

RELATÓRIO SOBRE A CONSULTA PÚBLICA DO PROJETO DE LINHAS DE ORIENTAÇÃO RELATIVAS À AVALIAÇÃO PRÉVIA EM CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

27 DE DEZEMBRO DE 2012

Índice

1.	Introdução.....	3
2.	Observações e alterações introduzidas na sequência da consulta pública	3
	Início dos contactos de pré-notificação	3
	Questões objeto do procedimento de avaliação prévia	4
	Confidencialidade do procedimento e dos documentos juntos ao processo de avaliação prévia....	5
	Natureza jurídica da pronúncia da Autoridade da Concorrência em sede de avaliação prévia.....	6
	Aspetos processuais e de organização	7

1. INTRODUÇÃO

1. O presente Relatório visa proceder a uma apresentação dos principais comentários recebidos durante a consulta pública ao projeto de Linhas de Orientação da Autoridade da Concorrência relativas à Avaliação Prévia em Controlo de Concentrações (doravante referido como “Projeto de Linhas de Orientação”), que decorreu entre 8 de agosto e 30 de setembro de 2012, na sequência da entrada em vigor do novo Regime Jurídico da Concorrência aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

2. As presentes Linhas de Orientação — em cumprimento do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro de 2003 — visam incentivar a utilização do procedimento de avaliação prévia, assim contribuindo para uma melhoria da eficiência e celeridade dos processos de decisão da Autoridade da Concorrência.

2. OBSERVAÇÕES E ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA SEQUÊNCIA DA CONSULTA PÚBLICA

4. No âmbito da consulta pública *supra* referida, foram remetidas à Autoridade da Concorrência observações relativas às Linhas de Orientação, pelas seguintes entidades:

- Abreu Advogados, Sociedade de Advogados, RL (“Abreu Advogados”);
- Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Sociedade de Advogados, RL (“Cuatrecasas, Gonçalves Pereira Advogados”);
- Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados – Sociedade de Advogados, RL (MLGTS);
- Sérvulo - Sociedade de Advogados, RL (“Sérvulo & Associados”);
- SRS Advogados, Sociedade de Advogados, RL (“SRS Advogados”).

5. Sublinha-se como traço comum a todas as exposições apresentadas o facto de a publicação de Linhas de Orientação relativas à Avaliação Prévia em Controlo de Concentrações ter sido considerada uma iniciativa positiva, no sentido da promoção da eficiência do procedimento de controlo de concentrações e da segurança jurídica das potenciais notificantes, tendo as soluções apresentadas, de um modo geral, suscitado a adesão das sociedades de advogados participantes na consulta pública.

6. Apresenta-se *infra* uma súmula das exposições por tema, e correspondente indicação das alterações que foram introduzidas na sequência da consulta pública.

INÍCIO DOS CONTACTOS DE PRÉ-NOTIFICAÇÃO

7. No âmbito da consulta pública foi expressa concordância com o facto de o procedimento de avaliação prévia poder ser utilizado antes e depois de o acordo da concentração ter sido assinado.

8. Foi ainda referido que seria vantajosa a clarificação sobre o entendimento da Autoridade quanto aos conceitos de “acordo”, “intenção séria de concluir um acordo” e “operação projetada”, atento o facto de a Lei n.º 19/2012 ter introduzido a notificação voluntária no n.º 4 do art.º 37.º, para a qual se exige uma intenção séria de concluir um acordo, e de este conceito coexistir com o conceito de operação projetada, cuja verificação é exigida para iniciar o procedimento de avaliação prévia, nos termos do n.º 5 do art.º 37.º da mesma Lei. Sublinha-se, no que à matéria objeto das Linhas de Orientação concerne, que constavam do projeto indicações relativamente à interpretação do conceito de “operação projetada”, conceito que permite espoletar a avaliação prévia (§29), considerando-se que a explicitação das demais questões nas Linhas de Orientação relativas à Avaliação Prévia não se revela ser o meio apropriado para o tratamento da questão.

9. Sugeriu-se ainda que constasse expressamente das Linhas de Orientação um prazo indicativo, de 2 semanas antes da notificação, para submissão a avaliação prévia, à semelhança do prazo constante das DG COMP Best Practices.

10. Atento o facto de a Comissão Europeia e o Comunicado de 2007 preverem um prazo de duas semanas e de 15 dias úteis respetivamente, passou a referir-se expressamente nas Linhas de Orientação um prazo indicativo de 15 dias úteis antes da notificação para submissão a avaliação prévia (atual §31).

11. Foi ainda proposto que fosse introduzida uma referência à forma como os contactos de pré-notificação podem ser iniciados, indicando-se alguns dos correspondentes meios — telefone, email — e a possibilidade de ser solicitada a marcação de uma reunião, transmitindo-se ainda a vantagem de ser remetidos, antes dessa eventual reunião, elementos correspondentes à descrição das empresas em causa, da operação, respetivo calendário e enquadramento nos mercados relevantes, bem como, sendo possível, um projeto de formulário de notificação. Neste sentido, foi densificado o texto das Linhas de Orientação (atual §37 a 41).

QUESTÕES OBJETO DO PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO PRÉVIA

12. Não obstante não ser contestado o caráter meramente exemplificativo da lista de matérias que podem ser objeto de avaliação prévia constante do projeto de Linhas de Orientação, foi proposta a inclusão de outras matérias, como a validação dos termos da natureza de controlo a exercer na adquirida ou empresa comum, a aplicabilidade (ou não) de *wavers* de informação, a identificação, a título preliminar, designadamente à luz dos elementos disponíveis e da prática decisória relevante, dos mercados relevantes e relacionados, ou, caso a definição destes mercados apresente dificuldades, dos fatores e elementos úteis para a sua definição e a verificação antecipada, ainda que preliminar, da viabilidade das restrições acessórias diretamente relacionadas com a transação nos termos propostos pelas partes (por exemplo, quanto ao âmbito geográfico, temporal ou subjetivo).

13. Assim, com o intuito de tornar as Linhas de Orientação o mais explicativas possível, passou a incluir-se, no elenco das questões potencialmente objeto da avaliação prévia, uma referência aos mercados relevantes, à avaliação da natureza de controlo a exercer na adquirida ou

empresa comum e à análise de restrições acessórias, bem como à diminuição do ónus de informação das empresas resultante da comunicação de quais os elementos não considerados essenciais em sede de notificação prévia (§14).

14. No âmbito da consulta pública sugeriu-se que deveriam constar indicações concretas sobre a posição que a Autoridade da Concorrência adotará em face de um projeto de oferta pública e de ofertas concorrentes.

15. Propôs-se ainda que constassem das Linhas de Orientação indicações mais concretas sobre as operações de concentração que resultam de procedimentos para a formação de contrato público, cuja aplicação prática suscita dúvidas quanto à articulação entre as empresas, a entidade adjudicante e a Autoridade da Concorrência.

16. Apesar de não serem apresentadas orientações gerais sobre o controlo de operações de concentração que resultem de procedimento para a formação de contrato público, em resultado do facto de as formas de articulação poderem variar em função da entidade adjudicante e do procedimento concursal, foram explicitadas as questões de saber quem e quando se pode requerer a avaliação prévia no âmbito de concursos públicos e de ofertas públicas de aquisição ou de troca (por vezes concorrentes) (§34).

CONFIDENCIALIDADE DO PROCEDIMENTO E DOS DOCUMENTOS JUNTOS AO PROCESSO DE AVALIAÇÃO PRÉVIA

17. Sendo os contactos prévios à apresentação da notificação entre as notificantes e a Autoridade confidenciais e não sendo os documentos transmitidos à Autoridade neste quadro juntos ao processo, foi considerado que a consulta de terceiros, pela Autoridade da Concorrência, no âmbito de contactos de pré-notificação seria difícil de enquadrar, sendo referido que os pedidos de informação em causa teriam que ser baseados nos poderes gerais de supervisão da Autoridade da Concorrência (artigo 43.º da Lei n.º 19/2012) e não nos poderes de instrução específicos do controlo das concentrações (artigo 49.º, n.º 5 da Lei n.º 19/2012). Suscitou-se ainda dúvida relativamente ao facto de os terceiros consultados terem direito a consultar os documentos trocados entre a notificante e a Autoridade, no exercício do direito à informação, nos termos dos 61.º e 62.º do Código do Procedimento Administrativo e do artigo 48.º da Lei n.º 19/2012. Em consequência, propôs-se a eliminação da referência a eventuais consultas a terceiros em sede de avaliação prévia.

18. A este respeito, entendeu-se ser de manter a possibilidade de a Autoridade da Concorrência — embora tal não seja a regra — consultar terceiros, na medida em que esta consulta depende expressamente da vontade das partes e pode permitir uma posição da Autoridade da Concorrência em sede de avaliação prévia muito mais consubstanciada, uma vez que é efetuada uma consulta ao mercado ou a terceiros potencialmente interessados. Trata-se de um pedido de elementos a conformar efetivamente no âmbito dos poderes de supervisão gerais da Autoridade da Concorrência (artigo 43.º da Lei n.º 19/2012), considerando-se os contactos de avaliação prévia como confidenciais (§17).

19. Foram ainda apresentadas discordâncias relativamente à previsão de apresentação de uma cópia não confidencial dos documentos e informações submetidos pelas partes, atento o caráter informal e confidencial do procedimento de avaliação prévia, na sequência do que se clarificou que esta previsão se reporta à data do requerimento de juntada destes documentos ao procedimento de controlo de concentrações (§51), que é, por natureza, voluntário, e não à data do envio dos documentos à Autoridade da Concorrência no âmbito da avaliação prévia.

NATUREZA JURÍDICA DA PRONÚNCIA DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA EM SEDE DE AVALIAÇÃO PRÉVIA

20. No âmbito da consulta pública foram apresentadas algumas observações relativamente ao caráter não vinculativo e aos efeitos da pronúncia da Autoridade da Concorrência em sede de avaliação prévia, tendo sido sublinhada a necessidade de assegurar alguma segurança jurídica às empresas que se apresentam junto da Autoridade da Concorrência num procedimento de avaliação prévia e, em particular, a vantagem da emissão de uma pronúncia escrita da Autoridade da Concorrência na sequência da avaliação prévia.

21. Algumas pronúncias defenderam dever existir um compromisso por parte da Autoridade da Concorrência em tomar em conta os elementos analisados em fase de avaliação prévia, bem como a posição aí adotada, aquando da tomada de decisões relevantes em sede de procedimento de controlo de concentrações.

22. Não obstante ser reconhecido que a natureza dos contactos de pré-notificação pressupõe, em regra, uma análise meramente preliminar das principais questões da operação, tendo em conta, designadamente, o ainda limitado conhecimento que a Autoridade da Concorrência possui da operação e dos documentos e informações relevantes para a análise da mesma, foi sublinhado que a Autoridade da Concorrência atua segundo os ditames da boa-fé.

23. Foi ainda referido, em sede de consulta pública, que a posição da Autoridade da Concorrência funda expectativas por parte das empresas, o que, aliado ao objetivo da própria avaliação prévia de auxiliar as empresas a determinar se a operação projetada se encontra sujeita a notificação obrigatória, levou a que fosse proposto que a Autoridade da Concorrência informe as empresas por escrito do seu entendimento em sede de pré notificação, para garantia da segurança jurídica das mesmas, nomeadamente quanto aos aspectos relacionados com (i) o enquadramento da operação no conceito jurídico de concentração de empresas nos termos e para os efeitos do artigo 36.º da Lei n.º 19/2012; (ii) o preenchimento do critério do volume de negócios previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 37.º da Lei n.º 19/2012; e (iii) o preenchimento dos critérios da quota de mercado previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 37.º da Lei n.º 19/2012, quando a definição dos mercados relevantes não suscite dúvidas (atenta, nomeadamente, a existência de prática decisória pertinente) e quando sejam disponibilizados à Autoridade pela notificante elementos suficientes para a avaliação.

24. Alegou-se ainda que a declaração escrita da Autoridade da Concorrência nos casos em que a transação, nos termos da apreciação perfunctória da Autoridade, não se encontra sujeita a notificação, permite afastar juízos de censurabilidade, nomeadamente com efeitos

contraordenacionais, atestando ainda a boa-fé da parte em causa, nas suas relações com terceiros relacionadas com a realização da operação de concentração.

25. Por fim, em sede de consulta pública foi ainda referido que, em casos como o da delimitação do nível de informação necessário ao preenchimento do formulário de notificação, a Autoridade da Concorrência não pode entrar em contradição com o afirmado na avaliação prévia e seguir um entendimento de que a notificação, apresentada em momento ulterior não produz efeitos por estar incompleta. A este propósito, foi ainda sugerida a consagração de uma regra semelhante à aplicável aos procedimentos junto da Comissão Europeia, no sentido de permitir que as partes possam retificar o formulário no prazo de 1 ou 2 dias úteis, para efeitos de o mesmo ser considerado completo pela Autoridade da Concorrência e a notificação produzir efeitos.

26. Atento o exposto, prevê-se agora expressamente no texto das Linhas de Orientação que, sem prejuízo de a posição adotada pela Autoridade da Concorrência em sede de avaliação prévia não poder ter caráter vinculativo, a decisão da Autoridade da Concorrência neste procedimento se pauta pela boa-fé no que concerne a tomar em conta os elementos analisados em fase de avaliação prévia, pelo que a Autoridade da Concorrência salvaguardará que a opinião manifestada em sede de avaliação prévia, no contexto próprio em que é proferida, nomeadamente atenta a informação disponível, seja consistente com o posterior procedimento de controlo de concentrações, na medida justificada dessa consistência (§§18 e 19).

27. Refere-se ainda que, em regra, e salvo especial complexidade das questões em apreço, a Autoridade da Concorrência estará em posição de informar as partes sobre o seu entendimento, à luz dos elementos conhecidos e analisados à data da pronúncia em sede de avaliação prévia, relativamente ao facto de operação se enquadrar no conceito jurídico de concentração de empresas, preencher ou não os critérios de notificação do volume de negócios e da quota de mercado previstos nas alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 37.º da Lei n.º 19/2012, quando a definição dos mercados relevantes não suscite dúvidas (nomeadamente atenta a existência de precedentes decisórios relevantes) e sejam disponibilizados à Autoridade pela notificante elementos suficientes para o efeito (§21).

28. A aplicação do princípio da boa-fé cobre todos os aspetos envolvidos, incluindo a delimitação do nível de informação necessário ao preenchimento do formulário tendo em vista a produção de efeitos da notificação, considerando-se não ser de prever, em consequência, a possibilidade de retificação do formulário de notificação.

ASPETOS PROCESSUAIS E DE ORGANIZAÇÃO

29. Foi sugerido que, sempre que possível, os instrutores, juristas e economistas, do procedimento de avaliação prévia deveriam permanecer os mesmos na subsequente avaliação jusconcorrencial da concentração notificada, como sucede ao nível da Comissão Europeia, o que, correspondendo à prática seguida, passou a estar expressamente previsto nas Linhas de Orientação (§8).

30. Foi ainda proposto que fosse expressamente referido que o facto de estar em curso um procedimento de avaliação prévia não impede as empresas de proceder à notificação da

operação, o que passou a constar do texto, sendo mencionado que as partes podem optar por notificar a operação ainda que não tenha terminado o procedimento de avaliação prévia, o que tem como efeito a caducidade da avaliação prévia (§45).

31. No que concerne ao procedimento de avaliação prévia em casos de aquisição de controlo conjunto, sugeriu-se que, para além da referência de que o mesmo pode ser iniciado por apenas uma das partes, se indicasse que tal pode ocorrer com ou sem o consentimento das outras empresas em causa.

32. Ainda neste âmbito, indicou-se que poderia ficar previsto que as partes adquirentes de controlo conjunto podem submeter elementos de forma autónoma em sede de avaliação prévia.

33. Concordando-se, passou a constar do texto a referência ao facto de o requerimento de avaliação prévia por uma das partes em caso de aquisição de controlo conjunto, criação de empresa comum ou fusão, não depender do acordo das demais partes adquirentes, e que cada parte pode submeter elementos de forma autónoma à Autoridade da Concorrência (§36).

34. Manteve-se ainda o regime de dispensa de representante comum em caso de aquisição de controlo conjunto, que abrange a criação de uma empresa comum, (§35).

35. Por outro lado, propôs-se em consulta pública que ficasse expressamente prevista a conveniência de os representantes das empresas e os consultores jurídicos participarem no procedimento, devendo as reuniões funcionar de forma aberta, ainda que confidencial em relação a terceiros, o que se passou expressamente a referir no texto (§46).

36. Foi ainda sugerido que a Autoridade da Concorrência, na respetiva página eletrónica e no seu relatório anual de atividade, forneça dados regulares sobre o número de pedidos de avaliação prévia, com discriminação dos sectores de atividade e referência aos resultados dos vários desfechos do procedimento de avaliação prévia (notificação prévia à Autoridade da Concorrência ou à Comissão, decisão de inaplicabilidade, ou desistência das partes). Não obstante se considere que tal poderá vir a ser prosseguido, a sua previsão nas Linhas de Orientação não se revela ser o meio apropriado para o tratamento da questão.