AUTORIDADEDACONCORRÊNCIA

Orientação Geral dos Serviços da Autoridade da Concorrência definidos pelo seu Conselho e relativas às alterações à Lei n.º 18/2003, introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de Novembro

(Esta orientação é definida nos termos da alínea a) do nº3 do artigo 17 dos Estatutos da Autoridade, aprovados pelo Decreto-Lei nº 10/2003 de 18 de Janeiro)

A experiência da Autoridade no domínio das informações que lhe são prestadas no âmbito da notificação de operações de concentração, mostra a necessidade de melhoria dos procedimentos essenciais à tomada de decisões pela Autoridade. Estas decisões, tratando-se de um processo administrativo, devem ser (i) devidamente fundamentadas, no prosseguimento do interesse público fixado nos termos do artigo 81 da Constituição da República Portuguesa e da Lei 18/2003, e (ii) céleres, para diminuir a incerteza na dinâmica de funcionamento dos mercados.

O caminho de aprendizagem percorrido nos últimos 4 anos mostra que hoje as empresas preparam melhor a informação necessária, mas ainda é necessário refinar a interface entre as necessidades de avaliação da Autoridade e a informação submetida pelas notificantes. Assim, a Autoridade está a rever o seu formulário de notificação de operações no sentido de facilitar e tornar mais célere o processo, e dando execução ao mecanismo da pré-notificação introduzido pela lei. Será, pois, necessário por parte das notificantes continuar a desenvolver o esforço de recolha da informação necessária para uma decisão informada da Autoridade, o que irá acarretar a redução substancial dos pedidos adicionais de informação e dos prazos correspondentes.

I. Objecto e finalidade das presentes linhas de orientação

No passado dia 2 de Novembro, foi publicado em Diário da República o Decreto-Lei n.º 219/2006 que transpõe para o ordenamento jurídico interno a Directiva n.º 2004/25/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril, relativa às ofertas públicas de aquisição e que procede, ainda, à primeira alteração à Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho,[1] que aprova o regime jurídico da concorrência (adiante Lei da Concorrência ou Lei n.º 18/2003).

[1] Cf. artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 219/2006.

Por via do artigo 4.º do citado Decreto-Lei n.º 219/2006, procedeu-se à alteração dos artigos 9.º e 36.º da Lei da Concorrência, cujas epígrafes – que não foram objecto de modificação - são respectivamente "*Notificação prévia*" e "*Investigação aprofundada*". Como as ditas epígrafes o denotam, a alteração legislativa verificou-se no âmbito das matérias relativas à concentração de empresas e ao procedimento de controlo das respectivas operações, reguladas pela Lei da Concorrência.

Foi analisada na especialidade cada uma das seguintes quatro modificações, introduzidas pelo Decreto-lei n.º 219/2006 na Lei n.º 18/2003:

- nova redacção do n.º 2 do artigo 9.º;
- adicionamento de um novo n.º 3 ao artigo 9.º;
- nova redacção do n.º 1 do artigo 36.º;
- adicionamento de um novo n.º 3 ao artigo 36.º.

Em virtude da dúvidas suscitadas pela ambiguidade das normas referidas, o Conselho da Autoridade da Concorrência entendeu ser necessário, no âmbito das suas competências respeitantes ao funcionamento desta Autoridade, definir orientações gerais relativas ao que entende serem o significado e as consequências jurídicas das alterações efectuadas ao regime jurídico do procedimento de controlo da concentração de empresas.

Assim, nos termos da alínea *a)* do n.º 2 do artigo 17.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, o Conselho da Autoridade da Concorrência aprova as seguintes orientações gerais que, vinculando a Autoridade da Concorrência nas suas relações com os administrados, entende dever tornar públicas.

II. Âmbito de aplicação das alterações legislativas

A primeira questão a esclarecer prende-se com o âmbito de aplicação das alterações legislativas introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 219/2006 na Lei da Concorrência. É entendimento da Autoridade da Concorrência que, não obstante o fito do legislador, constante do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 219/2006 - no qual explicitamente se refere serem as ofertas públicas de aquisição as operações visadas pela alteração legislativa [2] - a alteração do Decreto-Lei n.º 219/2006 à Lei da Concorrência é, na sua globalidade, aplicável a toda e qualquer operação de concentração que recaia sob a alçada desta última

[2] «*Com esta alteração* [*do regime jurídico da concorrência no sentido da redução dos prazos de análise pela autoridade administrativa responsável pela área da concorrência*], *procura-se minimizar o período durante o qual a administração da sociedade visada vê os seus poderes limitados e contribuir para uma rápida resolução da oferta pública de aquisição*».

lei. Esta é a conclusão que deve extrair-se da técnica legislativa utilizada, ou seja, da modificação indiscriminada do texto legislativo, o qual vigora para todas as operações de concentração.

II. Artigo 9.º

Quanto à nova redacção do n.º 2 do artigo 9.º da Lei da Concorrência, assiste-se a uma alteração clarificadora no que tange ao momento a partir do qual se deve contar o prazo para proceder à notificação de uma oferta pública de aquisição, mantendo-se expressamente as regras anteriores para as restantes situações.

Do novo n.º 3 do artigo 9.º da Lei da Concorrência decorre a necessidade de formalização de um procedimento de avaliação prévia das operações de concentração meramente projectadas. Em cumprimento do comando normativo aí contido, a Autoridade estabelecerá um procedimento a adoptar nos contactos de pré-notificação com as empresas que projectem uma operação de concentração.

III. Artigo 36.º

1. Redução do prazo do procedimento de controlo de concentrações

As alterações com maior impacto na actividade da Autoridade da Concorrência são as do artigo 36.º da Lei da Concorrência, relativas aos prazos estabelecidos para o procedimento de controlo de operações de concentração de empresas, e, sempre no seu respeito, a Autoridade não deixará de reduzir ao mínimo indispensável o tempo do processo tendo em vista uma decisão em defesa do interesse público.

Com a redacção renovada do n.º 1 do artigo 36.º, determinou-se um prazo máximo para a duração do procedimento de controlo de operações de concentração, que se fixou em 90 dias úteis, sob pena de deferimento tácito. Este prazo de 90 dias úteis é, todavia, passível de suspensão nos termos da lei.

O novo prazo de 90 dias úteis deve ser contado desde a produção de efeitos da notificação prévia da operação de concentração, nos termos da leitura conjugada dos artigos 31.º e 32.º da Lei da Concorrência.

É entendimento da Autoridade da Concorrência, resultante da articulação do disposto no novo n.º 1 do artigo 36.º com o n.º 1 do artigo 34.º da Lei da Concorrência, e do carácter global do novo prazo de 90 dias úteis, que o prazo de duração da fase de investigação aprofundada será o que remanescer,

decorrida a primeira fase do procedimento cuja duração máxima é de 30 dias úteis, até ao limite dos referidos 90 dias.

2. Limitação da suspensão do prazo

Cabe à Autoridade da Autoridade, no âmbito das atribuições que lhe são cometidas pela lei nacional e também pelo Tratado que institui a Comunidade Europeia, e em cumprimento da incumbência prioritária do Estado definida pela alínea *e)* do artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa, a salvaguarda da concorrência no mercado.

Este desiderato implica, no contexto das competências que a lei confere a esta autoridade administrativa para o exercício do controlo das concentrações de empresas, que as suas decisões sejam devidamente fundamentadas de modo a poderem ser escrutinadas pelos administrados.

Na leitura que faz da alteração introduzida pelo n.º 3 do artigo 36.º ao procedimento de controlo das operações de concentração, a Autoridade da Concorrência tem particularmente em conta a finalidade da previsão legislativa do mecanismo da suspensão dos prazos para a apreciação das referidas operações, mecanismo esse que é mantido pelo Decreto-Lei n.º 219/2006.

A previsão pela lei da possibilidade de suspensão do prazo disponível para o procedimento de controlo das concentrações de empresas assenta em dois fundamentos essenciais e que não podem ser descurados na análise da presente lei.

Assim, ao continuar a prever a possibilidade de suspensão do referido prazo, o legislador assume nitidamente que os esclarecimentos ou informações que a Autoridade da Concorrência solicita às empresas notificantes são imprescindíveis à realização de uma análise séria e cuidada da operação em causa.

O mecanismo de suspensão do prazo previsto na Lei n.º 18/2003 assenta simultaneamente na necessidade de preservação do prazo de 90 dias úteis que é disponibilizado pela lei para a adopção de uma decisão pela Autoridade da Concorrência. Este meio processual é tanto mais relevante quanto se sabe que a ausência de uma decisão no prazo de 90 dias úteis equivale, nos termos do n.º 3 do artigo 37.º, a uma não oposição à realização da operação de concentração. É este prazo de 90 dias úteis, considerado imprescindível para a conclusão do controlo da operação de concentração, que a lei deseja deixar intocado, motivo pelo qual mantém a previsão, ainda que sujeita a algumas limitações, do instrumento da suspensão do prazo.

O mecanismo da suspensão do prazo, que a Comissão Europeia também dispõe, bem como a generalidade das Autoridades da Concorrência é não só um instrumento essencial numa fase da discussão do compromissos, como para alinhar os incentivos da notificante, que pode beneficiar dum aprovação tácita, com a necessidade da Autoridade em fundamentar a decisão.

A introdução do n.º 3 do artigo 36.º visa estabelecer um limite temporal às suspensões do prazo que ocorram no processo quando são solicitadas informações adicionais pela Autoridade da Concorrência. Tendo em conta a inserção sistemática da limitação relativa à suspensão do prazo no último número do preceito relativo à fase de investigação aprofundada e não na sequência dos números 2 e 3 do artigo 34.º, a Autoridade da Concorrência considera que esta limitação deve apenas aplicar-se durante a segunda fase do procedimento, ou seja, em fase de investigação aprofundada.

Com efeito, é conferida à Autoridade da Concorrência pelos números 2 e 3 do artigo 34.º a possibilidade de fixar aos autores da notificação "um prazo razoável" para lhe serem fornecidos informações ou documentos adicionais ou corrigidos os que lhe tenham sido fornecidos, prevendo-se a suspensão do prazo do procedimento até ao dia seguinte ao da recepção, pela Autoridade, dos elementos solicitados. O estabelecimento desta consequência no que respeita às informações solicitadas aos autores da notificação contrasta, aliás, com o que sucede em relação às informações pedidas a quaisquer outras entidades, públicas ou privadas, que, devendo ser transmitidas no prazo fixado pela Autoridade da Concorrência, não implicam, salvo em casos especiais definidos pela lei, a suspensão do prazo.

Na medida em que o n.º 2 do artigo 36.º não foi revogado, e continua, por isso, a remeter para os números 2 a 4 do artigo 34.º, torna-se indispensável articular estas normas com o n.º 3 do artigo 36.º, o qual, no caso dos pedidos dirigidos às empresas notificantes, estipula um limite máximo de 10 dias úteis para cada pedido, suspendendo-se por idêntico período a contagem do prazo disponível para a tomada de decisão.

Esta interpretação é a única que em bom rigor não prejudica a exequibilidade prática do regular funcionamento da Autoridade, tendo presente os interesses das empresas notificantes e a necessidade de articulação com os reguladores sectoriais.

Em conclusão, considera-se que o limite de 10 dias úteis aplica-se a cada uma das suspensões que ocorram durante a segunda fase do procedimento de controlo, independentemente do número de solicitações e sem prejuízo de outras suspensões determinadas por lei, designadamente a suspensão por efeito da realização da audiência de interessados nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 38.º da Lei

da Concorrência. Refira-se, finalmente, que no respeito do espírito da lei que pretendeu imprimir celeridade aos processos, a Autoridade não deixará de usar todos os seus recursos para reduzir ao mínimo indispensável o prazo necessário a uma decisão em defesa do interesse público.

O Conselho da Autoridade da Concorrência, em 1 de Fevereiro de 2007