

**CONSULTA PÚBLICO AO PROJECTO DE LINHAS DE ORIENTAÇÃO SOBRE A ADOPÇÃO DE
COMPROMISSOS EM CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES**
- OBSERVAÇÕES DA PLMJ -

1. Objecto

No dia 17 de Novembro de 2010 a Autoridade da Concorrência (doravante “AdC”) lançou uma consulta pública ao projecto de Linhas de Orientação Sobre a Adopção de Compromissos em Controlo de Concentrações (“doravante “Projecto” ou “Projecto de Linhas de Orientação da AdC”).

Nestes termos, a PLMJ – Sociedade de Advogados, RL (doravante “PLMJ”) vem apresentar as suas observações ao Projecto de Linhas de Orientação da AdC.

2. Apreciação Global

É com satisfação que a PLMJ acolhe esta iniciativa da AdC no sentido de adoptar um documento que auxilie as empresas na concepção de compromissos adequados a solucionar problemas jusconcorrenciais identificados pela AdC no âmbito de um procedimento de controlo de concentrações.

A AdC, ao longo dos seus quase oito anos de actividade, teve já oportunidade de adoptar um número bastante significativo de decisões de não oposição com compromissos a operações de concentração¹. Tal prática decisória permite-lhe ter uma perspectiva sobre os compromissos mais adequados e

¹ De acordo com a informação disponível através do motor de busca de decisões da AdC em procedimentos de controlo de operações de concentração, a AdC já adoptou 27 decisões de não oposição com compromissos.

proporcionais a cada tipo de problema jusconcorrencial identificado, e que serão, por essa razão, susceptíveis de ser aceites por esta autoridade.

No entanto, identificámos algumas insuficiências e possibilidades de melhoramento do Projecto de Linhas de Orientação da AdC, que nos permitimos referir.

De uma maneira geral, as Linhas de Orientação parecem-nos redigidas de forma demasiado genérica e teórica, pouco orientadas para as situações e problemas concretos que podem surgir no âmbito de procedimentos de controlo de concentrações. Por esta razão, entendemos que a sua utilidade no sentido de ajudar as empresas as procurar compromissos adequados pode revelar-se limitada.

A AdC, nas suas Linhas de Orientação, recorre frequentemente a remissões para o conteúdo das Linhas de Orientação da Comissão², por vezes sem uma referência, ainda que sumária, ao respectivo conteúdo, o que prejudica a leitura contínua do documento e dificulta a análise e compreensão do mesmo pelo leitor.

3. Comentários Específicos

a) A interacção entre as partes e a AdC

No seu parágrafo 6, o Projecto refere que os “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 (...).”

² 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).

A este respeito, e à semelhança do que sucede nas Linhas de Orientação da Comissão³, seria porventura útil incluir uma referência à necessidade de realização de reuniões entre a AdC e as partes, em fases fundamentais do processo, que permitam que a AdC exponha as suas preocupações e que as partes apresentem compromissos atempadamente.

De facto, apesar de caber à empresa notificante apresentar compromissos, a AdC deve, nos termos do Artigo 7.º do Código de Procedimento Administrativo (o qual estabelece o princípio da colaboração da Administração com os particulares), colaborar com aquela no sentido de lhe permitir a concepção de compromissos adequados.

b) Os mecanismos de escolha e aprovação do adquirente da actividade a desinvestir

No parágrafo 32, o Projecto refere que “*a principal forma de minorar os riscos ligados ao adquirente corresponde à celebração, pela notificante, de um contrato que vincule à aquisição do activo ou empresa a desinvestir um adquirente, 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”)*”.

Este parágrafo, tal como redigido, pode criar a convicção de que estes mecanismos (de “*up-front buyer*” e “*fix-it-first*”) serão em regra os privilegiados ou exigidos pela AdC, no que diz respeito à aprovação do adquirente da actividade a desinvestir. Se bem que esta ideia apareça contrariada na nota de rodapé 76⁴, a mesma parece ressurgir no parágrafo 87.

³ Linhas de Orientação da Comissão em Matéria de Compromissos, página 2, nota de rodapé n.º 5.

⁴ Na nota de rodapé 76 refere-se que deverá ser privilegiada a 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, na medida em que esta é a que confere às partes maior liberdade.

Parece-nos, pois, adequado que se clarifique que a solução privilegiada e que corresponderá à regra consistirá na 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. Apenas em casos excepcionais, em que se identifiquem riscos significativos relativos ao adquirente, poderá eventualmente justificar-se a adopção dos mecanismos de “*up-front buyer*” e “*fix-it-first*”.

c) A nomeação de mandatários

Nos parágrafos 45, 47 e 49 refere-se que “*pode ser necessário*” ou que “*as partes podem*” proceder à nomeação de um mandatário de monitorização, de um gestor operacional independente ou de um mandatário independente para proceder à alienação dos bens a desinvestir.

Conviria clarificar em que casos tais nomeações poderão ser necessárias, e consequentemente, as situações em que a(s) empresa(s) notificante(s) estarão dispensadas de o fazer. Atendendo aos custos que estas nomeações representam para as partes, esta clarificação seria de grande interesse.

d) A cláusula de não reaquisição

No parágrafo 61 do Projecto, a AdC estabelece uma regra segundo a qual, em sede de compromissos, deve prever-se uma cláusula de não reaquisição, num prazo alargado, em regra de 5 anos.

Complementarmente refere-se na nota de rodapé 45 a prática da Comissão Europeia de prever a possibilidade de “*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.*”

Não resulta claro se a AdC pretende seguir a prática da Comissão Europeia e prever em geral a possibilidade de derrogação da obrigação de não reaquisição. Parece-nos que tal deveria de facto corresponder à prática da AdC, atendendo a que 5 anos constitui um prazo bastante alargado dentro do qual as condições do mercado podem alterar-se significativamente. Na ausência de tal possibilidade, as empresas poderão ver-se impedidas de realizar negócios que não suscitam quaisquer problemas concorrenenciais e que poderão mesmo ter efeitos benéficos sobre a estrutura do mercado.

e) A (im)possibilidade de alteração dos compromissos

A AdC não parece admitir alterações supervenientes dos compromissos adoptados na decisão de não oposição, mais parecendo rejeitar as mesmas nos primeiros dois anos subsequentes à decisão de não oposição. A posição da AdC relativamente a esta questão não é clara nem parece suficientemente fundamentada.

Por um lado, parece-nos que a alteração superveniente dos compromissos não encontra obstáculos no direito nacional. Se esta alteração for de iniciativa oficiosa, apenas nos parece possível caso seja mais favorável à empresa notificante, ou quando, apesar de desfavorável, a AdC obtenha o consentimento desta. Já se a alienação for proposta pela própria notificante, julgamos que a mesma será também possível se, após análise pela AdC, se concluir que essa alienação cumpre o mesmo objectivo da alienação alterada e está em conformidade com o fim do acto praticado. Em ambos os casos, a análise deverá ser norteada pelos princípios da proporcionalidade e necessidade.

Por outro lado, dir-se-ia que será precisamente nos primeiros dois anos após a adopção de uma decisão de não oposição que surgirão com maior probabilidade pedidos de alteração de compromissos, eventualmente ainda em fase de execução.

f) O prazo para a implementação do desinvestimento

A AdC aborda, nos parágrafos 103 a 107, a questão do prazo de implementação dos compromissos, referindo, no parágrafo 104 que “*em regra, e atendendo, nomeadamente, à necessária protecção do valor dos activos a alienar, o prazo de implementação não deve ser superior a 6 meses*”

Ora, parece-nos este prazo manifestamente curto para desenvolver todas as etapas que uma operação de compra e venda de activos pode implicar, nomeadamente: procura e selecção do comprador, negociação dos termos concretos do contrato, realização de *Due Diligence* aos activos pelo comprador, celebração do contrato e, eventualmente, obtenção de quaisquer autorizações administrativas prévias à implementação da operação de compra e venda, tal como a decisão de não oposição pela AdC e/ou outras autoridades da concorrência.

Entendemos assim que seria conveniente prever um regime semelhante ao explanado no parágrafo 98 das Linhas de Orientação da Comissão, em que se prevê um prazo de seis meses para a primeira etapa de alienação, acrescido de prazos adicionais caso haja intervenção do administrador responsável pela alienação e para o encerramento. A Comissão prevê ainda a possibilidade de alteração destes prazo numa base casuística, o que nos parece de acolher no documento final da AdC.

g) Prazos para apresentação de compromissos

Quanto aos prazos limite para apresentação de compromissos, a AdC limita-se a referir que deverão ser aplicados os princípios substantivos e processuais aplicáveis (parágrafo 113 do Projecto).

Creemos que seria útil incluir neste ponto alguns prazos indicativos, que pudessem servir de guia às empresas e evitar situações de apresentação tardia de compromissos que, por essa razão, conduzem à adopção pela AdC de decisões de oposição que poderiam, de outra forma, ser evitadas.

h) Incumprimento de compromissos

Toda a questão relativa ao eventual incumprimento de compromissos parece-nos mal colocada pela AdC. Desde logo, estranha-se que esta matéria tão relevante para as empresas seja tratada de forma tão lacónica por esta autoridade num documento que se pretende debruçar sobre todas as questões relevantes em sede de adopção, execução e acompanhamento de compromissos.

Em primeiro lugar, cumpre afirmar que a AdC parece partir da premissa errada de que as decisões com compromissos configuram obrigações de resultado. Nestes termos, considera a AdC que há incumprimento da decisão, independentemente de a inexecução se dever a causa não imputável à notificante, recaindo consequentemente o risco de execução dos compromissos sobre a notificante (cf. parágrafo 144 do projecto de Orientações).

Esta posição encontra-se alicerçada numa ideia de desresponsabilização da AdC enquanto entidade que analisa a necessidade e adequação dos compromissos. A verdade é que, com base nos problemas de natureza concorrencial identificados, as partes apenas podem oferecer como compromisso o que julgam adequado a permitir uma decisão de não oposição (record-se que as empresas nem sequer têm que estar obrigatoriamente assessoradas por advogados ou economistas especialistas nesta área). Já o juízo sobre a necessidade, adequação e exequibilidade do compromisso é realizado pela AdC, mais sendo o prazo de cumprimento imposto por esta entidade. Deste modo, existe obviamente uma partilha de risco de cumprimento dos compromissos (até porque a AdC pode proibir a operação, sempre que considere que o compromisso não é adequado).

Na medida em que a AdC conclua que o compromisso lhe permite adoptar uma decisão de não oposição, importará aferir, em caso de incumprimento, em que medida contribuiu a empresa para esse resultado. Poderão efectivamente ocorrer factos supervenientes que conduzam ao não cumprimento do

compromisso, sem que a empresa tenha concorrido de alguma forma para esse resultado ou sem que a AdC o tenha previsto aquando da análise realizada que permitiu a decisão de não oposição.

i) Da aplicação de coima por incumprimento de compromissos

Refere a AdC que em caso de incumprimento dos compromissos, haverá lugar a aplicação de coima de até 10% do volume de negócios realizado pela empresa.

Todavia, deve sublinhar-se que, para efeito de aplicação de eventual coima em sede de contra-ordenação, o grau de culpa da empresa é absolutamente determinante, já que a lei proíbe a aplicação de uma sanção se não houver culpa da empresa. Como se referia no ponto anterior, não é indiferente, também para este efeito, o grau de culpa ou contribuição da empresa para o incumprimento do compromisso.

j) Da revogabilidade da decisão por incumprimento de compromissos

A AdC dedica dois parágrafos ao tema da revogabilidade da decisão por incumprimento de compromissos (cf. parágrafos 148 e 149). Pela importância deste tema, julga-se que o mesmo deveria ser tratado com outra profundidade e rigor.

Em primeiro lugar, é francamente discutível que, numa perspectiva técnico-jurídica, a AdC possa concluir que o incumprimento de compromissos determine a necessidade (possibilidade) de revogar a decisão de não oposição. Outras soluções alternativas, como por exemplo a indemnização por lesão do interesse público, são frequentemente equacionadas nestes casos.

Acresce que não explica a AdC como implementaria na prática todo o processo de revogação da decisão. Pense-se que muitas operações de concentração respeitam à aquisição de conjuntos de

activos, envolvendo várias empresas, transacções sucessivas e posteriores à aprovação da operação, muitas vezes realizadas em bolsa, tornando-se portanto impossível ou pelo menos muito difícil repor a situação que existia antes de realizada a operação. Neste sentido, o tratamento desta questão por mera remissão para as regras que regem a revogação e substituição de actos administrativos não é manifestamente suficiente em sede de orientações que pretendam nortear a actuação das empresas.

Finalmente, não pode a AdC afirmar que, no caso de incumprimento de compromissos, a decisão de não oposição se “convola” em decisão de proibição. Efectivamente, mesmo admitindo que a revogação do acto praticado pudesse ter lugar por incumprimento de qualquer compromisso e independentemente da responsabilidade da empresa, sempre caberia à AdC demonstrar e fundamentar o preenchimento dos pressupostos de uma decisão de proibição. Pense-se que em muitos casos de decisões com compromissos, as empresas oferecem soluções para problemas de concorrência indiciados pela AdC, às vezes, ainda em primeira fase do procedimento, sem que esta autoridade tenha concluído a sua análise e a necessidade de proibição, limitando-se a aceitar os compromissos oferecidos.

Lisboa, 15 de Janeiro de 2011

PLMJ