

**PROJETO DE
LINHAS DE ORIENTAÇÃO**

Relativas à

**AVALIAÇÃO PRÉVIA
EM CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES**

PROJETO DE LINHAS DE ORIENTAÇÃO
relativas à
AVALIAÇÃO PRÉVIA
EM CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

Conteúdo

1	INTRODUÇÃO	1
2	PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO PRÉVIA	1
2.1	Objeto do procedimento	2
2.2	Início e termo do procedimento	3
2.3	Iniciativa do procedimento	4
2.4	Caráter informal e confidencial do procedimento	5
3	REVISÃO	6

PROJETO DE LINHAS DE ORIENTAÇÃO
relativas à
AVALIAÇÃO PRÉVIA
EM CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

1 INTRODUÇÃO

1. A aprovação de um novo Regime Jurídico da Concorrência pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que doravante se refere como “Lei da Concorrência”, constitui uma oportunidade para as empresas reforçarem os contatos com a Autoridade da Concorrência (AdC) em sede de avaliação prévia de operações de concentração.
2. Efetivamente, permitindo a Lei da Concorrência que as empresas possam notificar uma operação de concentração até à respetiva realização, amplia-se a margem para, através de contactos de natureza informal e confidencial, afinar alguns aspetos do procedimento de controlo de concentrações, tornando-o mais eficiente e célere, permitindo, assim, uma tomada de decisão num menor período temporal.
3. Acresce que, na senda do regime anteriormente vigente, a Lei da Concorrência consagra expressamente a possibilidade de as operações de concentração serem objeto de avaliação prévia pela AdC, prevendo, assim, a possibilidade de as empresas, nos casos em que o considerem útil, cooperarem com os serviços competentes da Autoridade na análise dos aspetos legais, substantivos e procedimentais da operação, permitindo antecipar, na medida em que tal seja possível face aos elementos disponibilizados durante esta fase, a ponderação de eventuais questões que poderiam ser suscitadas no decurso do procedimento de controlo de concentrações.
4. Assim, o presente projeto de Linhas de Orientação visa estabelecer os termos em que são promovidos os contatos com as empresas em fase anterior à notificação de uma operação de concentração projetada, apresentando um conjunto de indicações relativas à avaliação prévia de operações de concentração pela AdC, nos termos previstos no n.º 5 do artigo 37.º da Lei da Concorrência.
5. No projeto de Linhas de Orientação encontra-se refletida a experiência da AdC, inicialmente gizada nas Linhas de Orientação divulgadas pelo Comunicado da AdC n.º 7/2007, de 16 de abril, sendo ainda incorporadas as alterações introduzidas no controlo de concentrações pela Lei da Concorrência ¹.

2 PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO PRÉVIA

6. Como referido, o procedimento de avaliação prévia confere às empresas a possibilidade de apresentarem e discutirem, com os serviços competentes da

¹ A AdC teve também em consideração, nomeadamente, o disposto em linhas de orientação de outras autoridades de concorrência, como as relativas às boas práticas a adotar nos procedimentos de controlo de concentrações, publicada pela Comissão Europeia a 20 de janeiro de 2004 (*DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings*).

Autoridade, aspetos legais, substantivos ou procedimentais da operação, em face dos elementos disponíveis.

7. Trata-se de um procedimento de natureza voluntária, estribado no princípio da cooperação da Administração com os particulares, constante do artigo 7.º do Código do Procedimento Administrativo, sublinhando-se o seu carácter informal e confidencial, que confere às empresas uma maior liberdade na discussão dos vários aspetos relacionados com a operação, ao mesmo tempo que assegura o sigilo inerente ao carácter confidencial da transação, nos termos pretendidos pelas empresas.
8. Como tal, em regra, o recurso ao procedimento de avaliação prévia tem como efeito uma redução do tempo para a apreciação da operação no âmbito do procedimento de controlo subsequente à notificação.
9. Efetivamente, por um lado, o procedimento permite afinar o tipo de informação que será necessária, quer para efeitos de notificação, assim facilitando a produção de efeitos do formulário de notificação, nos termos previstos no artigo 45.º da Lei da Concorrência, quer em sede de investigação, permitindo às empresas fornecer à AdC informação que, caso contrário, seria possivelmente solicitada posteriormente através de pedidos de informação ao abrigo dos n.ºs 3 e 4 do artigo 49.º do mesmo diploma.
10. Sendo carreada a informação necessária à avaliação de uma operação de concentração em sede de avaliação prévia, o procedimento subsequente naturalmente correrá de forma mais célere, sendo previsível uma menor necessidade de apresentação de pedidos de elementos, com o inerente efeito suspensivo.

2.1 Objeto do procedimento

11. No âmbito do procedimento de avaliação prévia podem ser apresentadas questões pontuais relativas à apreciação de uma operação de concentração, bem como a análise, naturalmente preliminar, da própria operação de concentração.
12. Neste contexto é, assim, necessário, que se encontrem relativamente estabilizados, aquando do pedido de avaliação prévia, os principais elementos que conformam a operação de concentração, nos termos e para os efeitos do controlo de operações de concentração previsto na Lei da Concorrência e, mais especificamente, no respetivo Capítulo III.
13. O procedimento possibilita antecipar questões relacionadas com a futura notificação de uma operação de concentração, permitindo:
 - (i) Uma avaliação da AdC sobre uma eventual inaplicabilidade do regime do controlo de concentrações nacional à operação em causa, seja, nomeadamente, porque a mesma não consubstancia uma operação de concentração, porque não preenche os requisitos que impõem uma notificação prévia, ou porque a avaliação da mesma é da competência da Comissão Europeia, nos termos do Regulamento (CE) 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas;
 - (ii) Verificar se a notificação deve ser efetuada com base no Formulário Regular ou no Formulário Simplificado, atentos os critérios estabelecidos em Regulamento pela AdC;
 - (iii) Que seja incorporada no formulário de notificação toda a informação necessária à sua completude, evitando igualmente que exista um ónus da empresa em recolher informação que possa não ser indispensável à apreciação da operação de concentração;

- (iv) Antever qual a informação que será necessária para a análise da operação de concentração, reduzindo, assim, a necessidade de envio de pedidos de elementos pela AdC no âmbito do procedimento de controlo;
 - (v) Efetuar uma análise jusconcorrencial da operação, de modo preliminar, antecipando da suscetibilidade de criação de entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, permitindo, nomeadamente, antes mesmo da notificação, uma primeira reflexão sobre eventuais compromissos suscetíveis de eliminar os referidos entraves.
- 14. O procedimento pode ainda ter como objetivo a conformação da própria operação de concentração projetada, permitindo às partes ter em conta a avaliação prévia da AdC, ainda que preliminar e não vinculativa.
 - 15. Como referido anteriormente, a Lei da Concorrência permite que as empresas possam notificar uma operação de concentração até à respetiva realização, o que alarga a margem para realização de procedimentos de avaliação prévia. Assim, nos casos em que já tenha sido celebrado acordo, tal vem permitir, quando as empresas o considerem desejável, a consulta de terceiros por parte da AdC, no âmbito da avaliação prévia, aumentando, assim, o espetro de informação que pode ser utilizada no procedimento e melhorando a análise que pode vir a ser desenvolvida.
 - 16. A realização de uma avaliação prévia relativa à notificação de uma operação de concentração não importa a tomada de qualquer decisão pela AdC quanto à viabilidade da mesma no plano jusconcorrencial, constituindo a posição transmitida pela Autoridade um ato meramente opinativo e, como tal, não definitivo e executório.
 - 17. A apreciação de um pedido nesta sede não impede a AdC de vir a adotar uma decisão final de teor diferente no termo de um procedimento de controlo de concentrações subsequente a uma notificação formal de uma operação de concentração.

2.2 Início e termo do procedimento

- 18. Sendo projetada uma operação de concentração, nos termos definidos no artigo 36.º da Lei da Concorrência, e encontrando-se a mesma sujeita a notificação obrigatória, ao abrigo do artigo 37.º da mesma Lei, ou, no caso de um conjunto de operações, com base também no artigo 38.º, deve a mesma ser notificada previamente à respetiva realização.
- 19. Prevê o n.º 2 do referido artigo 37.º da Lei da Concorrência que essas operações de concentração devem ser notificadas à Autoridade da Concorrência após a conclusão do acordo que, em regra, lhes subjaz, e antes de realizadas.
- 20. Sendo o caso, devem ser notificadas após a data da divulgação do anúncio preliminar de uma oferta pública de aquisição ou de troca, ou da divulgação de anúncio de aquisição de uma participação de controlo em sociedade emitente de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado.
- 21. No caso de uma operação de concentração que resulte de procedimento para a formação de contrato público, deve a notificação à AdC ser efetuada após a adjudicação definitiva e antes de a mesma ser realizada, devendo a articulação do regime do procedimento concursal com o procedimento de controlo de concentrações ser efetuada no programa do procedimento para a formação do contrato público.
- 22. No que respeita ao momento a partir do qual pode ser apresentada à AdC a notificação da operação, prevê o Regime Jurídico da Concorrência, no n.º 4 do artigo 37.º que, *“quando as empresas que participem numa operação de concentração*

demonstrem junto da Autoridade da Concorrência uma intenção séria de concluir um acordo ou, no caso de uma oferta pública de aquisição ou de troca, a intenção pública de realizar tal oferta, desde que do acordo ou da oferta previstos resulte uma operação de concentração, a mesma pode ser objeto de notificação voluntária à Autoridade da Concorrência, em fase anterior à da constituição da obrigação prevista no n.º 2 do presente artigo”.

23. Por sua vez, o procedimento de avaliação prévia pode ser iniciado quer antes de constituída a obrigação de notificar, *i.e.*, antes de ser celebrado qualquer acordo, da divulgação dos anúncios referidos no ponto 20 *supra* ou da adjudicação em procedimento para a formação de contrato público, quer depois de celebrado um acordo, desde que, em regra, a operação não se encontre realizada.
24. Efetivamente, pode ser iniciado um procedimento de avaliação prévia desde que se verifique uma intenção de concluir um acordo, o que acontecerá estando em curso negociações para o efeito, pautadas, por vezes, por documentos pré-contratuais como cartas de intenção, protocolos ou *memoranda of understanding*, devendo a AdC ser informada da existência destes documentos.
25. Quer decorra antes, quer depois do acordo, o procedimento terá, em ambos os casos, as vantagens já referidas, inerentes à maior agilidade do procedimento de avaliação prévia, com impacto na maior celeridade e eficiência do procedimento de controlo de concentrações.
26. De forma a assegurar a cabal utilidade do procedimento, será vantajoso que o início da avaliação prévia tenha lugar com a antecedência suficiente para a análise das questões em causa antes da notificação da operação, com a qual o procedimento de avaliação prévia caducará, sendo certo que a duração do procedimento dependerá da complexidade da operação em causa.
27. Visando o procedimento de avaliação prévia em particular a celeridade e eficiência do procedimento de controlo de concentrações, a AdC conduzirá o procedimento de avaliação prévia de modo a permitir que a mesma se realize no mais curto espaço de tempo possível.

2.3 Iniciativa do procedimento

28. A notificação de uma operação de concentração é apresentada pelas entidades referidas no n.º 1 do artigo 44.º da Lei da Concorrência, nos termos e nas circunstâncias previstas neste normativo:
 - a) Conjuntamente pelas partes que intervenham numa fusão, na criação de uma empresa comum ou na aquisição de controlo conjunto sobre a totalidade ou parte de uma ou várias empresas;
 - b) Individualmente, pela parte que adquire o controlo exclusivo da totalidade ou de parte de uma ou várias empresas.
29. Contudo, no que respeita ao procedimento de avaliação prévia, a AdC considera que, atenta a natureza informal e mais flexível do mesmo, as partes podem não constituir um representante comum, diversamente do previsto para as notificações conjuntas no n.º 2 do artigo 44.º da Lei da Concorrência, que prevê que as mesmas têm que ser apresentadas por representante comum, com poderes para enviar e receber documentos em nome de todas as partes notificantes.

30. Por outro lado, admite-se que o procedimento de avaliação prévia, quando envolva um controlo conjunto na situação descrita na alínea a) do ponto 28, possa ser iniciado por apenas uma das partes.

2.4 Caráter informal e confidencial do procedimento

31. A informação necessária à análise da AdC dependerá do tipo de questão objeto de apreciação, devendo ser incluída toda a informação necessária à pronúncia informada, ainda que preliminar, da AdC.
32. A AdC transmitirá a informação relevante para a análise a efetuar, devendo, em princípio, ser remetida a informação relativa à descrição da operação de concentração e à identificação das empresas que participam na operação, incluindo as atividades desenvolvidas pelas mesmas, nos termos concretizados no formulário de notificação.
33. Como referido *supra* no ponto 24, no caso de ser iniciado um procedimento de avaliação prévia antes de ser concluído um acordo, e existindo documentos pré-contratuais como cartas de intenção, protocolos ou *memoranda of understanding*, deverá a AdC ser informada da sua existência, sendo útil que esta tenha conhecimento dos mesmos no âmbito do referido procedimento.
34. Do mesmo modo, decorrendo o procedimento de avaliação prévia após a celebração de acordo relativamente à transação, será útil que, na maioria dos casos, o mesmo seja remetido à AdC.
35. As empresas, para além do recurso ao formulário de notificação como exemplo do tipo de informação que pode ser relevante para a análise a conduzir pela AdC, podem sempre solicitar que esta indique, para o pedido de avaliação prévia concreto que haja sido apresentado, qual o tipo de informação que considera necessário.
36. Quando os requerentes pretendam que seja efetuada uma análise jusconcorrencial preliminar da operação de concentração ou quando pretendam que seja avaliada a informação necessária à completude do formulário de notificação, a avaliação prévia terá, em geral, por base o formulário de notificação previsto no n.º 3 do artigo 44.º da Lei da Concorrência.
37. Sendo uma das principais características do procedimento de avaliação prévia o respetivo caráter informal, não se prevê qualquer forma específica, seja para o requerimento inicial, que está na origem do mesmo, seja para as subseqüentes comunicações.
38. De modo a permitir uma rápida perceção das questões subjacentes ao pedido de avaliação prévia, o procedimento beneficiará, consoante o tipo de matéria em causa, da realização de reuniões de caráter informal e da troca de comunicações por via eletrónica. Tal permitirá agilizar o procedimento, garantindo a sua confidencialidade.
39. Caso as empresas pretendam integrar documentos remetidos à AdC no âmbito do procedimento de avaliação prévia no processo de controlo de concentrações subseqüente, podem requerer a juntada dos mesmos à AdC durante o procedimento de avaliação prévia e até ao termo do procedimento de controlo da operação de concentração.
40. Atendendo a que os contactos pré-notificação, que se pautam pela voluntariedade e pela informalidade do procedimento, são confidenciais, quando seja apresentado requerimento de juntada, nos termos referidos *supra*, as empresas devem indicar, em simultâneo, quais os documentos que consideram confidenciais, juntando, sendo caso disso, uma cópia não confidencial dos documentos em que estejam incluídas essas

informações, nos termos previstos na alínea c) do n.º 2 do artigo 43.º da Lei da Concorrência, e no Formulário de Notificação.

3 REVISÃO

41. As Linhas de Orientação serão revistas de modo a refletir alterações que venham a ser introduzidas no controlo de concentrações, bem como a experiência resultante dos futuros procedimentos de avaliação prévia.