

NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÃO DE COMPROMISSOS, CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES NO CONTROLO PRÉVIO DE CONCENTRAÇÕES

*Miguel Mendes Pereira**

ABSTRACT: The Portuguese merger control regime provides for the possibility of the Competition Authority granting a clearance decision subject to “conditions” and “obligations” meant to materialize “commitments” submitted by the parties. Whilst the meaning of these notions in EU law has become clear over time as the result of the Commission’s case law, their exact scope under Portuguese administrative law is not clear. As is not clear the legal nature of a clearance decision subject to conditions and obligations. This article analyzes these concepts under Portuguese law with the purpose of establishing their legal regime.

SUMÁRIO: 1. Função das condições e obrigações. 2. Natureza jurídica das condições e obrigações. 2.1. Termo. 2.2. Condição. 2.3. Modo. 3. Distinção entre condições e obrigações. 4. Incumprimento de condições e obrigações. 4.1. O regime da União Europeia. 4.2. O regime português. 4.3. O princípio da juricidade. 4.4. O equilíbrio de interesses. 5. Requisitos das condições e obrigações. 5.1. Adequação e necessidade. 5.2. Suficiência e exequibilidade. 5.3. Preservação da tipicidade dos efeitos. 5.4. Limites temporais. 5.5. Fundamentação. 5.6. Consequências da ilegalidade. 6. Função e natureza dos compromissos. 6.1. Função. 6.2. Natureza jurídica. 7. Natureza jurídica da decisão acompanhada de condições e obrigações. 7.1. Decisão acompanhada de condições. 7.2. Decisão acompanhada de obrigações.

O aumento de dimensão das empresas não se dá somente por crescimento orgânico mas também por via de fusões e aquisições, ou seja, por processos de concentração. Sendo claras as vantagens económicas da concentração empresarial, a verdade é que, por vezes, uma operação de concentração pode

* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; advogado.

reflectir-se negativamente na estrutura concorrencial do mercado, sendo, em regra, os seus efeitos tão mais perniciosos quanto mais elevado for o grau de concentração no mercado.

O controlo prévio de concentrações materializa um modo de intervenção regulatório *ex ante* no domínio jusconcorrencial visando a preservação da concorrência no mercado. Como forma de conjugar o interesse na manutenção da concorrência com a conveniência de potenciar os ganhos de eficiência que podem resultar do fenómeno da concentração empresarial, por um lado, e como modo de conciliar o carácter intrusivo da intervenção pública *ex ante* com a dinâmica empresarial que o modelo da economia de mercado é suposto proporcionar, por outro, os regimes de controlo prévio de concentrações propiciam em regra, pelo menos nos Estados-membros da União Europeia, à entidade administrativa encarregada de aplicar as normas de concorrência não só a competência para aprovar ou proibir uma operação de concentração mas também para, aprovando a operação, a sujeitar a determinados condicionalismos.

Em Portugal, o n.º 3 do art. 35.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei da Concorrência, “LdC” doravante) prevê que a AdC pode tomar decisões de não oposição “acompanhadas da imposição de condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pelos autores da notificação com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva”.

O presente trabalho tem por objecto o estudo da natureza jurídica e função das figuras que sustentam a aprovação condicionada de uma operação de concentração por parte da Autoridade da Concorrência portuguesa (“AdC” doravante): compromissos, condições e obrigações¹. O resultado desta investigação proporcionar-nos-á os meios para, a final, determinar a natureza jurídica da própria decisão da AdC acompanhada de condições e obrigações.

1. FUNÇÃO DAS CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES

O procedimento de controlo prévio de concentrações conhece, em Portugal, duas possíveis decisões finais: não-oposição (ou seja, aprovação), nos termos do art. 35.º, n.º 1, alínea *b*), ou 37.º, n.º 1, alínea *a*), da LdC, ou proibição, nos

1 O presente artigo tem como base a investigação iniciada em Mendes Pereira, 2009, tendo sido objecto de reformulações várias em resultado de apresentações públicas e de uma significativa actualização face, nomeadamente, às alterações verificadas no direito da União Europeia.

termos do art. 37.º, n.º 1, alínea *b*). Esta é a estrutura binária do desfecho do procedimento que decorre de uma tramitação linear: notificação de um projecto de concentração (art. 31.º), instrução (art. 34.º), eventualmente investigação aprofundada (art. 36.º) e decisão final de não-oposição ou de proibição.

Uma decisão de não-oposição, para ser válida, tem que ser tomada tendo por base o cabal preenchimento dos seus pressupostos, ou seja, a realização de uma avaliação à luz dos critérios enumerados no art. 12.º da LdC conducente à conclusão de que a operação *não* é susceptível de conduzir à criação ou reforço de uma posição dominante da qual resultem entraves significativos à concorrência. De igual modo, uma decisão de proibição, para ser válida, tem que ser tomada tendo por base o cabal preenchimento dos seus pressupostos, ou seja, a realização de uma avaliação à luz dos critérios enumerados no art. 12.º conducente à conclusão de que a operação *é* susceptível de conduzir à criação ou reforço de uma posição dominante da qual resultem entraves significativos à concorrência.

Sucedem que a lei não estrutura o desfecho do procedimento de forma absolutamente binária, oferecendo aos intervenientes uma terceira via: a situação na qual, embora não estejam reunidos todos os pressupostos necessários à tomada de uma decisão favorável, é permitido aos próprios sujeitos procedimentais não só preencher o(s) pressuposto(s) em falta mas mesmo moldar o respectivo preenchimento. Às partes é oferecida a possibilidade de, mediante a assunção voluntária de compromissos, representar um cenário pós-concentração no qual a concorrência efectiva esteja assegurada. À AdC é proporcionada a faculdade de realizar um juízo prognóstico quanto à credibilidade dos compromissos assumidos pelas partes e, sendo a conclusão positiva quanto à manutenção de uma concorrência efectiva no cenário pós-concentração, de conrolá-los em “condições e obrigações” às quais se subordinará a decisão de não-oposição.

As condições e obrigações impostas às empresas, incorporando os compromissos apresentados pelas partes na operação e consubstanciando, para além disso, o juízo credibilizante da AdC, providenciam assim o preenchimento do pressuposto de direito que permite evitar a pura e simples proibição da operação, fornecendo à AdC o fundamento jurídico para a emanação de uma decisão favorável.

Esta é a *função* das condições e obrigações. De um ponto de vista funcional, correspondem a um pressuposto de direito cujo preenchimento se torna necessário para que a AdC possa proferir uma decisão de não-oposição nos

casos em que, no momento da emanção da decisão, não se encontrem ainda preenchidos todos os outros pressupostos necessários a uma decisão favorável e se mostrem, pelo contrário, preenchidos todos os pressupostos necessários à emanção de uma decisão de proibição.

2. NATUREZA JURÍDICA DAS CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES

O art. 35.º, n.º 3, da LdC determina que a AdC pode proferir uma decisão de não-oposição “acompanhada da imposição de condições e obrigações”. Da letra da lei resulta, assim, que as obrigações e condições integram o desfecho do procedimento em conjunto com a decisão final da AdC e que são o instrumento através do qual a AdC procura garantir a manutenção de uma concorrência efectiva nos mercados relevantes após a concentração. Resulta igualmente que as condições e obrigações não correspondem à própria decisão, nem porventura a integram, pois a lei distingue-as da própria decisão: elas *acompanham* a decisão, mas *não são* a decisão. O que é, aliás, compreensível: a decisão consiste somente na não-oposição ou na proibição.

A lei atribui assim um carácter de acessoriedade às condições e obrigações. Trata-se, porém, de uma acessoriedade que – algo paradoxalmente – desempenha um papel fundamental, pois tais elementos integram necessariamente a *fundamentação* de uma decisão de não-oposição. Na sua ausência, a decisão da AdC teria que ter outro sentido: o da proibição. Se do ponto de vista funcional as condições e obrigações correspondem a um modo suplementar de preenchimento dos pressupostos necessários a uma decisão de não-oposição, de um ponto de vista *material* elas correspondem a um elemento essencial da fundamentação do acto. Nos casos em que haja lugar à imposição de condições e obrigações, a decisão da AdC apresenta, pois, um vínculo de dependência material relativamente a elas.

Esta constatação leva-nos a concluir estarmos perante *cláusulas acessórias*, ou seja, “disposições introduzidas no conteúdo vinculado ou discricionário do acto administrativo que tocam apenas a sua eficácia ou que alteram a posição relativa entre a Administração e o particular”². O art. 121.º do Código do Procedimento Administrativo (“CPA” doravante) consagra a condição, o termo e o modo, reconhecendo ainda a doutrina a reserva de revogação³, figura que

2 Soares, 1978: 285 e 287.

3 Caetano, 1980: 542; Sérvulo Correia, 1982: 501; Robin de Andrade, 1985: 178 e 179.

não encontra, porém, reconhecimento expresso no CPA. Importa averiguar onde se enquadram as “condições e obrigações” consagradas na LdC.

2.1. Termo

Termo é a cláusula acessória através da qual se subordina a eficácia de um acto a uma data certa ou a um evento futuro e certo em data certa – *certus an, certus quando* – ou a um evento futuro certo em data incerta – *certus an, incertus quando*. Podemos, desde já, eliminar o termo da lista de cláusulas acessórias às quais se poderiam reconduzir as condições e obrigações previstas na LdC.

Com efeito, o *termo inicial* subordina o *início* dos efeitos do acto à ocorrência da data ou do evento. Ora, a decisão da AdC produz efeitos desde a sua notificação às partes, ficando estas, desde logo, autorizadas a concretizar a concentração, pelo que nunca poderia aqui estar em causa um termo inicial.

Por seu lado, o *termo final* determina a *cessação* dos efeitos do acto mediante a ocorrência da data ou do evento. É, no entanto, um facto adquirido desde o momento da prática do acto que a data ou o evento irão ocorrer, pois eles são certos (*certus an*). Ora, uma decisão de não-oposição acompanhada de condições e obrigações não assume como seu elemento integrante a cessação segura dos seus efeitos em dado momento. Pelo contrário, tal decisão assenta numa expectativa ou convicção de que os requisitos necessários à sua subsistência se irão verificar no futuro. Assim, a verificação de um evento futuro, bem como o momento em que este se verifique, que determinem a cessação dos efeitos do acto não são uma certeza mas sim uma mera *possibilidade* e, enquanto tal, incerta⁴.

2.2. Condição

A condição subordina a eficácia de um acto administrativo a um evento futuro e incerto (*incertus an, incertus quando*), podendo ser suspensiva (quanto ao início dos efeitos) ou resolutive (quanto à sua cessação). Pelas mesmas razões acima apontadas relativamente ao termo inicial, excluimos desde logo a condição suspensiva, pois nunca estará em causa o início dos efeitos da decisão da AdC: quanto muito, estará em causa a sua cessação, nos moldes que se verificam no quadro da condição resolutive. Importa, então, averiguar

4 O termo final poderá caracterizar um acto *provisório*, mas não um acto *precário* como é o que – conforme veremos a final – materializa uma decisão de não-oposição acompanhada de condições. Sobre a diferença entre acto provisório e acto precário v. Urbano Calvão, 1998: 21 e sgs. e 70.

se a “condição” referida no art. 35.º, n.º 3, da LdC corresponderá a uma condição tal como prevista no art. 121.º do CPA, na sua modalidade *resolutiva*.

Tomando como base os ensinamentos da doutrina civilística, a condição pode ser casual (quando o evento condicionante seja estranho à vontade das partes, podendo tratar-se de um facto natural ou um acto de terceiro) ou potestativa (quando o evento condicionante corresponda à manifestação de vontade de uma das partes)⁵. A condição potestativa pode ser *a parte creditoris* ou *a parte debitoris* consoante o evento condicionante for um acto do credor ou do devedor condicional, sendo *arbitrária* se a manifestação de vontade for totalmente livre e desvinculada, ou *não arbitrária*.

Podemos, desde já, afastar a condição casual. Com efeito, o incumprimento de uma condição ou obrigação é qualificado pela LdC como uma contra-ordenação, punível nos termos do art. 43.º, n.º 1, alínea *d*), da LdC. Ora, para que um facto seja punível como contra-ordenação exige-se que o mesmo seja “censurável”, conforme resulta da própria definição de contra-ordenação inscrita no art. 1.º do Regime Geral das Contra-ordenações, aprovado pelo DL n.º 433/82, de 27 de Outubro (“RGCO” doravante), o que se consubstancia na subordinação da punibilidade das contra-ordenações à existência de culpa, na modalidade de dolo ou negligência, nos termos do art. 8.º, n.º 1, do RGCO (cfr. art. 43.º, n.º 6, da LdC). Assim sendo, resulta claro que nunca o incumprimento de uma condição casual – alheia à vontade das empresas notificantes – lhes poderia ser imputada a título de dolo ou negligência, o que demonstra claramente que nunca este caso pode ter estado na mente do legislador. Uma “condição” ou “obrigação” nos moldes previstos no art. 35.º, n.º 3, da LdC não pode, pois, corresponder a uma condição *casual* resolutiva.

Afastada a condição suspensiva e a condição casual, será possível estarmos então perante uma condição potestativa resolutiva?

A particularidade de configurar as “condições e obrigações” como condições potestativas resolutivas consiste no facto de ter que fazer corresponder uma declaração de vontade ulterior da AdC de sentido revogatório ao evento condicionante, ou seja, admitir que fica nas mãos da AdC, mediante a prática de um acto de revogação da decisão de não-oposição, o desencadear do evento que acciona a condição resolutiva, correspondendo a revogação ao evento condicionante. Com efeito, tratar-se de uma condição *resolutiva* sig-

⁵ Andrade, 1972: 367; Galvão Teles, 1987: 1281; Menezes Cordeiro, 2005: 715 e sgs.; Paes de Vasconcelos, 2005: 448 e sgs.; Mota Pinto, 2005: 565 e sgs.; Prata, 2006: 278 e sgs.

nifica que o evento condicionante, ao verificar-se, destrói os efeitos do acto. Ora, no âmbito de uma relação entre um particular e a Administração (*in casu*, entre as empresas autoras da notificação e a AdC), só um acto da própria Administração – a revogação – pode destruir os efeitos de um acto administrativo anterior. Assim sendo, a hipótese da condição potestativa resolutive neste caso⁶ corresponde necessariamente a uma condição potestativa resolutive *a parte debitoris*, sendo o evento condicionante um acto do devedor condicional, ou seja, da AdC.

Há que salientar, antes de mais, que parte da doutrina civilista rejeita *in limine* que a manifestação de vontade de uma das partes possa corresponder ao evento condicionante que dita a resolução do negócio, excepto se tal manifestação não tiver qualquer relação directa com o efeito resolutive desencadeado pelo evento⁷ ou então esteja vinculado a interesses estranhos aos efeitos do negócio, significando, pois, que a manifestação de vontade não é dirigida especificamente à resolução do negócio⁸.

Aplicada ao Direito Administrativo, esta abordagem implica que, no caso de acto administrativo sujeito a condição resolutive potestativa, só tenha relevância jurídica, para efeito do preenchimento de evento condicionante, um acto administrativo que vise prosseguir um interesse público específico diferente daquele que o acto administrativo condicionado quis satisfazer, sendo, portanto, o acto condicionado praticado ao abrigo de uma norma de competência diferente daquela em que assentou o acto condicionante⁹. No campo do Direito da Concorrência, tal implicaria que a revogação de uma decisão de não-oposição com fundamento no incumprimento de “condições e obrigações” prosseguisse um fim diferente daquele que norteou a decisão de não-oposição.

Ora, se é claro que o evento condicionado (decisão de não-oposição) prosseguiu o fim da manutenção da concorrência efectiva (através da imposição de “condições e obrigações”), não o é menos que o evento condicionante (acto de revogação da decisão de não-oposição) nunca poderia assentar noutro inte-

6 Urbano Calvão, 1998: 86 e 87, suportada em doutrina italiana, fala em *condição resolutive potestativa pública* a propósito do caso em que o comportamento que desencadeia a destruição dos efeitos produzidos pelo acto administrativo é, não do destinatário, mas do autor do mesmo.

7 Urbano Calvão, 1998: 88, nota 162.

8 Galvão Teles, 1987: 1281.

9 Urbano Calvão, 1988: 88, nota 162.

resse público que não o da manutenção da concorrência efectiva, dado que a sua ocorrência se dá justamente em reacção a algo que colocou em perigo a manutenção da concorrência efectiva (incumprimento das “condições e obrigações” que visavam assegurá-la). Assim sendo, a norma de competência ao abrigo da qual actuaria a AdC sempre teria que ser a mesma. Nesta óptica, nunca poderiam, pois, as “condições e obrigações” corresponder a condições potestativas resolutivas.

Para a parte da doutrina que aceita que na condição potestativa o evento condicionante possa ser tanto *a parte creditoris* como *a parte debitoris*¹⁰, a verificação do evento condicionante não pode ser inteiramente livre, tendo que estar subordinada a um facto com relevância para os interesses (sérios) que o devedor prossegue¹¹. Por outras palavras, o evento condicionante pode ser desencadeado no âmbito do exercício de um juízo *discricionário* mas não *arbitrário*¹². Se de verdadeira arbitrariedade se tratar (ou seja, total ausência de vinculação), então não estaremos perante uma verdadeira condição: tratando-se de (aparente) condição potestativa arbitrária *suspensiva*, estaremos na realidade perante um pacto de opção ou uma proposta contratual; tratando-se de (aparente) condição potestativa arbitrária *resolutiva*, estaremos na realidade perante uma cláusula de resolução ou de denúncia¹³. O que leva Mota Pinto a afirmar: a “condição potestativa arbitrária *a parte creditoris* é inútil; a condição potestativa *a parte debitoris* é inadmissível. Nos contratos bilaterais, a condição potestativa nunca será, verdadeiramente, arbitrária, pois o contraente cujo acto funciona como evento condicionante terá ou não direito à contraprestação consoante a sua atitude, pelo que esta nunca consistirá *num puro querer* ou num facto que é *indiferente* praticar ou omitir, antes põe em jogo um interesse sério (receber ou não a contraprestação).”¹⁴

Em Direito Administrativo, tende a reservar-se a utilização da expressão *condição potestativa* para designar um comportamento do *destinatário* de um acto administrativo cuja ocorrência desencadeará os efeitos deste. Trata-se, pois, em regra, de uma condição *suspensiva* cuja verificação incumbe ao des-

10 Andrade, 1972: 368; Pinto Coelho, 1909: 40; Cunha Gonçalves, 1931: 393 e 394.

11 Pinto Coelho, 1909: 44.

12 Urbano Calvão, 1998: 86 e 87 e restante doutrina aí citada.

13 Paes de Vasconcelos, 2005: 449.

14 Mota Pinto, 2005: 566.

tinatário do acto¹⁵. Quem, no entanto, admita que a condição potestativa possa não só ser suspensiva mas também resolutive e ainda que o evento condicionante corresponda a um acto não do respectivo destinatário mas sim do autor¹⁶, considerará que o comportamento da Administração que corresponda ao evento condicionante está subtraído à arbitrariedade mas enquadra-se no exercício de um poder discricionário, sujeitando-se, por isso, aos ditames do interesse público.

No entanto, e independentemente da configuração que se pretenda dar à condição potestativa em Direito Administrativo, duas razões apontam no sentido de, sem necessidade de tomar posição sobre aquela problemática, excluirmos também a condição potestativa resolutive do universo de figuras a que poderiam corresponder as “condições” e obrigações” previstas no art. 35.º, n.º 3, da LdC.

Em primeiro lugar, no caso de se conceber o evento condicionante como um acto a praticar pela Administração (neste caso, pela AdC), sobrevém o mesmo problema acima apontado a propósito da condição casual, ou seja, a impossibilidade legal de imputar às empresas notificantes a contra-ordenação correspondente ao incumprimento de uma condição ou obrigação a título de dolo ou negligência (art. 8.º, n.º 1, do RGCO e art. 43.º, n.º 1, alínea *d*), da LdC). Com efeito, não estando em causa um acto a praticar pelas empresas notificantes (mas sim pela AdC), não poderá naturalmente ser-lhes imputada a omissão da prática do acto como contra-ordenação¹⁷.

Em segundo lugar, mesmo que se concebessem (de forma – parece-nos – algo forçada) os possíveis comportamentos que estão efectivamente na disponibilidade das empresas notificantes como os pressupostos ou motivos para a prática do acto pela AdC que correspondesse ao evento condicionante¹⁸, ainda assim constataríamos que nunca a “condição” ou a “obrigação” previstas no art. 35.º, n.º 3, da LdC poderiam corresponder a uma “condição resolutive

15 Soares, 1978: 289 e 292.

16 É o caso de Urbano Calvão, 1988: 86 e 87, que a este propósito fala em condição resolutive potestativa pública.

17 Ainda que se coloque o interesse público como o único parâmetro decisório da AdC no acto a praticar, limitado este pelos princípios legais que enquadram o exercício do poder discricionário, tal como sustenta Urbano Calvão, 1988: 86 e 87, não há forma de contornar o facto de que, nesta perspectiva, o evento condicionante corresponde a um acto da AdC e não das empresas notificantes, ainda que ele resulte, em certa medida, do comportamento que as empresas adoptem após a decisão de não-oposição.

18 Configurando, portanto, a “condição” ou “obrigação” como uma condição resolutive potestativa pública, nos termos em que o faz Urbano Calvão, 1988: 86 e 87.

potestativa pública”¹⁹. Isto porque nesta última, o acto ulterior ao acto precário visa “assegurar a manutenção de certos elementos que constituíram a base do acto administrativo”²⁰ e “pode possuir um qualquer conteúdo, em função do que for exigido pelo evolução do interesse público”²¹. Por outras palavras, o teor do acto a praticar pela AdC após a decisão de não-oposição, apesar de ser discricionário e não arbitrário e estando, por isso, subordinado aos princípios legais que enquadram o exercício do poder discricionário, dependeria tão somente da evolução do interesse público, o qual, neste caso, é o da manutenção de uma concorrência efectiva nos mercados relevantes.

No domínio jusconcorrencial, esta abordagem implica que a AdC, em função da evolução do contexto concorrencial e na medida necessária à manutenção da concorrência efectiva, pudesse praticar em qualquer momento um segundo acto (evento condicionante), ulterior à decisão de não-oposição (acto condicionado), alterando o conteúdo desta última. Simplesmente, tal alteração não surgiria como consequência do incumprimento de uma “condição ou obrigação”. O acto ulterior seria ele mesmo o evento condicionante determinando a cessação dos efeitos da decisão de não-oposição.

Porém, para que esta abordagem fosse legalmente admissível, tornar-se-ia necessário que a LdC previsse a competência da AdC para, em momento posterior à decisão de não-oposição, praticar um acto modificador (maxime revogatório) da decisão, com um conteúdo determinado pela evolução do contexto concorrencial, tendo em vista a manutenção do equilíbrio de interesses encontrado para a prática do primeiro acto e a prossecução do interesse público na manutenção da concorrência efectiva, *independentemente da origem dos factores sobrevindos* que tivessem alterado o equilíbrio de interesses inicial. Assim, teria que se admitir a possibilidade de intervenção subsequente da AdC mesmo que não tivesse havido lugar a incumprimento de qualquer “condição ou obrigação” mas estivesse ainda assim em perigo a manutenção da concorrência efectiva, fosse por actuação *lícita* da nova entidade resultante da concentração (por exemplo, duplicação da quota de mercado anteriormente detida pelas empresas notificantes em resultado de integração vertical, economias de escala ou política de preços agressiva), fosse por actuação de terceiros (por exemplo, concorrente que declara insolvência ou simplesmente

19 Urbano Calvão, 1998: 87.

20 *Idem*: 92.

21 *Idem*: 96.

encerra a actividade no mercado geográfico relevante, transformando a nova entidade resultante da concentração em monopolista).

Ora, verifica-se que não é este o cenário desenhado pela LdC. A AdC não pode sem mais vir ulteriormente alterar a sua decisão de não-oposição, mesmo que se veja confrontada com circunstâncias que, a terem sido por ela antecipadas, a teriam levado a proferir uma decisão de proibição. Conforme resulta do disposto no art. 40.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), são somente duas as circunstâncias em que a AdC tem competência para intervir ulteriormente em relação a uma sua decisão de não-oposição: decisão tomada com base em informações falsas ou inexactas e incumprimento de uma condição ou obrigação. Ambas as situações são objecto de intervenção oficiosa.

No primeiro caso, com o fim de imputar a prática de uma contra-ordenação (art. 43.º, n.º 3, alínea *b*), da LdC), eventualmente aplicar uma sanção pecuniária compulsória (art. 46.º, alínea *c*), da LdC) e provocar nova notificação (art. 40.º, n.º 3, da LdC). No segundo caso, com o fim de imputar a prática de uma contra-ordenação (art. 43.º, n.º 1, alínea *d*), da LdC), de eventualmente aplicar uma sanção pecuniária compulsória (art. 46.º, alínea *a*), da LdC) e de conduzir à declaração de nulidade dos negócios jurídicos realizados em contradição com condições ou obrigações (art. 41.º, alínea *b*), da LdC).

Constata-se, pois, que a AdC não possui competência para praticar, relativamente a uma decisão de não-oposição, actos ulteriores modificativos com base numa supervisão de carácter geral do contexto concorrencial nos mercados relevantes. Tem-na, sim, caso tenha havido desrespeito por alguma condição ou obrigação. Nestes termos, existe discricionariedade por parte da AdC quanto à decisão de praticar ou não um acto ulterior, mas uma vez tomada a decisão de intervir, o fim da intervenção é vinculado: destina-se a impor a situação concorrencial que existiria se as condições ou obrigações tivessem sido cumpridas ou a repor a situação concorrencial que existiria se a concentração tivesse sido proibida. E o conteúdo do acto ulterior é estritamente limitado pela circunstância que lhe dá origem (e que, do mesmo passo, fornece a base legal) e pelo fim visado.

Em resultado das necessidades de segurança jurídica por parte das empresas notificantes da concentração (bem como, até certo ponto, dos outros operadores no mercado) e de um grau mínimo de estabilidade no acto da AdC, o poder de intervenção ulterior por parte da AdC está limitado à verificação do (in)cumprimento das condições e obrigações e à prática dos actos que daí estritamente resultem. O teor da decisão de não-oposição será seguramente

susceptível de modificação em resultado do incumprimento das condições e obrigações por parte das empresas notificantes, mas tal não significa que se verifique a mesma susceptibilidade em resultado da alteração de qualquer outro dado no contexto concorrencial, ainda que assim o exigisse (a evolução de) o interesse público correspondente à manutenção de uma concorrência efectiva.

Pelo exposto, e tal como já havíamos feito relativamente à condição resolutive casual, concluímos que também a condição resolutive potestativa não é susceptível de corresponder às noções de “condição” e “obrigação” previstas no art. 35.º, n.º 3, da LdC.

2.3. Modo

Afastadas todas as modalidades possíveis da condição, confrontamo-nos, pois, com a inevitabilidade de, não obstante a sugestão enganadora da sua designação, as “condições e obrigações” previstas na LdC terem que corresponder a outra cláusula acessória do catálogo do art. 121.º do CPA que não a condição. Assim, das três figuras consagradas pelo art. 121.º do CPA, remanesce o modo. Importa ver se é ao modo que podemos reconduzir as “condições e obrigações”.

No caso de se conceber o evento condicionante como um acto a praticar pelas empresas notificantes – como parece irremediavelmente ser o caso –, então o que parece estar em causa é não uma condição, mas sim um modo, ou seja, “a cláusula acessória de um acto produtor de vantagens que se traduz na imposição de um dever de fazer, não fazer ou suportar dirigido ao seu destinatário”²². Através do modo a Administração concede logo à partida a posição jurídica ao particular, embora não se verifiquem ainda todos os requisitos considerados necessários pela Administração para a outorga da vantagem, procurando o modo justamente garantir o seu preenchimento completo²³.

Nesta aproximação ao modo, convém, recorrendo mais uma vez à doutrina civilística, recordar a distinção clássica que é efectuada entre aquela figura e a condição, sendo certo que a “possibilidade de confusão entre as duas figuras circunscreve-se (...) à cláusula modal e à condição potestativa em que o evento condicionante é um acto do credor condicional (condição potestativa

²² Soares, 1978: 290.

²³ Urbano Calvão, 1998: 71.

a parte creditoris).²⁴ Assim, no que respeita à modalidade suspensiva, é usual afirmar-se que “a condição suspensiva suspende mas não obriga e o modo obriga mas não suspende”. Na modalidade que nos interessa – a resolutiva –, afirmar-se-á então que “a condição resolutiva resolve automaticamente, mas não obriga e o modo obriga, mas dá apenas o direito de pedir a resolução”²⁵ ou “dá lugar a uma faculdade de resolver, que pode ou não ser exercida por quem tiver para tanto legitimidade, mas que não tem obrigatoriamente de o ser”²⁶. Transposto o aforismo para o Direito Administrativo, poderíamos afirmar que a condição resolutiva gera automaticamente a caducidade mas não obriga e o modo obriga mas confere apenas a faculdade de revogar, a qual pode ou não ser exercida.

A pedra de toque na distinção entre condição e modo reside efectivamente na vinculação. Apesar de reportadas ao Direito Civil, justifica-se transcrever, pela sua assertividade, as palavras de Pais de Vasconcelos a este propósito: “Da condição resolutiva, mesmo da condição resolutiva potestativa arbitrária, não será difícil distinguir o modo resolutivo, desde que se tenha em atenção que a verificação da condição resolutiva é um facto lícito que nada tem de ética ou juridicamente reprovável e que corresponde ao seu normal funcionamento, enquanto a resolução do modo por incumprimento envolve um acto ilícito, ética e juridicamente reprovável, que constitui um delito civil; o funcionamento da condição resolutiva está de acordo com o plano do direito, enquanto a resolução por incumprimento do modo está contra o plano do direito. Só um formalismo ética e valorativamente cego pode criar dificuldades de distinção entre a condição e o modo.”²⁷

Em caso de dúvida, a doutrina tende a considerar que a estipulação deve ser qualificada como cláusula modal²⁸, não só porque a mesma se traduz, em regra, numa posição mais vantajosa para o destinatário²⁹, mas igualmente porque assim melhor se preserva o princípio da conservação dos negócios

24 Mota Pinto, 2005: 584.

25 *Ibidem*.

26 Paes de Vasconcelos, 2005: 461.

27 *Idem*: 460 e 461.

28 Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 571.

29 Andrade, 1972: 394.

jurídicos³⁰. Com efeito, o modo limita-se a conferir à Administração a faculdade de revogar o acto precário – a qual pode ou não ser exercida –, não implicando a destruição automática dos seus efeitos.

Como vimos já, as “condições e obrigações” consagradas na LdC correspondem a cláusulas acessórias que não suspendem os efeitos da decisão de não-oposição da AdC, antes investindo, desde logo, as empresas notificantes nas posições jurídicas correspondentes à fusão, aquisição de controlo ou constituição de empresa comum. Por outro lado, trata-se de cláusulas que criam um dever na esfera das empresas notificantes: o que sempre aqui está em causa é o cumprimento de um encargo, “um dever de fazer, não fazer ou suportar”, constituindo o incumprimento desse dever um acto ilícito, imputável às empresas notificantes, a título de dolo ou negligência, como contra-ordenação, prevista e punida pelo art. 43.º, n.º 1, alínea *d*), da LdC.

Por estas razões, concluímos que as “condições e obrigações” consagradas na LdC correspondem a cláusulas modais.

Quando se consideram as condições e obrigações tipicamente impostas a empresas em sede de controlo de concentrações a nível da União Europeia, confirma-se que do que aqui se trata é efectivamente de cláusulas modais. Assim, a solução preferida pela Comissão é a alienação de activos subjacentes a actividades económicas das empresas notificantes de forma a possibilitar o surgimento de novos concorrentes³¹. Quando tal não seja possível, podem ser aceitáveis soluções como a resolução de contratos existentes³² quando estes limitem o potencial de mercado disponível para os concorrentes ou, pelo contrário, a celebração de acordos com concorrentes quando os mesmos possam facilitar o acesso ao mercado (acesso a infra-estruturas ou acesso a direitos de propriedade industrial ou tecnologias)³³.

A AdC, como, aliás, a generalidade das autoridades nacionais de concorrência dos restantes Estados-membros da UE, segue neste domínio de perto a prática administrativa da Comissão.

30 Mota Pinto, 2005: 585.

31 Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, JOUE n.º C267, 22.10.2008: 1, 15 e 22.

32 *Idem*: 67 e sgs.

33 *Idem*: 62 e sgs.

3. DISTINÇÃO ENTRE CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES

No Direito da UE estabelece-se uma distinção entre condição e obrigação, sendo o Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas³⁴ mais claro do que a LdC no que respeita ao contorno das condições e obrigações apostas a uma decisão de não-oposição.

Afirma a Comissão³⁵:

“Muito embora os compromissos devam ser propostos pelas partes, a Comissão assegura a aplicação dos compromissos, subordinando a autorização à sua plena observância. Cabe estabelecer uma distinção entre condições e obrigações. A exigência de concretização de uma mudança estrutural do mercado deve estar sujeita a condições como, por exemplo, a alienação de uma actividade. As medidas de execução necessárias para atingir este resultado constituem, em geral, obrigações impostas às partes, por exemplo, a nomeação de um administrador com o mandato irrevogável de proceder à venda dessa actividade.”

É sabido que a distinção entre as diferentes cláusulas acessórias previstas no art. 121.º do CPA nem sempre é fácil, principalmente entre o modo e a condição. Naturalmente, no âmbito do controlo de concentrações, a distinção entre o modo na modalidade de “condição” e o modo na modalidade de “obrigação” dependerá da forma como as cláusulas se apresentem redigidas em concreto pela AdC, sendo-lhe exigível grande cuidado e transparência no seu manuseamento, atentas as possíveis consequências jurídicas do seu incumprimento.

O modo incorporado numa “condição” deverá corresponder a um encargo cujo cumprimento constitua um pressuposto ou motivo essencial de uma decisão de não-oposição. É, em regra, o caso das “condições” ditas estruturais. Verificando-se o seu incumprimento, fica irremediavelmente afectado o equilíbrio de interesses encontrado pela AdC para proferir uma decisão favorável. Será, por exemplo, o caso de numa concentração horizontal ter sido imposta às empresas notificantes a “condição” de alienação dos activos subjacentes a uma área de negócio para evitar a criação de uma posição dominante. No caso de as empresas incumprirem e a concentração redundar na criação de

34 Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, JOUE n.º L 24, 29.01.2004, pg. 1.

35 Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites: 19.

uma posição dominante, atentar-se-á frontalmente contra a manutenção da concorrência efectiva nos mercados relevantes.

Por seu lado, o modo incorporado numa “obrigação” deverá corresponder a um encargo cujo cumprimento, sendo embora importante, não atinge a importância decisiva correspondente a um pressuposto ou motivo de uma decisão de não-oposição. Isto significa que o seu incumprimento não coloca gravemente em causa o equilíbrio de interesses pela AdC para proferir uma decisão favorável. Na maioria das vezes as “obrigações” constituem encargos acessórios das “condições”.

Assim, por exemplo, se numa concentração horizontal tiver sido imposta às empresas notificantes a “condição” de alienação de uma área de negócio, terá que ter sido igualmente imposto um cronograma prevendo a data para a prática de cada um dos actos que conduzam à alienação da área de negócio em causa, os quais incluirão provavelmente a nomeação de um mandatário para fiscalizar a venda, a elaboração de relatórios de acompanhamento, etc. O mero atraso no cumprimento do cronograma definido, tal como a falta de entrega de um relatório de acompanhamento ou a ausência de nomeação de mandatário, representam inquestionavelmente o incumprimento de “obrigações”, mas não colocam em causa – por si só – a manutenção da concorrência efectiva.

A linha de demarcação entre uma “condição” e uma “obrigação” passa, pois, por saber se, antecipando o incumprimento do modo, a AdC teria proferido uma decisão de proibição em vez de uma decisão de não-oposição.

Uma segunda diferença entre “condição” e “obrigação” prende-se com as consequências jurídicas decorrentes do respectivo incumprimento, nomeadamente com a possibilidade de revogação da decisão de não-oposição.

4. INCUMPRIMENTO DE CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES

Entre o teor de uma decisão de não-oposição e o cumprimento do modo que a acompanhe sob forma de “condição” ou “obrigação” verifica-se um laço de dependência material. Importa averiguar qual a intensidade da dependência material entre o teor da decisão de não-oposição e o cumprimento do modo de forma poder aferir qual o grau de estabilidade da decisão de não-oposição acompanhada de “condições e obrigações”. Estas questões reconduzem-se, no seu essencial, a determinar quais as consequências jurídicas advenientes do incumprimento das cláusulas modais no quadro da LdC.

Cumprido, nomeadamente, indagar se se trata de uma dependência absoluta, com impacto na própria eficácia da decisão, ou meramente reflexa, com tra-

dução no modo como a AdC executa a decisão, através do recurso, designadamente, a mecanismos de sanção ou injunções.

No apuramento das intenções do legislador torna-se indispensável cotejar o regime nacional previsto na LdC com o regime vigente no Direito da União Europeia, matriz do Direito da Concorrência dos Estados-membros da UE da qual foram decalcadas a maioria das soluções aplicáveis no regime de controlo de concentrações em Portugal (bem como nos restantes Estados-membros).

4.1. O regime da União Europeia

Saliente-se, desde logo, que o Regulamento do Conselho relativo ao controlo das concentrações³⁶ (“RCC” doravante) é mais claro do que a LdC no que respeita às consequências jurídicas resultantes do incumprimento de condições e obrigações. Assim, o n.º 3, alínea *b*), do art. 6.º do RCC determina inequivocamente que a Comissão pode *revogar* uma decisão de não-oposição quando as empresas em causa violarem uma obrigação que acompanhe uma decisão. Inexiste disposição correspondente na LdC, razão pela qual se suscitam dúvidas quanto ao alcance das figuras equivalentes consagradas no ordenamento nacional.

Afirma a Comissão³⁷:

“Sempre que as empresas em causa infringjam uma obrigação, a Comissão pode revogar, por força do n.º 2 do artigo 6.º ou do n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento das concentrações, as decisões de autorização tomadas, respectivamente, nos termos do n.º 3 do artigo 6.º ou do n.º 6 do artigo 8.º do referido regulamento. Em caso de incumprimento de uma obrigação, podem ser igualmente aplicadas às partes coimas ou sanções pecuniárias compulsórias nos termos do n.º 2, alínea *d*), do artigo 14.º ou do n.º 1, alínea *c*), do artigo 15.º, respectivamente, do Regulamento das concentrações. Contudo, sempre que uma condição for infringida, por exemplo, uma actividade não é alienada no prazo previsto nos compromissos ou é posteriormente readquirida, a decisão de compatibilidade deixa de ser aplicável. Nestas circunstâncias, a Comissão pode, em primeiro lugar, adoptar medidas provisórias adequadas para manter condições de uma concorrência efectiva nos termos do n.º 5, alínea *b*), do artigo 8.º do Regulamento das concentrações. Em

³⁶ Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas.

³⁷ Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites: 20.

segundo lugar, caso estejam reunidas as condições previstas no n.º 4, alínea *b*), do artigo 8.º, pode ordenar a adopção de qualquer medida adequada para garantir que as empresas em causa procedam à dissolução da concentração ou tomar outras medidas para restabelecer a situação ou, em conformidade com o n.º 7 do artigo 8.º, tomar uma decisão ao abrigo dos n.ºs 1 a 3 deste artigo. Além disso, podem ser impostas coimas às partes, conforme previsto no n.º 2, alínea *c*), do artigo 14.º.”

A distinção efectuada no regime da UE entre “condição” e “obrigação” assenta, pois, no facto de o incumprimento de uma “obrigação” permitir à Comissão revogar a decisão enquanto o incumprimento de uma “condição” afecta automaticamente a própria subsistência da decisão, sem necessidade de intervenção da Comissão: a decisão *deixa de ser aplicável*. Por outras palavras, o mero incumprimento da “condição” faz cessar automaticamente a eficácia da decisão. Por seu lado, o incumprimento de uma “obrigação” não gera um efeito automático mas habilita a Comissão a praticar um acto revogatório da decisão de não-oposição.

4.2. O regime português

Importa verificar então se, no ordenamento jurídico português, as cláusulas modais consagradas na LdC sob forma de “condições” e “obrigações” comportam uma diferenciação em termos de consequências jurídicas resultantes do respectivo incumprimento equivalente àquela que se verifica no Direito da União Europeia.

Considera-se geralmente que o modo não afecta directamente a eficácia do acto, só a podendo afectar eventualmente de forma indirecta. Por outras palavras, o incumprimento do modo não causa automaticamente a cessação dos efeitos do acto a que está acessoriamente aposto, dando somente origem à execução visando o respectivo cumprimento³⁸. Só no caso de resultar impossível a execução é que a Administração poderá revogar o seu próprio acto³⁹, havendo, porém, quem exija, para que tal seja possível, que a cláusula modal seja acompanhada de uma reserva de revogação⁴⁰.

38 Neste sentido, Urbano Calvão, 1998: 72; Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 570.

39 Gomes Canotilho, 1993: 46, nota 69; Soares, 1978: 292.

40 Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 570 e 560.

Considerando, por um lado, o enquadramento dogmático da figura do modo e, por outro, o tratamento que é dado às “condições” e “obrigações” no Direito da União Europeia, julgamos residir justamente na revogação da decisão de não-oposição uma das diferenças entre “condição” e “obrigação”, apesar de a LdC consabidamente não consagrar expressamente a possibilidade de revogação.

Concluimos já estarmos perante a figura do modo quer no caso da “condição”, quer no caso da “obrigação”. Alguma diferença, porém, há-de existir entre ambas as figuras, senão o legislador não as teria distinguido, nomeadamente quando, na alínea *b*) do art. 41.º da LdC, comina com a nulidade o incumprimento de uma “condição” mas nada diz relativamente à “obrigação”. Por outro lado, vimos igualmente que no regime da União Europeia a diferença entre ambas reside no facto de o incumprimento da “condição” fazer cessar automaticamente a eficácia da decisão de não-oposição, enquanto o incumprimento da “obrigação” habilita expressamente a Comissão a revogar a sua decisão.

4.3. O princípio da juricidade

Decorre do princípio da legalidade que a lei funciona como pressuposto e limite da actuação da Administração⁴¹. No entanto, não basta à Administração respeitar o “bloco de legalidade”⁴², não o violando: ela tem ainda que nele fundamentar os seus actos⁴³, por isso se falando – mais do que em reserva de lei – em “reserva de norma jurídica”. Ou seja, o princípio da legalidade exige que toda a actuação concreta da Administração esteja prevista numa norma jurídica. Assim sendo, a revogação pela AdC de uma sua anterior decisão de não-oposição por incumprimento de uma cláusula modal que lhe tenha sido aposta necessita de uma norma habilitadora.

A reserva de lei – ou melhor, a reserva de norma jurídica – não equivale porém à ocupação pela lei de todo o espaço decisório, nem à consequente eliminação de toda a margem de discricionariedade da Administração. Pelo contrário: a lei reconhece que nalguns casos não tem (ou não deve ter) capacidade para determinar da melhor forma qual a consequência jurídica associada a determinada a situação e delega no critério do aplicador da lei a escolha

41 Freitas do Amaral, 2001: 42.

42 *Idem*: 48.

43 Sérvulo Correia, 2003: 286 e 287.

da solução mais adequada à situação concreta. Nisto consiste exactamente a discricionariedade de que dispõe a Administração, a qual nem por isso deixa de respeitar a reserva de lei desde que o seu exercício assente numa norma jurídica que fixe, pelo menos, aqueles dois momentos que, mesmo nos actos discricionários, são sempre vinculados: a competência e o fim (de interesse público)⁴⁴.

A vinculação ao fim “constitui um elemento essencial da qualificação da discricionariedade como actuação no interior do Direito”⁴⁵ e é o que distingue a (admissível) discricionariedade da (inadmissível) arbitrariedade. Quando se verificam os pressupostos de facto ou de direito que revelam a existência do interesse público em causa, a Administração encontra-se investida de um poder-dever de agir: com efeito, a discricionariedade não é uma liberdade, é um poder-dever jurídico⁴⁶.

No âmbito do poder discricionário, a lei pode deixar ao critério da Administração a escolha do meio mais idóneo para prosseguir o fim de interesse público tipificado⁴⁷ ou indicar, desde logo, as vias possíveis para a satisfação desse interesse, incluindo-se aqui entre os instrumentos ao dispor da Administração a prática de um acto precário. Em qualquer dos casos, a Administração está adstrita a escolher aquela solução que *in concreto*, ponderadas todas as directrizes legais, melhor sirva o interesse público determinado por lei⁴⁸.

No domínio do controlo de concentrações, as normas habilitadoras da AdC para a prática de um acto que não seja dotado de estabilidade são o art. 121.º do CPA, que prevê a possibilidade de os actos administrativos serem sujeitos a um modo e, consoante os casos, o art. 35.º, n.º 3, ou o art. 37.º, n.º 2, da LdC, que prevêem a possibilidade de uma decisão de não-oposição ser acompanhada de “condições e obrigações”. A competência para a prática deste acto é atribuída pelo art. 17.º, n.º 1, alínea *b*), dos Estatutos da AdC ao Conselho, encontrando-se o fim de interesse público definido no arts. 12.º, n.ºs 1, 3 e 4, e 35.º, n.ºs 1, alínea *c*), e 2, da LdC: a manutenção e desenvolvimento da concorrência efectiva no mercado nacional no interesse dos consu-

44 Freitas do Amaral, 2001: 77 e 78.

45 Sérvulo Correia, 2003: 329.

46 Freitas do Amaral, 2001: 82.

47 Situação caracterizada por maior margem de discricionariedade, na qual se coloca de modo mais premente a questão da admissibilidade do acto precário, Urbano Calvão, 1998: 158.

48 Vieira de Andrade, 1986: 46 e 47; Engisch, 1988: 220; Freitas do Amaral, 2001: 80 e 81.

midores intermédios e finais. A normação primária a este propósito respeita assim plenamente a reserva de lei.

Quando a análise levada a cabo pela AdC conclua pela insusceptibilidade de a operação notificada criar ou reforçar uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência no mercado nacional ou numa parte substancial deste, o regulador não dispõe de discricionariedade e está adstrito à prática de um acto vinculado, tendo que aprovar a operação (arts. 12.º, n.º 3, 35.º, n.º 1, alínea *b*), e 37.º, n.º 1, alínea *a*), da LdC). O mesmo se diga, mas em sentido inverso, se a conclusão for no sentido da susceptibilidade de a operação notificada criar ou reforçar uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência no mercado nacional ou numa parte substancial deste. Neste caso, a AdC está obrigada a proibir a operação, por força dos arts. 12.º, n.º 4, e 37.º, n.º 1, alínea *b*), da LdC.

No entanto, se perante a conclusão no sentido da susceptibilidade de a operação notificada criar ou reforçar uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência no mercado nacional ou numa parte substancial deste, a AdC for confrontada com a oferta de “compromissos” pelas empresas notificantes (art. 35.º, n.º 3, da LdC) destinados a atenuar ou resolver os problemas concorrenciais detectados, abre-se um espaço de discricionariedade. Uma vez formulado um juízo (discricionário) sobre a adequação e credibilidade dos compromissos e caso este seja positivo, a AdC “pode” (v. o n.º 3 do art. 35.º da LdC) fazer acompanhar uma decisão de não-oposição de “condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos apresentados pelos autores da notificação”. O fim deste acto está claramente expresso no n.º 3 *in fine* do art. 35.º da LdC: “assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva”.

Importa salientar, contudo, que a discricionariedade diz respeito ao juízo que à AdC compete formular quanto à adequação e credibilidade dos compromissos, não propriamente quanto ao sentido da decisão. Verificando-se os dois pressupostos de uma decisão de não-oposição acompanhada de “condições” e “obrigações” (identificação de problemas jusconcorrenciais que levariam à proibição da operação e apresentação de compromissos adequados e credíveis), a AdC fica investida do poder-dever de decidir favoravelmente. Com efeito, o “fim de interesse público é fixado através da indicação dos pressupostos, isto é, das situações ou circunstâncias de facto e de direito que indiciam a existência de uma necessidade pública, que indiciam, portanto, a

existência do interesse público tipificado. Quando a Administração conclui que os pressupostos se verificam em concreto, sabe que o legislador quer que ela actue: o administrador fica constituído no poder-dever de agir⁴⁹. Assim, se a AdC concluir que os compromissos apresentados pelos autores da notificação são adequados e credíveis, entendemos que ela está vinculada a proferir uma decisão de não-oposição acompanhada de condições e obrigações, não podendo optar entre aprovar ou proibir a operação. Por duas razões: em primeiro lugar, tal é o resultado da vinculação ao fim do acto. Em segundo, é o que resulta do respeito pelo princípio da juridicidade.

A vinculação de qualquer acto, mesmo que discricionário, ao fim de interesse público definido por lei significa que a Administração está obrigada a escolher a solução que *in concreto* melhor sirva o interesse público determinado por lei. “A discricionariedade não dispensa, pois, o agente de procurar uma só solução para o caso: aquela que considere, fundadamente, a melhor do ponto de vista do interesse público”⁵⁰.

Por outro lado, como já referimos, o respeito pelo princípio da juridicidade enquadra o acto administrativo no bloco de legalidade, sujeitando o aplicador da lei a *todas* as directrizes legais que ao caso caibam e não somente às que emanem de uma particular norma jurídica que preveja dada situação. Ora, no exercício do controlo de concentrações não está somente em causa o interesse público na manutenção de uma concorrência efectiva. Estão também em causa direitos fundamentais das empresas autoras da notificação, tutelados constitucionalmente através da liberdade de iniciativa privada (art. 61.º, n.º 1, da CRP) e do direito de propriedade privada (art. 62.º, n.º 1, da CRP). Assim sendo, se a configuração da operação notificada permitir, com recurso à imposição de “condições” e “obrigações” que garantam o cumprimento dos compromissos, a manutenção de uma concorrência efectiva e, do mesmo passo, salvaguardar os direitos das empresas, é esta a decisão que a AdC está obrigada a tomar, autorizando a operação.

Ora, são exactamente as mesmas razões (fim de interesse público do acto e princípio da juridicidade) que, nas circunstâncias acima descritas, obrigam a AdC a proferir uma decisão de não-oposição acompanhada de “condições” e “obrigações” que – mais do que permitir – a obrigarão igualmente, fundada nas mesmas normas habilitadoras, a revogar tal decisão em caso de incum-

49 Urbano Calvão, 1998: 155.

50 Vieira de Andrade, 1986: 46.

primento de uma cláusula modal que corresponda a uma “condição”⁵¹, pelo menos quando tal circunstância coloque seriamente em crise o equilíbrio de interesses encontrado pela AdC para proferir uma decisão de não-oposição.

4.4. O equilíbrio de interesses

Vimos já que o fim de interesse público que norteia a decisão da AdC é a manutenção da concorrência efectiva. A LdC coloca ao dispôr da AdC três meios possíveis de prosseguir tal fim no campo do controlo de concentrações (proibição, não-oposição ou não-oposição acompanhada de “condições e obrigações”) e determina, para cada um dos casos, os pressupostos e motivos que se devem verificar para a prática do respectivo acto. No caso de não-oposição acompanhada de “condições e obrigações”, os pressupostos são a identificação de problemas jusconcorrenciais que levariam à proibição da operação e apresentação de compromissos adequados e credíveis por parte dos autores da notificação. O motivo que subjaz à não-oposição é o sucesso da fórmula prognóstica encontrada em colaboração com os autores da notificação para equilibrar o interesse público na manutenção da concorrência efectiva com os direitos e interesses das empresas.

Quando se dá o incumprimento de uma “condição” ou “obrigação”, o equilíbrio de interesses encontrado para a tomada de decisão de não-oposição fica colocado em causa. Se a autorização concedida ficou “condicionada” ao cumprimento de um encargo e este não foi realizado⁵², o interesse público da manutenção da concorrência efectiva fica em crise e deixa de poder ser prosseguido através de uma decisão com tal sentido. No entanto, como é óbvio, este interesse público não desaparece, tal como não desaparece o poder-dever da AdC de actuar no sentido de garantir a sua prossecução. Surge então a necessidade de intervenção da AdC para, mediante um novo equilíbrio de interesses mas ao abrigo das mesmas normas habilitadoras em termos de fim e competência, assegurar que a concorrência efectiva é mantida. Com efeito, não é concebível que o legislador se conforme com a ideia de que uma empresa possa atentar incólumemente contra a concorrência através de acção ou omissão de sua própria responsabilidade. Tal seria negar não só toda a

51 Quanto à possibilidade e, mais do que possibilidade, à necessidade de admitir a revogação pela AdC de uma decisão acompanhada de condições, Mendes Pereira, 2009: 339 a 342.

52 Quanto à fiscalização e execução de condições e obrigações por mandatário indicado pelas empresas notificantes e designado pela AdC, Mendes Pereira, 2009: 368 e sgs.

filosofia preventiva que enforma o regime do controlo de concentrações como também a filosofia sancionatória inerente ao regime das práticas proibidas.

Ora, o que se verifica é que os meios *expressamente* previstos na LdC não se mostram adequados e suficientes para a reposição de um equilíbrio de interesses que assegure a manutenção da concorrência efectiva no caso em que haja lugar ao incumprimento de uma cláusula modal. Com efeito, nenhum deles coloca em causa a autorização concedida. Ainda que a AdC efective algum ou todos eles, a decisão de não-oposição mantém-se válida e eficaz e a operação de concentração subsiste. Trata-se de meios adequados e, porventura, suficientes para sancionar o incumprimento de uma “obrigação” mas claramente insuficientes para assegurar a prossecução do fim de interesse público na manutenção da concorrência efectiva no caso de incumprimento de uma “condição”.

É justamente porque a lei prevê a possibilidade de fazer acompanhar uma decisão de não-oposição de “condições”, subordinada ao fim de interesse público de manutenção da concorrência efectiva, que a revogação tem de ser admitida, sob pena de ser constitucionalmente inadmissível a própria possibilidade de autorizar uma operação sujeita a condições e não fazer sentido a distinção traçada pelo legislador entre “condições” e “obrigações”⁵³.

5. REQUISITOS DAS CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES

Caracterizámos já as “condições e obrigações” previstas nos arts. 35.º, n.º 3, e 37.º, n.º 2, da LdC como modos, cláusulas acessórias cujo regime obedece ao disposto no art. 121.º do CPA. Este preceito determina que o modo não pode ser “contrário à lei ou ao fim a que o acto se destina”.

5.1. Adequação e necessidade

A legalidade da “condição/obrigação” passa pela sua adequação ao interesse público específico prosseguido pelo acto principal (decisão de não-oposição) e não somente pela sua não-contrariedade a tal interesse: “ a exigência legal de (mera) compatibilidade da cláusula acessória com o fim a que o acto se destina não pode ser entendida como a permissão para que os órgãos administrativos realizem, através da sua oposição num acto administrativo – no exercício da sua competência acessória, digamos assim – qualquer interesse

⁵³ Quanto aos requisitos do acto de revogação de uma decisão de não-oposição e à eficácia do acto revogatório, Mendes Pereira, 2009: 352 e sgs.

ou fim público desde que compatível com aquele a cuja prossecução se destina a competência principal. Caso contrário, teríamos – julga-se que pela primeira vez – um poder discricionário conferido não para a prossecução de um determinado fim legal, mas para a prossecução de qualquer fim (que não fosse incompatível com o legal). (...) Ou seja, para aplicar uma norma como o art. 121.º, é necessário que esteja em causa o próprio fim (ou competência) a que aquele acto (ou norma de competência respectiva) estavam votados (...)”⁵⁴.

A cláusula acessória tem, pois, que prosseguir o interesse público específico e tipificado na norma que prevê o fim do acto principal⁵⁵. No caso dos arts. 35.º, n.º 3, e 37.º, n.º 2, da LdC, trata-se da manutenção de uma concorrência efectiva.

A exigência da não-contrariedade de uma “condição” ao fim da decisão de não-oposição constitui uma garantia de que a AdC não aproveita o ensejo de um procedimento de controlo de concentrações para regular os mercados relevantes através de meios que extravasam o fim prosseguido pelos arts. 35.º, n.º 3, e 37.º, n.º 2, da LdC, impondo às empresas autoras da notificação o cumprimento de cláusulas modais que não seriam exigíveis para a manutenção de uma concorrência efectiva face à *configuração concreta do projecto de operação notificado*. É frequente em procedimentos deste tipo as autoridades de concorrência deixarem-se seduzir pela tentação de impor um vasto conjunto de “condições” mais próprias da regulação sectorial do que da defesa da concorrência, principalmente em sectores caracterizados por falhas de mercado. O facto de as empresas notificantes se encontrarem pressionadas pelo tempo e numa posição negocial frágil perante a autoridade de concorrência (tendo que gerir as expectativas de accionistas, trabalhadores, clientes, fornecedores e mercados financeiros no decurso de uma operação que, sendo pública, se encontra suspensa e é de desfecho incerto) facilita a predisposição das empresas para aceitarem tais condições.

Até pode dar-se o caso de tais “condições” extravagantes promoverem a concorrência ou dotarem o mercado de condições concorrenciais ideais e serem assim compatíveis com “o fim a que o acto se destina”. Mas tal não basta para assegurar a sua legalidade, pois essa não é a questão. O que está em causa é saber, antes de mais, se a operação notificada não ultrapassa a

54 Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 573.

55 Neste sentido, Urbano Calvão, 1998: 182.

linha da “susceptibilidade da criação ou reforço de uma posição dominante da qual resultem entraves significativos à concorrência”. Se ultrapassa, então trata-se de saber quais as “condições e obrigações” adequadas e necessárias para que tal linha não seja ultrapassada e a operação possa ser aprovada. Uma vez preenchidos os requisitos da *adequação e necessidade*, a operação deve ser aprovada. Qualquer outra “condição” que venha a ser imposta para além das que se mostrem necessárias para garantir a “manutenção de uma concorrência efectiva” deve reputar-se de ilegal, pois então a cláusula acessória estará a prosseguir um qualquer outro fim (ainda que de interesse público) que não corresponde àquele específico e tipificado nos arts. 12.º, n.ºs 3 e 4, 35.º, n.º 3, e 37.º, n.º 2, da LdC.

5.2. Suficiência e exequibilidade

Pode dar-se ainda o caso inverso daquele acima retratado, ou seja, o de uma decisão de não-oposição acompanhada de “condições e obrigações” que não se mostrem suficientes para garantir a manutenção de uma concorrência efectiva ou não se mostrem exequíveis. Aqui já não estarão em causa os requisitos da *adequação e necessidade* mas sim os da *suficiência e exequibilidade*.

A ilegalidade que afecta uma cláusula acessória nesta circunstância pode ter um de dois fundamentos. Comprovando-se que o fim (de interesse público) prosseguido é diverso daquele preconizado pela LdC, aplicam-se as considerações anteriormente tecidas, com a diferença de que neste caso já não é só a cláusula acessória que se encontra ferida de ilegalidade mas também o próprio acto principal, ou seja, a decisão de não-oposição, já que se as “condições e obrigações” se mostram insuficientes ou inexecutáveis, a decisão da AdC deveria ter sido no sentido da proibição e a não-oposição mostrar-se-á necessariamente falha de fundamento legal. Mas pode também suceder que a insuficiência ou inexecutabilidade das “condições” impostas a uma decisão de não-oposição resulte de falhas na análise levada a cabo pela AdC ou da prossecução de interesses que não possam ser identificados com o interesse público. Neste caso, já não se tratará de contrariedade ao fim a que o acto se destina mas sim de contrariedade à lei.

Com efeito, o art. 121.º do CPA subordina a possibilidade da imposição de cláusulas acessórias à exigência não só de que estas não sejam contrárias ao fim a que o acto se destina mas igualmente de que as mesmas não sejam “contrárias à lei”.

A não-contrariedade à lei da cláusula acessória deve ser entendida “amplamente, implicando a ilegalidade de qualquer cláusula que afecte (reduzindo-os ou ampliando-os) momentos ou elementos vinculados da conduta administrativa ou direitos e posições jurídicas conferidos sem reserva a particulares”⁵⁶. Assim, se a lei prevê a prática de certo acto de forma vinculada quando se verifiquem determinados pressupostos de facto ou de direito, não pode a Administração, através da imposição de cláusulas acessórias, configurar consequências diversas das preconizadas pelo legislador.

Se determinada operação de concentração não suscita reais problemas de concorrência (ou seja, se não falha no teste substantivo formulado pela lei para aferir da aprovação ou proibição da operação), a AdC encontra-se obrigada a proferir uma decisão de não-oposição incondicional: trata-se de um acto vinculado e definitivo, não podendo a AdC, no uso de poder discricionário, vir a introduzir no acto um qualquer elemento de precariedade através da sua subordinação a “condições e obrigações”. Se o fizer, a AdC estará, para além do mais, a descaracterizar a tipicidade legal do acto no que toca aos seus efeitos, dado que estará a dotar de precariedade uma decisão que o legislador, mediante a verificação de determinados pressupostos, concebeu como definitiva.

A obediência ao princípio da legalidade faz com que a actuação da AdC esteja balizada pelos “parâmetros mínimos de tipicidade” do acto que, no fundo, o permitem identificar, nomeadamente no que respeita aos seus efeitos, e que permitem evitar a arbitrariedade administrativa. Mesmo “quando a lei concede discricionariedade quanto ao “quid”, isto é, aos efeitos de direito a produzir pelo acto administrativo, subsiste sempre, sobre a configuração de tais efeitos, um limite geral designado por “altro provvedimento”: ao escolher os efeitos, o órgão não dispõe de liberdade para emitir um acto de tipo diferente daquele que corresponde ao poder concedido pelo legislador”⁵⁷.

O mesmo problema se suscita perante a insuficiência de “condições” impostas a uma decisão de não-oposição que resulte de falhas na análise levada a cabo pela AdC ou da prossecução de interesses que não possam ser identificados com o interesse público. Neste caso, a perversão da tipicidade legal no que respeita aos efeitos da decisão materializa-se através da atribuição ao acto de um efeito autorizativo (ainda que precário) quando o que deveria suceder

56 Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 572.

57 Sêrvulo Correia, 2003: 317.

seria a atribuição de um efeito proibitivo (definitivo), através de uma decisão de proibição. A consequência é a mesma que atrás apontámos a propósito da insuficiência de “condições” resultante da prossecução de um fim diferente daquele especificado na lei: não é só a cláusula acessória que se encontra ferida de ilegalidade, mas também o próprio acto principal, ou seja, a decisão de não-oposição, já que se as “condições e obrigações” se mostram insuficientes, a decisão da AdC deveria então ter sido no sentido da proibição e a não-oposição mostrar-se-á necessariamente destituída de fundamento legal.

5.3. Preservação da tipicidade dos efeitos

A necessidade de, para respeitar o princípio da legalidade, garantir que a introdução de precariedade numa decisão de não-oposição através da imposição de “condições” não descaracteriza a tipicidade dos seus efeitos, implica uma análise casuística. Importa, assim, verificar se os eventos que, em concreto, resultarão tipicamente de uma autorização (não-oposição) são susceptíveis de ser (eventualmente) eliminados ulteriormente através de um acto de revogação⁵⁸, caso se verifique o incumprimento de uma “condição”. Se, pela sua natureza, os efeitos de tais eventos não puderem ser (eventualmente) eliminados, então não pode ser aposta uma “condição” à decisão de não-oposição, sob pena de violação do princípio da legalidade. É que certos actos, uma vez praticados, não são susceptíveis de ver os seus efeitos destruídos. Pela sua natureza (ou até em virtude do regime legal que lhes é aplicável), trata-se de actos que exigem uma estabilidade jurídica que é incompatível com a precariedade resultante da aposição de uma “condição” a uma autorização.

Assim, por exemplo, se a concentração notificada implicar, uma vez autorizada, uma operação em Bolsa de Valores destinada a efectivar a aquisição de controlo da empresa-alvo que, em virtude do regime legal aplicável, só admita a sua realização a título definitivo e não condicional, a concentração não pode ser autorizada a título precário por via de uma decisão de não-oposição subordinada ao cumprimento de “condições”. Se num tal caso se vier a verificar o incumprimento de uma “condição”, não existe forma de reverter o processo e a AdC encontrar-se-á impedida de dar cabal satisfação ao comando legal no sentido de assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva. Ou imagine-se ainda o cenário em que se notifica a aquisição de controlo de uma empresa encarregada de um serviço de interesse económico geral no âmbito

⁵⁸ Urbano Calvão, 1998: 185.

de uma concessão que implique a gestão de uma infra-estrutura essencial. A revogação ulterior da decisão de não-oposição em resultado do incumprimento de uma “condição” pode gerar uma instabilidade insuportável face ao interesse público na prestação do serviço em causa.

Poder-se-ia argumentar que a própria LdC, no seu art. 41.º, alínea *b*), resolve o problema sem contemplações ao cominar com a nulidade os negócios jurídicos realizados em desrespeito de “condições” impostas a uma concentração. Mas parece não ser de aceitar tal solução quando a declaração de nulidade redunde em graves prejuízos não para as empresas autoras da notificação a quem o incumprimento das “condições” seja imputável mas sim para terceiros de boa-fé, como sejam, nos exemplos atrás delineados, os investidores que tenham vendido ou comprado ações em Bolsa ou os utentes de um serviço classificado como sendo de interesse económico geral.

Neste tipo de casos, ou as autoras da notificação logram, em colaboração com a AdC, reconfigurar a operação de molde a tornar dispensável a imposição de “condições” ou então a AdC deverá proibir a concentração, se for claro que a precariedade de uma decisão favorável sujeita a “condições” é incompatível com a estabilidade jurídica exigida pela tipicidade dos efeitos decorrentes de uma decisão de não-oposição.

5.4. Limites temporais

Atenta a dimensão económica de qualquer operação de concentração obrigatoriamente notificável em resultado dos limiares financeiros ou de quota de mercado previstos no art. 9.º, n.º 1, da LdC, sempre a revogação de uma decisão de não-oposição em consequência do incumprimento de uma “condição” provocará um certo grau de indesejável instabilidade. Neste sentido, toda a situação decorrente de uma autorização exige estabilidade jurídica e, assim sendo, quase poderíamos afirmar que a imposição de “condições” cujo cumprimento se protele no tempo sempre atenta contra a tipicidade dos efeitos de uma decisão de não-oposição. Sabemos, porém, que, realisticamente, as “condições” que acompanham uma tal decisão podem corresponder a uma aceitável solução de compromisso que acaba por ser mais favorável para as empresas do que a pura e simples proibição da operação.

Esta constatação não prejudica, contudo, a conveniência de as “condições” impostas pela AdC serem estritamente limitadas no tempo, sendo o respectivo prazo de execução o mais curto possível e a execução o mais próxima possível do momento da emanação da própria decisão de não-oposição.

Desta forma, caso se constate o incumprimento da “condição” e tenha que sobrevir um ulterior acto de revogação, este ocorrerá o mais próximo possível em termos temporais da decisão de não-oposição, permitindo que seja posto termo tão rapidamente quanto possível à instabilidade trazida à ordem jurídica pela eliminação dos efeitos de um acto que gozava de uma aparência de estabilidade.

5.5. Fundamentação

Em acréscimo aos requisitos acima enumerados, consideramos, com Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim⁵⁹, que “a própria oposição da cláusula acessória (ou esta mesmo, se se preferir) tem que ser fundamentada, ainda que o preceito [art. 121.º do CPA] não o esclareça (...), para além de a cláusula acessória dever ser proporcionada⁶⁰ – aos motivos que a ditaram, aos fins que com ela se visam prosseguir –, igual – às que em caso similar têm sido apostas – e imparcial – pensada em função de todos os interesses juridicamente legítimos (e só deles) reflectidos no caso concreto. Outro requisito não mencionado na lei, quanto à aponibilidade destas cláusulas, é o de deverem elas constar do próprio acto a que respeitam (...)” e ainda a necessidade de os factos determinantes da oposição da cláusula constarem da notificação prevista no art. 101.º, n.º 2, do CPA e art. 38.º, n.º 1, da LdC para efeitos da audiência de interessados.

Em conclusão, para que uma “condição” aposta a uma decisão de não-oposição seja legal, ela tem que ser adequada, necessária, suficiente, exequível, fundamentada, não-discriminatória, imparcial, não perverter a tipicidade dos efeitos da decisão a que é aposta e constar da própria decisão, devendo ainda os factos determinantes da sua oposição constarem da notificação efectuada para efeitos da audiência de interessados.

5.6. Consequências da ilegalidade

Remanesce a questão de saber qual a consequência da oposição de uma “condição” ilegal, suscitando-se a dúvida sobre se o vício extravasará para a própria decisão de não-oposição, invalidando-a, ou se só a própria “condição” se deverá considerar afectada, deixando a decisão subsistir.

59 Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 572.

60 A proporcionalidade engloba os critérios que acima analisámos sob o prisma da necessidade, adequação e suficiência.

O critério determinante será o da possibilidade legal de a decisão de não-oposição subsistir desacompanhada da “condição”⁶¹. Assim, se a causa do vício for a insuficiência ou inexecutabilidade⁶² da “condição”, a decisão não pode subsistir sem ela e a ilegalidade afecta irremediavelmente a própria decisão. Se, diversamente, a causa residir na ausência de necessidade ou adequação da “condição”, então só esta última se deverá considerar afectada, sobrevivendo-lhe a decisão.

Nos outros casos de vícios substanciais (discriminação ou parcialidade), a questão reconduz-se ao mesmo critério. Sendo certo que nestas circunstâncias a “condição” se mostrará inevitavelmente afectada, importará determinar caso a caso se a decisão de não-oposição pode sem ela subsistir.

Já no caso de vícios formais (falta de fundamentação, ausência da “condição” no próprio acto ou omissão dos factos determinantes da sua aposição da notificação efectuada para efeitos da audiência de interessados), haverá que averiguar se o vício apresenta de facto natureza exclusivamente formal e se, nessa medida, o acto é reformável nos termos dos arts. 137.º e 141.º do CPA, ou se o vício formal esconde algum outro de carácter substancial, caso em que se aplicam as considerações acima tecidas acerca dos vícios substanciais.

6. FUNÇÃO E NATUREZA DOS “COMPROMISSOS”

6.1. Função

O n.º 2 do art. 35.º da LdC prevê a possibilidade de uma decisão de não-oposição ser tomada “na sequência de alterações introduzidas pelos autores da notificação” e o n.º 3 determina que as “condições e obrigações” se destinam “a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pelos autores da notificação com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva”. A nível da UE, o Tribunal Geral estabeleceu, no acórdão *Gencor*⁶³, o princípio de que o objectivo básico dos compromissos consiste em assegurar estruturas de mercado concorrenciais.

61 Em sentido que não se afasta do que aqui preconizamos, Esteves de Oliveira, Costa Gonçalves & Pacheco de Amorim, 2006: 573 e 574, que recorrem ao critério da *vontade hipotética* do autor do acto.

62 À inexecutabilidade deverão ser assimilados os casos em que a “condição” redunde na descaracterização da tipicidade dos efeitos da decisão de não-oposição.

63 TPI, ac. *Gencor Ltd. c Comissão*, proc. n.º T-102/96, Col. 1999, pg. II-753, p. 316. O Tratado de Lisboa alterou a designação de Tribunal de Primeira Instância para Tribunal Geral.

Os “compromissos” correspondem à expressão da vontade das partes no quadro de uma negociação fáctica levada a cabo com a AdC visando a introdução de alterações na operação tal como originalmente notificada, de forma a resolver os problemas concorrenciais que tenham sido identificados e que não permitiriam a sua aprovação⁶⁴. A relevância dos compromissos é somente fáctica, não é jurídica. Relevância jurídica apresenta exclusivamente a decisão da AdC e essa é um acto unilateral e autoritário. Com isto não se quer dizer que os compromissos assumidos pelas partes perante a AdC não tenham importância. Têm-na, mas tão só na medida em que, materializando a posição final das partes no culminar de um processo fáctico de negociação com a AdC, permitem a esta praticar um acto unilateral na certeza da sua aceitação pelas partes, garantindo-se assim a “paz jurídica”. O vínculo *jurídico* entre a AdC e as partes é estabelecido exclusivamente pela decisão unilateral da AdC e pelas “condições e obrigações” que a acompanhem.

Assim sendo, o desrespeito pelas partes de um compromisso assumido perante a AdC que não se tenha convolado numa condição ou obrigação aposta à respectiva decisão da AdC é juridicamente irrelevante e não pode, por isso, comportar qualquer consequência (jurídica).

Perguntar-se-á, naturalmente, qual é então o sentido de a lei consagrar formalmente a figura dos compromissos? A resposta a esta questão reside na função das condições e obrigações.

Concluimos acima que as condições e obrigações correspondem funcionalmente a um pressuposto de direito cujo preenchimento se mostra necessário para que a AdC possa proferir uma decisão de não-oposição, preenchimento esse caracterizado pela liberdade de escolha das partes na sua configuração e por uma ampla margem de discricionariedade da AdC na sua apreciação⁶⁵. Recorde-se que esta via suplementar facultada pela lei para permitir atender a pretensão das partes no sentido de verem o seu projecto de concentração autorizado pela AdC se contrapõe ao cenário no qual a AdC pura e simplesmente proíbe a operação. Compromissos, condições e obrigações só ganham sentido num contexto em que a AdC não encontra reunidos no projecto de concentração que lhe foi originalmente notificado os pressupostos necessários à tomada de uma decisão favorável e se prepara, em consonância, para

64 Quanto ao possível teor dos compromissos (bem como das condições e obrigações), Mendes Pereira, 2009: 362 e sgs.

65 V. *supra* ponto 1.

proibir a operação. Por outras palavras, a lei faculta às partes a possibilidade de, mediante alterações introduzidas no projecto original sob forma de compromissos assumidos perante a AdC, poderem aspirar a uma decisão favorável, em vez de se confrontarem com uma linear proibição.

Neste quadro, a consagração legal dos “compromissos” tem um duplo propósito.

Em primeiro lugar, indica a carga de quem fica a iniciativa de desencadear a “terceira via” conducente ao desfecho do procedimento: das empresas autoras da notificação. A lei consagra como regra a tramitação linear do procedimento assente sobre a notificação do projecto original de concentração que culmina com uma aprovação ou proibição. A tramitação não-linear fica dependente de as partes apresentarem compromissos que podem ou não conduzir a uma decisão favorável. O ponto a reter é que a *possibilidade* de uma decisão favorável fica dependente da iniciativa por parte das empresas notificantes de apresentarem compromissos.

Daqui decorrem duas conclusões. A primeira é que a AdC não pode desencadear esta terceira via oficiosamente, só podendo ela ser percorrida por iniciativa das autoras da notificação. A segunda é que a AdC não pode fazer acompanhar uma decisão de “condições e obrigações” se as mesmas não resultarem de compromissos apresentados previamente pelas notificantes. Com efeito, por força do princípio da legalidade, não se verificando a apresentação de compromissos pelas empresas, a AdC deve linearmente proibir a operação (se para tanto dispuser de fundamento) ou aprová-la.

Em segundo lugar, a consagração dos compromissos indica qual a forma de expressão de vontade das partes que se deve verificar para que a AdC considere a abertura desta terceira via não-linear para chegar ao fim do procedimento: tem que se tratar de promessas unilaterais assumidas voluntariamente pelas partes. Não bastam declarações de intenção: o mínimo exigido é que as partes efectuem unilateralmente uma promessa auto-vinculativa.

A consagração da figura dos compromissos fornece assim a metodologia a seguir na tramitação não-linear do procedimento de controlo de concentrações. Ao fazê-lo, fornece simultaneamente à AdC o fundamento jurídico para aceitar uma negociação fáctica com as partes notificantes, por estas desencadeada, como elemento integrante do procedimento. E deste modo indica claramente que a decisão final a tomar pela AdC é caracterizada por uma ampla margem discricionariedade.

6.2. Natureza jurídica

Uma vez clarificada a função dos compromissos, torna-se possível afirmar que a sua natureza jurídica é a de um pressuposto para a prática, pela AdC, de um acto materializando uma decisão de não oposição acompanhada de condições e obrigações.

Em comum com as “condições e obrigações”, os compromissos apresentam a natureza de um pressuposto procedimental. As diferenças consistem na circunstância de, por um lado, enquanto aquelas correspondem a pressupostos de direito, os compromissos correspondem a pressupostos de facto. Por outro, os compromissos funcionam como pressuposto para a aposição de “condições e obrigações” a uma decisão de não-oposição, enquanto que as “condições e obrigações” funcionam como pressuposto para a emanção da própria decisão de não-oposição.

No âmbito do controlo prévio de concentrações previsto pela LdC, um compromisso corresponde, pois, a um pressuposto de facto para a adopção pela AdC de uma decisão de não-oposição acompanhada de condições e obrigações.

7. NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO ACOMPANHADA DE CONDIÇÕES E OBRIGAÇÕES

O procedimento de controlo de concentrações tem por fim assegurar a manutenção da concorrência efectiva num cenário pós-concentração, sujeitando a realização de um negócio jurídico entre duas empresas a um acto administrativo de autorização praticado pela AdC à luz dos critérios definidos no art. 12.º da LdC e tendo como parâmetro decisório o teste substantivo consagrado na lei⁶⁶. Trata-se de um exercício prospectivo que, assente num juízo de prognose, procura antecipar o desenvolvimento do contexto concorrencial nos mercados relevantes à luz do projecto de concentração notificado e do teor da decisão que sobre ele a AdC tome.

A aposição de condições e obrigações a uma decisão de não-oposição traz a convicção da AdC de que, na ausência daquelas, se torna impossível garantir a manutenção da concorrência efectiva. Ao evitar a proibição e ao optar pela não-oposição, a AdC promove as condições e obrigações ao estatuto de pilares do juízo prognóstico que efectua sobre a operação. O teor

66 Na actual versão da lei: a susceptibilidade de criação ou reforço de uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva.

de uma decisão de não-oposição acompanhada da imposição de condições e obrigações será, pois, moldado pela previsão que efectue a AdC acerca do impacto dessa mesma decisão sobre o contexto concorrencial, na convicção objectiva de que a decisão consubstanciará uma “selffulfilling prophecy”.

Mostrando-se cumpridas as condições e obrigações e realizando-se a “profecia”, tal significará que o quadro factual evoluiu no sentido previsto e que o mesmo se adequa à regulação preconizada na decisão, não se impondo qualquer outra intervenção por parte da AdC. Diversamente, se não se mostrarem cumpridas as condições e obrigações e, portanto, não se mostrar – pelo menos, nesta parte – concretizada a “profecia”, poderá ser logicamente necessária uma intervenção subsequente da AdC que altere a regulação do quadro factual através de uma modificação do teor da decisão.

O grau de profundidade de tal intervenção subsequente da AdC implica uma distinção quanto à natureza jurídica da decisão acompanhada de condições e obrigações consoante exista ou não a possibilidade de revogação da decisão de não-oposição⁶⁷. Concluimos já que a “condição” corresponde a uma cláusula modal cujo incumprimento pode dar lugar à revogação da decisão de não-oposição, enquanto a “obrigação” consiste numa cláusula modal cujo incumprimento dá somente lugar à aplicação dos mecanismos previstos na LdC tendentes a garantir o respectivo cumprimento. Tendo presente esta distinção, analisaremos separadamente a decisão de não-oposição conforme esta seja acompanhada por “condições” ou “obrigações”.

7.1. Decisão acompanhada de condições

A decisão da AdC de não-oposição acompanhada de condições apresenta as características da figura que a doutrina qualifica como *actos* (administrativos) *precários*, ou seja, aqueles que “criam situações jurídicas a todo o tempo modificáveis pela vontade da Administração”, subsistindo os poderes jurídicos do destinatário “unicamente por tolerância do órgão administrativo competente para extingui-los”⁶⁸.

A maioria da doutrina portuguesa tende a encarar o acto precário como um acto administrativo *sui generis*, caracterizado pelo facto de a sua precariedade resultar da concordância do próprio interessado com a eventual revogação subsequente do acto de que foi destinatário ou da oposição ao acto pela

67 V. *supra*.

68 Caetano, 1980: 457.

Administração de uma reserva de revogação⁶⁹. Urbano Calvão assimila o acto precário ao acto administrativo a que foi aposta uma condição resolutiva⁷⁰.

Independentemente da configuração conceptual detalhada que se lhe pretenda atribuir, existe um elemento que é consensual na caracterização do acto precário: a instabilidade (isto é, a *precariedade*) da sua subsistência na ordem jurídica, ou, por outras palavras, a “incerteza sobre a evolução da situação jurídica e material que serve de base à regulação por ele fixada”, a qual “pode levar a que a entidade administrativa entenda que um outro conteúdo regulador é o mais adequado à prossecução do interesse público, justificando-se, assim, a precariedade da sua eficácia, ou seja, o facto de a administração poder decidir substituí-lo por um acto administrativo ulterior de conteúdo diferente”⁷¹.

Esta é a pedra de toque da distinção entre o acto precário e o acto provisório: a possibilidade (mas não a obrigação) de a Administração praticar um acto ulterior. Enquanto que no acto provisório a prática de um acto ulterior é imperativa, sendo esse o elemento que constitui a sua provisoriedade, no acto precário o acto ulterior pode ou não ter lugar, segundo o juízo a efectuar da Administração, sendo esse o elemento que leva à sua precariedade⁷².

Os actos precários surgem como uma alternativa adequada “ao indeferimento (...) dos actos administrativos ou como uma solução intermédia, de acordo com a qual a Administração emana o acto requerido, mas apondo-lhe certa cláusula acessória: no fundo, ao “não” puro e simples substitui-se o “sim, mas”. Por outro lado, garantem também uma adaptação à evolução da situação material e das necessidades colectivas, sem necessidade de um novo procedimento administrativo, contribuindo, por isso, para uma maior rapidez da actuação administrativa. De ambas as formas a Administração atende aos múltiplos aspectos da realidade, dando azo a decisões flexíveis e adequáveis ao interesse público, e ainda capazes de corresponder a uma solução justa para o caso concreto. Repare-se que esta flexibilidade é do interesse dos cidadãos, pois permite-lhes, muitas vezes, ir gozando de certas vantagens (ou posições jurídicas) que, de outra forma, lhes seriam recusadas *ab initio*, por não estarem preenchidos os requisitos necessários para o efeito. Deste modo, pode

69 Caetano, 1980: 542; Sérvulo Correia, 1982: 501; Robin de Andrade, 1985: 101, 167, 178 e 179.

70 Urbano Calvão, 1998: 105.

71 *Idem*: 67.

72 Assim, Urbano Calvão, 1998: 37.

alcançar-se o equilíbrio entre os interesses públicos e privados, através da concretização do princípio da proporcionalidade.”⁷³

Constata-se, assim, que a decisão de não-oposição acompanhada de condições corresponde, no essencial, aos desígnios do acto precário. Apurada durante a instrução a existência de problemas jusconcorrenciais no projecto de concentração notificado que podem impedir a respectiva aprovação, as empresas notificantes defrontam-se com uma escolha: a (possível) proibição da operação (indeferimento do pedido de autorização) ou a assunção de compromissos perante a AdC que abrem o caminho para que esta possa tomar uma decisão de não-oposição (deferimento do pedido de autorização), ainda que sujeita a condições e obrigações. Mediante cedências das empresas, materializadas em alterações introduzidas ao projecto inicialmente notificado (ou até, em casos patentemente problemáticos, mediante compromissos assumidos *ab initio*), ao puro e simples “não” da AdC pode então substituir-se um “sim, mas”.

A precariedade do acto é um preço que as empresas se disponibilizam a “pagar” (não esqueçamos que as condições e obrigações só podem nascer de compromissos voluntariamente apresentados pelas partes) pela antecipação do gozo das posições jurídicas advenientes da tomada ou alteração de controlo de outras empresas, estando conscientes de que a AdC irá acompanhar a evolução do contexto concorrencial em que se movem as empresas em causa, o impacto efectivo da operação sobre esse mesmo contexto e o respeito pelas condições e obrigações impostas. Verificando-se o incumprimento destas últimas, as empresas sabem que a AdC pode intervir e modificar o conteúdo regulador da decisão de não-oposição.

É um modo de actuação que conjuga satisfatoriamente, do lado das empresas, o exercício da iniciativa privada e a garantia da propriedade privada, consagradas nos arts. 61.º, n.º 1, 62.º, n.º 1, e 80.º, alíneas *b)* e *c)*, da CRP, e, pelo lado da AdC, a prossecução do interesse público na defesa do consumidor, na promoção do bem-estar económico e na manutenção de uma concorrência efectiva, consagrado, respectivamente, nos arts. 60.º, n.º 1, e 81.º, alíneas *a)* e *f)*, da CRP e art. 35.º, n.º 3 *in fine*, da LdC. É, ainda, um modo de actuação consentâneo com a intensa dinâmica da vida económica em geral e da vida empresarial, em particular, circunstância que, aliás, justifica, nos termos dos arts. 34.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1, da LdC, os prazos de decisão relativamente

⁷³ *Idem*: 65 e 66, e doutrina aí citada.

curtos de que dispõe a própria AdC em sede de procedimento de controlo de concentrações. Com efeito, uma operação de concentração apresenta um enorme impacto potencial na vida não só das próprias empresas envolvidas, mas também na dos seus funcionários, fornecedores, clientes e concorrentes, bem como na estrutura dos próprios mercados relevantes e da economia nacional.

A flexibilidade inerente a este tipo de decisão permite, assim, às empresas a prossecução das estratégias de concentração que considerem adequadas ao seu posicionamento numa economia de mercado, sem que tal signifique nem o desaparecimento da garantia proporcionada pelo Estado (*lato sensu*) no sentido da manutenção de uma concorrência efectiva (também ela essencial ao bom funcionamento de uma economia de mercado), nem a adopção de mecanismos de fiscalização pública que, pela sua morosidade, asfixiem ou entorpeçam a iniciativa empresarial.

Esta flexibilidade é ainda uma forma de o Estado materializar o incentivo à actividade empresarial inscrito no art. 86.º, n.º 1, da CRP, contrariando assim a força meramente programática desta disposição constitucional. Com efeito, ao consagrar a possibilidade da prática de actos precários em matéria de controlo de concentrações, o legislador abre uma via paralela àquela outra mais expedita e (juridicamente) mais segura da pura e simples proibição, obrigando a AdC a acompanhar a evolução das empresas que sejam parte na operação e dos mercados onde actuem após a decisão, incumbindo-a do dever de eventualmente intervir *a posteriori* relativamente à mesma operação e fazendo-a partilhar – com as próprias empresas – o risco regulatório inerente à supervisão da concorrência, na medida em que quer a decisão de não-oposição, quer os actos ulteriores que relativamente a esta sejam praticados, são judicialmente sindicáveis pelas partes na operação e por terceiros interessados.

7.2. Decisão acompanhada de obrigações

Concluimos acima que a decisão acompanhada de “condições” corresponde a um acto administrativo precário, consistindo a sua precariedade na possibilidade de a AdC revogar a decisão no caso de incumprimento de alguma “condição”. Ora, na medida em que o incumprimento de uma “obrigação” não habilita – como vimos – a AdC a revogar a decisão de não-oposição, forçoso é concluir então que a decisão acompanhada somente de “obrigações” corresponde a um acto administrativo tradicional, caracterizado pela estabilidade.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Manuel de
1972 *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra.
- CAETANO, Marcello
1980 *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10.^a ed., Coimbra
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da
1931 *Tratado de Direito Civil*, vol. IV, Coimbra.
- ENGISCH, Karl
1988 *Introdução ao pensamento jurídico*, 6.^a ed., Lisboa: Gulbenkian.
- ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, COSTA GONÇALVES, Pedro & PACHECO DE AMORIM, João
2006 *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina.
- FREITAS DO AMARAL, Diogo
2001 *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Coimbra: Almedina.
- GALVÃO TELES, Miguel
1987 “Condição”, in *Enciclopédia Verbo*, V.
- GOMES CANOTILHO, José
1993 “Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais”, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXIX.
- MENDES PEREIRA, Miguel
2009 *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.
- MENEZES CORDEIRO, António
2005 *Direito Civil Português*, I, 3.^a ed., Coimbra: Almedina.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da
2005 *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- PAES DE VASCONCELOS, Pedro
2005 *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 3.^a ed., Coimbra: Almedina.
- PINTO COELHO, José Gabriel
1909 *Das cláusulas accessórias dos negócios jurídicos*, I, Coimbra.
- PRATA, Ana
2006 “Condição”, in *Dicionário Jurídico*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.
- ROBIN DE ANDRADE, José
1985 *A revogação dos actos administrativos*, 2.^a ed., Coimbra.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel
1982 *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa.

2003 *Legalidade e Autonomia Contratual*, Coimbra: Almedina.

SOARES, Rogério

1978 *Direito Administrativo*, Coimbra.

URBANO CALVÃO, Filipa

1998 *Os actos precários e os actos provisórios no direito administrativo*, Porto: UCP.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos

1986 “O ordenamento jurídico administrativo”, in *Contencioso Administrativo*, Braga: Livraria Cruz.