, não será comum que se operem alterações de circunstâncias supervenientes, no decurso de um ano após a decisão da AdC sobre a operação de concentração. Nesse sentido, e atendendo aos prazos considerados aceitáveis para cumprimento de compromissos estruturais, raras serão as circunstâncias em que se verificarão as condições para uma revisão dos compromissos.
135. No que concerne aos efeitos da alteração, esta tem, em regra, meramente efeitos para futuro (efeitos *ex nunc*), nos termos previstos no artigo 145.º do CPA, aplicado por remissão do artigo 147.º do mesmo Código¹²¹.

¹¹⁹ Às decisões de alteração de compromissos, mantendo-se uma não oposição, contrapõem-se as decisões de substituição de decisões de não oposição com compromissos por decisões de proibição, em resultado do incumprimento das condições impostas. O incumprimento de compromissos e as respectivas consequências são objecto da Secção 6 das presentes Linhas de Orientação.

¹²⁰ Em sede de compromissos e respectiva alteração não estão em causa, em regra, direitos ou interesses indisponíveis, nos termos e para os efeitos da alínea b) do n.º 2 do artigo 140.º do CPA.

¹²¹ Não obstante, o n.º 2 do artigo 145.º do CPA prevê a denominada “revogação anulatória”, estabelecendo que a revogação pode ter efeitos retroactivos quando se fundamente na invalidade do acto revogado. Transposto este regime para a matéria em análise, pode o mesmo aplicar-se a alterações da decisão de não oposição com compromissos quando o fundamento da invalidade se

136. No que respeita à forma dos actos, rege o princípio da identidade, previsto no artigo 143.º do CPA, aplicável por remissão do artigo 147.º do mesmo Código, pelo que a alteração de decisão da AdC de não oposição com compromissos é efectuada por decisão do Conselho da AdC, seja de não oposição com compromissos (compromissos diversos dos anteriormente previstos), seja de não oposição (caso se eliminem compromissos ainda por cumprir).
137. Em termos de procedimento, segue-se o regime plasmado no artigo 144.º do CPA, *ex vi* artigo 147.º do mesmo Código, seguindo-se os mesmos termos do procedimento que levou à emissão da primeira decisão de não oposição com compromissos, excepto na medida em que as formalidades previstas não prossigam uma função útil e justificada¹²².
138. Nos casos de alteração oficiosa, a AdC não se encontra sujeita a limites temporais (exceptuando os casos de alterações com fundamento na invalidade do acto), *i.e.*, pode justificar-se a alteração das condições e obrigações correspondentes aos compromissos, a todo o tempo, durante o curso do prazo para cumprimento dos mesmos, atendendo, em particular, ao acompanhamento que efectua da evolução do mercado. Esta alteração encontra-se sujeita à observância das condições consagradas no artigo 140.º, n.º 2 do CPA.
139. Nos casos em que a alteração seja impulsionada por requerimento dos interessados, não se encontrando previsto prazo específico para a alteração, considera-se aplicável à pronúncia da AdC, a título subsidiário, o prazo geral previsto no n.º 1 do artigo 58.º do CPA.¹²³
140. Para a tomada de decisão de alteração pode ser necessário o fornecimento de informações ou documentos, pelas entidades que notificaram a operação, das entidades sobre quem recai o cumprimento das obrigações ou condições (em regra, as mesmas) ou por terceiros, aplicando-se, por interpretação extensiva, o disposto nos n.ºs 2 a 4 do artigo 34.º da Lei da Concorrência¹²⁴¹²⁵.
141. A Lei da Concorrência impõe expressamente a obrigatoriedade de audiência prévia dos autores da notificação e dos contra-interessados relativamente às decisões a

encontre radicado, por exemplo, no compromisso previsto na decisão. A revogação pode ter efeitos retroactivos nos termos dos números 2 e 3 do artigo 145.º do CPA.

¹²² Não têm função útil, no caso da alteração de compromissos, as regras previstas para a notificação e respectiva divulgação pública (artigos 31.º a 33.º da Lei da Concorrência) que, como tal, não são aplicáveis.

¹²³ A Autoridade informa o particular sobre o andamento do requerimento no prazo de 10 dias úteis (artigo 71.º do CPA).

¹²⁴ Chegar-se-ia a regime semelhante caso se aplicasse, o disposto no artigo 89.º do CPA no que respeita à prestação de informações, apresentação de documentos ou coisas, a sujeição a inspecções e a colaboração noutros meios de prova pelos interessados, como regime subsidiário, ao invés do n.º 2 do artigo 34.º da Lei da Concorrência.

¹²⁵ A suspensão do prazo de decisão da AdC tem, nesta sede de alteração de compromissos, uma relevância menor do que a que lhe corresponde no processo de instrução da operação de concentração, dado que, nesta, a Lei comina a ausência de decisão nos prazos legalmente previstos com a consequência da não oposição à realização da operação (artigo 35.º, n.º 4, e artigo 37.º, n.º 3, da Lei da Concorrência), ao invés do que sucede no âmbito da alteração de compromissos em que, ou a AdC não tem prazo decisório, se a mesma for oficiosa, ou o incumprimento do prazo tem, quando muito, as consequências previstas no artigo 109.º do CPA. Não obstante, como se referiu, considera-se que o regime da suspensão previsto no n.º 3 do artigo 34.º da Lei da Concorrência é aplicável por interpretação extensiva ao procedimento tendente à alteração de uma decisão de não oposição com compromissos.

emitir em primeira e em segunda fase¹²⁶; não obstante nada refira expressamente sobre uma eventual decisão de alteração destas decisões, a AdC considera que o mesmo regime, constante do artigo 38.º da Lei da Concorrência, por interpretação extensiva, concatenado com o disposto no n.º 2 do artigo 140.º do CPA, é aplicável também a esta situação. Nestes termos, procede-se à audição dos contra-interessados, não dependendo, contudo, a alteração de compromissos da respectiva concordância.

142. Quando a alteração de compromissos tenha por base uma proposta da notificante, enquanto entidade obrigada ao cumprimento dos compromissos, e não tenham sido constituídos contra-interessados, pode a AdC dispensar a audiência de interessados.
143. No que concerne à articulação entre a AdC e as autoridades reguladoras sectoriais, vigora um princípio de colaboração, nos termos do artigo 15.º da Lei da Concorrência. Este princípio materializa-se na obrigatoriedade de consulta destas autoridades pela AdC sobre operações de concentração que tenham incidência num mercado objecto de regulação sectorial, conforme decorre do artigo 39.º da mesma Lei.
144. Não se impõe, assim, que as autoridades reguladoras sectoriais sejam consultadas sobre as condições e as obrigações impostas pela AdC, procedendo-se, em regra, à consulta das entidades reguladoras, previamente à apresentação de compromissos. Não obstante, a AdC consulta as autoridades reguladoras sectoriais sempre que, atento o teor dos compromissos em causa, considere ser útil ou necessária a consulta das mesmas.
145. O incumprimento de condições e obrigações impostas por decisão da AdC que altere uma decisão de não oposição com compromissos tem os mesmos efeitos que o incumprimento dos compromissos previstos neste tipo de decisão, os quais se explana na Secção subsequente.

6 INCUMPRIMENTO DE COMPROMISSOS

146. Na sequência do exposto na Secção 2, as consequências jurídicas do incumprimento de compromissos divergem, consoante esteja em causa o incumprimento de “condições” ou de “obrigações”.
147. Assim, o incumprimento de “condições” tem as seguintes consequências:
 - (i) Abertura de procedimento oficioso nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 40.º da Lei da Concorrência (para aferir do incumprimento em causa);
 - (ii) Revogabilidade da decisão da AdC de não oposição, na sequência de procedimento oficioso nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 40.º da Lei da Concorrência;
 - (iii) Nulidade dos negócios jurídicos relacionados com uma operação de concentração¹²⁷ (artigo 41.º da Lei da Concorrência);

¹²⁶ Vide o disposto no n.º 1 do artigo 38.º da Lei da Concorrência, expressamente aplicável às decisões a que se referem os artigos 35.º e 37.º da mesma Lei, i.e. às decisões da AdC em primeira e em segunda fase.

¹²⁷ A aplicação do regime jurídico geral da nulidade, constante dos artigos 285.º a 294.º do Código Civil Português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966, tem como efeitos:

- (iv) Coima até 10% do volume de negócios do último ano, nos termos do artigo 43.º, n.º 1, al. d) da Lei da Concorrência.
148. O incumprimento de “obrigações” tem as seguintes consequências:
- (i) Abertura de procedimento oficioso nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 40.º da Lei da Concorrência (para aferir do incumprimento em causa);
 - (ii) Coima até 10% do volume de negócios do último ano.
149. Conforme referido *supra*, sendo o compromisso, em regra, uma obrigação de resultado, a não obtenção do resultado previsto com o compromisso corresponde a um incumprimento do mesmo, independentemente de a inexecução se dever a causa não imputável à notificante, sendo o risco de execução dos compromissos integralmente assumido pela notificante, sem prejuízo do disposto na Secção anterior, relativa à alteração de compromissos.
150. Os compromissos, uma vez aceites pela AdC e acolhidos, enquanto condições e obrigações, na sua decisão, correspondem a cláusulas acessórias, enquadráveis no artigo 121.º do CPA.
151. Assim, na sequência do apuramento de indícios de incumprimento das condições ou obrigações impostas numa decisão de não oposição (com compromissos), oficiosamente ou na sequência de requerimento ou denúncia, a AdC procede à abertura de procedimento tendente à verificação do referido incumprimento, comunicando-o à notificante e, sendo o caso, à empresa resultante da operação, nos termos do disposto no n.º 1, al. c) e no n.º 4 do artigo 40.º da Lei da Concorrência.
152. Apurado o incumprimento das condições impostas, a AdC emite uma decisão de substituição da decisão de não oposição com compromissos por uma decisão de proibição da operação de concentração, ordenando, caso esta já se tenha realizado, as medidas adequadas ao restabelecimento de uma concorrência efectiva, nomeadamente a separação das empresas ou dos activos agrupados ou a cessação do controlo¹²⁸.
153. Em termos de procedimento, segue-se o regime plasmado no artigo 144.º do CPA, por remissão do artigo 147.º do mesmo Código, seguindo-se os mesmos termos do procedimento que levou à emissão da primeira decisão de não oposição com compromissos, excepto na medida em que as formalidades previstas não prossigam uma função útil e justificada, aplicando-se, *mutatis mutandis*, o regime descrito para efeitos da alteração da decisão na Secção anterior¹²⁹.
154. Incumbe à notificante o estrito cumprimento dos compromissos, devendo as consequências do seu incumprimento ser tidas em conta aquando da proposta dos mesmos, de modo a minimizar os riscos que lhes poderão estar subjacentes. Caso a

(i) a susceptibilidade de invocação do vício da nulidade a todo o tempo e por qualquer interessado; (ii) a susceptibilidade de declaração oficiosa da mesma pelo tribunal; e (iii) o carácter retroactivo da declaração.

¹²⁸ Artigo 35.º, n.ºs 2 e 3, da Lei da Concorrência, *a contrario*, e artigo 37.º, n.º 1, al. b) da Lei da Concorrência. A alteração da decisão de não oposição com compromissos em decisão de proibição (convolação) é sempre efectuada no termo do procedimento previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 40.º da Lei da Concorrência, no qual se apura o incumprimento de compromissos, do qual aquela alteração é consequência. Esta alteração da decisão apenas reforça a transparência da actuação da AdC clarificando que, mediante o incumprimento das condições subjacentes à não oposição, a operação se encontra proibida.

¹²⁹ Vide pontos 137 a 144 das presentes Linhas de Orientação.

notificante antecipe que, por uma alteração superveniente das circunstâncias, não estará em condições de cumprir determinado compromisso ou que o mesmo se tornou desadequado ou desnecessário face às referidas circunstâncias, deve expor a situação, em estreita colaboração com a AdC, e de modo atempado.

7 MINUTAS EM ANEXO

155. São parte integrante das presentes Linhas de Orientação as seguintes minutas, em anexo:
- (i) Minuta de documento de compromissos assumidos perante a Autoridade da Concorrência;
 - (ii) Minuta de mandato de alienação;
 - (iii) Minuta de mandato de monitorização.
156. As referidas minutas são modelos de textos elaborados com base na experiência da Autoridade da Concorrência, referida nas Secções *supra* das presentes Linhas de Orientação, tendo sido também absorvidas orientações da Comissão Europeia¹³⁰.
157. Os modelos apresentados não pretendem incorporar um tratamento exaustivo de todas as questões que podem suscitar-se em cada operação de concentração, devendo as mesmas ser adaptadas e completadas em função das previsões necessárias em cada caso concreto.
158. Visam, assim, representar uma base para apresentação de compromissos pelas partes, com carácter evolutivo, promotora de uma maior consistência, eficácia e transparência, na relação entre a AdC e as empresas.

¹³⁰Cf. as Linhas de Orientação da Comissão “*Best Practice Guidelines: The Commission’s Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation*”, disponível em <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/note.pdf>, bem como os modelos referidos, respectivamente em <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/commitments.pdf> e em http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/trustee_mandate.pdf.