

Linhos de orientação sobre o procedimento de avaliação prévia de operações de concentração de empresas

I. Objecto e finalidade das presentes linhas de orientação

1. De acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, na versão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de Novembro, as operações de concentração abrangidas pelo regime jurídico da concorrência podem ser objecto de avaliação prévia por parte da Autoridade da Concorrência, segundo procedimento a estabelecer por esta nos termos dos respectivos estatutos.
2. Tendo em vista o cumprimento do preceituado na referida norma, a Autoridade da Concorrência elaborou um conjunto de linhas de orientação sobre a matéria em causa cujo principal objectivo é dar a conhecer aos seus administrados, e em especial às empresas interessadas, a conduta que adopta no conhecimento e tratamento dos pedidos de avaliação de operações de concentração projectadas que lhe sejam submetidos em momento anterior à notificação das mesmas.
3. Ao elaborar tais orientações, a Autoridade da Concorrência teve, por um lado, presente a experiência adquirida pelos serviços desta Autoridade, que se têm revelado sempre disponíveis para a realização de contactos informais com as empresas interessadas na realização de operações de concentração em momento anterior à notificação das mesmas ao abrigo dos números 2 e 3 do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003.
4. Por outro lado, a finalidade do procedimento de avaliação prévia ora instituído pela Autoridade da Concorrência e, bem assim, os princípios orientadores do mesmo aparecem em larga medida inspirados na experiência da Comissão Europeia na aplicação do referido regime comunitário relativo ao controlo das concentrações de empresas.
5. Teve-se, assim, em conta o regime comunitário em matéria de controlo de concentrações de empresas, constante do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro (“Regulamento das Concentrações Comunitárias”) e

do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, de 7 de Abril, que lhe deu execução, e especialmente o documento relativo às boas práticas a adoptar nos procedimentos de controlo de concentrações, publicado pela Comissão Europeia (“*DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings*”).

6. Procurando aproximar-se das boas práticas seguidas por aquela instituição, e que foram inspirando documentos divulgados no mesmo sentido pelas autoridades de diferentes Estados membros responsáveis em matéria de concorrência, a Autoridade da Concorrência vem estabelecer os termos em que são promovidos os contactos com as empresas em fase anterior à notificação de uma operação de concentração projectada, conferindo a estas últimas a possibilidade de, nos casos em que o considerem útil, discutirem com os serviços competentes da Autoridade, de modo informal e absolutamente confidencial, os aspectos legais e procedimentais de tal operação e, se possível, identificarem os aspectos concornciais porventura mais problemáticos da operação de concentração projectada.
7. Com a presente divulgação do procedimento adoptado nas situações de pedidos de avaliação prévia de operações de concentração, a Autoridade da Concorrência proporciona às empresas a possibilidade de discutir, informalmente, e em momento anterior à notificação das operações que estejam sujeitas a apreciação por esta Autoridade, os contornos de tais operações e, na medida em que tal seja possível face aos elementos disponibilizados durante esta fase, as principais questões que poderão ser suscitadas no decurso do procedimento de controlo. A avaliação prévia poderá ainda permitir à Autoridade da Concorrência informar que, na base dos elementos disponibilizados pelas empresas interessadas, a operação em causa não está sujeita a notificação prévia nos termos previstos na Lei n.º 18/2003. No entanto, para efeitos de clarificação, refira-se que a realização de uma avaliação prévia relativa à notificação de uma operação de concentração não importa a tomada de qualquer decisão quanto à viabilidade da mesma no plano jus-concorrencial

II. Princípios aplicáveis: voluntariedade e confidencialidade

8. O procedimento de avaliação prévia é um procedimento facultativo para as empresas, do qual se extrai, como principal vantagem, a criação de uma oportunidade para a discussão das questões concornciais mais relevantes e,

bem assim, dos aspectos procedimentais do controlo da operação de concentração projectada, nomeadamente através de um esclarecimento às empresas sobre o âmbito da informação que deverá por estas ser disponibilizada para efeitos da avaliação a empreender pela Autoridade da Concorrência após a notificação da operação.

9. A articulação das referidas finalidades poderá, na prática, significar uma redução do tempo para a apreciação da operação na fase de controlo pós-notificação na medida em que, por um lado, tenderá a evitar incompletudes ou incorrecções das informações a fornecer no formulário de notificação, que a poderiam tornar ineficaz nos termos do n.º 2 do artigo 32.º da Lei n.º 18/2003, e, por outro, a diminuir a necessidade de realização dos pedidos de informação adicionais a que se refere o n.º 2 do artigo 34.º do mesmo diploma. Não obstante este presumível efeito, nos casos em que tais pedidos adicionais se revelem necessários, não serão os mesmos prejudicados pela ocorrência de uma fase de avaliação prévia.
10. Tendo em consideração que são entendidos como formas de cooperação entre a Autoridade da Concorrência e as empresas interessadas na notificação de uma operação de concentração, os contactos pré-notificação, que se pautam pela voluntariedade e pela informalidade do procedimento, são absolutamente confidenciais.
11. Por tal motivo, nas situações em que a notificação de uma operação de concentração seja realizada na sequência de contactos pré-notificação, as empresas devem declarar quais os documentos que pretendem integrar no processo e identificar, de maneira fundamentada, quais são as informações e os documentos fornecidos à Autoridade da Concorrência durante a fase de avaliação prévia que consideram confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que estejam incluídas essas informações.
12. Tais declarações, incluindo a declaração de confidencialidade, acompanhada das cópias não confidenciais dos documentos, devem ser apresentadas pelas empresas em simultâneo com a notificação prévia da operação de concentração de empresas.

III. Início do procedimento de avaliação prévia

13. As operações de concentração susceptíveis de estarem sujeitas a notificação nos termos previstos na Lei n.º 18/2003 podem ser submetidas a avaliação preliminar pela Autoridade da Concorrência nos casos em que as empresas em causa demonstrem a sua intenção de concluir um acordo ou realizarem uma oferta pública de aquisição e desde que a notificação prévia da operação de concentração não se tenha ainda tornado exigível nos termos do n.º 2 do artigo 9.º da referida lei.
14. Nesta medida, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 219/2006 no artigo 9.º da Lei n.º 18/2003 exigem da parte da Autoridade da Concorrência uma clarificação do momento em que considera que se constitui na esfera jurídica das empresas que adquirem o controlo (exclusivo ou conjunto, ou através de fusão) da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas, numa operação de concentração a obrigação de formalizar a notificação a que se refere o n.º 2 do artigo mencionado.
15. A constituição de tal obrigação é bastante clara no que respeita às situações de ofertas públicas de aquisição ou de troca, coincidindo com a data em que é realizada a divulgação do anúncio preliminar de tal oferta, o mesmo sucedendo nas situações de aquisição de uma participação de controlo em sociedade emitente de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado, em que a notificação se torna obrigatória no momento da divulgação do anúncio de aquisição.
16. Já a noção de “acordo” para efeitos do procedimento de controlo de operações de concentração previsto na Lei n.º 18/2003, *maxime* para efeitos do seu artigo 9.º, merece um especial esclarecimento.
17. O acordo das partes constitui o núcleo essencial dos contratos e consiste na convergência das declarações das partes da qual se retiram efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido. Trata-se, pois, do sentido imprimido ao termo acordo pelo artigo 232.º do Código Civil, segundo o qual o contrato não pode considerar-se celebrado enquanto não existir acordo entre as partes em relação a todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tiver entendido ser necessário o acordo.

18. A formação dos contratos pressupõe o diálogo entre os contraentes como processo para atingir tal acordo, podendo ser, porém, variados os modelos seguidos naquela formação. Frequentemente, sobretudo na formação de contratos complexos, é possível o aparecimento durante o processo de negociação de documentos intermédios, como sejam as chamadas “cartas de intenção”, “protocolos de acordo”, “memoranda of understanding” ou outros acordos pré-contratuais (entendidos num sentido amplo, abrangendo quer os acordos cujo conteúdo não seja suficiente para que possam ser qualificados como contratos, quer também os acordos que, sendo contratos, são preliminares de outros e não representam, por isso, o acordo final das partes).
19. Não está excluído que alguns dos acordos constantes de tais documentos possam merecer, na perspectiva do seu enquadramento na ordem jurídica portuguesa, a qualificação como contratos-promessa, ou até como contratos definitivos, desde que como tal possam ser interpretados.
20. Refira-se, a este propósito, que muitos dos acordos pré-contratuais mencionados poderão não revestir a rigidez pressuposta pelo contrato-promessa, que exige que o acordo esteja completo em todos os elementos considerados necessários por qualquer das partes. Pode igualmente suceder que os referidos acordos não tenham ainda sido subscritos pelos contraentes, o que consiste na aposição, no final do documento, de assinatura ou meio de autenticidade equivalente.
21. Face ao exposto, a questão que verdadeiramente importa esclarecer é a de saber em que momento se considera que se tornou exigível a obrigação legal de notificação da operação de concentração que impende sobre as empresas por força do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003.
22. É entendimento da Autoridade da Concorrência que tal momento coincide com o da celebração do contrato, entendido enquanto contrato definitivo, muito embora se possa considerar que, do ponto de vista do direito da concorrência, o contrato-promessa, na medida em que exige que estejam determinados ou sejam determináveis os elementos essenciais do contrato prometido e implica a extensão do regime do contrato prometido a este contrato preliminar, pressupõe que se encontram estabelecidos e estabilizados os elementos essenciais da

operação de concentração sujeita a notificação prévia, nomeadamente, as partes envolvidas, o seu objecto e as cláusulas directamente relacionadas e necessárias à realização da operação. Deste modo, a natureza do contrato celebrado – contrato definitivo ou contrato-promessa – torna-se diminuta, porquanto o que se torna determinante é a vinculação das partes a uma série de elementos-chave da transacção, estabilizando-os, para efeitos de análise pela Autoridade da Concorrência, nos termos do artigos 8.º, 9.º e 31.º e seguintes da Lei n.º 18/2003.

23. Os contactos de pré-notificação, na medida em que sejam desejados pelas empresas, devem, assim, ser iniciados dentro de um prazo razoável antes da data em que previsivelmente ocorrerá a notificação, ou seja, em momento anterior à constituição da obrigação de notificação prévia prevista no n.º 2 do artigo 9.º da Lei 18/2003.
24. A razoabilidade de tal prazo será aferida *in concreto*, na medida em dependerá da complexidade de cada caso, mas não deve nunca ser inferior a quinze dias úteis pois que a Autoridade da Concorrência entende que tais contactos poderão apenas ser frutíferos se os seus serviços dispuserem de tempo suficiente para analisar as informações e documentos que lhes sejam disponibilizados pelas empresas e colaborar com estas na clarificação dos elementos que virão a ser necessários para efeitos da notificação da operação de concentração.

IV. Informação a prestar pelos interessados

25. O procedimento de avaliação prévia inicia-se com a submissão à Autoridade da Concorrência, por escrito, de um pedido nesse sentido, o qual pode ser entregue no serviço de expediente da sede da Autoridade da Concorrência, remetido pelo correio, por carta registada, para a sede da Autoridade da Concorrência, ou enviado a esta através de fax ou de correio electrónico para o endereço preconcentracao@autoridadedaconcorrencia.pt.

26. O pedido de avaliação prévia é apresentado à Autoridade da Concorrência pelas pessoas a que se refere o n.º 1 do artigo 31.º da Lei n.º 18/2003, devendo os pedidos conjuntos ser apresentados por um representante comum, com poderes para enviar e receber documentos em nome de todas as partes.

27. Do pedido de avaliação prévia deve constar uma descrição sucinta dos principais aspectos da operação de concentração projectada, contendo os seguintes elementos:

- a) Identificação das empresas participantes na operação de concentração;
- b) Caracterização da natureza jurídica e do tipo de operação em causa e da natureza do controlo assumido, devendo juntar-se, quando tal for possível, minutas de contratos ou outros documentos tendentes à realização da operação de concentração;
- c) Indicação do volume de negócios das empresas participantes na operação de concentração no último ano, realizado em Portugal e no Espaço Económico Europeu;
- d) Proposta fundamentada quanto ao(s) mercado(s) relevante(s), indicando a existência de sobreposição bem como os eventuais mercados relacionados;
- e) Estimativa relativa às quotas de mercado das empresas participantes, bem como dos seus cinco maiores concorrentes nos três últimos anos;
- f) Identificação e descrição sucinta de barreiras à entrada no mercado, referindo, nomeadamente, os eventuais obstáculos legais, acordos de distribuição ou direitos de propriedade intelectual existentes.

28. Nos casos em que tal seja possível, o pedido de avaliação prévia deve ser acompanhado da apresentação de uma versão não definitiva de resposta ao formulário de notificação de operações de concentração de empresas aprovado pelo Regulamento da Autoridade da Concorrência n.º 2/E/2003, de 3 de Julho, publicado nos termos do Aviso n.º 8044/2003, de 25 de Julho, o qual servirá de base para as discussões preliminares com a Autoridade da Concorrência.

29. Só a apresentação destas informações poderá permitir à Autoridade da Concorrência ficar a conhecer, num momento prévio ao início do procedimento de controlo, o(s) mercado(s) em que a(s) empresa(s) notificante(s) e adquirida opera(m) e eventualmente antecipar os aspectos mais relevantes e potencialmente mais problemáticos, do ponto de vista jus-concorrencial, da operação de concentração que se avizinha.

V. Contactos pré-notificação

30. Na sequência da recepção de um pedido de avaliação prévia de uma operação de concentração projectada, cabe à Autoridade da Concorrência, num prazo

razoável e, de acordo com os elementos que lhe tiverem sido fornecidos, atendendo à complexidade da operação em causa, decidir o tipo de contactos com as empresas que julga adequados.

31. Em casos mais elementares e que não suscitem preocupações significativas do ponto de vista jus-concorrencial, poderá ser decidido enviar simplesmente às empresas uma lista dos elementos de prestação facultativa constantes do formulário de notificação de operações de concentração de empresas que se prevê virem a ser necessários para efeitos do controlo da referida operação. Isso poderá permitir a estas últimas antecipar o esforço de reunião desses elementos e, desse modo, integrá-los desde logo na notificação a apresentar à Autoridade da Concorrência ou juntá-los, assim que for possível, ao processo, evitando desta forma, e se for caso disso, o dispêndio de prazo que decorreria da realização de um pedido de informações ou documentos adicionais às empresas durante a instrução.
32. Na maioria das situações, porém, a Autoridade da Concorrência promoverá a realização de reuniões preliminares com as empresas em que será desejável a apresentação por estas dos contornos da operação de concentração projectada e em que os principais aspectos relativos àquela operação poderão ser discutidos. Estes contactos poderão ser utilizados para delimitar o volume da informação que virá a ser necessária para efeitos do controlo jus-concorrencial da operação, bem como para discutir alguns aspectos procedimentais inerentes a esse controlo e terá a utilidade de preparar a equipa da Autoridade da Concorrência para a instrução do procedimento de controlo após a notificação, familiarizando-a com o sector em causa e identificando os eventuais aspectos problemáticos da operação.
33. A principal utilidade a retirar destes contactos, quer para a Autoridade da Concorrência quer, sobretudo, para as empresas que solicitem um procedimento de pré-notificação, consiste na criação de um espaço de discussão aberta e informal sobre os aspectos materiais mais relevantes da operação de concentração projectada e, em especial, para identificação num momento preliminar do procedimento das principais questões e preocupações do ponto de vista jus-concorrencial que se prevê que a operação em causa virá a suscitar.

34. Do ponto de vista da organização do trabalho da Autoridade da Concorrência, a entrada de um pedido de avaliação prévia em relação a uma operação notificável desencadeará diligências no sentido da constituição de uma equipa adequada ao acompanhamento do caso, que, sempre que for possível, se manterá a mesma após a notificação formal da operação de concentração, permitindo-se, assim, rentabilizar o *know how* adquirido durante os contactos pré-notificação.
35. Para efeitos de uma preparação apropriada das discussões mantidas durante o procedimento informal de avaliação prévia e para que estas discussões possam revelar-se esclarecedoras e proveitosas, todos os documentos devem ser facultados à Autoridade da Concorrência com a maior antecedência possível por forma a que os serviços desta Autoridade possam dispor de um tempo conveniente à análise de tais elementos e à preparação das referidas discussões. Para tanto, a Autoridade da Concorrência proporá às empresas um prazo mínimo para envio dos documentos antes da data fixada para as reuniões preliminares, o qual deverá beneficiar do acordo destas últimas mas não deverá nunca ser inferior a cinco dias úteis.
36. À luz deste mesmo desiderato, no decurso e para efeitos da avaliação prévia da operação de concentração, a Autoridade da Concorrência pode, sempre que tal se revele indispensável, solicitar às empresas informações ou documentos adicionais que completem ou corrijam os já fornecidos.
37. Da mesma forma, será aconselhável que, na fase final do procedimento de avaliação prévia, as empresas que ainda não o fizeram apresentem informalmente à Autoridade da Concorrência um projecto de preenchimento do formulário de notificação de operações de concentração de empresas, que poderá ser objecto de discussão com esta última de modo a evitar incompletudes ou incorrecções da notificação.
38. Contudo, o recurso pelas empresas interessadas ao procedimento de avaliação prévia previsto pelo n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003 não preclude a possibilidade de a Autoridade da Concorrência solicitar aos autores da notificação de uma operação de concentração que completem ou corrijam a notificação no caso de a mesma se revelar ainda assim inexacta ou incompleta nem tão pouco a faculdade de, sempre que entenda necessário o fornecimento

de informações ou documentos adicionais ou a correcção dos que foram fornecidos, a Autoridade da Concorrência comunicar tal facto aos autores da notificação.

39. A posição que a Autoridade da Concorrência venha a transmitir na sequência da apreciação de um pedido de avaliação prévia e dos subsequentes contactos realizados estará limitada pelos elementos que sejam disponibilizados pelas empresas interessadas, não impedindo a Autoridade da Concorrência de vir a adoptar uma decisão final de teor diferente no termo de um procedimento administrativo de controlo das concentrações que seja iniciado pela notificação formal de uma operação de concentração.

VI. Revisão das presentes linhas de orientação

40. Dado o seu carácter inovador e a necessidade de reequacionamento dos procedimentos internos de avaliação das operações de concentração pressupostas no presente documento, as linhas de orientação ora divulgadas revestem-se de um carácter experimental e poderão ser futuramente revistas de forma a compatibilizá-las com eventuais alterações legislativas ou administrativas ou com o intuito de melhor traduzir a experiência que a Autoridade da Concorrência adquirirá por força da sua aplicação.

Lisboa, 3 de Abril de 2007

O Conselho da Autoridade da Concorrência,

Prof. Doutor Abel M. Mateus

Eng. Eduardo L. Rodrigues

Dra. Teresa Moreira