

PCC 1/2012
Farminveste/Farminveste, S.A/ANF

**Decisão da Autoridade da Concorrência por prática contra-ordenacional
correspondente a realização de operação de concentração**

[Artigo 11.º, n.º 1, e artigo 43.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho]

26/06/2014

**DECISÃO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
POR PRÁTICA CONTRA-ORDENACIONAL
CORRESPONDENTE A REALIZAÇÃO DE OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO**

PCC 1/2012 – Farminveste/Farminveste, S.A/ANF

A Autoridade da Concorrência,

Considerando as competências atribuídas pelos artigos 6.º, n.º 1, alínea a), e 7.º, n.º 2, alínea a), dos Estatutos da Autoridade da Concorrência (adiante também designada “Autoridade” ou “AdC”), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro;

Considerando a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (adiante também designada “Lei n.º 18/2003” ou, em citação, “Lei da Concorrência”);

No processo de contra-ordenação registado como PCC n.º 1/2012 — Farminveste/Farminveste, S.A/ANF, em que são Visadas:

- a empresa **Farminveste 3 – Gestão de Participações, SGPS, Lda.** (anteriormente designada Farminveste – Gestão de Participações, SGPS, Lda., também referida como “Farminveste”), pessoa coletiva n.º 508 515 173, com sede social na Travessa de Santa Catarina, n.º 8, em Lisboa;
- a empresa **Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A.** (também referida como “Farminveste, S.A.”), pessoa coletiva n.º 502 334 967, com sede social na Travessa de Santa Catarina, n.º 8, em Lisboa;
- a **Associação Nacional de Farmácias** (também referida como “ANF”), pessoa coletiva n.º 500 885 494, com Sede na Rua Marechal Saldanha n.º 1, em Lisboa.

Tem a ponderar os seguintes elementos de facto e de direito:

1. PROCESSO

1.1 Origem do Processo

1.1.1 Denúncia

1. O processo teve origem em denúncia da IMS Health, Lda. remetida à AdC a 18 de junho de 2008 (a fls. 880 e segs. e 1498 e segs.), em que aquela empresa informou a AdC da realização de uma transação, em 11 de junho de 2008, consubstanciada numa

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial. 2

fusão por incorporação da sociedade Consiste – Sistemas de Informação, SGPS, Unipessoal, Lda. (“Consiste”) na sociedade ParaRede, SGPS, S.A. (“ParaRede”), cuja firma foi, à data, alterada para Glintt – Global Intelligent Technologies, SGPS, S.A. (“Glintt”).

2. Na denúncia, faz-se referência ao facto de ter sido transmitido ao mercado (através de informação privilegiada à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários – “CMVM”) a realização da fusão, mas não à Autoridade da Concorrência, o que constituiria, na aceção da Denunciante, uma ausência de notificação de uma operação de concentração.
3. Nos termos da denúncia, decorre ainda da informação ao mercado que, no momento da reestruturação do capital social da futura entidade, uma participação de 49,5% seria atribuída ao Grupo ANF – Associação Nacional de Farmácias, via Farminveste.

1.1.2 Procedimento oficioso

4. Na sequência da mencionada denúncia, foi comunicada à Farminveste, a 5 de outubro de 2009, a abertura de procedimento oficioso por incumprimento do dever de notificação da referida operação de concentração, ao abrigo do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 40.º da Lei n.º 18/2003 (fls. 24 e segs. e 34 e segs.).
5. Subsequentemente, a Farminveste notificou a operação a 27 de novembro de 2009 (fls. 44 e segs. e 702 e segs.), tendo a mesma sido analisada no âmbito do processo Ccent. 47/2009 – Farminveste/ParaRede, o qual foi objeto de decisão de não oposição de 28 de maio de 2010 (fls. 811 e segs. e 840 e segs.).

1.2 Abertura de inquérito

6. Por despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência de 12 de janeiro de 2012, procedeu-se à abertura de inquérito relativo ao presente processo contra-ordenacional, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 43.º da Lei n.º 18/2003, conjugada com os artigos 43.º e 54.º do Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas (“RGCO”), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, sucessivamente alterado.
7. No âmbito do inquérito, foi efetuada juntada dos seguintes documentos, enquanto meios de prova:
 - (i) Cópia certificada do pedido de elementos enviado à Farminveste ao abrigo do artigo 40.º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 18/2003 (S-DCC/2012/480, de 6 de novembro de 2009, fls. 24 e segs. e 34 e segs.);
 - (ii) Cópia certificada do formulário de notificação remetido pela Farminveste à AdC a 27 de novembro de 2009 (E-DCC/2009/865) e respetivos 11 anexos (fls. 44 e segs. e 702 e segs.);
 - (iii) Comunicados da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) de 23 e 24 de julho de 2008 e de 28 de dezembro de 2010 (fls. 873 e segs.);
 - (iv) Cópia certificada da denúncia apresentada pela IMS Health, Lda. a 18 de junho de 2008, com a referência E-DPR/2008/983 (fls. 880 e segs. e 1498 e segs.);
 - (v) Cópia do Comunicado da AdC n.º 7/2007, que aprova o procedimento de avaliação prévia (fls. 1261 e segs.);

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial. 3

- (vi) Cópia certificada do projeto de decisão da AdC de não oposição de 28 de abril de 2010, emitido no âmbito do processo Ccent. 47/2009 – Farminveste/ParaRede (fls. 749 e segs.);
- (vii) Cópia certificada das observações da Notificante ao projeto referido no ponto anterior (fls. 800 e segs);
- (viii) Cópia certificada da decisão da AdC de não oposição de 28 de maio de 2010, emitida no âmbito do processo Ccent. 47/2009 – Farminveste/ParaRede (fls. 811 e segs. e 840 e segs.);
- (ix) Cópia certificada das decisões da AdC nos processos Ccent. 80/2005 – Alliance Santé/Farminústria/J.Mello/Alliance Unichem Farmacêutica e Ccent. 21/2009 – Alliance Healthcare/Proconfar, respetivamente de 31 de janeiro de 2007 e de 9 de setembro de 2009 (fls. 1263 e segs.).

1.3 Nota de ilicitude e decisão de 2012

8. A 30 de março de 2012 foi, pelo Conselho da Autoridade da Concorrência, emitida Nota de ilicitude, na qual a AdC apresentava uma descrição fundamentada da operação de concentração correspondente à aquisição de controlo da ParaRede/Glantt pelas Visadas e ao carácter obrigatório da notificação da operação de concentração, bem como uma indicação das demais circunstâncias relevantes e das disposições legais aplicáveis.
9. Concluiu a AdC, na Nota de ilicitude, que os comportamentos das Visadas Farminveste, Farminveste. S.A. e ANF consubstanciavam uma infração ao disposto no n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 18/2003, punível, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 43.º da mesma Lei, fixando, para efeitos do exercício do direito de defesa das Visadas, nos termos do disposto no artigo 50.º do RGCO, o prazo de 20 dias úteis, a contar da receção da Nota de ilicitude para, querendo, se pronunciarem sobre o conteúdo da mesma.
10. Notificada a referida Nota de ilicitude às Visadas, vieram as mesmas requerer acesso ao processo e, subsequentemente, apresentar pedido de prorrogação por 10 dias úteis do prazo para apresentação da defesa, tendo ambos os requerimentos sido deferidos pela AdC.
11. As Visadas vieram a apresentar a respetiva defesa escrita de 17 de maio de 2012 (doravante referida como “defesa escrita de 17 de maio de 2012”), concluindo que “*não assiste razão à AdC ao imputar à Farminveste SGPS, à Farminveste, S.A. e à ANF a prática de uma contra-ordenação nos termos previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 43.º da Lei da Concorrência*”, não existindo ainda base legal para constituir as mesmas como Visadas, o que, alegam, violaria “*o princípio da tipicidade consagrado no artigo 2.º do RGCO e o n.º 1 do artigo 29.º da CRP*”, afirmações estribadas nas seguintes premissas:
 - “*Armando Júlio dos Reis e Fernando Costa Freire não tinham nem têm quaisquer ligações, directas ou indirectas, ao grupo ANF. Portanto, 6 dos 9 membros do Conselho de Administração da Glantt eleitos para o triénio 2008/2010 eram independentes*”.
 - “*(T)odos os membros que compunham a Comissão Executiva da Glantt para o triénio 2008/2010 eram independentes do grupo ANF*”.

- *“Uma vez que as empresas que compõem o grupo ANF não detinham a maioria dos direitos de voto na Glintt, mesmo adquirindo 49,83% do capital social desta empresa, conclui-se, então, que não dispunham do poder de influenciar as decisões comerciais estratégicas desta empresa”, pelo que “a operação em causa não consubstanciava uma concentração de empresas”.*
 - *“(M)esmo que a operação viesse a ser considerada como uma concentração de empresas, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 11.º da Lei da Concorrência, o critério relativo ao volume de negócios, estabelecido na alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º daquele diploma, não se encontrava preenchido”.*
 - *“(C)onsistindo esta operação numa fusão por incorporação da Consiste SGPS na ParaRede, SGPS, S.A., as únicas parcelas a ter em conta para aferir do preenchimento do critério relativo ao volume de negócios seriam as correspondentes ao do grupo ParaRede e da empresa Consiste”, pelo que “o volume de negócios das empresas em causa realizado em Portugal em 2007 seria de 108,2 milhões de euros”.*
 - *“A ausência de um volume de negócios da Farminveste, SGPS no ano anterior à alegada infracção, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 43.º da Lei da Concorrência, impossibilitaria a aplicação de qualquer sanção”.*
 - *“Em última instância — apesar de não se vislumbrar o fundamento legal —, poderia conceber-se uma eventual coima somente a ANF, enquanto centro decisório da actividade do grupo, e, como tal, porventura responsável pelas omissões das suas sociedades-filhas”.*
 - *“Se porventura equacionássemos uma violação ao n.º 1 do artigo 11.º da Lei da Concorrência — o que nunca se concede —, o comportamento da Farminveste, SGPS, da Farminveste, S.A. e da ANF apontaria, inevitavelmente, para uma conduta negligente”.*
 - *“De igual modo, se fosse aplicada uma coima à Farminveste, SGPS, à Farminveste, S.A. e à ANF — algo que só se equacionou por dever de patrocínio —, esta deveria ser insignificante, atendendo aos critérios estabelecidos no artigo 44.º da Lei da Concorrência e à actual situação financeira das respectivas empresas”.*
12. Na sequência da análise da referida defesa e do desenvolvimento de diligências correspondentes ao reforço da prova, o Conselho adotou uma decisão final no processo em 28 de dezembro de 2012, condenando as empresas Farminveste, Farminveste, S.A. e ANF por uma infracção consubstanciada na realização de operação de concentração em violação do n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 18/2003, punível, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 43.º da mesma Lei.
13. Foi aplicada coima de 139.864,99 euros à Farminveste, S.A. e de 9.413,80 euros à ANF.

1.4 Recurso e decisão judicial

14. A decisão final da AdC foi objeto de recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão interposto a 31 de janeiro de 2013, nos termos da aplicação conjugada do artigo 49.º e n.º 1 do artigo 50.º, aplicável em conformidade com a alínea a) do n.º 1 do artigo 100.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio e do artigo 59.º do RGCO.

15. Tendo sido realizada audiência de julgamento em 10 de setembro de 2013, foi proferida sentença no processo a 27 de setembro de 2013.
16. Analisando as nulidades e questões prévias suscitadas pelas Visadas, o Tribunal considerou:
- (i) não ter sido violado o princípio da responsabilidade subjetiva e alegada inexistência de base legal para a constituição como Visadas da Farminveste, S.A, e da ANF, dando razão à AdC que havia contra-alegado que imputou individualmente a cada uma das sociedades a respetiva responsabilidade.
 - (ii) ter sido violado o direito de defesa das Visadas em resultado de ter sido introduzida uma nova questão e prova adicional relativa ao controlo de facto na decisão, considerando a decisão da AdC, em consequência, nula.
17. Em concreto, a violação decorreria do disposto nos artigos 229 a 232 e 104 a 109 da decisão da AdC de 28 de dezembro de 2012, em confronto com a nota de ilicitude previamente remetida, tendo o Tribunal referido o seguinte:

“Em sede de nota de ilicitude não se fazia menção às Assembleias Gerais mencionadas nos pontos 104 a 109, nem à percentagem de presenças que algum acionista representava, nem às deliberações tomadas. Na defesa em fase administrativa, as arguidas vieram afirmar que a Autoridade devia ter analisado as Atas da sociedade, de modo a aferir se são prosseguidos interesses do grupo ANF ou não. Na decisão final, a Autoridade introduz a referência a Atas da Assembleia Geral, para demonstrar que face ao número de presenças e deliberações tomadas, os direitos de voto do grupo permitiam um controlo de facto da sociedade.

As arguidas não foram notificadas para se pronunciar sobre estes novos factos e exercer o contraditório quanto aos mesmos e às conclusões retiradas das Atas que os sustentam.

Havendo um requerimento da defesa no sentido da pertinência de certa diligência probatória, a Autoridade tem de decidir se a realiza, por a considerar útil e relevante para a decisão, ou se não a realiza, por a considerar inútil ou irrelevante. No caso em que a Autoridade decide realizar a diligência, juntar prova documental e extrair conclusões com relevância para os factos em apreço, deve informar disso o arguido.

No caso concreto, as arguidas podiam pretender invocar lapsos, falsidade de Atas, analisar a importância estratégica das deliberações tomadas ou contrapor com Atas de outras sessões em que fosse possível chegar a diferentes conclusões, demonstrando que os direitos de voto foram nalgumas situações insuficientes para um controlo de facto da sociedade.

Sendo factos desfavoráveis para a defesa, na medida em que vão no sentido do controlo de facto da sociedade, questão central neste processo, e que não resultam concretamente da defesa apresentada, pois que as arguidas apenas mencionam genericamente que a Autoridade devia analisar as Atas e não concretizam com quaisquer exemplos de sessões ou referências a votações concretas, tais factos, que consubstanciam uma alteração dos factos constantes da nota de ilicitude, deviam ter sido comunicados à defesa, para que esta pudesse exercer o contraditório quanto aos factos e quanto às Atas usadas como meio de prova.

Tanto mais que a própria defesa sugere que a Autoridade devia analisar o conteúdo das deliberações dos órgãos sociais e apresentar os resultados à defesa, para que esta exercesse o contraditório.

Nem se diga que não há elementos novos que configurem violação do direito de defesa, pois o controlo de facto da sociedade por um acionista minoritário é precisamente tentado demonstrar pelo teor das Atas, que comprovam que o acionista detinha uma percentagem elevadíssima de presenças nas Assembleias e que, conseqüentemente, o grupo ANF lograva a aprovação das deliberações sociais pretendidas. Além do mais, se não há factos novos com relevância, pergunta-se por que razão terá a Autoridade decidido analisar as Atas e incluir nos factos provados menção às presenças nas Assembleias e as deliberações tomadas.

Por outro lado, não se diga que a defesa não apresentou qualquer refutação especificada da análise feita pela Autoridade da Concorrência. As arguidas deviam ter sido notificadas em fase administrativa sobre as conclusões que a Autoridade retirou das Atas que analisou, não estando obrigadas em fase judicial a pronunciar-se sobre tal matéria, o que poderia ser interpretado como o fazer uso do direito de defesa que lhes foi negado pela Autoridade em fase administrativa.

Por último, não se argumente que as arguidas conhecem as Atas. É certo que, via de regra, todos os arguidos conhecem a documentação e os factos que lhes dizem respeito. A questão reside no direito que assiste aos arguidos de conhecerem dentro da imensidão de documentos e factos da sua vida, quais os que a Autoridade Administrativa selecionou como relevantes para lhes imputar a prática de um facto ilícito. Só assim os arguidos se poderão defender apresentando contraprova, pondo em causa a interpretação ou valoração dada aos mesmos, etc.

O intuito de celeridade do processo administrativo não pode chegar ao ponto de privar o arguido de se pronunciar sobre factos relevantes que lhe vão ser imputados na decisão, e que não constavam da nota de ilicitude, nem sobre o resultado de diligências de prova que a Autoridade considerou pertinentes e, no caso, até foram efetuadas na sequência de requerimento da defesa, que expressava o interesse no exercício do contraditório face as conclusões da Autoridade”.

18. Em consequência, na sentença de 27 de setembro de 2013, o Tribunal considerou ter sido violado o direito de defesa das Visadas, consagrado no n.º 10 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa (“CRP”), tendo a decisão da AdC e os atos subsequentes sido considerados nulos.
19. O Tribunal determinou ainda a remessa dos autos à AdC “para que pratique os atos necessários a dar integral cumprimento ao direito de defesa, notificando as arguidas dos novos factos desfavoráveis e dos meios de prova que os sustentam e dando-lhes a possibilidade de, em prazo razoável, se pronunciarem sobre os mesmos”.

1.5 Comunicação da AdC às Visadas para exercício do direito de defesa

20. Em cumprimento da sentença de 27 de setembro de 2013, a AdC notificou as Visadas, a 29 de janeiro de 2014 (S-AdC/2014/318, S-AdC/2014/319 e S-AdC/2014/320), dos factos e meios de prova cuja notificação para efeitos do exercício do direito de defesa havia sido determinada pelo Tribunal, fixando um prazo de 20 dias úteis para pronúncia pelas mesmas.
21. No dia 27 de fevereiro de 2014 as Visadas apresentaram a respetiva defesa escrita (doravante referida como “defesa escrita de 27 de fevereiro de 2014”), tendo defendido que:

“A) A NIC [nota de ilicitude complementar] é nula por violar o direito a um processo justo e equitativo;

- B) Na medida em que os Administradores Armando Júlio dos Reis e Fernando Costa Freire não exerciam os seus mandatos no interesse do grupo ANF, a maioria no Conselho de Administração não representava o referido grupo;*
- C) A transação em causa não envolveu qualquer alteração de controlo;*
- D) E mesmo que tivesse existido qualquer alteração de controlo — o que se equaciona por mero dever de patrocínio e sem conceder —, o critério de notificação relativo ao volume de negócios previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência não se encontrava preenchido”.*
22. A alegada violação do direito a um processo justo e equitativo é estribada nos seguintes argumentos:
- (i) “a AdC elaborou a NIC usando elementos que já constavam dos autos aquando da prolação da NI, e que nessa altura entendeu por bem omitir”;*
 - (ii) “novas NI’s, apesar de admissíveis, têm de respeitar as garantias de defesa dos Arguidos e, acima do mais, o direito a um processo justo e equitativo”;*
 - (iii) “esta conduta da AdC esvazia por completo o direito de defesa. Com esta estratégia processual adotada por essa Autoridade, esvazia-se o direito constitucional do contraditório, tomando-o numa mera formalidade que tem que ser exercida com todas as cautelas de modo a não fornecer à AdC elementos que possam vir a ser usados contra si em novas NI’s”;*
 - (iv) “[a] estratégia processual da AdC cria inelutavelmente uma desigualdade entre as partes em litígio”;*
 - (v) “os factos que podiam ter sido usados na primeira NI - e só por vontade dessa Autoridade não o foram —, não podem agora ser usados na NIC”;*
 - (vi) “a AdC volta a usar os mesmos meios de prova e persiste em acusar as Arguidas por factos relativamente aos quais o Tribunal então considerou haver uma clara violação dos direitos de defesa das Arguidas”;*
 - (vii) “as Arguidas não contestam que as novas NI’s as NIC’s são admissíveis, mas tal factualidade não pode ser usada sem limites - como parece ter sido o presente caso”.*
23. Em conformidade com o acima exposto, as Visadas “*abstêm-se de comentar o teor dos parágrafos 45 a 49, e, bem assim, dos parágrafos 91 e 92 da NIC, na medida em que respeitam a prova contaminada pela violação dos direitos de defesa constitucionalmente tutelados*”, entendendo que a comunicação para exercício do direito de defesa de 29 de janeiro de 2014 “*está ferida do vício de nulidade por violação do direito a um processo justo e equitativo*”.
24. Relembre-se que a comunicação para exercício do direito de defesa de 29 de janeiro de 2014 se limita estritamente a cumprir a sentença de 27 de setembro de 2013.
25. Efetivamente, na sua decisão de 28 de dezembro de 2012, a AdC, entendendo que as referências às assembleias gerais e respetivas atas, incluídas na sequência da defesa escrita de 17 de maio de 2012, não consubstanciavam factos ou provas novas, na medida em que o facto relevante correspondia à existência de controlo decorrente da representação nos órgãos sociais, *maxime* conselho de administração, referido na nota de ilicitude de 30 de março de 2012, veio a condenar as Visadas.
26. Não obstante, na sequência da sentença de 27 de setembro de 2013, acima parcialmente transcrita, a AdC, conformando-se com a mesma, notificou as Visadas,

a 29 de janeiro de 2014 para se pronunciarem sobre os factos e as provas que o Tribunal havia considerado serem “novos” e que decorriam da sua própria defesa escrita de 17 de maio de 2012.

27. Assim, a sentença ordenou a remessa dos autos para a AdC para que esta sanasse a nulidade decretada, o que a AdC efetuou, dando cumprimento ao artigo 32.º, n.ºs 5 e 10 da CRP, não vendo as Visadas por qualquer forma prejudicados os seus direitos de audiência e de defesa e ficando totalmente garantido o seu direito a um processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4 da CRP).

1.6 Transação

28. A 3 de abril de 2014 as Visadas apresentaram à AdC uma proposta de transação, atualizada em 11 de junho, com o seguinte teor:

“As arguidas confessam os factos e reconhecem a sua responsabilidade na infracção em causa;

• As arguidas abdicam do exercício do seu direito ao recurso judicial da decisão condenatória que venha a ser adoptada pela Autoridade da Concorrência;

• A coima a aplicar pela Autoridade da Concorrência a cada uma das arguidas, a saber 0,05% do volume de negócios no ano fiscal de 2013, será reduzida em um terço.

• Deste modo, a coima a aplicar à Associação Nacional de Farmácias corresponde a €6.879,13 (seis mil, oitocentos e setenta e nove euros e treze cêntimos) e a coima a aplicar à Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A. corresponde a €111.958,24 (cento e onze mil novecentos e cinquenta e oito euros e vinte e quatro cêntimos);

• Não será aplicada qualquer coima à Farminveste 3 — Gestão de Participações, SGPS, Lda”;

• Nem tampouco será exigido qualquer montante adicional a outro título às Arguidas.”

2. FACTOS

2.1. Identificação da Denunciante

29. A empresa IMS Health, Lda. apresentou, a 18 de junho de 2008, denúncia sobre a não notificação à Autoridade da Concorrência de uma operação de concentração.

2.2. Identificação das Visadas

30. As Visadas são a Associação Nacional de Farmácias (ANF) e as sociedades Farminveste e Farminveste, S.A.

31. A ANF era, à data, uma associação que tinha essencialmente por fim representar os legais proprietários de farmácias, com vista à defesa dos seus interesses comuns. “A ANF engloba: (i) uma área relativa à estratégia política e associativa com estruturas de suporte transversais a todos os serviços prestados pelos seus associados; (ii) uma outra área relacionada com o património imobiliário; (iii) uma área relativa ao investimento e organização empresarial; e, por último, (iv) uma área de estudos,

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial. 9

investimento e desenvolvimento farmacêutico e de inovação profissional farmacêutica que é explorada pelo Instituto de Formação e Inovação Farmacêutica” (fls. 53 e 669). O Grupo de sociedades que encabeça é também denominado “Grupo ANF”.

32. A Farminveste, S.A. é uma sociedade que tem como objeto social investimentos e gestão de bens móveis e imóveis, nomeadamente, em participações no capital de outras sociedades ou de instituições sem fins lucrativos; gestão de bens próprios, quer imóveis, quer móveis, e, nomeadamente de participações no capital de outras sociedades ou de instituições sem fins lucrativos; exploração de estabelecimentos industriais, comerciais ou de serviços, próprios ou alheios e prestação de serviços de assistência a empresas em geral. Era, à data, uma sociedade integralmente detida e controlada pela ANF (fls. 53, 55, 672 e 674).
33. A Farminveste, sociedade comercial com sede na Travessa de Santa Catarina, n.º 8, 1200-403 Lisboa, pessoa colectiva n.º 508515173, inscrita na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o mesmo número, era, à data, uma sociedade gestora de participações sociais cujo capital social era 99,999% detido pela Farminveste, S.A., sendo os restantes 0,001% detidos pela ANF. Foi constituída em 2008, para efeitos de aquisição da ParaRede/Consiste (fls. 53 a 54, 62 e 669 a 670).

2.3. Factos relativos à prática contra-ordenacional

2.3.1. Operação de concentração

2.3.1.1. Descrição da operação de concentração efetuada na Nota de Ilícitude

34. Verificou-se uma operação correspondente a uma fusão por incorporação da Consiste na ParaRede/Glittt, com uma subsequente atribuição de uma participação de 49,83% do capital da nova entidade ao Grupo ANF (fls. 62 a 64 e 873 a 876).
35. Atento o regime do Código do Mercado dos Valores Mobiliários, a Glittt emitiu um conjunto de comunicados ao mercado, dos quais consta a descrição dos principais eventos relacionados com a transação referida acima (fls. 873 a 876).
36. A 19 de fevereiro de 2008, a ParaRede emitiu um comunicado de imprensa, no qual informava que havia celebrado com a Consiste um Memorando de Entendimento (MoU) para a fusão das duas empresas, informando ainda que o capital da nova empresa seria constituído por participações de 50% para cada uma das partes (fls. 46 e 704).
37. A 18 de abril de 2008, o Conselho de Administração da ParaRede e o Conselho de Gerência da Consiste aprovaram o projeto de fusão por incorporação da segunda na primeira, através da transferência do respetivo património e a subsequente alteração da composição acionista da nova entidade, a qual passou a integrar o Grupo ANF (através da Farminveste) com uma participação de 49,5% do capital (fls. 46).
38. A 9 de junho de 2008, realizou-se a Assembleia Geral da Consiste, na qual foi aprovada a fusão por incorporação da Consiste na ParaRede. Na mesma Assembleia Geral, foi deliberada, nomeadamente, a alteração dos Estatutos, por forma a permitir a reestruturação do capital social, bem como a alteração da denominação social da

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 10 considerado como confidencial.

empresa para Glintt, e a aprovação da nova composição dos órgãos sociais para o triénio 2008/2010 (fls. 600 e segs.).

39. A 11 de junho de 2008, realizou-se a Assembleia Geral da ParaRede, na qual foi aprovada a fusão por incorporação da Consiste na ParaRede. Na mesma Assembleia Geral, foi deliberada, nomeadamente, a alteração dos Estatutos, por forma a permitir a reestruturação do capital social, bem como a alteração da denominação social da empresa para Glintt, e a aprovação da nova composição dos órgãos sociais para o triénio 2008/2010 (fls. 46, 47, 610 e segs. e 873 e segs.).
40. A 4 de julho de 2008, na sequência da derrogação da CMVM da obrigação de lançamento de oferta pública de aquisição (OPA) — que era condição suspensiva —, foi efetuado o registo da operação (fls. 47).
41. A 23 de julho de 2008, a Glintt informou o mercado que, naquela data, ficou concluído o registo comercial das deliberações da Assembleia Geral realizada a 11 de junho de 2008 (fls. 47, 873 a 876).
42. A 24 de julho de 2008, a Glintt comunicou ao mercado que a Farminveste a havia informado de que: a participação de 0,08% no capital social da Glintt, detida pelo Dr. João Carlos Lombo da Silva Cordeiro (membro do Conselho de Administração da Farminveste), tal como a participação de 0,02% no capital social da Glintt, detida pelo Dr. João Gonçalves da Silveira (membro do Conselho de Gerência da Farminveste, S.A.), eram imputáveis à Farminveste. Neste sentido, eram imputáveis à Farminveste, à Farminveste, S.A. e à ANF, na qualidade de entidade com controlo nas referidas sociedades, 49,83% do capital e dos direitos de voto na Glintt (fls. 875 e 876).
43. Assim, e como decorre do Relatório e Contas da Glintt de 2008, as participações qualificadas no capital social do emitente, calculadas nos termos do artigo 20.º do Código dos Valores Mobiliários (“CVM”), de acordo com as informações reportadas à Sociedade e por referência a 31 de Dezembro de 2008 (fls. 156), são as seguintes:

Acionistas	Ações	Capital %	Votos %
Farminveste SGPS, Lda.*	43.246.620	49,73%	49,73%
João Cordeiro*	70.000	0,08%	0,08%
João Gonçalves da Silveira*	19.000	0,02%	0,02%
José Ribeiro Gomes	2.600.000	2,98%	2,98%
Structured Investments, SGPS, S.A.	2.520.000	2,89%	2,89%
Mota-Engil, Ambiente e Serviços, S.A.	2.034.795	2,34%	2,34%
Total das Participações qualificadas	50.490.415	58,04%	58,04%

44. Em outubro de 2009, verifica-se que não ocorreram alterações significativas nas participações na estrutura acionista da Glintt, as quais correspondiam, à data, às seguintes (fls. 816 e 846):

Acionistas	Ações	Capital %	Votos %
-------------------	--------------	------------------	----------------

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 11 considerado como confidencial.

Farminveste	43.246.620	49,83%	49,83%
José Ribeiro Gomes	2.600.000	2,98%	2,98%
UBS AG, Zurich and Basel	1.782.769	2,05%	2,05%
Structured Investments, SGPS, S.A.	1.709.877	1,96%	1,96%
Mota-Engil, Ambiente e Serviços, S.A.	1.688.932	1,94%	1,94%

Nota: As ações da Farminveste correspondem às ações identificadas com * na tabela anterior, tal como se explica no §42.

45. A composição do Conselho de Administração da Glintt, aprovada em 11 de junho de 2008, era a seguinte (fls. 48 a 49, 226 e 706 a 707):
- (i) Presidente Dr. João Carlos Lombo da Silva Cordeiro **(Grupo ANF)**;
 - (ii) Vogal Dr. Pedro Miguel Marques Rebelo Pinto;
 - (iii) Vogal Eng. Fernando Jorge da Costa Freire **(Grupo ANF)**;
 - (iv) Vogal Dr. Armando Júlio Rio dos Reis **(Grupo ANF)**;
 - (v) Vogal Dr. Vítor Manuel Lopes Segurado **(Grupo ANF)**;
 - (vi) Vogal Dr. Abel Bernardino Teixeira Mesquita **(Grupo ANF)**;
 - (vii) Vogal Dr. Joaquim Aníbal Brito Freixial de Goes;
 - (viii) Vogal Dr. João Nuno Bernardes da Costa Moreira;
 - (ix) Vogal Dr. Pedro Manuel de Barros Inácio.
46. A composição da Comissão Executiva da Glintt, aprovada em 11 de junho de 2008, era a seguinte (fls. 817 e 846):
- (i) Presidente Executivo Eng. Fernando Jorge da Costa Freire **(Grupo ANF)**;
 - (ii) Administrador Executivo Dr. Pedro Miguel Marques Rebelo Pinto;
 - (iii) Administrador Executivo Dr. Armando Júlio Rio dos Reis **(Grupo ANF)**;
 - (iv) Administrador Executivo Dr. João Nuno Bernardes da Costa Moreira.
47. A composição da Mesa da Assembleia Geral da Glintt, aprovada em 11 de junho de 2008, era a seguinte (comunicado de 24 de julho referido *supra*; fls. 817 e 846):
- (i) Presidente Dr. António Soares;
 - (ii) Secretário Dr. Marcos de Sousa Monteiro.
48. O regime de deliberação em Assembleia Geral em vigor à data era o constante do artigo 13.º dos Estatutos da empresa e correspondia ao seguinte:

“ARTIGO DÉCIMO TERCEIRO

(Deliberações)

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial. 12

UM – As deliberações da Assembleia Geral serão tomadas por maioria simples dos votos presentes, salvo disposição legal ou estatutária que exija maioria qualificada.

(...)" (Sublinhado nosso; fls. 817 a 819 e 847 a 848).

49. O regime de deliberação em Conselho de Administração consta dos artigos 15.º e 16.º dos Estatutos e correspondia ao seguinte:

“ARTIGO DÉCIMO QUINTO

(Competência do Conselho de Administração)

(...)

DOIS – Sem prejuízo dos demais limites fixados na lei, o Conselho de Administração não pode delegar a sua competência para: (i) definir a estratégia e as políticas gerais da sociedade; (ii) definir a estrutura do grupo; (iii) tomar decisões que devam ser consideradas estratégicas devido ao seu montante, risco ou às suas características especiais.

(...)" (Sublinhado nosso; fls. 817 a 819 e 847 a 848).

“ARTIGO DÉCIMO SEXTO

(Reuniões e Deliberações do Conselho de Administração)

(...)

TRÊS – O Conselho de Administração só poderá deliberar estando presente ou representada a maioria dos seus membros, podendo os Administradores fazer-se representar nas reuniões por outro Administrador mediante carta dirigida ao Presidente do Conselho (sublinhado nosso).

QUATRO – As deliberações serão tomadas por maioria simples dos votos, podendo os Administradores votar por correspondência (sublinhado nosso).

CINCO – O Presidente tem sempre voto de qualidade. Em caso de ausência ou de impedimento do Presidente, tem voto de qualidade o membro do Conselho de Administração ao qual tenha sido atribuído esse direito no respectivo acto de designação (...)"(Sublinhado nosso; fls. 817 a 819 e 847 a 848).

50. Nos termos do Relatório sobre o Governo da Sociedade Glintt, o Conselho de Administração reservou para si, nomeadamente, as seguintes matérias: (i) aprovação dos relatórios e contas anuais; (ii) aprovação dos planos estratégicos e das políticas gerais da sociedade e do Grupo e (iii) aprovação do orçamento anual, incluindo o enquadramento das contratações de pessoal (fls. 138 e segs., 819 e 848).

51. A fusão entre a ParaRede e a Consiste é um dos elementos de uma operação mais complexa, dado que, na sequência da fusão, foi efetuado um aumento do capital social da ParaRede/Glintt, subscrito pela Farminveste (Grupo ANF), que lhe confere uma participação de 49,83% no capital social da nova entidade e correspondentes direitos de voto.

52. A listagem de participações qualificadas no capital social da Glintt, bem como na correspondente percentagem de direitos de voto, revela que a posição da ANF (via

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial.

- Farminveste) supera largamente todas as restantes, concentrando em si quase 50% do capital e correspondentes direitos de voto, representando as restantes participações qualificadas, cada uma, menos de 3% do capital e correspondentes direitos de voto.
53. Na Assembleia Geral de 11 de junho — que aprovou a fusão da Consiste na ParaRede — procedeu-se, igualmente, à aprovação da nova composição dos órgãos sociais da Glintt para o triénio 2008/2010 (fls. 226 e 610 a 620).
 54. Assim, via ANF ou via Farminveste, encontravam-se ligados ao Grupo ANF o seu Presidente, Dr. João Carlos Lombo da Silva Cordeiro, e os Vogais Dr. Vítor Manuel Lopes Segurado, Dr. Abel Bernardino Teixeira Mesquita e Eng. Carlos Filipe Pires de Gouveia Correia de Lacerda, referidos como “Administradores da Farminveste” pela própria Farminveste a fls. 817 e 846.
 55. Eram administradores da Consiste, integrada na Glintt, o Vogal Eng. Fernando Jorge da Costa Freire e o Vogal Dr. Armando Júlio Rio dos Reis (fls. 173, 191 e 193).
 56. Tendo sido administradores da Consiste, empresa integrada no Grupo ANF, nos anos que antecederam a operação, o Vogal Eng. Fernando Jorge da Costa Freire e o Vogal Dr. Armando Júlio Rio dos Reis encontravam-se ligados ao Grupo ANF.
 57. Da análise desta nova composição dos órgãos sociais, constata-se que o Conselho de Administração da Glintt passaria a integrar 9 membros (Presidente e oito vogais), dos quais 5 – incluindo o seu Presidente –, tinham ligações, diretas ou indiretas, ao Grupo ANF.
 58. Os factos em seguida enumerados:
 - (i) As denominadas “matérias estratégicas” estavam reservadas ao Conselho de Administração;
 - (ii) O Conselho de Administração era composto, com manifesta maioria, de membros com ligações ao Grupo ANF;
 - (iii) O Conselho de Administração deliberava por maioria simples dos votos, tendo o Presidente sempre voto de qualidade (Artigo Décimo Sexto, números 4 e 5 dos Estatutos da Glintt);

permitem retirar a conclusão de facto de que os 49,83% do capital social da Glintt (e os correspondentes direitos de voto) imputáveis ao Grupo ANF, lhe permitiam deter uma influência determinante em decisões estratégicas da Glintt.

2.3.1.2. Posição das Visadas quanto à estrutura da operação e aquisição de controlo

59. Tal como haviam defendido na defesa escrita de 17 de maio de 2012, na defesa escrita de 27 de fevereiro de 2014, as Visadas vêm defender — nos pontos 34 a 54 — que:
 - (i) a empresa adquirida (pela ParaRede) foi a Consiste, anteriormente pertencente ao Grupo ANF, e não a ParaRede pelo Grupo ANF, o qual não adquiriu o controlo daquela empresa;
 - (ii) o Grupo ANF não se encontrava representado no Conselho de Administração nem na Comissão Executiva da empresa resultante da fusão da Consiste na ParaRede com uma maioria dos representantes destes órgãos, pelo que não controlava esta empresa.

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial. 14

60. No que respeita à estrutura da operação, referem as Visadas que foi a ParaRede que adquiriu a Consiste e não a Consiste (pertencente ao grupo ANF antes da operação) que adquiriu a ParaRede.
61. Tal decorre, afirmam, da operação se ter configurado em termos como uma incorporação da Consiste na ParaRede, e de o património da Consiste — que deixou de existir — ter sido transferido para a ParaRede, grupo cuja dimensão alegadamente duplicou com a operação.
62. Relativamente à aquisição de controlo da ParaRede pelo Grupo ANF, as Visadas defendem que, ao contrário do que é expresso na Nota de Ilícitude, os Administradores Armando Júlio dos Reis e Fernando Costa Freire não exerciam os seus mandatos no interesse do grupo ANF, mas eram, antes, “gestores independentes”.
63. Não obstante admitirem que estes administradores haviam sido administradores da Consiste, referem que “*assumiam as suas funções como gestores contratados, sob mandato do Conselho de Gerência, sem qualquer ligação adicional aos Acionistas*” (no âmbito da Consiste).
64. Segundo as Visadas, o carácter independente dos gestores decorre da declaração do Conselho de Administração da Glintt, constante do respetivo Relatório e Contas de 2008, sob a epígrafe “Deveres Gerais de Informação”, de que todos os seus membros são considerados independentes à exceção dos seguintes membros:
- “*Dr. João Carlos Lombo da Silva Cordeiro, por ser Presidente da Direcção da Associação Nacional do Farmácias, à qual são imputados 49,83% dos direitos de voto.*”
 - “*Dr. Abel Bernardino Teixeira Mesquita, por ser Administrador da Farminveste — Investimentos, Participações e Gestão SGPS, Lda, à qual são imputados 49,83% dos direitos de voto.*”
 - “*Dr. Vítor Manuel Lopes Segurado, por ser Vice-Presidente da Direcção da Associação Nacional do Farmácias, à qual são imputados 49,83% dos direitos de voto.*”
 - “*Dr. Pedro Miguel Marques Rebelo Pinto, por ser Presidente do Conselho de Administração da Structured Investments, SGPS, S.A., detentora de 2,89% dos direitos de voto.*”
 - “*Dr. João Nuno Bernardes da Costa Moreira, por ser Vogal do Conselho de Administração da Structured Investments, SGPS, S.A., detentora de 2,89% dos direitos de voto.*”
65. Alegam ainda que, tendo a eleição para os corpos sociais ocorrido a 11 de junho de 2008, a AdC deveria afirmar, “*sob pena de incoerência*”, que a alteração de controlo se havia operado nessa data, a mesma data em que a AdC considerou, na sua decisão de 28 de maio de 2010, no processo Ccent. 47/2009 – Farminveste/ParaRede, como o momento da conclusão do acordo, para efeitos da data de notificação.
66. Atendendo a que a Structured Investments, SGPS, S.A., representada por 2 administradores, “*não tinha nem tem qualquer relação com o Grupo ANF*”, e este Grupo apenas tem 3 representantes, sendo os demais administradores independentes, o Grupo ANF não dispunha, segundo as Visadas, de uma maioria no Conselho de Administração nem de qualquer representante na Comissão Executiva.
67. Nestes termos, defendem as Visadas que “*a maioria eleita para o Conselho de Administração da Glintt para o triénio 2008/2010 era composta por pessoas ligadas à*”

ParaRede, tendo também sido eleitos 3 novos membros do grupo ANF, que, por seu turno, almejava adquirir uma participação social minoritária naquela empresa” acrescentando que a eleição dos membros dos órgãos sociais data de 11 de junho de 2008, data anterior à da aquisição de controlo descrita pela AdC.

2.3.1.3. Posição da AdC quanto à estrutura da operação e aquisição de controlo

68. A AdC, ao descrever a operação enquanto fusão por incorporação da Consiste na ParaRede não ignora, nem ignorou, que a ParaRede incorporou a Consiste, tendo o património desta sido transferido para a primeira.
69. Na realidade, a AdC nunca afirmou o contrário, isto é, que teria sido a Consiste a adquirir a ParaRede, antes confirmou que, na senda da descrição da operação pela própria Notificante no formulário de notificação, se trata de uma operação complexa, correspondente a uma fusão por incorporação da Consiste na ParaRede, mediante a transferência global do património da Consiste SGPS para a ParaRede SGPS de acordo com os valores contabilísticos apurados nos balanços que serviram de base à fusão, e a subsequentemente aquisição de ações da empresa resultante da fusão pelo Grupo ANF, anterior detentor do capital social da Consiste (afirmações da Notificante a fls. 50 e 51).
70. Esta transferência para incorporação da Consiste na ParaRede teve, assim, e como a própria Notificante refere ainda a fls. 50, contrapartidas a favor da Farminveste, isto é, do Grupo ANF.
71. Efetivamente, a Farminveste, enquanto notificante no processo de controlo da operação, refere:
- “(N)o âmbito desta fusão, a sociedade Farminveste SGPS, na qualidade de sócia única da Consiste SGPS, recebeu 0,9801980198 ações da Glinnt por cada ação representativa do capital social à data da Glinnt, com o necessário arredondamento para a unidade superior.*
- A Glinnt procedeu a um aumento do seu capital social em €43.046620,00, passando, por efeito da fusão, do montante de €43.916.248,50 para o montante de €86.982.868,50, tendo **emitido e entregue à Farminveste SGPS 430.466.200 ações no valor nominal de €0,10 cada, representativas de 49,5% do capital social da Glinnt que resultou do aumento de capital realizado por efeito da fusão**” (negrito nosso).*
72. Tratando-se de duas operações jurídico-materiais interligadas, são as mesmas, nos termos e para os efeitos do controlo de concentrações, uma só operação, como decorre do conceito legal e da correspondente prática nacional e comunitária, esta última plasmada na Comunicação Consolidada da Comissão em Matéria de Competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (doravante também referida por “Comunicação Consolidada da Comissão”)¹, que é utilizada como referência interpretativa do Direito nacional, atenta a influência do Direito europeu da concorrência.
73. Note-se que, ainda que fossem consideradas operações autónomas, a aquisição do controlo da ParaRede/Glinnt pelo Grupo ANF seria uma operação de concentração.

¹ Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (2008/C 95/01), p. 38.
Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial.

74. Efetivamente, e como decorre da Comunicação Consolidada da Comissão, não relevam o meio ou a forma como o controlo foi adquirido, importando antes a alteração de controlo que, neste caso, decorreu sobre a ParaRede/Glantt.
75. Assim, a AdC atentou efetivamente na alteração da estrutura de controlo verificada, a final, constatando-se não ser verdade que a empresa adquirida tenha sido “*única e exclusivamente a Consiste*”, uma vez que a contrapartida da transferência do património da Consiste foi a aquisição de 49,5% do capital social da Glantt (anterior ParaRede).
76. Ora a aquisição de controlo, em regra, decorre da aquisição da maioria do capital social e pode decorrer de uma situação de direito ou de facto.
77. No âmbito da operação em análise, tal como descrito nos pontos 13 a 36 da Nota de Ilícitude de 30 de março de 2012, decorreu da aquisição de capital e da correspondente capacidade de nomeação de representantes nos órgãos sociais da empresa adquirida.
78. Tal como referido supra no ponto 65, alegam ainda que, tendo a eleição para os corpos sociais ocorrido a 11 de junho de 2008, a AdC deveria afirmar, “*sob pena de incoerência*”, que a alteração de controlo se havia operado nessa data, a mesma data em que a AdC considerou, na sua decisão de 28 de maio de 2010, no processo Ccent. 47/2009 – Farminveste/ParaRede, como o momento da conclusão do acordo, para efeitos da data de notificação.
79. No caso concreto, o processo de aquisição do capital e da correspondente capacidade de nomeação de representantes nos órgãos sociais da empresa adquirida ocorreu de forma faseada, tendo-se realizado a Assembleia Geral da Consiste a 9 de junho de 2008 e a da ParaRede a 11 de junho de 2008, em que se aprovou a fusão e se deliberou sobre a alteração de Estatutos, a alteração da denominação social e se aprovou a nova composição dos órgãos sociais para o triénio 2008/2010; o registo da operação — relevante para a produção de efeitos contra terceiros — só se efetuou, contudo, a 4 de julho de 2008, ficando concluído apenas, segundo informação da Glantt ao mercado (fls. 873 a 876) a 23 de julho de 2008.
80. A operação de concentração corresponde, assim, a um processo complexo, em que a configuração do acordo subjacente é negociada, delineada e tornada eficaz em diversos momentos subsequentes, o que não obsta, por definição, à obrigatoriedade de cumprimento das obrigações legais correspondentes.
81. Neste processo, complexo, a empresa adquirida não é, por natureza, a Consiste, que se extinguiu na sequência da respetiva incorporação na ParaRede; é sim a própria ParaRede/Glantt, cujo controlo foi adquirido, como contrapartida da incorporação da Consiste, pela Farminveste, pela Farminveste, S.A. e pela ANF.
82. Ora, como referido acima, na sequência da operação eram imputáveis à Farminveste, à Farminveste, S.A. e à ANF, na qualidade de entidade com controlo nas referidas sociedades, 49,83% do capital e dos direitos de voto na Glantt (fls. 875 e 876).
83. Efetivamente, conforme referido *supra* nos pontos 43 e 44, após a fusão em 2008 e em 2009 mantém-se destacadíssima a participação do Grupo ANF, com os mesmos 49,83%.
84. Para além deste acionista, apenas a participação da Structured Investments, SGPS, S.A., inicialmente de 2,89% e em 2009 de 1,96%, tem algum reflexo na composição dos órgãos sociais.
85. Sublinhe-se que a diferença de representatividade no capital da Structured para o Grupo ANF é superior a 45%.

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 17 considerado como confidencial.

86. Esta destacada participação qualificada do Grupo ANF, em face da dispersão das demais participações sociais, previamente explanada na Nota de Ilícitude, constitui já, por si só, no contexto da operação, um elemento atributivo de controlo, o qual naturalmente em regra se traduz, como acontece no presente caso, na correspondente representatividade nos órgãos sociais, como refere a Glintt no seu Relatório e Contas de 2008 (fls. 163) “*são os Accionistas que definem a composição do Conselho de Administração*”.
87. Tal decorre ainda da Comunicação Consolidada da Comissão, que expressamente refere que o “*facto de uma operação dar lugar à aquisição de controlo depende, por conseguinte, de uma série de elementos de facto e/ou de direito. Os meios mais comuns de aquisição de controlo são a aquisição das acções*”².
88. Ora, como refere a Farminveste a fls. 46, a 19 de fevereiro de 2008 a ParaRede divulgou um Memorando de Entendimento (fls. 539 e segs) nos termos do qual se comprometeu a negociar com a Farminveste e a Consiste durante o prazo de dois meses, os termos de uma operação de fusão que permitisse a integração da Consiste no Grupo ParaRede, tendo sido subsequentemente, em abril, aprovado um projeto de fusão pelo Conselho de Administração da ParaRede e pelo Conselho de Gerência da Consiste, nos termos do qual se operava uma transferência global do património da Consiste para a ParaRede. Em seguida, em junho de 2008, este projeto de fusão foi aprovado pelas Assembleias Gerais das duas sociedades, nas quais foi aprovado o aumento de capital social da ParaRede subscrito pela Farminveste que passou a deter os referidos 49,83%, sendo ainda eleitos, na mesma Assembleia Geral os novos membros dos órgãos sociais da ParaRede e alterando a mesma a sua firma para Glintt.
89. Ora no Memorando de Entendimento (fls. 541) previa-se uma relação de troca nos termos da qual as partes aportariam cada uma 50% do valor patrimonial que previam que a sociedade viria a ter após a fusão. Decorria ainda do mesmo que as participações relativas a cada parte no capital social (que determinam, em regra, a capacidade de controlar as empresas) seriam objeto de negociação; refere-se: “*o valor final da relação de troca da Fusão será acordado no âmbito do processo negocial*”.
90. O reflexo das negociações encontra-se, assim, no projeto de fusão (fls. 545 e segs.), do qual não só consta o projeto de estatutos da futura sociedade (fls. 587 e segs.), como determina quais os membros do Conselho de Administração e da Comissão Executiva posteriormente aprovados na Assembleia Geral da Glintt de 11 de junho de 2008 (ata da Assembleia Geral a fls. 610 e segs. e, sobre a deliberação relativa aos órgãos de gestão para o triénio 2008/2010, fls. 615 e 616).
91. Relativamente à aquisição de controlo da ParaRede pelo Grupo ANF, as Visadas defendem que, ao contrário do que é expresso na Nota de Ilícitude, os Administradores Armando Júlio dos Reis e Fernando Costa Freire não exerciam os seus mandatos no interesse do grupo ANF, mas eram, antes, “gestores independentes”.
92. Não obstante admitirem que os referidos administradores haviam sido administradores da Consiste, referem que os mesmos “*assumiam as suas funções como gestores contratados, sob mandato do Conselho de Gerência, sem qualquer ligação adicional aos Accionistas*” (no âmbito da Consiste).
93. Ora, em todos os casos, os gestores são contratados para gerir as correspondentes empresas representando os interesses de quem esteve na base da respetiva escolha ou nomeação, independentemente de se tratar ou não de gestores profissionais.

² Cfr. Comunicação Consolidada cit., ponto 17.

94. No presente caso, a respetiva nomeação e escolha teve na sua base o facto de os dois Administradores, Armando Júlio dos Reis e Fernando Costa Freire, terem sido, pelo menos nos sete anos anteriores, administradores da Consiste, sociedade pertencente e controlada exclusivamente pelo Grupo ANF, que os escolheu e nomeara, e que, pelo acordo de fusão, atua no sentido de que os mesmos passarem a ser administradores da empresa resultante da fusão por incorporação, a ParaRede/Glantt, por um período longo, correspondente à duração do mandato, o triénio 2008/2010.
95. Como referido *supra* no ponto 64, defendem ainda as Visadas que o carácter independente dos gestores decorreria da declaração do Conselho de Administração da Glantt, constante do respetivo Relatório e Contas de 2008, sob a epígrafe “Deveres Gerais de Informação”, de que todos os seus membros são considerados independentes à exceção do Dr. João Carlos Lombo da Silva Cordeiro, do Dr. Abel Bernardino Teixeira Mesquita, do Dr. Vítor Manuel Lopes Segurado, do Dr. Pedro Miguel Marques Rebelo Pinto e do Dr. João Nuno Bernardes da Costa Moreira.
96. Sublinham as Visadas que a declaração acima citada, constante do Relatório & Contas da Glantt, era prestada individualmente pelos Administradores, nos termos legais, e aprovada, subsequentemente, pelo Conselho de Administração e pela Assembleia Geral de Acionistas.
97. Não tem, contudo esta declaração de independência, a relevância pretendida pelas Visadas para efeitos da demonstração de ausência de controlo das Visadas no âmbito da operação de concentração.
98. Basta, para tanto, recordar que na prática e na jurisprudência relativas à aplicação do Direito da Concorrência, nomeadamente em sede de controlo de concentrações, este tipo de declarações emitidas no âmbito do direito societário não é valorizado em si mesmo para efeitos de determinação de controlo em sede de Direito da Concorrência, como decorre expressamente da Comunicação Consolidada da Comissão³, que dispõe, no respetivo parágrafo 22:

*“A legislação nacional de um Estado-Membro providencia, por vezes, regras específicas referentes à estrutura dos órgãos que representam a organização do processo de tomada de decisão no seio de uma empresa. Embora essas regras possam conferir um certo poder de controlo a pessoas que não os accionistas, em especial aos representantes dos trabalhadores, o conceito de controlo nos termos do Regulamento das concentrações não se refere a esses meios de influência, uma vez que se centra na influência decisiva usufruída com base em direitos, activos ou contratos ou ainda em outros meios equivalentes de facto. **As restrições incluídas nos estatutos da empresa ou previstas na lei geral no que diz respeito às pessoas elegíveis para ocupar um lugar no conselho de administração, tais como as disposições que requerem a nomeação de membros independentes ou que excluem as pessoas que exercem um cargo ou têm um vínculo laboral com as empresas-mãe, não excluem a existência de controlo, desde que os accionistas decidam em matéria de composição dos órgãos de gestão. De modo análogo, apesar das disposições do direito nacional que prevêm que as decisões de uma sociedade devam ser tomadas pelos respectivos órgãos e ir no sentido dos seus interesses, o poder de adoptar essas decisões pertence às pessoas titulares dos direitos de voto, pelo que, por conseguinte, estas têm a possibilidade de exercer uma influência decisiva na sociedade**”* (sublinhado nosso).

³ Vide nota-de-rodapé n.º 2.

99. Neste sentido recorda a Comissão o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 23 de Fevereiro de 2006, Processo T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie BV contra Comissão das Comunidades Europeias* (Coletânea de Jurisprudência 2006 II-00319, parágrafos 30, 31, 37, 70, 73, 74 e 79), em que também a recorrente alegava que regras de independência semelhantes atestavam a ausência de controlo para efeitos de controlo de concentrações, o que foi afastado pelo Tribunal, que sublinhou que “*o interesse dos accionistas é sempre um factor a tomar em consideração para determinar aquilo que é o interesse da empresa*” (§37), nos termos posteriormente acolhidos no parágrafo acima transcrito da Comunicação Consolidada da Comissão.
100. Também neste caso foi alegado em recurso que a Comissão não teria cumprido a sua obrigação de fundamentar suficientemente a decisão recorrida, o que o Tribunal veio a considerar como improcedente no referido acórdão respeitante ao processo Cementbouw/Comissão.
101. Decorre, assim, da prática da Comissão Europeia e da jurisprudência que as disposições relativas à independência dos membros dos órgãos de administração, constantes dos estatutos da empresa e na lei, não “*excluem a existência de controlo, desde que os accionistas decidam em matéria de composição dos órgãos de gestão*”.
102. A questão é saber que acionistas os mesmos representam, o que no caso concreto, no que concerne aos anteriores administradores da Consiste, sociedade do Grupo ANF incorporada na ParaRede, incorporação que está na origem da participação deste Grupo no capital social da sociedade incorporante, não oferece grandes dúvidas.
103. Note-se que a declaração de independência que consta do Relatório de Gestão da Sociedade, invocada pelas Visadas na defesa escrita de 17 de maio de 2012, tem por base o conceito de independência previsto no n.º 1 do artigo 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais (Relatório & Contas da Glintt de 2008, pág. 51, fls. 188), que não afasta a representação de interesses relevante para efeitos da determinação de controlo no âmbito do Direito da Concorrência.
104. Efetivamente, trata-se de um juízo de valor que é feito pelo próprio órgão social, que “*deve ajuizar em cada momento da independência de cada um dos seus membros e fundamentar aos Accionistas, através de declaração incluída no Relatório sobre o Governo da Sociedade, a sua apreciação, seja no momento da designação, seja quando se verifique circunstância superveniente*”, órgão este, recorde-se, designado por acionistas com participações inferiores a 3% e pelo Grupo ANF, também acionista, com mais de 49% (Relatório & Contas da Glintt de 2008, pág 36, fls. 173).
105. Ora, o conceito de independência no âmbito do Direito societário encontra-se plasmado no n.º 5 do artigo 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais, que dispõe nos seguintes termos:
- “Considera-se independente a pessoa que não esteja associada a qualquer grupo de interesses específicos na sociedade nem se encontre em alguma circunstância susceptível de afectar a sua isenção de análise ou de decisão, nomeadamente em virtude de:
- a) Ser titular ou actuar em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 2% do capital social da sociedade;
 - b) Ter sido reeleita por mais de dois mandatos, de forma contínua ou intercalada”.
106. Como decorre do elenco exemplificativo constante das alíneas, trata-se de um critério eminentemente formal, com contornos não coincidentes com os do Direito da Concorrência.

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 20 considerado como confidencial.

107. Não obstante, mesmo formal, ainda este critério reconhece como determinante para a não independência o facto de um administrador ter sido reeleito por mais de dois mandatos [alínea b)], sendo que os dois administradores considerados independentes pelo Conselho de Administração, Armando Júlio dos Reis e Fernando Costa Freire, eram, de acordo com a proposta de órgãos sociais apresentada na Assembleia Geral de 11 de junho de 2008, administradores da Consiste (Grupo ANF) desde 2001, condição esta de administradores com vários mandatos na Consiste também refletida no próprio Relatório de Governo da Glintt (fls. 191 a 193).
108. O conceito de controlo em Direito da Concorrência assume, pelo contrário, uma natureza eminentemente material, sendo independente de declarações formais porventura emitidas. Basta ainda a mera potencialidade de influência, decorrendo esta, no caso concreto, não só do poder de nomear uma maioria de representantes no órgão de administração da empresa controlada, mas, em concreto, da efetiva nomeação desta maioria, nos termos do contrato (no caso, o projeto de fusão e a respetiva aprovação na Assembleia Geral da Consiste, a fls. 545 e segs.).
109. Não é, assim, de carrear aspetos relacionados com o controlo para efeitos de controlo de concentrações, vindos de outros ramos do Direito (e, como tal, não diretamente transponíveis).
110. Não sendo também, pelos mesmos motivos, de carrear para a argumentação do controlo a questão relacionada com o critério legal que impõe, e impunha no caso *sub judice*, a obrigatoriedade de lançamento de uma oferta pública de aquisição (OPA) pelo Grupo ANF nos termos do artigo 187.º do CVM, obrigação esta derogada pela CMVM, a pedido da Farminveste, S.A. (fls. 228), relativamente à qual não devem, para efeitos do caso *sub judice*, subsistir dúvidas quanto ao respetivo enquadramento.
111. Assim, nos termos do referido artigo 187.º do CVM, no seu n.º 1, esta obrigação decorre da necessidade de tutela dos investidores minoritários e impõe-se nos seguintes termos:
- “Aquele cuja participação em sociedade aberta ultrapasse, directamente ou nos termos do n.º 1 do artigo 20.º, um terço ou metade dos direitos de voto correspondentes ao capital social tem o dever de lançar oferta pública de aquisição sobre a totalidade das ações e de outros valores mobiliários emitidos por essa sociedade que confirmam direito à sua subscrição ou aquisição”,
- sendo que, de acordo com o n.º 2 do artigo 187.º,
- “Não é exigível o lançamento da oferta quando, ultrapassado o limite de um terço, a pessoa que a ela estaria obrigada prove perante a CMVM não ter o domínio da sociedade visada nem estar com esta em relação de grupo”.
112. Sendo que a análise relativa ao domínio da sociedade foi efetuada, como decorre da deliberação do Conselho Diretivo da CMVM, atentando estritamente na percentagem de capital detida, em termos absolutos, não atentando na discrepância entre a mesma e as demais participações, todas inferiores a 3% do capital social, nem nos demais elementos relevantes para a determinação de controlo em termos jusconcorrenciais. Assim, refere a CMVM (fls 228 e 229):
- “*Declaração de derrogação do dever de lançamento de oferta pública de aquisição da ParaRede — SGPS, S.A. pela Farminveste, S.A. (emitido nos termos do artigo 6.º, número 3 do Regulamento do CMVM n.º 3/2006)*
- Comunicamos a V.as Ex.as que em reunião de 4 de julho do 2008 e ao abrigo do disposto no art. 189.º, número 2 do Código dos Valores Mobiliários, o Conselho*

Diretivo da CMVM deliberou declarar a derrogação de a Farminveste, S.A. lançar oferta pública da aquisição da ParaRede — SGPS, S.A. nos seguintes termos e fundamentos:

A Consiste — Sistemas de Informação, SGPS, Unipessoal, Lda. e a ParaRede — SGPS, S.A. aprovaram o projecto de fusão por incorporação das duas sociedades. A Consiste é totalmente dominada pela Farminveste, SGPS, Lda., a qual, por sua vez é dominada pela Farminveste, SA., nos termos do art. 21.º do Código dos Valores Mobiliários, sociedade que detém 99,999% do seu capital social.

A Farminveste, S.A. requereu a derrogação do dever de lançamento de oferta pública de aquisição, porque virá a ultrapassar um terço dos direitos de voto do capital da ParaRede — SGPS, S.A. na sequência da subscrição do aumento do capital da ParaRede — SGPS, S.A., ficando a deter 430,466.200 acções, correspondentes a 49,5% dos direitos de voto.

O aumento de capital resulta da aprovação do projecto de fusão por incorporação na Assembleia Geral da ParaRede — SGPS, S.A. que se realizou a 11 de Junho de 2008, na qual foi deliberado por maioria aprovar o projecto do fusão e o correspondente aumento de capital, sob condição de derrogação do dever de lançamento de oferta pública de aquisição pela CMVM.

A Farminveste, S.A. detinha 2.000.000 acções representativas de 0,46% do capital social da ParaRede — SGPS, S.A., participação esta que representa 0,23% do capital social resultante da fusão, pelo que lhe serão imputáveis 49,73% dos direitos de voto da ParaRede — SGPS, S.A., correspondentes a 432.466.200 acções”.

113. A análise efetuada pela CMVM tem por referência o Direito dos Valores Mobiliários, sendo os conceitos relevantes para o efeito não coincidentes com os de Direito da Concorrência, aplicado pela Autoridade da Concorrência.
114. Ora, como foi já referido, o conceito de controlo nos termos e para os efeitos do Regime Jurídico da Concorrência corresponde a uma análise mais ampla, estribada na realidade material e não apenas no indicador da percentagem absoluta de capital detida.
115. Ainda assim, note-se que, mesmo com referência aos critérios eleitos pelo Código das Sociedades Comerciais, o facto de os administradores Armando Júlio dos Reis e Fernando Costa Freire terem sido administradores de empresas do Grupo ANF durante um longo período de tempo atesta justamente a sua não independência, contrariamente ao declarado.
116. Efetivamente, como decorre de fls. 190 (Relatório & Contas de 2008 da Glintt, pág 53), ambos os Administradores Armando Júlio dos Reis e Fernando Costa Freire eram, à data, membros da Comissão de Acompanhamento da Gestão Operacional da Consiste (Consiste que, recorde-se, até à sua incorporação na ParaRede e extinção pertencia ao Grupo ANF).
117. Atente-se ainda nas ligações apontadas no mesmo Relatório & Contas de 2008 da Glintt, a págs. 54 e 56 (fls. 191 e 193): “Eng. Fernando Jorge da Costa Freire: Qualificações profissionais: Licenciado em Engenharia Mecânica pelo Instituto Superior Técnico. Percurso profissional nos últimos 5 anos: Gestão da Consiste” e “Dr. Armando Júlio Rio dos Reis: Qualificações profissionais: Licenciado em Finanças pelo I.S.C.E.F. Percurso profissional nos últimos 5 anos: Gestão da Consiste”.
118. Mais, como decorre do mesmo Relatório, o Administrador Eng. Fernando Jorge da Costa Freire (fls. 195) exercia, em simultâneo, à data, os seguintes cargos:

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 22 considerado como confidencial.

No Grupo Glintt, era, à data, Presidente do Conselho de Administração da Glintt – Technology Enabled Services, S.A., Presidente do Conselho de Administração da Glintt – Business Process Outsourcing, S.A., Presidente do Conselho de Administração da NetPeople – Tecnologias de Informação, S.A. e Vogal do Conselho de Administração da Glintt – Healthcare Solutions, S.A.

Fora do Grupo Glintt, era, à data, como decorre de fls. 101, Gerente da RHM – Management de Recursos Humanos, Empresa de Trabalho Temporário, Sociedade Unipessoal, Lda., sociedade 100% detida pela Farminveste, Gerente da TDS – Tecnologias e Diagnóstico na Saúde, Lda. e Sócio-Gerente da Stars Challenge, Lda., empresas em que é acionista o presidente da ANF, e ainda Administrador da Australpharma – Sociedade de Comercialização e Distribuição de Produtos Farmacêuticos, SARL.

119. Paralelamente, o Dr. Armando Júlio Rio dos Reis apenas exerce funções em empresas do Grupo Glintt: Vogal do Conselho de Administração da Glintt – Technology Enabled Services, S.A., Vogal do Conselho de Administração da Glintt – Business Process Outsourcing, S.A., Vogal do Conselho de Administração da NetPeople – Tecnologias de Informação, S.A. e Vogal do Conselho de Administração da Glintt – Healthcare Solutions, S.A.
120. Efetivamente, a representatividade do Grupo ANF no capital social da ParaRede/Glintt, traduzida na nomeação dos órgãos de gestão, nos quais se incluem, para além dos 3 administradores que exercem funções dirigentes simultaneamente no Grupo ANF, dois que exerciam pelo menos desde 2001, funções dirigentes numa empresa do Grupo ANF, a Consiste, nomeados pelo Grupo ANF, e que transitam para a ParaRede/Glintt, administradores estes também presentes na Comissão Executiva. Tal confere à ANF uma representatividade maioritária nos órgãos de gestão da empresa por um longo período de tempo, o correspondente ao mandato.
121. O facto de estes dois administradores representarem os interesses do Grupo ANF é ainda comprovado pela composição da Comissão Executiva da ParaRede/Glintt.
122. Como decorre do exposto, esta Comissão é, assim, à data, constituída pelos Administradores Pedro Miguel Marques Rebelo Pinto e João Nuno Bernardes da Costa Moreira, representantes da Structured Investments, SGPS, S.A. e por outros dois administradores, justamente os Administradores Armando Júlio dos Reis e Fernando Costa Freire, representantes dos interesses do Grupo ANF na sequência de serem sucessivamente nomeados para cargos de administração no Grupo ANF, para atuarem em nome e em representação dos acionistas, também empresas ou entidades da órbita do Grupo ANF.
123. Efetivamente, esta nomeação corrobora ainda em pleno o facto de estes dois administradores representarem o Grupo ANF, já que, do ponto de vista da lógica negocial e da representação social, não é crível que a ANF, com uma percentagem do capital da sociedade de quase 50% não garantisse a representação dos seus interesses na Comissão Executiva, quando o seu co-acionista, com cerca de 2%, os garantiu com a nomeação de 50% deste órgão.
124. Ora, não só é certo que os 49,83% garantiram a nomeação de uma maioria da administração representativa dos interesses do Grupo ANF, como esta percentagem de capital assegurou que este Grupo poderia determinar as principais decisões estratégicas da Glintt, uma vez que, a detenção de cerca de 50% numa sociedade de capital disperso confere, como no caso concreto conferiu, uma maioria dos votos dos presentes nas assembleias gerais e, em consequência, na respetiva representação nos órgãos de gestão da sociedade.

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 23 considerado como confidencial.

125. Efetivamente, verificou-se, em resposta à questão suscitada pelas Visadas na defesa escrita de 17 de maio de 2012 (ponto 45), que nas Assembleias Gerais dos anos subsequentes à nomeação de órgãos de gestão, as Visadas tiveram claramente uma maioria de representação nestes órgãos, tendo, assim, tomado, *i.e.*, controlado, as decisões tomadas nas Assembleias Gerais, incluindo as decisões estratégicas para a Glintt relativas à aprovação do Relatório e Contas, aplicações de resultados e nomeação de órgãos sociais, como se concretiza em seguida.
126. Na Assembleia Geral de 11 de maio de 2009, estiveram presentes ou representados Acionistas titulares de 46.388.691 ações, representativas de cerca de 53,34% do capital social da Sociedade, de entre os quais, e como decorre da lista de presenças, as Visadas que, na totalidade, representam 49,83% do capital, ou seja, a quase totalidade das presenças (fls. 2208 a 2210); nesta Assembleia foram aprovados o relatório de gestão, o relatório de governo da sociedade e os restantes documentos de prestação de contas correspondentes ao exercício de 2008, bem como a aplicação de resultados, os quais foram aprovados com o voto favorável de Acionistas titulares de 43.738.505 ações, correspondentes a 94,29% dos votos presentes, incluindo o das Visadas, e com o voto contra de Acionistas titulares de 2.650.186 ações, correspondentes a 5,71% dos votos presentes. Note-se que, destes 94,29%, as Visadas representam 93,41%, ou seja, a quase totalidade dos votos a favor. Note-se ainda que, como decorre da proposta da Farminveste correspondente ao ponto 3, coube a esta Visada, enquanto acionista, propor um voto de confiança ao Conselho de Administração.
127. Na Assembleia Geral de 24 de maio de 2010, estiveram presentes ou representados Acionistas titulares de 46.545.006 ações, representativas de cerca de 53,52% do capital social da Sociedade, de entre os quais, e como decorre da lista de presenças, as Visadas que, na totalidade, representam 49,83% do capital, ou seja, a quase totalidade das presenças (fls. 2211 a 2214); nesta Assembleia foram aprovados o relatório de gestão, o relatório de governo da sociedade e os restantes documentos de prestação de contas correspondentes ao exercício de 2009, bem como a aplicação de resultados, os quais foram aprovados com o voto favorável de Acionistas titulares de 43.573.816 votos a favor, correspondentes a 94,27% dos votos emitidos e 2.650.186 votos contra, correspondentes a 5,73% dos votos emitidos. Note-se que, destes 94,27%, as Visadas representam 93,10%, ou seja, a quase totalidade dos votos a favor. Note-se ainda que, como decorre da proposta da Farminveste correspondente ao ponto 4, coube a esta Visada, enquanto acionista, propor um voto de confiança ao Conselho de Administração.
128. Na Assembleia Geral de 19 de maio de 2011, estiveram presentes ou representados Acionistas titulares de 43.380.883 ações, representativas de 49,89% do capital social da Sociedade, de entre os quais, e como decorre da lista de presenças, as Visadas que, na totalidade, representam 49,83% do capital, ou seja, a 99,88% das presenças (fls. 2245 a 2260); nesta Assembleia foram aprovados o relatório de gestão, o relatório de governo da sociedade e os restantes documentos de prestação de contas correspondentes ao exercício de 2010, bem como a aplicação de resultados, os quais foram aprovados por unanimidade. Note-se que no capital representado na Assembleia as Visadas representam 99,88%, ou seja, praticamente a totalidade dos votos a favor. Note-se ainda que, como decorre da proposta da Farminveste correspondente ao ponto 4, coube a esta Visada, enquanto acionista, propor um voto de confiança ao Conselho de Administração. Coube-lhe ainda propor, no ponto 11 da Ordem do Dia referente os membros do Conselho Fiscal para o mandato correspondente ao triénio 2011-2013, os quais foram aprovados por maioria e, confirmando o seu controlo na nomeação do órgão de Administração, propor o

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 24 considerado como confidencial.

Conselho de Administração para o triénio 2011-2013 (ponto 9), também aprovado por unanimidade, ou seja, 99,88% pela Farminveste.

129. Na Assembleia Geral de 22 de maio de 2012, estiveram presentes ou representados os Acionistas Farminveste 3, Gestão de Participações, Lda, State Street Bank e Bank of New York Mellon, detentores de 43.337.693 ações, representativas de 49,83%, representando a primeira (com 43.246.620 ações) 99,79% das presenças (fls.2293 a 2333); nesta Assembleia foram aprovados o relatório de gestão, o relatório de governo da sociedade e os restantes documentos de prestação de contas correspondentes ao exercício de 2011, bem como a aplicação de resultados e um projeto de reestruturação interna, os quais foram aprovados por unanimidade. Note-se que no capital representado na Assembleia as Visadas representam 99,79%, ou seja, praticamente a totalidade dos votos a favor. Note-se ainda que coube a esta Visada aprovar a eleição de um vogal e de um suplente para o Conselho Fiscal, que teve os votos contra dos outros dois acionistas representados na Assembleia.
130. Assim, e em concreto, verifica-se que efetivamente a maioria eleita para o Conselho de Administração da Glintt para o triénio 2008/2010 era composta por pessoas ligadas ao Grupo ANF, nas quais se incluem os administradores Armando Júlio dos Reis e Fernando Costa Freire, o Conselho de Administração subsequente foi proposto e quase integralmente nomeado pelas Visadas e as decisões estratégicas da Glintt tomadas em Assembleia Geral foram desde a operação, tomadas quase exclusivamente pelas Visadas.
131. Note-se que estes factos não são postos em causa pela situação de a aquisição de capital pelo Grupo ANF ser posterior à data de eleição dos membros dos órgãos sociais em 11 de junho de 2008, uma vez que nada obsta a que, estando em curso negociações e já tendo sido concretizada parte da operação, se materialize uma nomeação representativa dos interesses do Grupo ANF já representativa do controlo material que esta adquiriria em resultado da operação: efetivamente, nada impede que a determinação das nomeações, decorrente nomeadamente do equilíbrio económico da transação em preparação ou em curso, se verifique antes da nomeação formal do controlo.
132. Efetivamente, verifica-se que, como decorre do Relatório e Contas da Glintt de 2008 (fls. 152), o memorando de entendimento relativo à operação e fusão estava concluído a 19 de fevereiro de 2008 (fls. 539 a 543), datando a aprovação do projeto de fusão pelo Conselho de Administração de 18 de abril de 2008, tendo sido em 4 de julho de 2008 derogado pela CMVM o dever de lançamento de OPA sobre a ParaRede SGPS, que se pronuncia ainda sobre a plena eficácia das deliberações da Assembleia Geral da Glintt de 11 de junho de 2008, que incluem a fusão por incorporação da Consiste e a alteração da denominação social para Glintt, cujo registo comercial é concluído a 23 de julho de 2008.
133. Note-se ainda que o projeto de fusão pelo Conselho de Administração de 18 de abril de 2008 previa desde logo — em resultado de negociações prévias — as ações a atribuir aos sócios das sociedades a incorporar e relações de troca, sendo a assinatura do Memorando de Entendimento relativo às negociações datada de 19 de fevereiro (fls. 224 a 225 e 545 e segs.).
134. Mais, como decorre do Relatório e Contas da Glintt de 2008 (fls. 226), a 11 de junho foram comunicadas as deliberações da Assembleia Geral, incluindo a aprovação do projeto de fusão e a recomposição dos órgãos sociais da Sociedade, passando a respetiva composição para o triénio 2008/2010 a ser a referida no ponto 45 *supra*.

135. Numa operação negociada e arquitetada durante meses, como a operação em causa, pode ser concretizada uma nomeação acordada com um futuro adquirente de capital, sendo a sequência de datas, em si mesma irrelevante, quando enquadrada no processo negocial que, no caso concreto, se encontra bem patente nas comunicações ao mercado também referidas no Relatório e Contas de 2008, nas páginas citadas.
136. Em suma, a argumentação aduzida pelas Visadas relativamente aos factos e à correspondente fundamentação constantes da Nota de Ilícitude relativos à aquisição de controlo da ParaRede/Glantt pela Farminveste, da Farminveste, S.A. e da ANF em nada alteram as conclusões aí apresentadas, de que efetivamente se verificou uma aquisição de controlo daquela empresa pelas Visadas em resultado da operação de fusão por incorporação, pela qual as mesmas adquiriram 49,83% do capital e dos direitos de voto da ParaRede/Glantt, o que lhes permitiu nomear a maioria dos membros do Conselho de Administração e controlar aquela empresa.
137. Efetivamente, a aquisição de 49,83% do capital e dos direitos de voto da ParaRede/Glantt numa situação em que apenas três dos restantes acionistas detêm participações entre 2% e 3%, detendo os demais participações inferiores, conferiu à ANF, à Farminveste, S.A. e à Farminveste a capacidade de controlar as decisões estratégicas da empresa, nomeadamente através da nomeação de uma maioria de administradores representativos dos seus interesses no Conselho de Administração da Glantt, nomeadamente, e logo no início, no triénio 2008/2010, assegurando-lhe a capacidade de influenciar de forma determinante as decisões da Glantt tomadas em Assembleia Geral e no âmbito do Conselho de Administração.

2.3.2. Volume de negócios das empresas envolvidas na operação de concentração

2.3.2.1. Volume de negócios descrito na Nota de Ilícitude

138. O volume de negócios da ParaRede, em Portugal, em 2007, ascendeu a [CONFIDENCIAL] milhões de euros (fls. 60 e 814).
139. De acordo com dados disponíveis, o universo ANF compreendia participações de controlo — exclusivo ou conjunto — nas empresas Consiste, Farminveste e Farminveste, S.A., Farmatrading 2 – Produtos Farmacêuticos Unipessoal, Lda. e Alliance Healthcare, S.A. (“Alliance Healthcare”, anteriormente denominada Alliance Unichem Farmacêutica, S.A.⁴), entre outras (fls. 53 a 57 e 711 a 716).
140. A Alliance Healthcare era parcialmente detida pelo Grupo ANF.
141. A Alliance Healthcare era uma empresa controlada conjuntamente pela Alliance Boots (anterior Alliance Santé), pela ANF (através da Farminveste, S.A.) e pelo Grupo José de Mello (também referido como “J.Mello”).
142. A Alliance Healthcare teve, segundo a Farminveste, um volume de negócios, em 2007, em Portugal, de cerca de [CONFIDENCIAL] milhões de euros (fls. 65 e 722).
143. Sendo a Alliance Healthcare controlada conjuntamente por duas empresas e uma associação de empresas — Alliance Boots (anterior Alliance Santé), ANF (através da Farminveste, S.A.) e Grupo José de Mello —, a parcela imputável ao Grupo ANF era

⁴ Objeto da operação de concentração e de Decisão da AdC na *Ccent. 80/2005 – Farminústria /JMPII /Alliance Santé /Alliance Unichem*.

de [CONFIDENCIAL] milhões de euros, correspondente a um terço do volume de negócios da Alliance Healthcare, imputando-se a cada um dos outros acionistas que controlam conjuntamente a Alliance Healthcare, um terço do volume de negócios desta empresa, para efeitos de verificação do critério de notificação previsto no artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 18/2003.

144. O volume de negócios da Consiste, em Portugal, em 2007, foi de cerca de [CONFIDENCIAL] milhões de euros (fls. 65 e 722).
145. O volume de negócios da Farminveste, S.A. em Portugal, em 2007, correspondeu a [CONFIDENCIAL] milhões de euros e, em 2008, a [CONFIDENCIAL] milhões de euros (consolidando, em termos proporcionais, a Alliance Healthcare) (fls. 65 e 722).
146. O volume de negócios da ANF, em Portugal, em 2007, correspondeu a 18,83 milhões de euros (quotizações, fls. 65 e 722).

2.3.2.2. Posição das Visadas quanto ao volume de negócios

147. Tal como o haviam efetuado na defesa escrita de 17 de maio de 2012, as Visadas, na defesa escrita de 27 de fevereiro de 2014, coerentemente com o entendimento que explanam sobre a operação de concentração, em que defendem que a aquisição de controlo subjacente foi efetuada pela ParaRede sobre a Consiste e não pelo Grupo ANF sobre a ParaRede, consideram que as *“únicas parcelas a ter em consideração para aferir do preenchimento do critério relativo ao volume de negócios, tal como estabelecido na Lei da Concorrência, seriam as correspondentes ao do grupo ParaRede e a empresa Consiste”*, que totalizavam, no ano anterior à operação, 108,2 milhões de euros, não sendo, em consequência, atingido o limiar para notificação obrigatória.

2.3.2.3. Posição da AdC quanto ao volume de negócios

148. Como resulta do exposto nos pontos 68 a 136, a operação de concentração em causa consistiu, efetivamente, na aquisição do controlo exclusivo da ParaRede/Glintt pela Farminveste, pela Farminveste, S.A. e pela ANF, pelo que têm que ser tidos em conta, nos termos do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, os volumes de negócios destas entidades adquirentes e, como tal, participantes na operação.
149. Devem ainda ser tidos em conta os volumes de negócios das empresas do Grupo ANF enquadradas nas relações de controlo intra-grupo previstas nas alíneas b) a e) do n.º 1 do citado artigo 10.º da Lei n.º 18/2003.
150. Nestes termos, o volume de negócios em Portugal, em 2007, da Farminveste, calculado nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, foi de [CONFIDENCIAL] milhões de euros, o qual, somado ao volume de negócios da ParaRede no mesmo período e âmbito geográfico, que é de [CONFIDENCIAL] milhões de euros, perfaz um total de [CONFIDENCIAL] milhões de euros.
151. Note-se que volume de negócios da Farminveste, S.A. em Portugal, em 2007, correspondeu a [CONFIDENCIAL] milhões de euros e, em 2008, a [CONFIDENCIAL] milhões de euros, consolidando, em termos proporcionais, a Alliance Healthcare (fls. 65 e 722 e ponto 145 *supra*).

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 27 considerado como confidencial.

2.3.3. Realização da operação de concentração

152. A realização de uma operação decorre da detenção de controlo sobre a empresa, controlo este que advém de qualquer ato, independentemente da forma que este assuma, desde que implique a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa.
153. A forma mais corrente de assumir o controlo de uma empresa é através da aquisição de parte ou da totalidade do respetivo capital social.
154. Como consequência da aquisição de 49,83% do capital social e dos direitos de voto na Glintt (ponto 42 *supra*), a Farminveste passou a poder exercer uma influência determinante sobre a atividade da Glintt, nomeadamente através da tomada de decisões estratégicas.
155. Decorre dos comunicados ao mercado, publicados na página oficial da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, de 23 e de 24 de julho de 2008, que, neste último dia, a operação já se teria realizado (fls. 873 a 879).
156. Na realidade, tal decorre das afirmações da própria notificante, Farminveste, no formulário de notificação, quando informa que, a 4 de julho de 2008, registou a transação em termos definitivos, cumprida a condição suspensiva da desnecessidade de OPA (fls. 47 e 705).
157. Assim, a realização da operação ter-se-á verificado, de acordo com os elementos referidos no ponto 40 *supra*, a 4 de julho de 2008.
158. A Farminveste, S.A., que tinha como atividade, nos termos do seu objeto estatutário, o investimento e a participação em sociedades, criou a filial Farminveste, em 2008, tendo em vista a gestão de participações sociais, incluindo as da Glintt, como decorre da própria firma da empresa (fls. 54 e 673).
159. Em resultado da aquisição do capital social da Glintt pela sua filial Farminveste, a Farminveste, S.A. passou a poder exercer uma influência determinante sobre a atividade da Glintt, ou seja, passou a controlar a Glintt.
160. Por sua vez, a Farminveste, S.A. era integralmente detida pela ANF, que constituiu aquela sociedade tendo nomeadamente em vista a realização de investimentos e a gestão de participações sociais, como as que se concretizaram na criação da Farminveste e na aquisição do capital da Glintt (fls. 53 e 666 e 669).
161. Na realidade, a operação de fusão da Consiste na ParaRede resultou da estratégia delineada ao nível do Grupo ANF, plasmada, nomeadamente, no Memorando de Entendimento, assinado em 19 de fevereiro de 2008, entre a ParaRede e a Farminveste, S.A.
162. Como refere a Farminveste (fls. 50 e 708), a Consiste, *“que tinha como objecto social a gestão de participações sociais noutras sociedades, foi criada para viabilizar a fusão com a ParaRede, SGPS, S.A, nos termos acordados no Memorando de Entendimento”* referido no ponto anterior.
163. No referido Memorando de Entendimento a Farminveste, S.A. *“comprometeu-se a negociar uma operação de fusão por incorporação da Consiste — Gestão de Projectos, Obras, Tecnologias de Informação, Equipamentos e Serviços, Lda. (doravante “Consiste Serviços”) no grupo ParaRede, tendo ainda assumido a obrigação de reorganizar a sua participação social na Consiste Serviços, para que a*

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 28 considerado como confidencial.

- fusão não implicasse a alteração da forma societária da ParaRede, SGPS, S.A. enquanto sociedade gestora de participações sociais, ficando a concretização da fusão sujeita a essa condição” (informação comunicada pela Farminveste, a fls. 50 e 708).*
164. Por força da impossibilidade jurídica de transformar a Farminveste, S.A. em sociedade gestora de participações sociais *“foi necessária a constituição de uma sociedade nova, sob a forma de sociedade gestora de participações sociais, com o objectivo de autonomizar a participação na Consiste Serviços. Foi assim constituída a Farminveste — Gestão de Participações, SGPS, Lda.”* (informação comunicada pela Farminveste, a fls. 50 e 708).
 165. Subsequentemente, para viabilizar a fusão nos termos acordados com a ParaRede, a Farminveste promoveu a constituição de uma nova sociedade, sob a forma de sociedade gestora de participações sociais, ou seja a Consiste SGPS.
 166. Posteriormente, a Consiste SGPS e a ParaRede, SGPS, S.A. decidiram, em 18 de abril de 2008, nos termos e para os efeitos dos artigos 97.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais, proceder à respetiva fusão por incorporação, a qual ocorreu mediante a transferência global do património daquela para esta, de acordo com os valores contabilísticos apurados nos balanços que serviram de base à fusão, seguido de um aumento de capital realizado por efeito da fusão, na sequência do qual foram entregues à Farminveste ações representativas de mais de 49% do capital social da Glintt. Neste sentido, veja-se a informação comunicada pela Farminveste, a fls. 51 e 709.
 167. Sendo a Farminveste, S.A. integralmente detida pela ANF, a esta associação coube também a análise, e a decisão, relativamente à forma como a fusão da ParaRede/Glintt e a correspondente aquisição da Glintt se iria processar.
 168. Em resultado da operação, a ANF passou a controlar, *i.e.*, a poder influenciar a gestão da Glintt, através do controlo exercido sobre a Farminveste, S.A. e, indiretamente, sobre a Farminveste.
 169. A operação integra-se numa estratégia do grupo em que as empresas estavam inseridas, o Grupo ANF, dirigido pela própria Associação Nacional de Farmácias.
 170. Coerentemente, uma vez integrada a Glintt (ou qualquer outra empresa) dentro do Grupo, a sua reorganização interna no sentido de passar a ser diretamente controlada por qualquer outra empresa do Grupo situada a montante na cadeia vertical não é considerada uma operação de concentração, uma vez que se considera que não se verifica uma alteração de controlo, dado que o controlo era já exercido por todas as empresas do Grupo, a montante, direta ou indiretamente.
 171. Como refere a Farminveste (fls. 51 e 709), a *“operação de fusão visou potenciar as sinergias dos grupos económicos em que estas empresas estavam inseridas no mercado nacional das tecnologias da informação. Assim, os referidos grupos aumentavam a sua complementaridade na oferta na medida em que ambos actuavam genericamente no sector dos sistemas de informação e comunicação, embora com áreas diferenciadas e complementares”*.
 172. Por fim, a influência vertical que era exercida em cadeia— ou era susceptível de ser exercida — na Glintt, pela ANF, pela Farminveste, S.A. e pela Farminveste, era concretizada em resultado de as sociedades terem uma composição dos respetivos órgãos de administração parcialmente comum (fls. 49 e 707).
 173. De facto, o Dr. João Carlos Lombo da Silva Cordeiro, à data Presidente da ANF, era também Presidente da Farminveste, S.A., da Farminveste e da Glintt; o Dr. Vítor

Manuel Segurado, administrador da Farminveste, era também membro da administração da ANF e da Glintt, e o Dr. José Luís Bonifácio Lopes, administrador da Farminveste, era também Vogal do Conselho de Administração da Farminveste, S.A.

174. Em suma, a Farminveste, a Farminveste, S.A. e a ANF adquiriram controlo da Glintt a 4 de julho de 2008, o que consubstanciou a realização de uma operação de concentração notificável e não previamente notificada.

2.3.4. Controlo de operações de concentração de empresas

175. A Autoridade da Concorrência aprovou um procedimento de avaliação prévia, à semelhança da Comissão Europeia, o qual foi divulgado pelo Comunicado n.º 7/2007, que se encontra, desde a respetiva divulgação, disponível na página oficial da AdC (fls. 1261 a 1262).
176. Este procedimento possibilita às notificantes ou eventuais notificantes esclarecer questões relacionadas com o procedimento de controlo de concentrações e, especificamente, com a obrigatoriedade, ou não, de notificação de operações de concentração.
177. O formulário de notificação de operações de concentração de empresas, aprovado por Regulamento da Autoridade da Concorrência, nos termos do n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 18/2003⁵, sendo publicado no *Diário da República*, 2.ª série, é disponibilizado na página oficial da Autoridade da Concorrência.

2.4. Conclusões de facto

178. A Farminveste adquiriu, a 4 de julho de 2008, 49,83% do capital social e dos direitos de voto da Glintt, o que lhe permitiu nomear uma maioria de representantes no Conselho de Administração da ParaRede/Glintt durante um período longo, correspondente ao mandato pelo triénio 2008/2010, e lhe conferiu a possibilidade de passar a poder a exercer uma influência determinante sobre a atividade desta empresa durante um lapso de tempo significativo.
179. Sendo a Farminveste controlada pela Farminveste, S.A., e esta, por sua vez, controlada pela ANF, empresas constituídas em cascata para gerir participações sociais, quer a Farminveste, S.A., quer a ANF, adquiriram também, indiretamente, por via da primeira, a possibilidade de passar a poder a exercer uma influência determinante sobre a atividade da Glintt.
180. O volume de negócios conjunto das Partes na operação, no ano anterior à mesma, foi superior a 150 milhões de euros, sendo também o da empresa adquirida superior a 2 milhões, pelo que a operação se encontrava sujeita a notificação prévia obrigatória pela Farminveste, enquanto adquirente de controlo ou, na ausência desta, pela Farminveste, S.A. ou pela ANF.
181. A operação foi realizada pela Farminveste, pela Farminveste, S.A. e pela ANF previamente à respetiva notificação à AdC.

⁵ O Formulário é ainda aprovado nos termos do n.º 3 do artigo 44.º e do n.º 3 do artigo 66.º da Lei n.º 19/2012.

3. DIREITO

3.1. Da Lei aplicável

3.1.1. Da sucessão de leis no tempo

182. No âmbito do processo em referência, procedeu-se à abertura de inquérito a 12 de janeiro de 2012.
183. A Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, aprovou o Regime Jurídico da Concorrência e veio a revogar a Lei n.º 18/2003, aplicando-se apenas, nos termos do respetivo artigo 100.º, aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a entrada em vigor da mesma, a 7 de julho, devendo interpretar-se a norma conforme a Constituição, no sentido de que tal preceito apenas se aplica ao regime adjectivo ou processual.
184. Ao presente processo é, assim, aplicável o regime jurídico da concorrência anterior, aprovado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho.
185. Não contendo a Lei n.º 19/2012 previsão expressa sobre a aplicação da lei substantiva no tempo em caso de sucessão de leis, deve aplicar-se o artigo 3.º do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), por força dos artigos 13.º, n.º 1, e 59.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012, de acordo com o qual, se a lei vigente ao tempo da prática do facto for posteriormente modificada, aplica-se a lei mais favorável ao arguido, salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada. O mesmo regime decorre dos números 1 e 3 do artigo 29.º da CRP.
186. Relativamente ao modo como é seleccionado e aplicado o regime legal que, em concreto, se mostre mais favorável ao arguido – se em bloco, se de forma diferenciada - é sobejamente maioritária a posição jurisprudencial que defende que a determinação da lei mais favorável ao arguido passa pela ponderação do regime que **concreta e globalmente se revele mais favorável ao arguido**.
187. Nesse sentido, e a título meramente exemplificativo, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de maio de 2003, proferido no âmbito do processo n.º 03P1539 e disponível em www.dgsi.pt:
- “1 – Em matéria de prescrição do procedimento criminal deve aplicar-se o regime mais favorável ao réu.
- 2 – **Deverá aplicar-se na sua integridade a lei antiga ou nova e não simultaneamente as disposições mais favoráveis de uma e outra**”.
188. A confirmar, em definitivo, a posição de que entre a lei antiga e a lei nova é aplicável aquela que concreta e globalmente se revele mais favorável ao arguido, e não as normas mais favoráveis de uma e outra lei, veja-se, ainda, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de novembro de 2005, proferido no âmbito do processo n.º 11/2005, publicado em Diário da República – I Série – A, n.º 241 de 19 de dezembro de 2005, e no âmbito do qual se fixou a seguinte jurisprudência:
- “Sucedendo-se no tempo leis sobre o prazo de prescrição do procedimento contraordenacional, **não poderão combinar-se**, na escolha do regime concretamente mais favorável, os dispositivos mais favoráveis de cada uma das leis concorrentes”.

189. Importa, assim, analisar nas duas leis em confronto as normas respeitantes ao regime sancionatório e aos institutos que apresentam uma natureza processual material (prescrição e transação) e, apurar, a lei que concreta e globalmente se revela a mais favorável às Visadas.

3.2. Da aplicação ao caso concreto da lei globalmente mais favorável

190. Do confronto dos dois diploma legais, e no que se refere ao tipo de infração e à respectiva sanção, verifica-se que os artigos 68.º, n.º 1, alínea *f*) e artigo 69.º, n.º 2, todos da Lei n.º 19/2012, mantêm regime idêntico ao regime jurídico da concorrência anterior.
191. No que respeita à prescrição, verifica-se que o prazo de prescrição continua a ser de cinco anos na Lei n.º 19/2012 (cf. artigo 74.º, n.º 1, alínea *b*), por confronto com o artigo 48.º, n.º 1, alínea *b*) da Lei n.º 18/2003). Todavia, o novo regime jurídico da concorrência estabelece causas de suspensão do procedimento contraordenacional por um período até 3 anos (cf. artigo 74.º, números 4, 5 e 7) e não até seis meses, com sucedia na Lei n.º 18/2003 (cf. artigo 27.º-A do RGCO *ex vi* artigo 48.º, n.º 3). A nova lei estabelece ainda que a prescrição ocorrerá sempre que decorrido um período de 7 anos e meio, ressalvado o tempo de suspensão, ou seja, de 10 anos e meio (cf. artigo 74.º, n.º 8), por confronto com a Lei n.º 18/2003, em que a prescrição ocorreria depois de 8 anos (cf. artigo 28.º do RGCO *ex vi* artigo 48.º, n.º 3). Deste modo, e no que respeita apenas à prescrição, a nova lei revela-se como sendo mais gravosa.
192. Finalmente, verifica-se que a Lei n.º 19/2012 admite que o inquérito ou a instrução possam ser encerrados através de transacção (cf. artigo 24.º, n.º 1, alínea *c*) e artigo 29.º, n.º 3, alínea *b*)), que configura uma decisão condenatória que antecipa a extinção do procedimento e permite que a visada possa beneficiar de uma redução da coima que lhe seria aplicável. Para tanto, AdC e visada chegam a um acordo quanto aos termos da transacção. Não existia semelhante previsão na Lei n.º 18/2003.
193. No que respeita a esta possibilidade de extinção do procedimento por acordo com uma redução de coima, verifica-se que a Lei n.º 19/2012 se revela como sendo mais favorável.
194. Exigindo-se uma aplicação do regime legal mais favorável na sua globalidade e por referência ao caso concreto, deve concluir-se que, na situação em análise, a Lei n.º 19/2012, apresenta-se como sendo mais favorável, desde logo considerando também a possibilidade de transacção, enquanto instituto de natureza processual material.
195. Efectivamente, verifica-se que a possibilidade de transacção agora prevista na lei confere às Visadas a possibilidade de extinção do procedimento por acordo, beneficiando de uma redução da coima que seria normalmente aplicável.
196. Por outro lado, o confronto dos volumes de negócios potencialmente aplicáveis por força da aplicação da lei nova ou da lei anterior revela igualmente que, atentas as diferenças pouco expressivas daqueles valores, as empresas sempre beneficiarão mais, no caso concreto, com a redução da coima prevista no regime de transacção do que poderiam beneficiar com a existência de um decréscimo do volume de negócios por referência ao ano do exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC.

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial.

197. Finalmente, a especificidade da proposta de transação apresentada, que se encontra alicerçada numa confissão dos factos, torna menos relevante a matéria de recurso e eventual prescrição.
198. Do exposto decorre que o confronto dos dois regimes legais em causa, por referência ao caso concreto, permite concluir pela aplicação da Lei n.º 19/2012 como regime mais favorável na sua globalidade.

3.3. Sujeitos da infração

199. Nos termos da Nota de Ilícitude, são Visadas no processo a Farminveste, a Farminveste, S.A. e a ANF.

3.3.1. Posição das Visadas quanto aos sujeitos da infração

200. Na respetiva defesa escrita de 17 de maio de 2012 (pontos 50 a 77), as Visadas contestam a constituição da ANF e da Farminveste, S.A. como Visadas.
201. A este propósito, e invocando o princípio da tipicidade, explanam as normas do Regime Jurídico da Concorrência aplicadas ao ilícito para, em seguida, concluírem que *“parece evidente que as normas acima mencionadas proíbem a realização de uma operação de concentração que esteja sujeita a obrigação de notificação prévia antes da sua aprovação pela AdC”* (ponto 60 da defesa escrita de 17 de maio de 2012).
202. Referem, em seguida (ponto 61), que *“a regra básica associada a estas normas é a de que a(s) empresa(s) adquirente(s) tem de proceder à notificação da operação, não podendo, nem a adquirente nem a adquirida, implementá-la sem prévia autorização da AdC”*.
203. Invocam, a este propósito, o ponto 144 da Comunicação Consolidada da Comissão, que, integrado na subseção *“Alterações a nível da estrutura dos acionistas que exercem o controlo conjunto de uma empresa comum existente”* dispõe que *“(C)omo a primeira frase do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento das concentrações prevê que todas as aquisições de controlo conjunto devem ser notificadas conjuntamente pelas empresas que adquirem o controlo conjunto, os accionistas existentes e os novos accionistas devem, em princípio, notificar em conjunto as concentrações resultantes dessas alterações no controlo conjunto”*.
204. Em seguida, e em consonância com o defendido relativamente à configuração da operação de concentração, como correspondendo, ao invés da notificação apresentada, a uma aquisição da Consiste pela ParaRede, defendem que a obrigação de notificar a operação e de não a implementar até decisão da AdC *“vincularia somente a ParaRede”*, acrescentando *“e porventura a Consiste Serviços”* (ponto 66 da defesa escrita de 17 de maio de 2012).
205. Acrescentam ainda que poderiam equacionar a constituição da Farminveste, SGPS como Visada, por ter sido criada com o objetivo de autonomizar a participação na Consiste Serviços, alegando não compreender, e considerando que tal não foi explicado, a constituição como Visadas da Farminveste, S.A. e da ANF.
206. Acrescentam ainda que tal conclusão deve ser a conclusão a retirar das afirmações da AdC relativas à obrigatoriedade subjetiva da notificação, segundo as quais incumbia à entidade adquirente, *in casu*, Farminveste, notificar a operação, podendo, contudo, a operação ter sido notificada por qualquer das duas entidades que a controlam: Farminveste, S.A. e ANF.

3.3.2. Posição da AdC quanto aos sujeitos da infração

207. Como decorre da descrição da operação acima e da explanação da aquisição de controlo pela Farminveste, Farminveste, S.A. e ANF, não houve qualquer alteração de controlo a favor da ParaRede, uma vez que na mesma operação em que a Consiste foi incorporada, o Grupo ANF adquiriu o controlo da própria ParaRede, redenominada Glintt.
208. De todo o modo, não se alcança o objetivo das Visadas inerente à expressão “*e porventura a Consiste Serviços*”, quando em nenhuma circunstância, nem a AdC, nem as Visadas (crê-se) afirmam que terá havido qualquer aquisição de controlo pela Consiste, que inclusivamente se extingue pela operação (em resultado da respetiva incorporação).
209. Também não se compreende em que medida se pode admitir que a AdC poderia constituir uma empresa como Visada pelo facto de a mesma “*ter sido criada com o objetivo de autonomizar a participação na Consiste Serviços*”, mas já não se admite que quem criou a empresa por esse motivo — a Farminveste, S.A. — e quem criou esta última, a detém e controla, e apenas não a coloca na posição de compradora porque a mesma não pode ser transformada em SGPS — a ANF — não sejam constituídas Visadas.
210. Efetivamente, a constituição da Farminveste como Visada resulta, não do facto de esta empresa ter sido criada para materializar a operação, mas de ter sido esta a empresa que, ainda que instrumentalmente face à Farminveste, S.A. e à ANF, celebrou o contrato que levou à aquisição do controlo pelas três: Farminveste, Farminveste, S.A. e ANF.
211. No que concerne à relação entre a obrigatoriedade subjetiva da notificação, importa clarificar o seguinte:
212. Ao abrigo da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, a operações de concentração eram obrigatoriamente notificadas no prazo de 7 dias após a celebração do respetivo acordo; existe, assim, ao abrigo desta lei, uma obrigação de notificação num prazo determinado, obrigação esta que, *prima facie*, recai sobre quem assinou o contrato em causa, *i.e.*, no caso *sub judice*, a Farminveste.
213. Não obstante a violação desta obrigação também consubstanciar um ilícito à luz da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, não é esse ilícito objeto da nota de ilicitude, nem tampouco da presente decisão.
214. Paralelamente, existe uma obrigação de não implementação da operação até à notificação e subsequente decisão de não oposição da AdC — sendo justamente a violação desta obrigação que é objeto da nota de ilicitude e da presente decisão, como claramente as Visadas percecionaram de acordo com a sua defesa escrita de 17 de maio de 2012.
215. Ora sendo que, como decorre dos pontos 289 a 294 *infra*, a implementação da operação corresponde à aquisição do controlo sobre a Adquirida antes da decisão da AdC, *in casu*, a ParaRede/Glintt, aquisição de controlo esta que foi efetuada pela Farminveste, pela Farminveste, S.A. e pela ANF, é este o fundamento — que é simultaneamente um corolário das próprias afirmações das Visadas — da constituição destas três entidades como Visadas.

216. E não se diga que a Farminveste, S.A. e a ANF não controlavam a situação em causa, uma vez que não só o efetuavam porque controlavam a própria Farminveste, como também porque poderiam as mesmas proceder à notificação, atento o carácter de empresa veículo, reconhecido pelas próprias, da Farminveste.
217. Quando se refere que a Farminveste, S.A. e a ANF poderiam proceder à notificação, sublinha-se que estas empresas tinham a obrigação de não implementar a operação, obrigação esta que recai indistintamente sobre todas as empresas que adquirem controlo.
218. De facto, a Farminveste, a Farminveste, S.A. e a ANF, enquanto adquirentes de controlo, tinham a obrigação de não implementar até à decisão de não oposição da AdC.
219. O facto de a aquisição de controlo ser imputável a todas as Visadas encontra-se claramente plasmado a págs. 91 do Relatório e Contas da Glintt de 2008 (fls. 228).
220. A operacionalização da operação de concentração pela Farminveste, S.A. encontra-se ainda patente no facto de ter sido esta empresa que requereu à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários a derrogação da obrigação de lançamento de uma OPA.
221. Tal é também atestado no Comunicado da própria Farminveste de 4 de julho de 2008, que transcreve a decisão do Conselho Diretivo da CMVM da mesma data relativa à derrogação de lançamento de OPA, com a qual se tornaram “plenamente eficazes todas as deliberações aprovadas na reunião da Assembleia Geral da Sociedade realizada no passado dia 11 de Junho de 2008 e oportunamente divulgadas”:
- “A Consiste – Sistemas de Informação, SGPS, Unipessoal, Lda. e a ParaRede – SGPS, S.A. aprovaram o projecto de fusão por incorporação das duas sociedades. A Consiste é totalmente dominada pela Farminveste, SGPS, Lda., a qual, por sua vez, é dominada pela Farminveste, S.A., nos termos do art. 21.º do Código dos Valores Mobiliários, sociedade que detém 99,999% do seu capital social.*
- A Farminveste, S.A. requereu a derrogação do dever de lançamento de oferta pública de aquisição, porque virá a ultrapassar um terço dos direitos de voto do capital da ParaRede – SGPS, S.A. na sequência da subscrição do aumento de capital da ParaRede – SGPS, S.A., ficando a deter 430.466.200 acções, correspondentes a 49,5% dos direitos de voto.*
- O aumento de capital resulta da aprovação do projecto de fusão por incorporação na Assembleia Geral da ParaRede – SGPS, S.A. que se realizou a 11 de Junho de 2008, na qual foi deliberado por maioria aprovar o projecto de fusão e o correspondente aumento de capital, sob condição de derrogação do dever de lançamento de oferta pública de aquisição pela CMVM.*
- A Farminveste, S.A. detinha 2.000.000 acções representativas de 0,46% do capital social da ParaRede – SGPS, S.A., participação esta que representa 0,23% do capital social resultante da fusão, pelo que lhe serão imputáveis 49,73% dos direitos de voto da ParaRede – SGPS, S.A., correspondentes a 432.466.200 acções”.*
222. Note-se ainda que se trata de uma aquisição de controlo exclusivo, e não de uma aquisição de controlo conjunto, uma vez que a Farminveste, a Farminveste, S.A. e a ANF são uma e apenas uma empresa nos termos e para os efeitos do Regime Jurídico da Concorrência, como decorre claramente do artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, não tendo, assim, cabimento a referência efetuada pelas Visadas ao ponto 144 da Comunicação Consolidada da Comissão, acima transcrita no ponto 203.

223. Sendo que essa obrigação de não implementar recai sobre todas as adquirentes de controlo, confirmando-se ainda que a decisão de implementar passou por toda a cadeia empresarial, na medida em que as próprias Visadas afirmam que a ANF é o “centro decisório da atividade do Grupo” (ponto 76 da defesa escrita de 17 de maio de 2012) e se constata, de facto, que a Farminveste, na base da cadeia ANF — Farminveste, S.A. — Farminveste, adquiriu as ações da ParaRede que levam à aquisição de controlo.
224. Na realidade, a obrigação de não realizar a operação — isto é, adquirir o controlo da empresa nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003 — antes de a mesma ter sido notificada e objeto de decisão de não oposição da AdC decorre claramente do n.º 1 do artigo 11.º da mesma Lei.
225. Assim, e indo ao encontro da afirmação genérica das Visadas efetuada no ponto 51 da defesa escrita de 17 de maio de 2012, a constituição das mesmas como Visadas decorreu justamente do facto de as mesmas terem desrespeitado um imperativo legal, de natureza contra-ordenacional, nos termos referidos pelas mesmas na referida defesa escrita como correspondendo à regra de não realização da operação de concentração.
226. O que corrobora o facto de a AdC, na sua missão de aplicar o Regime Jurídico da Concorrência, não ter “vontades” relativamente à aplicação de coimas, nem à constituição como Visadas de empresas ou entidades, decisões estas da AdC que não se prendem com elementos de facto laterais como a existência ou não de volume de negócios das mesmas, mas sim com o carácter ilícito da atuação dessas mesmas empresas ou entidades.
227. Efetivamente, a unidade da conduta das empresas Visadas no mercado prevalece face à separação jurídica das empresas, sendo este o conceito de empresa nos termos e para os efeitos do Direito da Concorrência, como decorria do n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, aplicável, que se passa em seguida a citar (e que decorre também da atual Lei em vigor, a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), bem como de toda a prática e jurisprudência europeia: “considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação” decorrentes, nomeadamente, da detenção de capital social ou de direitos de voto, que atribuam à empresa mãe a suscetibilidade de exercer uma influência dominante na atuação da empresa filha.
228. Mas mesmo que assim não fosse, a conduta de cada uma das Visadas por si mesmas levou a que cada uma seja parte na realização da operação sem prévia notificação; assim, e resumidamente,
- (i) a atuação da ANF ao constituir a Farminveste, S.A. para esta empresa adquirir participações sociais, mormente a da ParaRede/Glantt,
 - (ii) a atuação da Farminveste, S.A. ao constituir a Farminveste pelos mesmos motivos,
 - (iii) e a concretização do contrato por esta última empresa,
- a par da participação direta daquelas no capital social da Glantt, permitem alocar, direta e individualmente a cada uma das Visadas, a sua responsabilidade ao adquirirem, direta e indiretamente, o controlo de uma empresa, a Glantt, previamente à notificação à AdC e à correlativa decisão desta Autoridade.

229. Neste aspeto, os Regimes Jurídicos da Concorrência — quer o nacional, quer o europeu — encontram-se devidamente acautelados, em sede administrativa e contra-ordenacional, a tentativas de contorno da própria lei, com base na instrumentalização de sociedades do mesmo grupo, com ou sem atividade ou volumes de negócios antecedentes ou presentes.

3.4. Tipo legal

230. O artigo 11.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, prevê que “(U)ma operação de concentração sujeita a notificação prévia não pode realizar-se antes de ter sido notificada e antes de ter sido objecto de uma decisão, expressa ou tácita, de não oposição”, explicitando o artigo 8.º, n.º 1, da mesma Lei que uma operação de concentração corresponde a uma aquisição de controlo, nos seguintes termos:

1 - Entende-se haver uma operação de concentração de empresas, para efeitos da presente lei:

a) No caso de fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes;

b) No caso de uma ou mais pessoas singulares que já detenham o controlo de pelo menos uma empresa ou de uma ou mais empresas adquirirem, directa ou indirectamente, o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas.

2 - A criação ou aquisição de uma empresa comum constitui uma operação de concentração de empresas, na acepção da alínea b) do número anterior, desde que a empresa comum desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma.

3 - Para efeitos do disposto nos números anteriores o controlo decorre de qualquer acto, independentemente da forma que este assuma, que implique a possibilidade de exercer, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa, nomeadamente:

a) Aquisição da totalidade ou de parte do capital social;

b) Aquisição de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa;

c) Aquisição de direitos ou celebração de contratos que confirmam uma influência preponderante na composição ou nas deliberações dos órgãos de uma empresa.

4 - Não é havida como concentração de empresas:

a) A aquisição de participações ou de activos no quadro do processo especial de recuperação de empresas ou de falência;

b) A aquisição de participações com meras funções de garantia;

c) A aquisição por instituições de crédito de participações em empresas não financeiras, quando não abrangida pela proibição contida no artigo 101.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro (negrito nosso).

231. O artigo 43.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 18/2003, estatui que “(c)onstitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes na infração, 10% do volume de negócios no último ano”, “(a) realização de

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial.

operações de concentração de empresas que se encontrem suspensas, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 11.º”, referindo o n.º 6 do mesmo artigo que “(a) negligência é punível”.

232. O n.º 1 do artigo 11.º acima descrito proíbe, assim, que se realize uma operação de concentração que esteja sujeita a notificação, antes de a mesma ser notificada e antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição da Autoridade da Concorrência, punindo com coima a correspondente violação.
233. São, assim, elementos deste tipo legal: (i) a qualificação da aquisição como operação de concentração de empresas, nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003; (ii) a sujeição da mesma a notificação prévia obrigatória à Autoridade da Concorrência, nos termos do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003; (iii) a realização ou implementação da operação de concentração antes da emissão, por parte da Autoridade, de uma decisão de não oposição; e (iv) a atuação da empresa com dolo ou negligência.
234. O tipo objetivo compreende os três primeiros elementos referidos no ponto anterior.
235. O tipo subjetivo compreende a atuação dolosa ou negligente da empresa.
236. A ilicitude e a culpa consistem nos outros elementos da infração.

3.4.1. Duração da infração

237. A infração consumou-se a 4 de julho de 2008, data da realização da operação de concentração, tendo os seus efeitos diretos durado até à decisão da Autoridade da Concorrência de 28 de maio de 2010, no processo Ccent. 47/2009 – Farminveste/ParaRede (pontos 289, 290 e 291 *infra*).

3.4.2. Tipo objetivo

3.4.2.1. Qualificação da aquisição como operação de concentração

3.4.2.1.1. Qualificação da aquisição como operação de concentração efetuada na Nota de Ilícitude

238. A Farminveste é uma sociedade gestora de participações sociais, detida pela Farminveste, S.A., que por sua vez é integralmente detida pela ANF.
239. O Grupo ANF, encabeçado pela ANF, engloba um conjunto de empresas que exercem uma atividade económica correspondente à oferta de bens ou serviços, sendo o Grupo considerado como uma única empresa, nos termos do n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 18/2003 (pontos 31 e 32 *supra*).
240. Nos termos do artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, entende-se haver uma operação de concentração de empresas para efeitos do Regime Jurídico da Concorrência:
- “b) No caso de uma ou mais pessoas singulares que já detenham o controlo de pelo menos uma empresa ou de uma ou mais empresas adquirirem, directa ou indirectamente, o controlo da totalidade ou de partes de uma ou de várias outras empresas”.

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial. 38

241. Como decorre do exposto *supra* na seção 2.3.1, operou-se uma incorporação da Consiste na ParaRede, tendo, em contrapartida, sido adquirido pela Farminveste um conjunto de ações que lhe permitiu, em conjunto com a representação da Farminveste, da Farminveste, S.A. e da ANF no Conselho de Administração, passar a deter um controlo exclusivo sobre a ParaRede/Glittt.
242. Em suma, Farminveste, a Farminveste, S.A. e a ANF adquiriram o controlo exclusivo da empresa ParaRede, red denominada Glittt, no âmbito de uma operação que, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, consubstancia uma operação de concentração (ponto 34 *supra*).

3.4.2.1.2. Posição das Visadas quanto à qualificação da aquisição como operação de concentração

243. Sobre a qualificação da operação como concentração sujeita a notificação prévia, as Visadas, nas defesas escritas de 17 de maio de 2012 e de 27 de fevereiro de 2014, reiteram o acima referido no artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, referindo ainda a Comunicação Consolidada da Comissão, que estabelece que “*uma concentração apenas abrange as operações de que resulte uma mudança de controlo duradoura das empresas em causa*”, explanando os tipos de concentrações – fusões e aquisições de controlo - nos termos da referida Comunicação.
244. Defendem, em seguida, que sendo os dois tipos acima referidos – fusões e aquisições de controlo – alternativos, a operação *sub judice* se enquadra no primeiro, consubstanciando uma “*fusão entre empresas anteriormente independentes, em que a ParaRede SGPS incorporou a Consiste SGPS, e não propriamente perante uma aquisição de controlo*” (ponto 88 da defesa escrita de 17 de maio de 2012 e ponto 69 da defesa escrita de 27 de fevereiro de 2014).
245. Acrescentam ainda que, mesmo que se tratasse de uma aquisição de controlo, esta não teria ocorrido no presente caso uma vez que as Visadas não adquiriram a maioria do capital social, mas apenas 49,83%, nem a maioria dos direitos de voto — em consonância com o que defendem sobre esta matéria, nos termos descritos nos pontos 59 a 67 *supra* — não dispendo, em consequência, do poder de influenciar as decisões comerciais estratégicas da empresa (ponto 95 da defesa escrita de 17 de maio de 2012 e ponto 76 da defesa escrita de 27 de fevereiro de 2014).
246. Referem ainda, no ponto 68 da defesa escrita de 27 de fevereiro de 2014, que, atento o facto de as três Visadas terem assinado o memorando de entendimento que está na base da realização da operação, seria falsa a afirmação de que a Farminveste, Farminveste, S.A. e ANF teriam adquirido o controlo exclusivo da ParaRede “*pois, sendo esse o caso, a AdC teria exigido que a **Farminveste, SGPS** notificasse a operação em conjunto com a **ANF** e com a **Farminveste, S.A.**, o que nunca sucedeu!*”.
247. Para fundamentar o que defendem, citam os parágrafos 54 e 56 da Comunicação Consolidada referida, transcrevendo os seguintes excertos, que realçam nos termos que ora novamente se transcreve:
- “normalmente adquire-se o controlo exclusivo quando uma única empresa pode exercer uma influência decisiva numa empresa. (...) a empresa que exerce o controlo exclusivo tem o **poder de influenciar as decisões comerciais estratégicas** da outra empresa” e*

*“o controlo exclusivo é normalmente adquirido, sob o ponto de vista jurídico, quando uma empresa **adquire a maioria dos direitos de voto** numa sociedade. **Na falta de outros elementos, uma aquisição que não inclua a maioria dos direitos de voto não confere normalmente o controlo, mesmo se envolver a aquisição de uma participação maioritária**”.*

3.4.2.1.3. Posição da AdC quanto à qualificação da aquisição como operação de concentração

248. A questão da qualificação da aquisição em causa como operação de concentração prende-se com a análise de facto *supra* explanada nos pontos 34 a 136, enquadrados aqui nos termos de Direito aplicáveis, correspondente ao disposto no artigo 8.º da Lei n.º 18/2003.
249. Importa, assim, antes de mais, clarificar que qualquer operação de concentração corresponde a uma alteração da estrutura de controlo de uma dada empresa (parte de empresa ou ativos de uma empresa), que culmine na aquisição de controlo por pelo menos uma entidade.
250. A forma jurídica como se encontra estruturada a operação, bem como a sua qualificação nos termos do Direito Comercial não se sobrepõem, assim, ao critério que permite identificar uma operação de concentração – a aquisição de controlo, ou seja, a aquisição do **poder de influenciar as decisões comerciais estratégicas** de uma empresa.
251. Assim, e como as próprias Visadas acabam por reconhecer, ao falar dos volumes de negócios da entidade adquirente (pontos 147, 278 e 279 da presente Decisão), mesmo quando o tipo de operação corresponde a uma fusão, releva para efeitos de controlo de concentrações, quem adquiriu o controlo de quem em resultado da fusão, sendo justamente essa a análise desenvolvida pela AdC e que levou já à notificação da operação pela Farminveste e à decisão da AdC de 28 de maio de 2010.
252. Ora, como decorre da análise desenvolvida em termos de matéria de facto, verifica-se que, em resultado da operação, a Farminveste, a Farminvete, S.A. e a ANF, empresas pertencentes ao mesmo Grupo societário, *i.e.*, à mesma empresa nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 18/2003, adquiriram controlo exclusivo sobre a ParaRede/Glantt em resultado da operação.
253. Não se entende, assim, a afirmação constante do ponto 68 da defesa escrita de 27 de fevereiro de 2014, que parece ou ignorar justamente o referido artigo 2.º da Lei n.º 18/2003 ou confundir aquisição de controlo exclusivo por empresas pertencentes ao mesmo grupo, que ocorreu *in casu*, com a aquisição de controlo conjunto, situação diversa da que está em causa no presente caso.
254. Analisa-se, agora, os parágrafos da Comunicação Consolidada da Comissão apresentados pelas Visadas que, ao interpretarem o conceito de aquisição de controlo, nos termos seguidos pela Comissão Europeia, e acompanhados pela AdC, em nada afastam as conclusões retiradas na nota de ilicitude.
255. Assim, é verdade que, como decorre do referido ponto 56 da Comunicação Consolidada da Comissão, o *“controlo exclusivo é normalmente adquirido, sob o ponto de vista jurídico, quando uma empresa adquire a maioria dos direitos de voto numa sociedade”*. Estas são, efetivamente, as situações mais comuns, mas como a própria Comissão, expõe, tal não impede que o controlo seja adquirido, mesmo que o

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 40 considerado como confidencial.

adquirente não tenha uma maioria dos votos, o que, como referimos já, não é o caso, uma vez que o Grupo ANF detém uma maioria representativa dos seus interesses, quer no Conselho de Administração, quer na Comissão Executiva da ParaRede/Glantt (*vide* ponto 121 *supra*).

256. Refere ainda a Comissão, que “(N)a falta de outros elementos, uma aquisição que não inclua a maioria dos direitos de voto não confere normalmente o controlo, mesmo se envolver a aquisição de uma participação maioritária”, em acordo com a nota de ilicitude da AdC, na medida em que da operação de concentração emerge para o Grupo ANF, sem uma participação maioritária, mas com uma detenção de 49,83% do capital social, uma representação dos seus interesses, em termos maioritários, nos referidos órgãos sociais da ParaRede/Glantt.
257. E se o ponto 56 da Comunicação Consolidada da Comissão respalda o exposto pela AdC, mais claramente ainda tal decorre do parágrafo subsequente, omitido pelas Visadas na sua análise, e que dispõe que:

“O controlo exclusivo pode decorrer, de direito, de uma participação minoritária, quando lhe estão associados direitos específicos. Podem revestir a forma de acções preferenciais com direitos especiais, que permitem ao accionista minoritário determinar o comportamento empresarial estratégico da empresa-alvo como, por exemplo, o poder de nomeação de mais de metade dos membros do órgão de fiscalização ou do conselho de administração. O controlo exclusivo pode ser igualmente exercido por um accionista minoritário que tenha o direito de gerir as actividades da empresa e de determinar a sua política empresarial com base na estrutura organizacional (por exemplo, um sócio comanditado de uma sociedade em comandita o qual, por vezes, nem sequer detém uma participação)” (sublinhado nosso).

258. Note-se ainda que se é verdade que o controlo exclusivo pode decorrer, de direito, do poder de nomear uma maioria de membros dos órgãos sociais, o mesmo pode também suceder em termos de facto, sendo a distinção irrelevante para efeitos da determinação do controlo, já que o que releva é apurar se as Visadas ficam na posição de poder influenciar as decisões estratégicas da empresa, nomeadamente através da respetiva representação maioritária nos órgãos sociais da ParaRede/Glantt, o que se confirmou em resultado da análise acima efetuada.
259. Sobre o controlo de facto, dispõe a Comissão nos pontos 59 e 60, explanando-se o primeiro, já que o segundo se reporta especificamente ao direito de opção:

“Pode igualmente considerar-se que um accionista minoritário detém o controlo exclusivo com base em circunstâncias de facto. Tal sucede, por exemplo, quando o accionista tem fortes probabilidades de obter uma maioria na assembleia-geral de accionistas, tendo em conta o nível da sua participação e a presença dos accionistas nas assembleias-gerais de anos anteriores. Com base nesta estrutura dos votos, a Comissão efectuará uma análise prospectiva, tendo em conta mudanças previsíveis a nível da presença dos accionistas que a operação possa vir a desencadear no futuro. A Comissão examinará ainda a posição dos outros accionistas e avaliará o seu papel. Essa avaliação assenta, nomeadamente, nos critérios seguintes: forte dispersão das acções restantes, vínculos estruturais, económicos ou familiares dos outros accionistas importantes com o accionista minoritário em questão ou ainda o interesse estratégico ou meramente financeiro dos outros accionistas na empresa-alvo. Estes critérios serão avaliados casuisticamente. Se, com base na sua participação, na estrutura dos votos na assembleia-geral de accionistas registada no passado e na posição dos outros accionistas for provável que um accionista minoritário venha a obter uma maioria estável de votos na assembleia-geral de accionistas, presume-se que

este acionista minoritário importante exerce um controlo exclusivo na empresa
(sublinhado nosso).

260. Neste exemplo, a Comissão refere a situação de controlo de facto mais corrente, que se traduz na aquisição de controlo por um acionista minoritário através da sua representação relativa na assembleia geral, atenta a dispersão do capital social. No caso em análise, tal veio a concretizar-se, em resultado da detenção de 49,83% do capital social da Glintt pelas Visadas e da dispersão do restante capital.
261. Efetivamente, no caso *sub judice*, o que se verificou foi que, tal como referido na nota de ilicitude (ponto 22) e na análise de facto *supra* (ponto 44), tendo o Grupo ANF, em outubro de 2009, 49,83% do capital social e dos direitos de voto, e tendo os demais quatro acionistas com participações qualificadas uma representatividade inferior a 3% cada, foi eleito um Conselho de Administração e uma Comissão Executiva da ParaRede/Glitt no triénio 2008/2010 maioritariamente representativos dos interesses daquele Grupo.
262. Em consequência, tal como apurado *supra* nos pontos 34 a 136, a Farminveste, a Farminveste, S.A. e a ANF encontravam-se à data maioritariamente representadas nos órgãos sociais da ParaRede/Glitt, o que, em paralelo com a sua posição de acionistas representados em Assembleia Geral, lhes permitiu influenciar de forma determinante as decisões estratégicas desta empresa.

3.4.2.2. Obrigatoriedade de notificação prévia da operação de concentração à Autoridade da Concorrência

3.4.2.2.1. Análise da obrigatoriedade de notificação prévia da operação de concentração à Autoridade da Concorrência efetuada na Nota de Ilicitude

263. De acordo com o disposto no artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 18/2003:
- “1 — As operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando preencham uma das seguintes condições:
- (...)
- b) O conjunto das empresas participantes na operação de concentração tenha realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 150 milhões de euros, líquidos dos impostos com este directamente relacionados, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por, pelo menos, duas dessas empresas seja superior a dois milhões de euros” (sublinhado nosso).
264. O volume de negócios da ParaRede, empresa adquirida, em 2007, em Portugal, ascendeu a [CONFIDENCIAL] milhões de euros (ponto 138 *supra*).
265. O volume de negócios a ser contabilizado, para efeitos dos artigos 9.º e 10.º da Lei n.º 18/2003, compreende ainda todo o universo do Grupo ANF, enquanto entidade adquirente da ParaRede.

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 42 considerado como confidencial.

266. Importa, assim, ter em conta o disposto no artigo 10.º, n.º 2, alínea b), da Lei n.º 18/2003, que dispõe que:
- “[N]o caso de uma ou várias empresas envolvidas na operação de concentração disporem conjuntamente dos direitos ou poderes enumerados na alínea b) do n.º 1, há que no cálculo do volume de negócios das empresas participantes na operação de concentração: (...)
- b) Tomar em consideração o volume de negócios resultante da venda de produtos e da prestação de serviços realizados entre a empresa comum e qualquer outra empresa terceira, o qual será imputado a cada uma das empresas participantes na operação de concentração na parte correspondente à sua divisão em partes iguais por todas as empresas que controlam a empresa comum” (sublinhado nosso).
267. Segundo a Farminveste, o volume de negócios da Alliance Healthcare, em 2007, em Portugal, correspondeu a [CONFIDENCIAL] milhões de euros, sendo aquela empresa controlada conjuntamente por três entidades (ANF, Grupo José de Mello e Alliance Unichem) (ponto 142 *supra*).
268. Ora, considerando que a Alliance Healthcare teve, conforme referido, um volume de negócios, em 2007, de [CONFIDENCIAL] milhões, e que a mesma é controlada conjuntamente por três entidades – Alliance Boots (anterior Alliance Santé), ANF (através da Farminveste, S.A.) e Grupo José de Mello –, a parcela a ser imputada ao Grupo ANF será de [>150] milhões de euros.
269. O volume de negócios da Farminveste, em Portugal, em 2007, correspondeu a [CONFIDENCIAL] milhões de euros (consolidando, em termos proporcionais, a Alliance Healthcare) (ponto 145 *supra*).
270. Em consequência do exposto, os volumes de negócios do conjunto das empresas participantes na operação (Grupo ANF e ParaRede) superam o montante de 150 milhões de euros, bem como o montante individual de 2 milhões de euros.
271. Nestes termos, entende-se que a operação de concentração consubstanciada na aquisição do controlo exclusivo, pela Farminveste, pela Farminveste, S.A. e pela ANF sobre a ParaRede, se encontrava sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 18/2003.
272. Estabilizados estes elementos – partes na operação, natureza da operação, e dever de notificação –, incumbia à entidade adquirente em termos jurídicos, *in casu*, Farminveste, nos termos do n.º 1 do artigo 31.º da Lei n.º 18/2003, proceder à notificação da operação, junto da AdC, no prazo de 7 dias úteis após a conclusão do acordo (cfr. artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003).
273. A operação poderia também ter sido notificada, quer pela Farminveste, S.A., quer pela ANF, na medida em que ambas adquiriam também controlo sobre a ParaRede.
274. O momento da conclusão do acordo corresponde à data das Assembleias Gerais nas quais se aprovaram os projetos de fusão, já que (apenas) aí se estabilizaram definitivamente os elementos essenciais da operação, designadamente, entidades envolvidas, objeto da operação e calendários relevantes.
275. Assim, atendendo a que a Assembleia Geral da ParaRede se realizou em 11 de junho de 2008, a operação deveria ter sido notificada à AdC nos sete dias úteis seguintes, ou seja, até 23 de junho de 2008 (ponto 39 *supra*).
276. Em face da ausência de tal notificação, a 5 de outubro de 2009 foi comunicada à Farminveste a abertura de procedimento oficioso por incumprimento do dever de

notificação da referida operação de concentração, ao abrigo do disposto no artigo 40.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 18/2003 (fls. 24 e segs. e 34 e segs.).

3.4.2.2.2. Posição das Visadas quanto à obrigatoriedade de notificação prévia da operação de concentração à Autoridade da Concorrência

277. As Visadas defendem em relação a esta questão, quer na respetiva defesa escrita de 17 de maio de 2012, quer na de 27 de fevereiro de 2014 (pontos 78 a 84), que mesmo que a operação fosse qualificável como operação de concentração, a mesma não seria notificável, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003, dado não preencher o critério do volume de negócios (além de não preencher o critério da quota de mercado).
278. Ilustram o defendido com a referência aos pontos 124 e 136 da Comunicação Consolidada da Comissão, que referem que, sendo o volume de negócios utilizado como indicador dos recursos económicos reunidos numa operação de concentração, se a concentração consistir na aquisição de parcelas de uma ou mais empresas só são *“tomadas em consideração, no que se refere ao cedente ou aos cedentes, as parcelas que são objeto da operação. O eventual impacto da operação no mercado dependerá exclusivamente da conjugação dos recursos económicos e financeiros que são objeto de uma transferência de propriedade com os do adquirente e não com as restantes actividades comerciais do cedente. Neste caso, as empresas em causa serão o adquirente ou adquirentes e a parte ou as partes adquiridas da empresa-alvo, mas as restantes actividades comerciais do cedente serão ignoradas”* (sublinhado nosso).
279. Como defendem que a operação corresponde a uma aquisição da Consiste pela ParaRede (e não uma aquisição da Farminveste, da Farminveste, S.A. e da ANF), aplicam o acima disposto considerando como empresa adquirida a Consiste e como Adquirente a ParaRede, concluindo que o volume de negócios em causa corresponderia a [CONFIDENCIAL] milhões de euros, sendo, portanto, inferior ao limiar que espolia a obrigação de notificar, 150 milhões de euros.

3.4.2.2.3. Posição da AdC quanto à obrigatoriedade de notificação prévia da operação de concentração à Autoridade da Concorrência

280. A Autoridade da Concorrência não discorda da aplicação do disposto nos parágrafos citados pelas Visadas da Comunicação Consolidada da Comissão relativamente ao cálculo do volume de negócios.
281. Como refere o ponto 129 da Comunicação Consolidada da Comissão, *“do ponto de vista da determinação da competência, as empresas em causa são as que participam numa concentração, ou seja, uma fusão ou uma aquisição de controlo conforme previsto no n.º 1 do artigo 3.º. O volume de negócios individual e total dessas empresas será determinante para decidir se os limiares previstos são atingidos”*, sendo, assim, de ter em conta o volume de negócios da empresa adquirente e da empresa ou ativo adquiridos.
282. Efetivamente, em termos de aplicação do Direito, parecem as posições da AdC e das Visadas coincidir; apenas divergindo o cálculo concreto do volume de negócios em causa, dada a diferente configuração da operação de concentração agora assumida pelas Visadas, não obstante o facto de terem notificado a operação de concentração

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial.

a 27 de novembro de 2009, dando origem à subsequente decisão da AdC de 28 de maio de 2010, em que se se explana de forma clara, com referência à notificação apresentada, a obrigatoriedade de notificação da operação em resultado do preenchimento do critério do volume de negócios.

283. Na realidade, a AdC aplicou esta mesma forma de cálculo à operação de concentração tal como ocorreu, isto é, correspondendo a uma aquisição da ParaRede/Glantt pela Farminveste, pela Farminveste, S.A. e pela ANF.
284. O volume de negócios envolvido na operação é, assim, uma decorrência lógica da posição que se assuma quanto à estrutura da operação e aquisição de controlo, questão objeto de explanação *supra*, nos pontos 34 a 136.
285. Retoma-se, assim, o explanado em sede de análise dos factos, que permite concluir que o volume de negócios em causa não corresponde a [CONFIDENCIAL] milhões de euros, mas sim a [CONFIDENCIAL] milhões de euros.
286. Em suma, como resulta do exposto nos pontos 68 a 136, a operação de concentração em causa consistiu, efetivamente, na aquisição do controlo exclusivo da ParaRede/Glantt pela Farminveste, pela Farminveste, S.A. e pela ANF, pelo que têm que ser tidos em conta, nos termos do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, os volumes de negócios destas entidades adquirentes e, como tal, participantes na operação.
287. Devem ainda ser tidos em conta os volumes de negócios das empresas do Grupo ANF enquadradas nas relações de controlo intra-grupo previstas nas alíneas b) a e) do n.º 1 do citado artigo 10.º da Lei n.º 18/2003.
288. Nestes termos, o volume de negócios em Portugal, em 2007, da Farminveste, calculado nos termos do artigo 10.º da Lei n.º 18/2003, foi de [CONFIDENCIAL] milhões de euros, o qual, somado ao volume de negócios da ParaRede no mesmo período e âmbito geográfico, que é de [CONFIDENCIAL] milhões de euros, perfaz um total de [CONFIDENCIAL] milhões de euros, os quais, mesmo sem contar com o volume de negócios da ANF, já ultrapassam largamente o limiar mínimo do volume de negócios que impunha a notificação à Autoridade da Concorrência de uma operação de concentração, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 18/2003, que prevê que as operações de concentração de empresas estão sujeitas a notificação prévia quando:

“O conjunto das empresas participantes na operação de concentração tenha realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior a 150 milhões de euros, líquidos dos impostos com este diretamente relacionados, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por, pelo menos, duas dessas empresas seja superior a dois milhões de euros”.

3.4.2.3. Realização da operação de concentração antes da emissão de uma decisão de não oposição

289. Decorre dos comunicados ao mercado, publicados na página oficial da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários, de 23 e 24 de julho de 2008, que, nestas datas, a operação já se teria realizado (pontos 152 a 157 *supra*).
290. Na realidade, tal decorre das afirmações da própria Farminveste no formulário de notificação, quando informa que a 4 de julho de 2008 registou a operação em termos

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 45 considerado como confidencial.

- definitivos, cumprida a condição suspensiva da desnecessidade de OPA (fls. 47 e 705).
291. A operação realizou-se, de acordo com os elementos referidos no ponto 40 *supra*, a 4 de julho de 2008.
292. Ora, tendo a operação apenas sido notificada, conforme referido, a 27 de novembro de 2009, e objeto de decisão da AdC a 28 de maio de 2010, não foi cumprida a obrigação de suspensão da operação de concentração prevista no n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 18/2003 (fls. 44 e 702).
293. Como referem as Visadas, citando, quanto à obrigatoriedade de notificação da operação, a alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º e quanto à proibição de realização da operação antes de ter sido notificada e antes de ter sido objeto de uma decisão da AdC de não oposição, o n.º 1 do artigo 11.º, ambos da Lei n.º 18/2003, e quanto à contra-ordenação em caso de violação da norma anterior, a alínea b) do n.º 1 do artigo 43.º da mesma Lei, “*parece evidente que as normas acima mencionadas proibem a realização de uma operação de concentração que esteja sujeita à obrigação de notificação prévia antes da sua aprovação pela AdC*” (vide ponto 60 da defesa escrita de 17 de maio de 2012).
294. Acrescentam ainda as Visadas, no ponto subsequente da sua defesa escrita de 17 de maio de 2012, que “*a regra básica associadas a estas normas é a de que a(s) empresa(s) adquirente(s) tem de proceder à notificação da operação, não podendo, nem a adquirente nem a adquirida, implementá-la sem prévia autorização da AdC*” (realce das Visadas).
295. Em todo o caso, o facto de a operação ter sido realizada antes da emissão de uma decisão de não oposição decorre dos factos *supra* expostos e não é objeto de contestação pelas Visadas, que corroboram este aspeto, a propósito do elemento subjetivo da infração, ao referir que as “*Arguidas, ao implementarem esta operação sem prévia notificação nem decisão favorável da AdC*” (ponto 110 da defesa escrita de 17 de maio de 2012).

3.4.3. Tipo subjetivo

3.4.3.1. Descrição do tipo subjetivo efetuada na Nota de Ilícitude

296. Como referido, nos termos dos n.º 1 e n.º 6 do artigo 43.º da Lei n.º 18/2003, a realização de operações de concentração previamente a uma decisão de não oposição da AdC constitui contra-ordenação punível, se praticada com dolo ou negligência.
297. Encontra-se, assim, legalmente vedado às entidades que pretendem adquirir o controlo de uma empresa, a realização de uma operação sujeita a notificação prévia, sem que a mesma tenha sido sujeita a escrutínio e objeto de decisão de não oposição da Autoridade da Concorrência.
298. Na operação em referência as entidades adquirentes são as que adquirem o controlo da empresa, como desenvolvido na análise de facto, está em causa uma operação complexa em que se operou a incorporação da Consiste na ParaRede, tendo como contrapartida a aquisição de um conjunto de ações pela Farminveste, pela Farminveste, S.A. e pela ANF que lhe conferem a capacidade de controlar a empresa

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial.

resultante da fusão, a ParaRede/Glantt, sendo portanto aquelas três entidades — enquanto parte da mesma empresa nos termos da Lei n.º 18/2003 — as adquirentes do controlo.

299. Note-se que as alegações das Visadas, na sua defesa escrita de 17 de maio de 2012, de que as adquirentes seriam “a ParaRede e porventura a Consiste SGPS” não são corretas porque apenas atentam na primeira parte da operação, esquecendo as contrapartidas da fusão, correspondentes à aquisição de capital, direitos de nomeação de membros de órgãos sociais, conferentes de controlo, atendendo à totalidade da operação, à Farminveste, à Farminveste, S.A. e à ANF.
300. Na realidade, tal asserção é, não só incorreta, mas também contraditória com o facto de a operação ter sido, como tinha que ser, notificada pelo Grupo ANF e, em concreto, pela Farminveste.
301. Sendo aplicável o disposto no artigo 8.º do RGCOC e nos artigos 13.º a 15.º do Código Penal, por remissão expressa do artigo 32.º do RGCOC, age com dolo, nos termos do artigo 14.º do referido Código, quem:
- (i) “representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar” (dolo directo);
 - (ii) “representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta” (dolo necessário);
 - (iii) “Representar como consequência possível da conduta a realização de um facto que preenche um tipo de crime e actuar conformando-se com aquela realização” (dolo eventual).
302. Age com negligência, nos termos do artigo 16.º do Código Penal, “quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:
- a) Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização; ou
 - b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto”.
303. A verificação dos critérios de notificabilidade era, no caso, isenta de dúvidas, dado limitar-se à observação do volume de negócios, muito superior ao limiar de notificabilidade.
304. A operação foi publicitada em informações ao mercado publicadas na página oficial da CMVM.
305. As Visadas representaram o facto de adquirirem o controlo ou o poder de influenciar, de forma determinante, a Glantt, sabendo que a operação de concentração estava sujeita a notificação prévia obrigatória e não tinha sido notificada, e atuaram com intenção de adquirir o controlo.
306. O conhecimento do dever legal de notificação prévia da aquisição de controlo sobre uma empresa não pode deixar de ser exigido a quem atua no mercado e quaisquer dúvidas sobre a verificação dos critérios de notificabilidade são, e eram, facilmente ultrapassáveis através de consulta à AdC.
307. Acresce que a Farminveste, S.A., anteriormente denominada Farminústria – Investimentos, Participações e Gestão, S.A., havia já notificado, a 23 de dezembro de 2005, a aquisição de controlo sobre a Alliance Unichem Farmacêutica, S.A. (atual Alliance Healthcare), na sequência de procedimento oficioso em que esta empresa foi intimada a notificar. Esta operação foi analisada como Ccent. 80/2005 – Farminústria

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 47 considerado como confidencial.

/ JMP II / Alliance Santé / Alliance Unichem e objeto de decisão da AdC a 31 de janeiro de 2007 (fls. 1263 e segs. e 1377 e segs.).

308. Concluiu, assim, a AdC que as Visadas tinham atuado com dolo direto.

3.4.3.2. Posição das Visadas quanto ao tipo subjetivo

309. Na defesa escrita de 17 de maio de 2012 vêm as Visadas invocar que *“desconheciam, como amplamente evidenciado no processo, que a implementação da operação sem aprovação prévia por parte da AdC poderia constituir uma infracção ao direito da concorrência”*.
310. Referem ainda que sempre *“entenderam, que não existia qualquer aquisição de controlo que redundasse numa operação de concentração, nos termos e para os efeitos da alínea b), n.º 1 do artigo 8.º da Lei da Concorrência”* e que a sua conduta *“sempre revelou a mais absoluta boa-fé, na medida em que a transacção foi anunciada ao mercado e registada junto da Conservatória do Registo Comercial competente”*, o que consideram demonstrar que não pretenderam ocultar a operação e que a não notificação se deveu à sua convicção de que não estavam verificados os pressupostos que impunham uma notificação obrigatória.
311. Alegam ainda que, atento o facto de nada indiciarem que da operação resultaria uma criação ou reforço de entraves significativos à concorrência efetiva no mercado, *“não colheriam qualquer vantagem em se furtar dolosamente a uma notificação e aprovação prévia da operação por parte da Autoridade”*.
312. Concluem, referindo que, *“na pior das hipóteses estaríamos perante uma conduta negligente das Arguidas, ao implementarem esta operação sem prévia notificação nem decisão favorável da AdC”*.

3.4.3.3. Posição da AdC quanto ao tipo subjetivo

313. As próprias Visadas assumem, citando os preceitos relevantes da Lei, que *“parece evidente que as normas acima mencionadas proíbem a realização de uma operação de concentração que esteja sujeita à obrigação de notificação prévia antes da sua aprovação pela AdC”*, acrescentando mesmo que *“a regra básica associada a estas normas é a de que a(s) empresa(s) adquirente(s) tem de proceder à notificação da operação, não podendo, **nem a adquirente nem a adquirida**, implementá-la sem prévia autorização da AdC”* (sublinhado nosso) (vide pontos 293 e 294 supra).
314. Como as Visadas reconhecem, assim, atento o carácter básico da regra que referem e a evidência que alegam quanto à obrigação de notificação, em paralelo com o respetivo conhecimento integral da operação da qual são parte, a ponto de criar empresas específicas para o efeito, considera-se que as mesmas terão representado a realização da operação de concentração e quiseram fazê-lo, bem sabendo que a AdC não tinha emitido uma decisão de não oposição à operação.
315. Em todos os casos, teriam sempre as Visadas atuado com dolo direto, e não com negligência, como vêm, de forma contraditória, referir na sua defesa escrita de 17 de maio de 2012.
316. Assim, atentas as análises efetuadas relativamente aos procedimentos a prosseguir em sede de controlo de mercado, e a experiência prévia do Grupo ANF na notificação de operações de concentração de empresas, e tendo ainda em conta que a verificação dos critérios de notificabilidade era, no caso, isenta de dúvidas, dado limitar-se à

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial.

observação do volume de negócios, muito superior ao limiar de notificabilidade, parece pouco plausível que as Visadas não tenham representado que a não notificação da operação de concentração violaria a Lei n.º 18/2003.

3.4.4. Outros elementos da infração

3.4.4.1. Ilicitude

317. Não se verifica qualquer causa de exclusão de ilicitude, tendo as Visadas agido de forma livre e consciente na prática da infração.

3.4.4.2. Culpa

318. Nos termos do artigo 9.º do RGCOG, aplicável por força do artigo 19.º da Lei n.º 18/2003, age com culpa quem atua com consciência da ilicitude do facto ou quando o erro sobre a ilicitude lhe for censurável.

319. As Visadas, enquanto agentes económicos que desde há largos anos atuam no setor em Portugal, conhecem ou têm obrigação de conhecer, as normas que regem o funcionamento do mercado, nomeadamente as que visam garantir a livre concorrência.

320. A título de exemplo, a Farminveste, S.A., anteriormente denominada Farmindústria – Investimentos, Participações e Gestão, S.A., notificou, em 23 de dezembro de 2005, a aquisição de controlo sobre a Alliance Unichem Farmacêutica, S.A. (atual Alliance Healthcare), na sequência de procedimento oficioso em que esta empresa foi intimada a notificar. Esta operação foi analisada como Ccent. 80/2005 – Farmindústria / JMP II / Alliance Santé / Alliance Unichem objeto de decisão da AdC a 31 de janeiro de 2007 (fls. 1263 e segs. e 1377 e segs).

321. Atuaram, pois, com consciência de que o seu comportamento violava as regras da concorrência e de que, como tal, era ilícito.

3.5. Critérios de determinação da coima no âmbito do Regime Jurídico da Concorrência

322. Dispõe o artigo 44.º da Lei n.º 18/2003 que, na determinação do montante da coima serão tidos em conta, entre outros, os seguintes critérios:

- a) A gravidade da infração para a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado nacional;
- b) As vantagens de que hajam beneficiado as empresas infratoras em consequência da infração;
- c) O carácter reiterado ou ocasional da infração;
- d) O grau de participação na infração;
- e) A colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo;
- f) O comportamento do infrator na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial.

323. No âmbito da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, os critérios acima referidos são também os que a AdC deve ponderar, prevendo o n.º 1 do artigo 69.º desta Lei, que não refere expressamente o carácter reiterado ou ocasional da infração, que sejam ainda tidos em conta, designadamente, a natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração, a duração da infração e a situação económica do visado pelo processo.

3.5.1. Critérios de determinação da coima no âmbito do Regime Jurídico da Concorrência constantes da Nota de Ilicitude de 30 de março de 2012

324. A AdC, na nota de ilicitude, explanou os critérios acima referidos, tendo também efetuado a análise que se apresenta nos pontos seguintes.

325. A realização de uma operação sem prévia notificação e decisão da AdC, quando obrigatórias, limita o poder de intervenção *ex ante* da Autoridade tendente a garantir que não são criados ou reforçados entraves à concorrência, com efeitos nefastos e, por vezes, de difícil eliminação.

326. Ao eximir do controlo da AdC operações que criam ou reforçam entraves à concorrência, criando custos de intervenção posteriores e causando efeitos, nomeadamente em terceiros, em determinados casos potencialmente irreparáveis — sendo esse o motivo pelo qual o controlo de operações de concentração se efetua *ex ante* —, este tipo de atuação é grave.

327. Não obstante na aquisição de controlo da ParaRede/Glantt, em concreto, não se terem verificado diretamente efeitos negativos irreparáveis, dado que a operação foi posteriormente objeto de uma decisão de não oposição, caso a AdC não tivesse detetado a operação, a implementação em causa contribuiria para deteriorar a convicção de obrigatoriedade de cumprimento da suspensão dos efeitos das transações quando notificáveis, efeito este que, ainda que indireto, é grave.

328. O adiamento, em violação da lei, da análise do controlo de concentrações que, em todos os casos, representa sempre um custo para as notificantes, nomeadamente atento o facto de as empresas, que não podem implementar a operação, não conhecerem a análise da AdC até à sua decisão, que pode ser, nos termos legais, de não oposição, sem ou com compromissos, ou de proibição, permitiu às Visadas esquivar-se (temporariamente) ao inerente risco regulatório e adiar esse custo.

329. As Visadas, ao realizar uma operação sem a notificar, retiraram as vantagens correspondentes ao adiamento da notificação e correspondentes custos. Do ponto de vista da sua atuação no mercado, não terão retirado vantagens significativas, uma vez que a decisão da AdC de 27 de novembro de 2009, emitida no âmbito da operação de concentração Ccent. 47/2009 – Farminveste/Pararede, foi de não oposição.

330. A infração foi ocasional, não tendo carácter reiterado.

331. As Visadas atuaram como autoras da infração, sendo-lhes inteiramente imputáveis os factos em apreço.

332. Conforme exposto *supra*, entendeu o legislador, em 2003, introduzir, entre os critérios de determinação da coima em processos relativos a ilícitos contra-ordenacionais no domínio jus-concorrencial, a ponderação da “*colaboração prestada à Autoridade, até ao termo do procedimento administrativo*”.

333. Esta norma inspira-se na tendência que se tem vindo a generalizar na União Europeia e nos respetivos Estados membros, no sentido de consagrar, ao nível da determinação das coimas aplicáveis por violação das regras de concorrência, medidas positivas que

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 50 considerado como confidencial.

incentivem os autores da infração a cooperar com as autoridades, seja assumindo voluntariamente a sua participação numa infração, seja fornecendo provas da prática e dos respetivos autores e elementos constitutivos.

334. A Farminveste foi notificada, a 6 de novembro de 2009, da abertura do procedimento oficioso, para que procedesse à notificação da operação, com todas as cominações legais que tal acarretava, designadamente, suspensão de implementação da operação até que a AdC se pronunciasse (artigo 11.º, n.ºs 1 e 2), e a eventual instauração de procedimento contra-ordenacional, nos termos dos artigos 42.º e seguintes, todos da Lei n.º 18/2003.
335. Na sequência desta notificação, a Farminveste notificou a operação a 27 de novembro de 2009, tendo a mesma sido analisada no âmbito do processo Ccent. 47/2009 – Farminveste/ParaRede, o qual foi objeto de decisão de não oposição de 28 de maio de 2010.
336. Verificando-se que a operação foi notificada, não releva, para este efeito, qual a sociedade em concreto no seio do Grupo que a notificou, considerando-se, assim, que as três Visadas colaboraram com a AdC até ao termo do procedimento administrativo.
337. Ao ter sido notificada a operação, considera-se, pelos mesmos motivos referidos no ponto anterior, que as infratoras se comportaram de forma a eliminar a prática proibida, correspondente à realização da operação. Sendo certo que não suspenderam os efeitos da realização, tal não causou prejuízos significativos à concorrência no presente caso, uma vez que a operação foi posteriormente objeto de uma decisão de não oposição da AdC, atentando-se, assim, ao critério da natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração.

3.5.2. Posição das Visadas quanto aos critérios de determinação da coima

338. Na respetiva defesa escrita de 17 de maio de 2012, as Visadas subdividem a sua posição em dois pontos: primeiramente, procedem a um conjunto de considerações relativamente à valoração dos critérios previstos no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003 e em segundo lugar apontam outros critérios para a determinação do montante da coima que entendem que devem ser acolhidos.
339. Em primeiro lugar, referem que a *“Autoridade poderia desde logo indicar na sua NI a forma como tencionava ponderar os diferentes critérios”* previstos no referido artigo, alegando que apenas assim poderiam exercer plenamente o contraditório.
340. Defendem, em seguida, que a aplicação dos referidos critérios levaria à aplicação de *“uma eventual coima de valor inexpressivo”*, uma vez que, defendem dever ser valorados a favor da Farminveste, SGPS, da Farminveste, S.A. e da ANF os aspetos correspondentes às alíneas a), b), c), e) e f) do artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, atento o seguinte:
- (i) *“a infração não pode ser considerada grave, atento o facto de a AdC ter concluído, na sua decisão de 28 de maio de 2012 relativa à Ccent. 47/2009, que não havia qualquer criação ou reforço de uma posição dominante da qual resultassem entraves significativos a concorrência efetiva no mercado nacional;”*
 - (ii) *“a Farminveste, SGPS, a Farminveste, S.A. e a ANF não auferiram vantagens significativas com a (alegada) infração”;*
 - (iii) *“a infração foi ocasional e não reiterada”;*

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 51 considerado como confidencial.

- (iv) A AdC “no parágrafo 132 da NI, dá especial enfoque à colaboração da Farminveste, SGPS, da Farminveste, S.A. e da ANF até ao termo do procedimento administrativo”;
 - (v) “a Autoridade afirma que a Farminveste, SGPS, a Farminveste, S.A. e a ANF se comportaram de forma a eliminar a prática (alegadamente) proibida”.
341. Em face do exposto, concluem que, sendo aplicável uma coima, “só se compreenderia a aplicação de uma coima insignificante, que assumiria funções de admoestação e com um objetivo preventivo, de modo a dissuadir idênticas condutas no futuro, pois, em última instância, a alegada infração não trouxe quaisquer danos para a sã concorrência no mercado”.
342. Entendem ainda as Visadas que a AdC, na determinação da medida concreta da coima, “deveria acolher outros critérios para além dos estabelecidos no artigo 44.º da Lei da Concorrência”, uma vez que a lista apresentada neste artigo não é exaustiva, possibilitando à AdC atender a elementos adicionais.
343. Sobre este ponto, as Visadas “defendem que se afigura imperativo e prudente que a AdC tenha em especial consideração outros novos critérios consagrados no novo projeto de Proposta de Lei da Concorrência, nomeadamente, a situação financeira da Farminveste, SGPS, da Farminveste, S.A. e da ANF, tal como consta da alínea g) do n.º 1 do artigo 67.º”.
344. Acrescentam que, [CONFIDENCIAL – SITUAÇÃO FINANCEIRA DAS VISADAS].
345. As Visadas defenderam ainda que [CONFIDENCIAL – CRITÉRIOS A TER EM CONTA NA DETERMINAÇÃO DA MEDIDA CONCRETA DA COIMA].

3.5.3. Posição da AdC quanto aos critérios de determinação da coima

346. No que respeita à valoração dos critérios previstos no artigo 44.º da Lei n.º 18/2003, a AdC apresentou a análise dos mesmos na nota de ilicitude, de forma a permitir às Visadas pronunciarem-se sobre a mesma.
347. Assim, referiu expressamente que:
- (i) na aquisição de controlo da ParaRede/Glantt, em concreto, não se tinham verificado diretamente efeitos negativos irreparáveis, dado que a operação foi posteriormente objeto de uma decisão de não oposição;
 - (ii) do ponto de vista da sua atuação no mercado, as Visadas não terão retirado vantagens significativas, uma vez que a decisão da AdC de 27 de novembro de 2009, emitida no âmbito da operação de concentração CCent. 47/2009 – Farminveste/Pararede, foi de não oposição;
 - (iii) a infração foi ocasional, não tendo carácter reiterado;
 - (iv) a AdC considera que as Visadas colaboraram, conforme decorre do exposto nos pontos 332 a 336 *supra*;
 - (v) as Visadas comportaram-se de forma a eliminar a prática proibida, correspondente à realização da operação.
348. Foram, assim, valorados a favor das Visadas os elementos correspondentes às alíneas b), c), e) e f) do artigo 44.º da Lei n.º 18/2003.
349. Por outro lado, não deixou de apontar que:

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 52 considerado como confidencial.

- (i) a realização de uma operação sem prévia notificação e decisão da AdC, quando obrigatórias, limita o poder de intervenção *ex ante* da Autoridade tendente a garantir que não são criados ou reforçados entraves à concorrência, com efeitos nefastos e, por vezes, de difícil eliminação.
 - (ii) eximir do controlo da AdC operações que criam ou reforçam entraves à concorrência, valor fundamental para a estrutura e funcionamento da economia, tutelado constitucionalmente, cria potencialmente custos de intervenção posteriores e efeitos, nomeadamente em terceiros, em determinados casos eventualmente irreparáveis, o que corresponde a uma atuação grave;
 - (iii) caso a AdC não tivesse detetado a operação, a implementação em causa contribuiria para deteriorar a convicção de obrigatoriedade de cumprimento da suspensão dos efeitos das transações quando notificáveis, efeito este que, ainda que indireto, é grave;
 - (iv) o adiamento, em violação da lei, da análise do controlo de concentrações que, em todos os casos, representa sempre um custo para as notificantes, nomeadamente atento o facto de as empresas, que não podem implementar a operação, não conhecerem a análise da AdC até à sua decisão, que pode ser, nos termos legais, de não oposição, sem ou com compromissos, ou de proibição, permitiu às Visadas esquivar-se (temporariamente) ao inerente risco regulatório e adiar esse custo;
 - (v) as Visadas atuaram como autoras da infração, sendo-lhes inteiramente imputáveis os factos em apreço;
350. Assim, deve ser tido em conta, de forma não favorável às Visadas, o facto de a infração em causa ser uma infração grave, elemento no qual se deve atentar ao tipo de infração, e não aos efeitos concretos da mesma, já valorados a favor das Visadas nas alíneas (i), (ii), (iii) e (v) do ponto 347.
351. Em suma, devem ser valorados em desfavor das Visadas, os elementos previstos nas alíneas a) e d) do artigo 44.º da Lei n.º 18/2003.
352. Atendeu-se ainda, na determinação da percentagem do volume de negócios relevante para determinação do montante da coima, aos resultados das Visadas apresentados pelas mesmas e descritos acima no ponto 344, adotando-se como referência para o cálculo da coima, o volume de negócios mais baixo de entre o relativo a 2007 e o correspondente a 2013, que reflete a situação económica atual das Visadas (pontos 354 a 361).
353. Teve-se, assim, em conta na determinação da referida percentagem, a situação económica das Visadas, tal como referido pelas mesmas.

3.6. Volume de negócios e moldura aplicável

354. O volume de negócios da ANF, segundo a própria, em Portugal, em 2007, último ano anterior à prática, correspondeu a “[CONFIDENCIAL] euros (quotizações)” (fls. 65 e 722 e ponto 146 *supra*). Em 2013, último ano antes da decisão da AdC, teve um volume de negócios de [CONFIDENCIAL] euros (fls. 25, 62).
355. Segundo as Visadas, o volume de negócios da Farminveste, S.A. em Portugal, em 2007, último ano anterior à prática, correspondeu a [CONFIDENCIAL] euros (consolidando, em termos proporcionais, a Alliance Healthcare) (fls. 65 e 722 e ponto

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido 53 considerado como confidencial.

- 145 *supra*). Em 2013, último ano antes da decisão da AdC, teve um volume de negócios de [CONFIDENCIAL] euros (fls. 2562 e 2563).
356. A Farminveste 3 não teve volume de negócios em 2007, último ano anterior à prática, uma vez que apenas foi constituída em 2008, nem em 2013, último ano antes da decisão da AdC.
357. Nos termos do n.º 1 do artigo 43.º da Lei n.º 18/2003, a moldura aplicável às Visadas não pode exceder, para cada uma, 10% do volume de negócios no último ano anterior à prática, ocorrida em 2008, que corresponde ao ano de 2007.
358. Tendo entrado em vigor, a 7 de julho de 2012, a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que vem revogar a Lei n.º 18/2033, de 11 de junho, importará, no caso concreto e relativamente a cada uma das Visadas, aplicar o regime que concretamente se mostrar mais favorável, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 3.º do RGCO e do n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal.
359. Exigindo-se uma aplicação do regime legal mais favorável na sua globalidade e por referência ao caso concreto, conforme referido nos pontos §190 a §198 *supra*, deve concluir-se que, na situação em análise, a Lei n.º 19/2012, apresenta-se como sendo mais favorável. Nestes termos, o volume de negócios que está na base do cálculo da coima, corresponde ao volume de negócios do último ano antes da decisão da Autoridade da Concorrência.
360. Assim, relativamente a cada uma das Visadas é utilizado como referência para o cálculo da coima aplicável o volume de negócios de 2013, adotando-se, desta forma, o regime da Lei que for mais favorável às Visadas, tendo em conta as especificidades do caso concreto.
361. Assim, as coimas a aplicar às Visadas têm como referência os seguintes volumes de negócios:
- (i) [CONFIDENCIAL] euros no que concerne à ANF;
 - (ii) [CONFIDENCIAL] euros no que concerne à Farminveste, S.A.
 - (iii) Zero (0) no que respeita à Farminveste.

4. COIMA

362. Na decisão de 28 de dezembro de 2012, a AdC, condenou a ANF, a Farminveste, S.A. e a Farminveste pela prática uma infração ao disposto no n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 18/2003, punível, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 43.º da Lei da Concorrência.
363. Não aplicou qualquer coima à Farminveste atento o facto de esta empresa não ter tido qualquer volume de negócios em 2007.
364. Aplicou coimas correspondentes a 0,05% do volume de negócios das Visadas ANF e Farminveste, S.A, ponderados os elementos relevantes para efeitos da determinação concreta da coima, nos termos *supra* explanados.
365. A aplicação de uma coima correspondente a 0,05% do volume de negócios corresponde ao justo e adequado, atendendo à responsabilidade das Visadas e às circunstâncias específicas do caso concreto.

366. A coima a aplicar às Visadas corresponde, assim, a 10.318,71 euros no caso da ANF e a 167.937,36 euros no caso da Farminveste, S.A.

5. TRANSAÇÃO

367. Tal como referido *supra* no ponto 28, as Visadas apresentaram à AdC, a 3 de abril de 2014, uma proposta de transação, revista em 11 de junho de 2014, com o seguinte teor:
- “As arguidas confessam os factos e reconhecem a sua responsabilidade na infracção em causa;*
- As arguidas abdicam do exercício do seu direito ao recurso judicial da decisão condenatória que venha a ser adoptada pela Autoridade da Concorrência;*
 - A coima a aplicar pela Autoridade da Concorrência a cada uma das arguidas, a saber 0,05% do volume de negócios no ano fiscal de 2013, será reduzida em um terço.*
 - Deste modo, a coima a aplicar à Associação Nacional de Farmácias corresponde a €6.879,13 (seis mil, oitocentos e setenta e nove euros e treze cêntimos) e a coima a aplicar à Farminveste – Investimentos, Participações e Gestão, S.A. corresponde a €111.958,24 (cento e onze mil, novecentos e cinquenta e oito euros e vinte e quatro cêntimos);*
 - Não será aplicada qualquer coima à Farminveste 3 — Gestão de Participações, SGPS, Lda”;*
 - Nem tampouco será exigido qualquer montante adicional a outro título às Arguidas.”*
368. Considerando-se que os montantes para os efeitos da proposta de transação correspondem a 10.318,71 euros no caso da ANF e de 167.937,36 euros no caso da Farminveste, S.A., a redução de um terço proposta corresponde a 3.439,57 euros para a primeira e 55.979,12 euros para a segunda.
369. Em consequência, a proposta das Visadas, em termos absolutos, prevê o pagamento de uma coima de 6.879,14 euros pela ANF e de 111.958,24 euros pela Farminveste, S.A.
370. A AdC entende ser de aceitar a proposta efetuada, na medida em que há lugar à confissão dos factos, da mesma decorre uma economia em termos processuais, sendo salvaguardadas as finalidades de prevenção em resultado do carácter condenatório da decisão.
371. Em consequência, é aplicada à ANF uma coima de 6.879,14 euros e à Farminveste, S.A. uma coima de 111.958,24 euros, correspondente a uma redução da coima de um terço em ambos os casos.

6. CONCLUSÃO

372. Apurada a responsabilidade das Visadas Farminveste, Farminveste, S.A. e ANF, conclui-se que o respetivo comportamento consubstancia uma infração ao disposto no n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 18/2003, sendo as Visadas condenadas pela prática da correspondente infração.

373. A infração é punível, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 43.º da Lei n.º 18/2003 e do n.º 2 do artigo 69.º e da alínea f) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.
374. Nos termos acima explanados, aplica-se:
- (i) à ANF, uma coima de 10.318,71 euros, correspondente a 0,05% do volume de negócios da empresa em 2013, último ano anterior à decisão da AdC, nos termos da Lei n.º 19/2012, *in casu*, a mais favorável;
 - (ii) à Farminveste. S.A. uma coima de 167.937,36 euros, correspondente a 0,05% do volume de negócios da empresa em 2013, último ano anterior à presente decisão da AdC, nos termos da Lei n.º 19/2012, *in casu*, a mais favorável.
375. A Farminveste 3 é condenada pela prática de infração ao disposto no n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 18/2003, punível, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 43.º da Lei da Concorrência, não lhe sendo aplicável qualquer coima atento o facto de não ter tido qualquer volume de negócios em 2013.
376. Tendo em conta a proposta de transação apresentada pelas Visadas, que a AdC entende ser de aceitar, nos termos da presente minuta de transação, as coimas aplicadas são reduzidas em um terço.
377. Nestes termos, é aplicada à ANF coima de 6.879,14 euros e à Farminveste, S.A. coima de 111.958,24 euros.
378. Ao abrigo dos n.ºs 4 e 7 do artigo 27.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, a presente minuta de transação convola-se em decisão definitiva condenatória com a confirmação pelas Visadas de que a mesma reflete o teor da sua proposta de transação e o pagamento das coimas aplicadas.

379. Em conformidade, fixa-se em 20 (vinte) dias úteis o prazo para que as Visadas confirmem por escrito que a presente Decisão, no que respeita à transação, reflete o teor das suas propostas, sob pena de a mesma ficar sem efeito, nos termos do disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 27.º da Lei n.º 19/2012.
380. Determina-se que as coimas aplicadas sejam pagas no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis após a emissão das respetivas guias pela AdC.
381. A presente Decisão é susceptível de recurso nos termos do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, sem prejuízo do n.º 8 do artigo 27.º da mesma Lei.

Lisboa, 26 de junho de 2014

O Conselho da Autoridade da Concorrência,

António Ferreira Gomes
Presidente

Nuno Rocha de Carvalho
Vogal

Índice

1.	PROCESSO.....	2
1.1	Origem do Processo	2
1.1.1	Denúncia.....	2
1.1.2	Procedimento oficioso.....	3
1.2	Abertura de inquérito	3
1.3	Nota de ilicitude e decisão de 2012	4
1.4	Recurso e decisão judicial	5
1.5	Comunicação da AdC às Visadas para exercício do direito de defesa.....	7
1.6	Transação	9
2.	FACTOS.....	9
2.1.	Identificação da Denunciante.....	9
2.2.	Identificação das Visadas	9
2.3.	Factos relativos à prática contra-ordenacional.....	10
2.3.1.	Operação de concentração.....	10
2.3.1.1.	Descrição da operação de concentração efetuada na Nota de Illicitude	10
2.3.1.2.	Posição das Visadas quanto à estrutura da operação e aquisição de controlo ..	14
2.3.1.3.	Posição da AdC quanto à estrutura da operação e aquisição de controlo	16
2.3.2.	Volume de negócios das empresas envolvidas na operação de concentração..	26
2.3.2.1.	Volume de negócios descrito na Nota de Illicitude.....	26
2.3.2.2.	Posição das Visadas quanto ao volume de negócios	27
2.3.2.3.	Posição da AdC quanto ao volume de negócios	27
2.3.3.	Realização da operação de concentração	28
2.3.4.	Controlo de operações de concentração de empresas	30
2.4.	Conclusões de facto	30
3.	DIREITO.....	31
3.1.	Aplicação da Lei da Concorrência no tempo.....	31
3.2.	Sujeitos da infração	33
3.2.1.	Posição das Visadas quanto aos sujeitos da infração.....	33
3.2.2.	Posição da AdC quanto aos sujeitos da infração	34
3.3.	Tipo legal.....	37
3.3.1.	Consumação e duração dos efeitos diretos da infração.....	38
3.3.2.	Tipo objetivo	38
3.3.2.1.	Qualificação da aquisição como operação de concentração.....	38
3.3.2.1.1.	Qualificação da aquisição como operação de concentração efetuada na Nota de Illicitude	38
3.3.2.1.2.	Posição das Visadas quanto à qualificação da aquisição como operação de concentração	39
3.3.2.1.3.	Posição da AdC quanto à qualificação da aquisição como operação de concentração	40
3.3.2.2.	Obrigatoriedade de notificação prévia da operação de concentração à Autoridade da Concorrência	42
3.3.2.2.1.	Análise da obrigatoriedade de notificação prévia da operação de concentração à Autoridade da Concorrência efetuada na Nota de Illicitude	42
3.3.2.2.2.	Posição das Visadas quanto à obrigatoriedade de notificação prévia da operação de concentração à Autoridade da Concorrência	44
3.3.2.2.3.	Posição da AdC quanto à obrigatoriedade de notificação prévia da operação de concentração à Autoridade da Concorrência	44
3.3.2.3.	Realização da operação de concentração antes da emissão de uma decisão de não oposição	45
3.3.3.	Tipo subjetivo	46

Nota: indicam-se entre parêntesis retos [...] as informações cujo conteúdo exato haja sido considerado como confidencial.

3.3.3.1.	Descrição do tipo subjetivo efetuada na Nota de Ilícitude	46
3.3.3.2.	Posição das Visadas quanto ao tipo subjetivo	48
3.3.3.3.	Posição da AdC quanto ao tipo subjetivo.....	48
3.3.4.	Outros elementos da infração	49
3.3.4.1.	Ilícitude	49
3.3.4.2.	Culpa	49
3.4.	Critérios de determinação da coima no âmbito do Regime Jurídico da Concorrência	49
3.4.1.	Critérios de determinação da coima no âmbito do Regime Jurídico da Concorrência constantes da Nota de Ilícitude	50
3.4.2.	Posição das Visadas quanto aos critérios de determinação da coima	51
3.4.3.	Posição da AdC quanto aos critérios de determinação da coima.....	52
3.5.	Volume de negócios e moldura aplicável.....	53
4.	COIMA.....	54
5.	TRANSAÇÃO.....	55
6.	CONCLUSÃO.....	55