

CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES NO DIREITO PORTUGUÊS

(Uma Visão Jus-Administrativista)

PEDRO COSTA GONÇALVES

ABSTRACT – (“Merger control under Portuguese Law”). The article deals with merger control in Portugal, but under the perspective of administrative law. Thus, it is given particular attention to the dynamics of control administrative procedure and, in particular, to the study of the legal framework for the Competition Authority’s decisions, including, in addition, aspects of judicial review.

SUMÁRIO – O texto ocupa-se do controlo das concentrações em Portugal, mas numa perspectiva ou visão jus-administrativista. Confere-se, assim, atenção particular à dinâmica do procedimento administrativo de controlo, bem como, em especial, ao estudo do regime jurídico das decisões da Autoridade da Concorrência, incluindo, além do mais, os aspectos do controlo jurisdicional.

INTRODUÇÃO

Ocupa-se o presente estudo¹ do controlo público de operações de concentração de empresas (doravante, simplesmente controlo de concentrações) efectuado, em Portugal, pela *Autoridade da Concorrência*². A nossa atenção recai, pois, sobre o

¹ Elaborado na sequência da intervenção do autor no “IX Colóquio Hispano-Luso de Professores de Direito Administrativo”, realizado em Córdoba, em 27 de Novembro de 2010.

Pela contribuição que ofereceu, impõe-se um agradecimento ao Sr. Dr. José Azevedo Moreira, Advogado Estagiário e LL.M. pelo Europa-Institut da Universidade de Saarland, onde apresentou uma tese (“Zu den nicht koordinierten Wirkungen in der europäischen Fusionskontrolle”, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, n.º 2, 2010, p. 145-188), sobre os efeitos não coordenados no controlo das concentrações.

² A *Autoridade da Concorrência* foi criada pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro. Nos termos dos seus *Estatutos* (anexo ao diploma citado), a *Autoridade* tem por missão aplicar as regras da concorrência em Portugal, no respeito pela economia de mercado e da livre concorrência, tendo em vista

controlo das *concentrações de âmbito nacional*³ e não sobre as *concentrações de dimensão europeia*, cujo controlo cabe à Comissão Europeia⁴.

Como o subtítulo já denuncia, o discurso localiza-se numa perspectiva de Direito Administrativo, procurando assim compreender, com o *instrumentarium* da dogmática jurídico-administrativa, as coordenadas do referido controlo, do procedimento em que o mesmo se efectua, bem como do regime jurídico das decisões a que dá origem. A eleição de uma perspectiva ou visão jus-administrativista nada tem de surpreendente, sobretudo quando se atende ao facto de o controlo das concentrações, na sua configuração actual, se inserir, de pleno, na “província do direito administrativo” consubstanciada no *direito administrativo da concorrência*⁵.

1 – Controlo de concentrações como instrumento de regulação da economia

Corolário inevitável de um sistema político-económico, como o português, constitucionalmente organizado segundo o modelo de uma *economia livre de mercado* – que reconhece a *liberdade de iniciativa económica*, a *liberdade contratual* e a *liberdade de associação* –, é o acolhimento de um princípio de *liberdade de empresa*. Por sua vez, esta conhece como sua dimensão essencial a *liberdade de organização empresarial* (RITTNER/DREHER, 2008: 578), a qual, por seu lado, não pode deixar de incluir a *liberdade de concentração* ou de *fusão de empresas*. Este ambiente normativo justifica que se diga que “a concentração (de empresas) está em princípio autorizada” (RITTNER/DREHER, 2008: 578) ou, com o mesmo sentido, que a “*general policy of the antitrust laws is to permit mergers*”⁶.

Como, em regra, sucede com os direitos e liberdades, a liberdade de organização empresarial e, *hoc sensu*, a *liberdade de realização de operações de concentração* ou de

o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos Estatutos.

³ O estudo abrange decisões da *Autoridade da Concorrência* até Agosto de 2011.

⁴ Trata-se das designadas “concentrações comunitárias” ou de “dimensão comunitária”, regidas pelo Regulamento (CE) n.º 139/2004, do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004 (doravante, *Regulamento ou Regulamento das concentrações comunitárias*) e pelo Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão de 7 de Abril de 2004 de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 relativo ao controlo de concentrações de empresas (doravante, *Regulamento de execução*); sobre o conceito de “concentração comunitária”: BERLIN, 2009: 117.

⁵ No sentido de que o controlo das concentrações releva do direito administrativo, COT/LAURENCIE, 2003: 19; NICINSKY, 2004: 751; em Portugal, sobre o *direito administrativo da concorrência*: VAZ FREIRE, 2009: 457.

⁶ HOVENKAMP, 2005: 207. Na mesma linha, considerando que “as operações societárias são, em regra, livres, segundo a autonomia da vontade das partes”: ARI SUNDFELD, 2005: 63.

fusão de empresas não se impõem de uma forma absoluta; podem revelar-se necessários e, por isso, legítimos factores e causas de *condicionamento* e de *restrição*.

Com efeito, uma *restrição* neste domínio, incluindo designadamente a *proibição legal ou com fundamento na lei* de operações conducentes ao “crescimento externo de empresas”⁷, é susceptível de se revelar um *expediente necessário* para a realização de outros valores e bens jurídicos fundamentais – a começar logo por valores associados à defesa da concorrência efectiva no mercado e, portanto, aos próprios fundamentos da ordem liberal da economia, de que emerge precisamente a liberdade de empresa⁸. Trata-se, assim, de admitir uma intrusão ou ingerência pública no mercado para a protecção deste (WHISH, 2005:787), intrusão ou ingerência pública ditada pela percepção de que o “excesso de liberalismo mata o liberalismo” (NICINSKI, 2009:119). Esse entendimento encontra-se, de resto, bem patente no *Regime Jurídico da Concorrência* (doravante, *LdC*, abreviatura de *Lei da Concorrência*)⁹, que, no artigo 12.º, estabelece que as operações de concentração são apreciadas com o objectivo de determinar os seus efeitos sobre a estrutura da concorrência, “*tendo em conta a necessidade de preservar e desenvolver (...) uma concorrência efectiva no mercado nacional*”¹⁰. O objectivo precípua da imposição de restrições nesta matéria é, pois, o de prevenir o risco que, para a estrutura do mercado, pode determinar a criação ou o reforço de uma empresa que adquira uma posição económica muito significativa (*posição dominante*: cf. artigo 6.º, n.º 2, da *LdC*)¹¹.

⁷ Sobre a distinção, relevante neste âmbito, entre “crescimento interno” e “crescimento externo” de empresas: DECOCQ/DECOCQ, 2010: 185; LETTL, 2007: 314; RITTNER/ DREHER, 2008: 568.

⁸ LAGUNA DE PAZ, 2009: 466.

⁹ Aprovado pela *Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho*, alterada pelo *Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de Novembro* (altera os artigos 9.º e 36.º), pelo *Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro* (altera o artigo 45.º) e pelas *Leis n.ºs 52/2008, de 28 de Agosto*, e *46/2011, de 24 de Junho* (alteração, nestes dois últimos casos, dos artigos 50.º, 52.º, 54.º e 55.º).

¹⁰ Em rigor, não apenas as disposições sobre o controlo de concentrações, mas todo o direito da concorrência, pelo seu carácter transversal, que “perpassa toda a economia”, se oferece como uma “alternativa às soluções estritamente liberais”; nestes termos: MARQUES NETO, 2009: 32.

¹¹ Não se trata, contudo, de estatuir a proibição da aquisição (ou detenção) de uma posição dominante, inviabilizando o natural e desejável crescimento das empresas. Assim, apesar de o facto de uma empresa adquirir uma posição dominante pôr em causa o carácter efectivamente concorrencial do mercado em que a mesma actua, não cabe ao Estado condicionar ou restringir essa realidade, se a mesma se deve a um *crescimento interno da empresa*: uma solução ditada pelo objectivo de reduzir a posição da empresa sobre o mercado equivaleria à negação do princípio da liberdade de concorrência e da economia de mercado. Mas, ao contrário, o *crescimento externo*, resultante de operações de fusão entre empresas, oferece-se já artificial e o condicionamento ou mesmo a restrição de operações desse tipo concebe-se e justifica-se, no sentido de manter, em conformidade com os princípios do direito da concorrência, estruturas suficientemente concorrenciais no mercado; DECOCQ/DECOCQ, 2010:185; RITTNER/ DREHER, 2008:568.

A salvaguarda ou protecção da *concorrência* – não como consideração específica dos interesses dos concorrentes (“*rivals*”), mas como um *valor de interesse público*¹² – não constitui o único propósito que orienta a regulação do controlo das concentrações. A atenção aos interesses dos consumidores também se encontra presente: veja-se a referência, no artigo 12.º da *LdC*, ao “interesse dos consumidores intermédios e finais”, enquanto factor de apreciação das operações de concentração.

Por outro lado, e ainda que de forma marginal, cumpre chamar a atenção para a eventual garantia, aliás em termos *preferenciais*, de outros interesses públicos, no quadro do *recurso extraordinário* de decisões de proibição da *Autoridade da Concorrência* (*cf. infra*).

É pois a realização de determinados objectivos de interesse público, no quadro de uma actuação do Estado enquanto “garante da ordem concorrencial” (CHEVALLIER, 2007:133), que justifica as restrições à liberdade de realização de operações de concentração.

As restrições, sempre com fundamento numa lei, podem ser impostas segundo dois modelos: o do *controlo sucessivo* e o do *controlo preventivo*.

O modelo de *controlo sucessivo* pressupõe a previsão de uma *proibição legal* de realizar concentrações “contra a concorrência”. Se e quando essa proibição for violada, há lugar a uma intervenção do Estado – por meio de uma *autoridade administrativa* ou de um *tribunal* –, com o objectivo de reprimir a prática da infracção e de impor a dissolução da concentração. Trata-se, pois, de um modelo de intervenção *ex post*, que segue uma abordagem típica do *direito da concorrência*, pelo seu carácter sucessivo, de regulação negativa, que usa e recorre a incentivos de “segunda ordem” (KHAN/DAVIES, 2009:30), em reacção a um negócio jurídico que tem o efeito de *restringir* ou de *limitar* a concorrência¹³.

Diferentemente, o modelo de *controlo preventivo*, envolvendo igualmente uma proibição legal de realizar operações “contra a concorrência” ou que apresentem riscos de assim se virem a revelar (“*anticompetitive risks*”: MONTI, 2007:283), vai mais longe e estatui uma outra proibição (de âmbito mais largado) de realização de “certas

¹² Aludindo ao que designa por adesão do direito público ao *princípio geral de respeito da livre concorrência*, DELLIS, 2010:957, acrescenta, correctamente, que não está aí em causa associar a protecção da concorrência às aspirações individualistas do liberalismo, mas sim ao *mercado enquanto instituição de interesse público*. Com uma concepção algo diferente, contrapondo a protecção do interesse público e a defesa da concorrência, *cf.* WHISH, 2005: 787.

¹³ Sobre os três tipos de restrições à concorrência [com origem em: i) decisões unilaterais de empresas; ii) em práticas concertadas entre empresas; iii) em operações de fusão ou de concentração de empresas]: NEEF, 2008:2.

operações” de controlo sem submissão a um prévio controlo (*proibição preventiva*)¹⁴. Agora, neste cenário preventivo, a lei não proíbe *certas* operações de concentração por serem “contra a concorrência” (*proibição absoluta e final*), mas apenas porque devem ser submetidas a uma apreciação de uma autoridade pública (administrativa), que se responsabiliza por *autorizar* ou por *proibir* a operação em causa. Na hipótese das concentrações “contra a concorrência”, há uma *restrição* da liberdade de empresa, uma vez que a operação vai decerto ser proibida ou condicionada. No universo, mais amplo, das concentrações abrangidas pela sujeição obrigatória a controlo, existe um mero *condicionamento* dessa mesma liberdade. Fora de qualquer *condicionamento* e, naturalmente, *restrição*, ficam as operações de concentração não abrangidas pela sujeição a controlo¹⁵.

Qualquer um dos dois modelos – o *sucessivo* e o *preventivo* – pode envolver a intervenção de uma autoridade administrativa e a utilização de instrumentos próprios da acção administrativa. Sem prejuízo disso, é claramente o modelo do controlo preventivo o único que reclama uma intervenção administrativa, que, em traços gerais, se reconduz a uma *intervenção de tipo autorizativo*. É este o modelo adoptado no direito português, como, de resto, no direito da União Europeia e nos ordenamentos da generalidade dos Estados-Membros da UE.

Situado no âmbito do *direito da concorrência*, o controlo das concentrações constitui, porém, um *instrumento diferenciado* no contexto geral das medidas típicas de intervenção do direito da concorrência.

De facto, não obstante se poder considerar, para certos efeitos, que o direito da concorrência se integra no *direito administrativo da regulação*¹⁶, oferece-se evidente a diferença da “regulação da concorrência” em face da “regulação económica sectorial”: o carácter *ex post*, reactivo, sucessivo, de “segunda ordem” da regulação da concorrência contrasta com o perfil dirigista, orientador e conformador, alicerçado em medidas dispostas *ex ante*, da regulação económica sectorial. Ora, o controlo das concentrações, enquanto ferramenta da regulação da concorrência, põe abertamente em crise um tal contraste, uma vez que apresenta um modo de operar próprio das medidas de regulação

¹⁴ Sobre os contornos do controlo de concentrações como controlo preventivo, HEITHECKER, 2002:33; IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1226; LANGEN/BUNTE, 2010:942.

¹⁵ Como veremos, nem todas as operações de concentração se encontram sujeitas a controlo; nem isso faria sentido, desde logo quando não se coloca sequer o cenário de a concentração criar uma posição dominante: FURSE, 2007:21.

¹⁶ Já sustentámos esse ponto de vista em GONÇALVES: 2008:17; precisamente nessa mesma linha: PAMPANIN, 2010:135; KHAN/DAVIES, 2009:30.

sectorial¹⁷. E isto é assim não apenas pelo facto de o controlo de concentrações corporizar uma forma de intervenção *ex ante*, de actuação preventiva (VAZ FREIRE, 2009:467), baseada num *forward looking* (PROSPERETTI, 2002:278), mas sobretudo porque um tal controlo confere à autoridade competente em matéria de concorrência uma oportunidade para *conformar o mercado* e, ainda que num ambiente *consensual* e *cooperativo*, para impor e dirigir a actuação sucessiva dos operadores económicos. Na verdade, a emissão de autorizações com remédios – “condições” e de “obrigações” (cf. *infra*) – confere à autoridade administrativa um poder flexível, que transcende a alternativa “autorização ou veto” e que a coloca em posição de garantir aspectos do comportamento futuro de uma empresa, impondo, por exemplo (com o objectivo de prevenir a criação ou o reforço de uma posição dominante) a cessão de activos, a dissociação de actividades, a proibição de efectuar aquisições (*medidas de carácter estrutural*) ou obrigações de abstenção, como a de não exercer certas actividades, ou obrigações de fazer, como a de garantir o “acesso de terceiros” (*medidas de carácter comportamental*)¹⁸. *Hoc sensu*, mais do que se apresentar simplesmente apropriado, impõe-se mesmo considerar o controlo de concentrações como um *instrumento de regulação da economia*, que emprega as formas e técnicas intervencionistas e activistas

¹⁷ Em inteiro rigor, como assinala PAMPANI, 2010: 140, nem só o controlo das concentrações diminui a distância entre concorrência e regulação; o mesmo sucede com outros instrumentos jurídicos, como os que permitem às autoridades de concorrência impor *condições e obrigações de fazer* aos operadores económicos: um exemplo desta possibilidade pode ver-se no artigo 7.º, n.º 1, do *Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras da concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado*. Também neste caso, o direito da concorrência confia à autoridade competente um poder de conformação do mercado e de orientação positiva de condutas dos operadores económicos.

¹⁸ A alusão ao facto de as *obrigações e condições* constituírem um instrumento que dá à autoridade administrativa o poder de conformar os comportamentos futuros dos operadores económicos pretende abranger as *obrigações e condições* associadas a “medidas de carácter comportamental”, bem como as “medidas de carácter estrutural” (v.g., alienação de activos). Com efeito, também neste último caso, a autoridade impõe uma conduta futura ao operador económico, pretendendo desse modo obter uma certa conformação do mercado. Assim, o referido sentido *orientador, dirigista e conformador* do controlo de concentrações não é posto em cheque mesmo nos sistemas, como o alemão, mais avessos à adopção de medidas de carácter comportamental – o § 40, n.º 3, da *GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: “lei contra as restrições à concorrência”)* exclui a possibilidade de as condições ou obrigações conduzirem ou envolverem um controlo comportamental duradouro das autoridades; cf. RITTNER/DREHER, 2008:612; IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1538; KAPPES, 2002:53 p. 53 e segs.. Apesar de o *Regulamento das concentrações comunitárias* não conter uma proibição semelhante, a prática da Comissão aponta para a *excepcionalidade* das medidas de carácter comportamental [cf. ponto 17 da *Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão – JOUE C 267/1, de 22/10/2008; doravante, Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção*]; em Portugal, a *LdC* também não proíbe as medidas de carácter comportamental.

da regulação positiva clássica¹⁹ e que confere ao regulador da concorrência um poder de regular mercados, por vezes, de uma forma detalhada²⁰.

2 – Controlo de concentrações e administrativização do direito da concorrência

Nas linhas iniciais do presente texto, aludimos ao carácter jus-administrativo do controlo de concentrações e à inserção deste mecanismo de *controlo público de negócios privados no direito administrativo da concorrência*.

Pois bem, é agora o momento de clarificar este último ponto, que reclama uma nota sobre uma transformação geral do direito da concorrência na Europa, traduzida no claro incremento da sua aplicação por uma via administrativa (*public enforcement*) em detrimento de uma aplicação de iniciativa privada, por via da reacção judicial contra os agentes infractores (*private enforcement*)²¹. Na verdade, como já foi observado, “em vez de reagirem judicialmente contra outra empresa num tribunal, as empresas tendem, com frequência, a virar-se para as autoridades da concorrência, as quais iniciam então um procedimento administrativo para verificar se as regras da concorrência foram ou não violadas” (KANNINEN, 2009:261). Por força disto, o sistema de protecção da concorrência evolui para uma lógica de intersecção e de interconexão entre direito público e direito privado, que tem subjacente uma espécie de *relação triangular*, composta por uma *relação horizontal* ou de base entre as partes (duas empresas ou uma empresa e consumidor) – uma relação de direito privado – e, depois, por uma *relação vertical*, que envolve ambas as partes ou apenas uma, com uma autoridade administrativa – relação de direito público (KANNINEN, 2009:268).

Em certos sistemas, uma transformação com esse matiz processou-se, em termos semelhantes, no domínio específico do controlo das concentrações: assim foi nos EUA,

¹⁹ Nesses termos, em referência ao modelo norte-americano, SULLIVAN, 1986: 997. Retomando o argumento da nota precedente – as *obrigações* e as *condições* como instrumentos de conformação e de orientação futura de comportamentos, mesmo quando se trate da imposição de medidas de carácter estrutural, posto que, também aqui, o operador económico, para beneficiar do efeito favorável pretendido, tem de executar os compromissos que assumiu –, importa dizer que não se tenciona desvalorizar ou desprezar a força do princípio da exclusão ou da excepcionalidade das medidas de carácter comportamental, que, na verdade, distancia o controlo de concentrações de certos instrumentos de regulação clássica. Com efeito, alguns destes instrumentos alimentam, de facto, uma relação de controlo, mais dirigista e intrusiva – de feição hierárquica –, contínua e duradoura e não apenas pontual ou transitória – *hoc sensu*, quase contratual – entre regulador e regulado, sem paralelo no caso do controlo de concentrações; sobre essa visão da regulação, PROSSER, 2010:5; sobre a analogia entre regulação e contrato: GONÇALVES, 2010:987.

²⁰ Nestes termos, a respeito do “*power to impose remedies*” (condições e obrigações): MONTI, 2007:290.

²¹ Sobre a relação entre o *private* e o *public enforcement* do direito da concorrência nos EUA, cf. HOVENKAMP, 2005:60 –, esclarecendo que, historicamente, o *public enforcement* se tem expandido e contraído como um acordeão.

com a junção ao modelo exclusivo de controlo *ex post* de concentrações do *Clayton Act* (1914) – que devolve ao tribunal a pronúncia sobre a proibição de concentrações que tenham como efeito restringir de forma substancial a concorrência (“*substantially lessen competition*”) – do modelo de controlo *ex ante* de concentrações introduzido pelo *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* (1976)⁽²²⁾. Lentamente, foi-se assistindo a uma evolução que se traduziu no “*replacement of merger control through litigation*” por um “*comprehensive scheme of merger regulation*” (SIMS/HERMAN, 1996:865). Para o assunto que agora nos ocupa, um aspecto com grande relevo nesse processo de transformação reconduz-se ao tópico de uma certa “marginalização dos tribunais”, conjugado com o emergir da centralidade das autoridades administrativas da concorrência (“*agency-regulator centrality*”) no campo da aplicação das regras da concorrência e, em especial, do controlo das concentrações (KHAN/DAVIES, 2009:26).

Por força da instituição de autoridades administrativas com essas atribuições, o *enforcement* do direito da concorrência e, em especial, a realização do controlo preventivo das concentrações surgem como momentos da *função administrativa*: a doutrina que se tem dedicado ao tema destaca precisamente a natureza administrativa da competência de aprovar actos de concentração, acrescentando que a mesma se exerce por meio da expedição de actos administrativos (ARI SUNDFELD, 2003:152). Em concreto, e diferentemente do modelo norte-americano (de “administração judiciária”²³), no direito da União Europeia e no direito português, o controlo das concentrações surge desenhado em conformidade com as notas típicas de um sistema de “administração executiva”: reconhece-se a autoridades administrativas (respectivamente, Comissão Europeia e *Autoridade da Concorrência*) competência não apenas para efectuar o controlo (verificação da legalidade do projecto de concentração), mas ainda para, nesse âmbito, exercer *prerrogativas públicas de autoridade* quanto à *decisão* de autorização ou de proibição da operação de concentração²⁴. Neste sistema, pelo menos a pedido da

²² O *Hart-Scott-Rodino Act* instaurou um mecanismo de notificação prévia obrigatória (*premerger notification*) de certas operações de concentração à *Federal Trade Commission* e à Divisão Antitrust do Departamento da Justiça; ECKBO/WIER, 1985:119. No decurso do prazo de apreciação pelas instâncias administrativas, a concentração não pode efectivar-se (“*waiting period*”). Se as instâncias envolvidas entenderem que a concentração projectada pode violar as leis da concorrência, deverão obter uma *injunção judicial* para proibir a consumação da concentração.

²³ Recorde-se que se a *Federal Trade Commission* e o Departamento de Justiça considerarem que uma concentração viola as leis da concorrência, têm de obter uma *injunção judicial* para a realização da mesma.

²⁴ Em geral, sobre as *prerrogativas públicas de autoridade* no direito da concorrência, no direito da União Europeia e no direito francês: ANTOINE, 2009. Neste âmbito da intervenção administrativa,

Administração Pública, os tribunais não se envolvem em “decisões iniciais”, actuando antes, por iniciativa de particulares, com a função de garantia da legalidade (no contexto da *judicial review*): KHAN/DAVIES, 2009: 49.

Em termos comparados e históricos, o actual sistema de controlo de concentrações adoptado no direito português e no direito da União Europeia revela-se assim como o mais administrativizado: o controlo é missão de uma autoridade administrativa (não dos tribunais, no quadro de um *private enforcement*), a qual, sem intermediação judicial, dispõe do poder de decisão final, de *autorizar* ou de *proibir* a concentração²⁵.

3 – Controlo de concentrações e publicização de direito privado

Ainda a título introdutório, e em linha com o último ponto abordado, alude-se agora ao facto de o controlo de concentrações constituir um expediente de *controlo público de negócios jurídicos privados*²⁶. Revela-se inteiramente adequada neste contexto a asserção segundo a qual um sistema de supervisão administrativa opera como um meio para o controlo do respeito pelo direito privado (KANNINEN, 2009: 269), considerando aqui que pertencem ao direito privado (por se dirigirem às empresas) as normas legais que proíbem operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva²⁷.

Assim, o controlo de concentrações ilustra, com nitidez, o fenómeno da “constituição de relações de direito privado por actos de direito público” (MANSSSEN, 1994), ou, na versão italiana, da “administração pública do direito privado” (ZANOBINI, 1955: 19) e que, em qualquer caso, se reconduz à ideia de uma “publicização do direito privado” (MANSSSEN, 1994:100).

não é muito diferente o sistema britânico: FURSE, 2007: 313 e segs., sobre a *judicial review* das decisões das autoridades administrativas que actuam no controlo de concentrações.

²⁵ Este (alegado) “excesso” de administrativização é notado, de forma crítica, por alguma doutrina, observando que, nesses termos, a Administração se assume, simultaneamente, como “juiz e parte”, o que constituiria o resquício de uma concepção passadista e retrógrada (neste sentido, *cf.* doutrina citada em ANTOINE, 2009:72); mais compreensível se nos afigura a percepção norte-americana do modelo europeu, quando enfatiza que, neste, as autoridades da concorrência acumulam as funções de *prosecutor* e de *judge*, pois, na verdade, assumem competências (de controlo e de decisão) que no sistema norte-americano se encontram separadas entre a Administração e os tribunais; *cf.* KHAN/DAVIES, 2009:49.

²⁶ Sobre o fenómeno, aqui envolvido, da intersecção entre contrato privado e regulação pública: GONÇALVES, 2010, no ponto relativo ao “contrato privado como objecto de regulação administrativa”.

²⁷ Nos casos de interconexão do controlo das concentrações com o direito da contratação pública (sobre o assunto, *cf.*, *infra*, Parte I, 1.1., em nota de pé de página), em que o contrato adjudicado corresponde a uma operação de concentração, o controlo desta acaba por incidir, não sobre actos e negócios entre particulares, mas sobre actos e negócios jurídicos regulados por procedimentos de direito público (procedimentos, aliás, estruturados para *promover a concorrência*).

Com efeito, desde logo, a *licitude administrativa* dos negócios jurídicos que consubstanciem operações de concentrações sujeitas a controlo depende de uma decisão administrativa, expressa ou tácita, de não oposição à concentração.

Neste sentido, no plano da (i)licitude (administrativa), veja-se que a *LdC* tipifica como *contra-ordenação* “a realização de operações de concentração de empresas que se encontrem suspensas ... ou que hajam sido proibidas” [artigo 43.º, n.º 1, alínea b)]²⁸: de uma correcta interpretação deste preceito decorre que a celebração de negócios de concentração (i) *sem* notificação à *Autoridade da Concorrência* ou (ii) *com* notificação, mas *antes* de decisão de não oposição ou (iii) *contra* decisão de proibição constitui um *acto ilícito*.

Neste sentido, pode dizer-se que a existência de uma decisão de não oposição da *Autoridade* – expressa ou tácita – representa uma *condição da licitude administrativa* dos negócios jurídicos que consubstanciam uma operação concentração abrangida pelo dever de notificação.

Uma questão, delicada, que se coloca neste contexto consiste em saber se, além do que acabámos de ver, a decisão de não oposição, expressa ou tácita, representa ainda uma *condição da validade* dos mesmos negócios jurídicos que constituem a operação de concentração.

Uma resposta afirmativa parece resultar do artigo 11.º, n.º 2, do *LdC*, ao fixar que “a validade de qualquer negócio jurídico realizado em desrespeito pelo disposto na presente secção depende de autorização expressa ou tácita da operação de concentração”⁽²⁹⁾.

²⁸ Apesar de a *LdC* (aliás, como o *Regulamento*: artigo 7.º) aludir à “suspensão da operação de concentração” (artigo 11.º), o que verdadeiramente está em causa é uma *proibição preventiva* de efectivar a referida operação e não a suspensão da mesma. De resto, a letra da lei afeiçoa-se a essa interpretação, porquanto os termos que utiliza pressupõem que a operação “não pode realizar-se” e não que a mesma se encontra suspensa (n.º 1 do artigo 11.º) – observe-se, a propósito, que, na Alemanha, a *GWB* (§ 41) e a doutrina (referindo-se ao artigo 7.º do *Regulamento*) se referem aqui a uma “proibição da execução da operação” (*Vollzugsverbot*); RITTNER/DREHER, 2008: 590. Aceita-se que o conceito de “suspensão” pode fazer algum sentido em termos procedimentais, para expressar a exigência de suspensão ou, melhor, de adiamento (*adiamento da execução* – “*Aufschub des Vollzugs*” – é a fórmula da tradução alemã do *Regulamento*) da realização de uma operação de concentração *notificada*. Ainda assim, afigura-se-nos mais correcta a interpretação segundo a qual o artigo 11.º, n.º 1, da *LdC*, determina uma *proibição de realização de operações de concentração não autorizadas* (incluindo as já notificadas, bem como as ainda não notificadas). A precisão não tem um alcance apenas semântico. Na verdade, o entendimento de que o artigo 11.º, n.º 1, se aplica apenas às concentrações notificadas (como inculca a ideia de *suspensão*) conduz à alternativa absurda de que, ou não há qualquer sanção para a realização de concentrações não notificadas, ou a sanção é mais leve neste caso do que no caso de realização de concentrações notificadas mas não autorizadas [aplicando-se a sanção para o caso de falta de notificação: artigo 43.º, n.º 3, alínea a)].

²⁹ Sobre a solução legal, em termos críticos, CUNHA, 2005: 210.

A disposição aparenta efectivamente impor a invalidade dos negócios jurídicos que concretizem a operação de concentração, como consequência da infracção da regra de *proibição da realização da operação de concentração* estatuída no n.º 1 do mesmo preceito: “uma 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”⁽³⁰⁾.

Apesar de aparentar o efeito referido, a letra da lei não se apresenta totalmente esclarecedora quanto à afirmação explícita da invalidade, nem tão-pouco do tipo de invalidade que atinge o negócio jurídico que infringe a proibição preventiva estatuída naquele artigo 11.º, n.º 1 – esclareça-se, a este respeito, que o problema em apreciação consiste em equacionar a invalidade da operação de concentração realizada na *ausência de uma decisão de não oposição*: trata-se de uma precisão importante, uma vez que a *LdC* estabelece, claramente, a nulidade dos negócios jurídicos relacionados com uma operação de concentração que contrariem decisões da *Autoridade da Concorrência* que *proibam* a operação [artigo 41.º, alínea a), da *LdC*]⁽³¹⁾; mas este é um outro cenário.

Na interpretação que aqui se preconiza como a mais ajustada aos interesses em presença, diríamos que a realização de uma operação de concentração sem decisão de não oposição não deveria ser considerada inválida, mas apenas *ineficaz* (solução alemã). Nestes termos, a norma legal que impõe a exigência de decisão de não oposição como condição da realização da operação integraria a categoria das *leges minus quam perfectae*, quer dizer, das normas que impõem sanções aos transgressores, mas não invalidam os actos contrários³². De acordo com esta interpretação, e como avançámos, o negócio de concentração concluído sem autorização seria ineficaz, podendo adquirir a eficácia no caso de autorização posterior da operação; na hipótese de a operação vir a

³⁰ No direito alemão, a *GWB* prescreve no caso paralelo a *ineficácia* do negócio jurídico; sobre as sanções para a infracção da proibição da execução da operação de concentração (*Vollzugsverbot*), cf. IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1563. Em geral, sobre os negócios jurídicos celebrados em infracção de regras de direito da concorrência e de direito da regulação: PAUL, 2008.

³¹ Solução compreensível, uma vez que se trata de uma operação que desrespeita abertamente uma decisão que a proíbe especificamente. Já nos parece crítica a solução de nulidade consagrada na alínea b) do artigo 41.º da *LdC* – sobre este assunto, cf., *infra*, 3.7.

³² No Direito Romano, por influência de Ulpianus, já se qualificavam as normas jurídicas, à luz do critério da *sanctio* (sanção), como *leges perfectae*, *leges minus quam perfectae* e *leges imperfectae*; as normas menos que perfeitas identificavam-se precisamente como aquelas que impunham sanções aos transgressores, mas não invalidavam os actos contrários; SANTOS JUSTO, 2006: 82. Trata-se de uma classificação que ainda hoje é utilizada, para, em termos de teoria geral, permitir uma classificação das normas jurídicas quanto à sanção – cf. BAPTISTA MACHADO, 1993: 95; SANTOS JUSTO, 2009:154.

ser proibida, seguir-se-iam as consequências legais, designadamente, a imposição da dissolução da concentração (*cf. infra*. Parte II, ponto 2)³³.

Admitimos, todavia, que a interpretação que aqui se preconiza encontra alguns obstáculos na letra da lei, a qual faz depender a validade dos negócios jurídicos que concretizam a concentração de uma decisão de não oposição. Afigura-se, pois, legítimo, à face da letra da lei, sustentar a invalidade do negócio que infringe um comando legal imperativo: “uma operação de concentração (...) não pode realizar-se (...) antes de ter sido objecto de uma decisão (...) de não oposição”.

Sucede, contudo, que, para esta hipótese, a lei não prevê o tipo de invalidade de que padece o negócio de concentração. Tendo presente a regra geral do artigo 294.º do *Código Civil*³⁴, poderá defender-se estar aí envolvido um caso de nulidade. Embora, num sentido puramente formal, a solução se possa aceitar, revela-se porventura pouco adequada a via de impor a sanção da nulidade para um negócio jurídico *apenas porque* foi concluído sem a autorização administrativa exigida. O facto de esta poder vir a ser concedida mais tarde demonstra o desajustamento da solução da nulidade, e confirma a bondade da tese da ineficácia das operações de concentração não autorizadas.

Independentemente das soluções técnico-legislativas e dos entendimentos sobre as mesmas, apresenta-se fora de dúvida que a disciplina do controlo das concentrações promove uma *interconexão* entre direito privado e direito administrativo, colocando este na posição de *permitir* (decisão de não oposição “simples”) ou de *proibir* (decisão de proibição) a constituição de relações de direito privado ou de *conformar o específico conteúdo* (decisão de não oposição com condições e obrigações) de tais relações. *Hoc sensu*, a decisão da *Autoridade da Concorrência* sobre a concentração assume-se como um acto que integra a categoria dos “actos administrativos constitutivos de relações de direito privado” (*privatrechtsgestaltende Akte*)³⁵. Não se trata, todavia, em todos os casos, de actos que se limitem a activar uma *interferência externa* numa relação contratual privada; em muitas situações, a *Autoridade* tem a oportunidade de contribuir

³³ Esta questão situa-se num âmbito mais largo e com inúmeras outras aplicações, decorrente da exigência de *autorização administrativa prévia à celebração de contratos de direito privado* (entre particulares); sobre o tema, BERNARD, 1987:1.

³⁴ O artigo 294.º do *Código Civil* estabelece que “os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei”. Ora, aceitamos que o artigo 11.º, n.º 1, da *LdC* acolhe uma disposição de carácter imperativo e que, por isso, um negócio celebrado contra o que aí se dispõe se apresenta como um negócio celebrado “contra disposição legal de carácter imperativo”.

³⁵ Sobre esta categoria de actos administrativos, MANSSEN, 1994:32; MAURER, 2004:216; IPSSEN, 2009:231; RUFFERT, 2010:686.

para a definição ou conformação do conteúdo da própria relação de direito privado: assim sucede com as “decisões de não oposição com condições e obrigações”. Neste cenário, uma vez que a decisão (de autorização) também define os termos da operação de concentração, pode dizer-se que se trata, mais do que de um acto constitutivo, de um *acto administrativo conformador do conteúdo de relações de direito privado*. O fenómeno da *publicização do direito privado* traduz aqui uma *intrusão* especialmente acentuada da Administração na esfera das relações jurídicas privadas, podendo dizer-se, com inspiração em Ari Sundfeld, que, neste âmbito, a *Autoridade da Concorrência* – como instância de “intervenção administrativa na vida privada” – realiza uma tarefa de “*ordenação da vida privada*” (ARI SUNDFELD, 2005:65). De facto, a imposição às empresas da obrigação de submeter os seus negócios a um controlo prévio da autoridade pública abre o espaço a uma intervenção unilateral da Administração que comporta um forte atentado à formação espontânea da concorrência e às liberdades de contratar e de empresa (ANTOINE, 2009: 71).

PARTE I

PROCEDIMENTO DE CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

1 – Âmbito

No direito português, *certas* operações de concentração de empresas têm de ser submetidas ao controlo prévio da *Autoridade da Concorrência*.

A circunstância de o ordenamento jurídico pôr em funcionamento um sistema de controlo de concentrações não significa, naturalmente, que todas e quaisquer operações de concentração se encontrem submetidas a controlo (FURSE, 2007: 24). Seria, de resto, excessivo que tal sucedesse, pois a submissão a controlo só deve atingir operações que comportem um risco para a concorrência (NICINSKI, 2009: 121).

Torna-se, por isso, necessário delimitar, e, aliás, de forma rigorosa, o perímetro das operações submetidas ao procedimento fiscalizador das concentrações, o que, tendo presente o disposto na *LdC*, se deve efectuar, *grosso modo*, em dois passos ou em dois momentos: primeiramente, há que qualificar uma operação como *concentração de empresas* para, num segundo momento lógico, a subsumir aos indicadores de submissão a controlo.

1.1 – Operações de concentração de empresas

Nem o *Regulamento das Concentrações Comunitárias*, nem a *LdC* nos fornecem uma definição geral do conceito de *operação de concentração entre empresas*, indiciando, todavia, casos em que estamos perante tal figura. Na lei portuguesa são os seguintes: (a) o de «*fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes*» e (b) o 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*».

A perspectiva (jus-administrativista) em que se baseia o presente estudo dispensa referências especialmente detalhadas sobre o significado jus-concorrencial dos conceitos que acabámos de referir, como o de *empresa*, o de *fusão* ou o de *controlo*. Registamos apenas que o legislador português deixou, daquela forma, indiciados os critérios que nos permitem qualificar uma operação como *de concentração*. Em todo o caso, cumpre sublinhar, quanto ao conceito de *empresa*, que o mesmo abrange as

empresas públicas (e empresas concessionárias do Estado) – cf. artigo 3.º da *LdC*³⁶ – não sendo de excluir que se possa estender a *pessoas colectivas de direito público*, na medida em que preencham os elementos da noção jusconcorrencial de empresa (artigo 2.º)³⁷. Por outro lado, e como nota de intersecção entre a matéria das concentrações e o direito administrativo, cabe ainda notar que a “aquisição” de uma concessão pode ser considerada uma operação de concentração³⁸.

O objectivo da *LdC* – bem como o do direito da União Europeia³⁹ – consiste em circunscrever o âmbito desta forma de controlo público, de modo a abranger as operações com uma determinada relevância económica que impliquem uma alteração duradoura do controlo das empresas (OLIVEIRA PAIS, 2006: 79).

1.2 – Critérios de submissão das operações de concentração de empresas ao controlo da Autoridade da Concorrência

Dentre o grupo de operações qualificáveis como de *concentração de empresas*, a *LdC* recorta, no artigo 9.º, um círculo mais restrito de operações sujeitas a controlo da *Autoridade da Concorrência*, recorrendo, para o efeito, a dois critérios alternativos

³⁶ Veja-se, por exemplo, o controlo de uma fusão que envolveu a *Ana – Aeroportos de Portugal, S.A.* (empresa pública): Processo Ccent 13/2006. No direito da União Europeia, cf. o considerando 22 do *Regulamento das concentrações comunitárias*, que alude, neste âmbito, ao princípio da igualdade de tratamento entre os sectores público e privado. Mais especificamente a *Comunicação da Comissão relativa ao conceito de empresas em causa para efeitos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, relativo ao controlo de operações de concentração de empresas* (JOCE C66/14, de 2.3.98) referia-se às operações de fusão entre empresas (públicas) pertencentes ao mesmo Estado, não as excluindo do controlo de concentrações.

³⁷ Sobre a consideração do Estado e outras pessoas colectivas de direito público como empresas para este efeito, designadamente quando fornecem prestações e bens no âmbito do direito privado: LANGEN/BUNTE, 2010:868; IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1314.

³⁸ Veja-se o caso decidido pela *Autoridade da Concorrência* no Processo Ccent. n.º 78/2007, em que se considerou operação de concentração a “aquisição” por uma empresa de uma concessão de actividade portuária; o caso evidencia que a *adjudicação (por concurso público) de uma concessão* pode também corresponder a uma *operação de concentração de empresas* – nos termos do artigo 9.º, n.º 3, alínea b), da *LdC*. O fenómeno convoca dois regimes de protecção da concorrência: i) por um lado, o regime de adjudicação do contrato de concessão (selecção concorrencial do adjudicatário); ii) por outro lado, o regime de controlo de concentração de empresas (garantia da concorrência efectiva no mercado em que opera o adjudicatário). Em geral, sobre o tema, considerando que, em certas circunstâncias, a outorga, pela Administração, de títulos autorizativos para o exercício de actividades económicas se deve qualificar como aquisição de “parte de uma empresa”, cf. VASQUES, 2011:273, o Autor inclui, além das concessões para o exercício de actividades reservadas à Administração, a outorga de “títulos contingentados” (licenças e autorizações sujeitas a *numerus clausus*).

³⁹ Veja-se o considerando 20 do *Regulamento das concentrações comunitárias*, de acordo com o qual, «o conceito de concentração deverá ser definido de modo a abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura no controlo das empresas em causa e, por conseguinte, na estrutura do mercado». A Comissão dedicou-se mais detalhadamente a este conceito na sua comunicação relativa ao conceito de concentração de empresas em conformidade com o *Regulamento (CEE) n.º 4046/89 do Conselho, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas* (JOCE, de 02.03.1998, C 66/5).

atinentes à quota de mercado resultante da operação *ou* ao volume de negócios realizado pelos seus intervenientes.

Tendo em consideração a indicação da *LdC*, por um lado, e a do *Regulamento das Concentrações Comunitárias*, por outro, verifica-se que a competência de controlo da *Autoridade da Concorrência* se estende às concentrações que se situem entre um *limite mínimo* e um *limite máximo*: abaixo do primeiro (*cf.* artigo 9.º, n.º 1, da *LdC*), as concentrações não se submetem a qualquer controlo; acima do segundo (*cf.* artigo 1.º, n.ºs. 2 e 3, do *Regulamento*), o controlo da concentração passa para a responsabilidade da Comissão Europeia⁴⁰.

O modelo consagrado em termos de repartição de competências entre as autoridades nacionais e a Comissão Europeia orienta-se pela ideia do *one-stop shop* (“balcão único”)⁴¹: de facto, o artigo 21.º do *Regulamento das concentrações comunitárias* determina a *competência exclusiva* da Comissão Europeia para apreciar as *concentrações de dimensão comunitária*. O princípio geral é, pois, o de que o direito dos Estados-Membros *apenas* se aplica às concentrações que não apresentem dimensão comunitária (JONES/SUFRIN, 2008:988). O *Regulamento* admite, todavia, alguns desvios, permitindo, em determinadas condições, às autoridades nacionais examinar operações com dimensão comunitária, bem como à Comissão Europeia apreciar operações sem esse carácter⁴².

Em qualquer caso e retomando o controlo das concentrações da competência da *Autoridade da Concorrência*, deve observar-se que a previsão de *critérios quantitativos* para recortar o perímetro das concentrações a submeter a controlo introduz um suficiente grau de certeza para as partes envolvidas e exclui a discricionariedade na determinação ou na verificação dos pressupostos da actuação da *Autoridade*. Isso não significa, contudo, que não haja dúvidas e mesmo controvérsias sobre se determinadas operações empresariais constituem operações de concentração⁴³.

⁴⁰ NICINSKI, 2009:121; BERLIN, 2009:117; MONTI, 2007:300.

⁴¹ Ideia inicialmente acolhida no primeiro regulamento relativo ao controlo das concentrações – *Regulamento (CEE) n.º 4064/89*; *cf.* HEITHECKER, 2002:28

⁴² Refira-se, nomeadamente, os mecanismos previstos nos artigos 4.º, n.º 4 e 5, 9.º e 22.º do *Regulamento*. Para uma análise mais detalhada do sistema de remissões, veja-se COOK/KERSE, 2009: 321; BERLIN, 2009:159.

⁴³ A controvérsia pode dar mesmo lugar a processos jurisdicionais de impugnação de decisões da *Autoridade da Concorrência* que determinam ou impõem a apresentação de notificações; *cf., infra*, Parte II, ponto 5, e o estudo sobre o *Contencioso da Regulação em Portugal (Relatório de Pesquisa e Análise da Jurisprudência sobre Regulação Pública)*, Publicações CEDIPRE Online – 1, in www.cedipre.fd.uc.pt, Coimbra, Novembro de 2010, p. 21 e segs..

2 – Direito aplicável

O procedimento de controlo de concentrações assume a natureza de *procedimento administrativo* (VAZ FREIRE, 2009:503), conduzido por uma *autoridade administrativa* – a *Autoridade da Concorrência* –, cujo desfecho se consubstancia numa *decisão* com a natureza jurídica de *acto administrativo*.

O procedimento é regulado, em primeira linha, pela *LdC* (artigos 30.º e seguintes) e, subsidiariamente, pelo *Código do Procedimento Administrativo (CPA)*. Atento o facto de o controlo de concentrações pressupor uma intervenção administrativa e traduzir sempre o *condicionamento* e eventualmente a *restrição* das liberdades de iniciativa económica e de organização empresarial não surpreende que a conformação jurídica da actuação das autoridades competentes caiba ao legislador e resulte de actos legislativos. Trata-se pura e simplesmente da aplicação do *princípio da legalidade administrativa*.

A incidência do princípio da legalidade administrativa confronta-se, contudo, com, pelo menos, duas tendências sistémicas para uma relativa desvalorização da lei e da regulamentação legislativa neste domínio.

Assim, por um lado, a apreciação que a *Autoridade da Concorrência* é chamada a fazer no procedimento de controlo acusa uma forte influência da teoria económica e dos conceitos económicos: conceitos como “poder de mercado”, “mercado relevante”, “elasticidade dos preços”, ainda que utilizados numa lei administrativa, remetem para uma apreciação ditada segundo critérios económicos⁴⁴. Por isso, com razão, a doutrina observa que o controlo das concentrações se situa num território de interpenetração entre direito e economia (FURSE, 2007:21). Se é verdade que o fenómeno de contacto entre direito e disciplinas não jurídicas surge em inúmeras outras áreas de intervenção administrativa, não se revelando privativo ou exclusivo deste sector, importa notar que essa interpenetração conhece efeitos particulares, designadamente ao fomentar uma aura de objectividade e de racionalidade das decisões administrativas⁴⁵. Esta aparente cientificidade da teoria económica induz uma *deferência judicial* no controlo das decisões administrativas em matéria de concorrência (KHAN/DAVIES, 2009:49).

Por outro lado, a desvalorização do papel da lei como padrão de disciplina das condutas da Administração Pública resulta de um claro incremento neste sector não só

⁴⁴ Sobre os contornos e os pressupostos económicos das decisões adoptadas no contexto do controlo das concentrações: SCHWALBE/ZIMMER, 2009.

⁴⁵ Em termos críticos quanto a esta asserção: KHAN/DAVIES, 2009:26.

de *regulamentos administrativos*, mas sobretudo da proliferação de “documentos” das autoridades administrativas que contêm declarações sobre o modo como as mesmas se propõem, em concreto, aplicar as normas legais que as vinculam; apresentam um carácter não vinculativo, cumprindo uma função de racionalização e de incremento da consistência e da previsibilidade da acção administrativa (GREENE, 2007:1039). Estes “*nonbinding public statements of enforcement policy*”, que surgem como “linhas de orientação”, “recomendações” ou “comunicações” (v.g., orientações quanto a remédios e compromissos; sobre os termos da apreciação de certas formas de concentração; sobre o direito de acesso a documentos; sobre a criação de procedimentos informais), com incidência na regulamentação pública da economia em geral e na regulamentação do controlo de concentrações em particular, impõem-se, de facto, como a “*primary regulation of the field*”, eclipsando as fontes normativas de carácter jurídico e legislativo (KHAN/DAVIES, 2009:32). A centralidade e a institucionalização das “*guidelines*” (GREENE, 2007:771) como elemento-chave de regulamentação do controlo de concentrações envolvem um efeito de marginalização da legalidade, o que, por sua vez, comporta consequências ao nível do relacionamento entre os interessados e as autoridades: esse relacionamento deixa de assentar numa prescrição externa, que se impõe às autoridades, para passar a basear-se numa prescrição ditada pelas próprias autoridades que é percebida pelos interessados como contendo a “última palavra” daquelas. A possibilidade de reacção judicial, embora exista, apresenta-se, em grande medida teórica, tendo em consideração o “tempo real” de que dispõem os operadores económicos (KHAN/DAVIES, 2009:33).

3 – Contactos anteriores ao procedimento

Com as alterações de 2006, a *LdC* passou a prever a possibilidade de *avaliação prévia* pela *Autoridade da Concorrência* das operações de concentração projectadas; trata-se de uma espécie de pré-procedimento, que decorre, portanto, antes de se iniciar o procedimento de controlo de concentrações; as regras do pré-procedimento de avaliação prévia – também designado procedimento de pré-notificação – encontram-se definidas nas “Linhas de Orientação” definidas pela *Autoridade*⁴⁶⁻⁴⁷.

⁴⁶ *Linhas de Orientação sobre o procedimento de avaliação prévia de operações de concentração de empresas, de 3 de Abril de 2007.*

⁴⁷ Como notam Margarida Rosado da Fonseca e Luís do Nascimento Ferreira, até à alteração legislativa de 2006, não era comum em Portugal ocorrerem contactos prévios desta natureza. Isto, apesar de a *Autoridade da Concorrência* a tal se não opor: FONSECA/FERREIRA, 2009: 135.

O (pré-)procedimento de avaliação prévia, naturalmente um *procedimento facultativo*, permite e disciplina o estabelecimento de contactos entre a *Autoridade da Concorrência* e os interessados (contactos pré-notificação). O procedimento deve ser posto em marcha pelos interessados num prazo razoável antes da data em que se preveja a constituição na obrigação de notificar. Neste âmbito, a *Autoridade* poderá prestar algumas informações e esclarecimentos, fornecendo, se for caso disso, a sua visão sobre os contornos e as implicações da operação projectada. No âmbito deste procedimento e dos contactos pré-notificação, a *Autoridade da Concorrência*, se tiver dados bastantes para o efeito, pode esclarecer o seu ponto de vista sobre alguns aspectos jurídicos em concreto, *v.g.*, sobre se uma determinada operação de concentração se encontra submetida a controlo ou sobre o prazo de apresentação da notificação. Embora não sejam juridicamente vinculativas para os destinatários, tais informações e esclarecimentos apresentam um carácter orientador, que pode ter implicações jurídicas no quadro de uma relação de colaboração entre a *Autoridade* e os interessados.

A existência de um procedimento informal de pré-notificação aproxima as partes envolvidas e, em concreto, os interessados da *Autoridade* (SCHULTE, 2010:84) e inscreve-se na linha, que já conhecemos, de uma configuração prática do controlo de concentrações “*around the border of legality*” (KHAN/DAVIES, 2009: 54).

4 – Iniciativa do procedimento

O procedimento de controlo de concentrações é, em todos os casos, posto em marcha por um acto jurídico dos interessados: *notificação prévia*. No direito português, a referida notificação pode ter origem num acto voluntário dos interessados ou num acto impositivo da *Autoridade da Concorrência*. Impõe-se, pois, distinguir entre dois tipos de iniciativa procedimental: apesar de desencadeado sempre por um acto do particular interessado – configurando-se como um *procedimento de hetero-iniciativa particular* –, o controlo de operações de concentração pode-se iniciar pela *apresentação voluntária* ou pela *apresentação imposta ou coactiva* da notificação prévia.

Tendo presentes estas últimas considerações, conclui-se que não se encontra prevista a possibilidade de o procedimento de controlo das concentrações se iniciar por acto próprio da *Autoridade da Concorrência (iniciativa oficiosa)*⁴⁸: haverá oportunidade

⁴⁸ É muito diferente o modelo britânico de controlo das concentrações: não se prevê aí qualquer obrigação de notificação das empresas envolvidas, cabendo ao *Office of Fair Trading* a responsabilidade

de se verificar que a realidade a que a lei atribui a designação de *procedimento oficioso* (artigo 40.º) não abrange uma iniciativa pública *alternativa* à iniciativa particular (e à *notificação prévia*)⁴⁹.

A lei também não prevê a hipótese de uma “iniciativa particular de terceiro”: as empresas concorrentes que pretendam reagir contra uma concentração não notificada parecem ter apenas o direito de “denunciar” a omissão à *Autoridade da Concorrência*; no caso de recusa expressa ou de inércia da *Autoridade*, poderá questionar-se se disporão de *legitimidade processual* para propor, contra aquela, uma *acção administrativa especial*, para anular a recusa expressa ou para obter uma condenação à prática de acto devido – sobre o tema, *cf.*, *infra*, ponto 5⁵⁰.

4.1 – Iniciativa particular voluntária

O procedimento de controlo de concentrações é, em regra, desencadeado por iniciativa *voluntária*⁵¹, mediante um acto jurídico praticado pelas *pessoas ou empresas envolvidas e interessadas na operação de concentração* (identificadas no artigo 31.º, n.º 1, da *LdC*).

Conforme o disposto na *LdC* (artigo 31.º, n.º 3), a *Autoridade da Concorrência* aprovou um *formulário* de apresentação de notificação, esclarecendo que a notificação deve ser apresentada: i) no caso de fusão, pelo conjunto das empresas objecto da fusão; ii) no caso de aquisição de controlo exclusivo, pela pessoa ou empresa adquirente; iii)

de fiscalizar e de identificar as concentrações que devem ser referenciadas – *duty to make references* – para análise da *Competition Commission*. Em certos casos de interesse público, o *Secretary of State* também dispõe de um *power to make references*; *cf.* FURSE, 1997:13; 235.

⁴⁹ A situação parece revestir contornos distintos no direito alemão, onde, não obstante o silêncio da lei (a qual também alude apenas ao início do procedimento com base em notificação dos interessados), a doutrina admite que seja a autoridade competente a iniciar o procedimento de controlo quando tenha conhecimento de uma operação de concentração não notificada; *cf.* LANGEN/BUNTE, 2010: 942; NEEF, 2008:198; SCHULTE, 2010:84. O modelo adoptado em Portugal segue a solução francesa, onde a lei (*Code de commerce*) atribui à autoridade competente, no caso de falta de notificação de uma operação de concentração, o poder de determinar uma *injunção de notificação* (“*injonction de notifier*”); *cf.* DECOCQ/DECOCQ, 2010: 255. No direito da União Europeia, o *Regulamento das concentrações comunitárias* também não prevê expressamente a iniciativa oficiosa da Comissão, nem tão-pouco atribui a esta um poder de determinar a apresentação da notificação: sobre esta situação, alguma doutrina adianta que o poder da Comissão de “*se saisir d’office*” decorre da natureza das coisas (DECOCQ/DECOCQ, *ibidem*).

⁵⁰ Uma outra via de que as empresas concorrentes dispõem consiste em reagir judicialmente contra as pessoas obrigadas a notificar a concentração, nos termos do artigo 37.º, n.º 3, do *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*.

⁵¹ Utilizamos aqui o conceito de iniciativa *voluntária* apenas para contrapor à iniciativa *imposta* pela *Autoridade da Concorrência* e não para sugerir um (inexistente) carácter facultativo da apresentação da notificação prévia. Na verdade, se as partes pretendem realizar uma operação de concentração sujeita a controlo, *têm de* apresentar a notificação prévia – de resto, a lei sanciona como contra-ordenação “a falta de notificação de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia nos termos do artigo 9.º”: *cf.* artigo 43.º, n.º 3, alínea a).

no caso de criação de empresa comum, que desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma, pelas pessoas ou empresas a quem caberá o exercício do respectivo controlo; iv) no caso de aquisição de controlo conjunto, pelas pessoas ou empresas a quem caberá o exercício do respectivo controlo⁵².

A notificação prévia pode, pois, ser *individual* ou *conjunta*, devendo, no último caso, ser apresentada por um representante comum, com poderes para enviar e receber documentos em nome de todas as partes notificantes (artigo 31.º, n.º 2, da *LdC*).

No direito português, a notificação prévia é um *acto jurídico obrigatório*, que deve, de resto, ser praticado num determinado prazo: nos termos do artigo 9.º, n.º 2, da *LdC*, a notificação deve ocorrer “no prazo de sete dias úteis após a conclusão do acordo ou, sendo caso disso, após a data da divulgação do anúncio preliminar de uma oferta pública de aquisição ou de troca ou da divulgação de anúncio de aquisição de uma participação de controlo em sociedade emitente de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado”. Tendo em consideração essa exigência legal de a notificação ter de se apresentar num determinado prazo, parece que o carácter obrigatório da mesma não se encontra na lei portuguesa apenas associado à proibição de realização de operações de concentração antes de notificação prévia. Sendo certo que também apenas neste último sentido se pode falar de um carácter obrigatório da notificação⁵³, e até prever sanções autónomas para o respectivo incumprimento⁵⁴, a *LdC* parece (embora incorrectamente) ir mais longe, ao impor a obrigação de notificação dentro de um prazo e ao sancionar o incumprimento da obrigação assim definida: *cf.* artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), que tipifica como contra-ordenação “a falta de notificação de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia nos termos do artigo 9.º” (recorde-se que o artigo 9.º determina a apresentação da notificação dentro de um prazo).

A designação *notificação prévia*, atribuída ao acto jurídico que põe em marcha o controlo de concentrações, pode afigurar-se estranha, se se considerar que a mesma

⁵² *Cf.* Regulamento n.º 120/2009, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 17 de Março.

⁵³ Assim, *cf.* DECOCQ/DECOCQ, 2010: 251, sobre a “obrigação de notificar”; nos mesmos termos, referindo-se ao carácter “compulsory” das notificações segundo o *Regulamento das concentrações comunitárias*: FURSE, 2007:100.

⁵⁴ Nos termos do artigo 14.º, n.º 2, alínea *a*), do *Regulamento das concentrações comunitárias*, o incumprimento da obrigação de notificar é autonomamente sancionado com uma coima. Referindo-se a esta “infracção autónoma”, *cf.* BERLIN, 2009: 222. A sanção apenas ocorrerá se a concentração não notificada se consumou. Uma vez que não há prazo para notificar, a falta de notificação não pode ser sancionada, se e enquanto a concentração não se efectivou. Como observa a doutrina alemã, dada a ausência de um prazo para notificar, não se pode falar de uma obrigação de notificar independente da realização da concentração e decorrente apenas da verificação dos factos que devem ser notificados: IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1518.

indica o acto de iniciativa de um procedimento que contempla uma *fase constitutiva* na qual uma autoridade administrativa é chamada a *decidir* se não se opõe (autoriza) ou se proíbe uma determinada operação. Quer dizer, o procedimento inclui um *momento decisório*, que não se confunde com a mera tomada de conhecimento de um facto, como a ideia de notificar poderia sugerir. Ora, isto permite perceber que a notificação prévia neste caso assume, no plano procedimental, contornos assaz diferentes do acto de iniciativa nos *procedimentos de comunicação prévia de início de actividade* (RITTNER/DREHER, 2008: 616)⁵⁵. Com efeito, o sentido da iniciativa procedimental traduzida na notificação prévia de uma operação de concentração não se resume na mera comunicação de um facto, uma vez que exprime ou pressupõe ainda a manifestação do interesse – *pretensivo* – do(s) respectivo(s) autor(es) em obter uma pronúncia favorável da *Autoridade da Concorrência*, uma *decisão de não oposição*. Neste sentido, a notificação prévia revela contornos que a aproximam do *requerimento* apresentado pelo titular de legitimidade para iniciar um procedimento administrativo de tipo autorizativo.

Mas, por outro lado, a mesma designação – *notificação prévia* – não deixa de ser pertinente, posto que *comunica* ou *informa* a *Autoridade* sobre um *facto* a realizar em momento sucessivo, mas em termos que os interessados já definiram.

Como sabemos, a notificação prévia reveste carácter obrigatório, razão por que a sua falta comporta consequências jurídicas, mesmo na hipótese de a operação de concentração não vir a ocorrer: coima (que não pode exceder 1% do volume de negócios do infractor), nos termos do artigo 43.º, n.º 2, alínea *a*). Por outro lado, no caso de a operação de concentração se efectivar, a falta de notificação – para além de constituir uma *infracção autónoma*, que se junta à infracção que consiste na realização da operação de concentração [punida nos termos do artigo 43.º, n.º 1, alínea *b*), da *LdC*] – dará lugar a um procedimento oficioso, em cujo âmbito a *Autoridade da Concorrência* determina a apresentação coactiva da notificação.

Por fim, uma nota sobre a *retirada da notificação prévia*, na sequência de uma decisão das partes interessadas de desistência da concentração. Nesta eventualidade, a dita *retirada da notificação* deve efectuar-se nos termos do artigo 110.º do *CPA*, mediante a apresentação de “requerimento escrito” de desistência do procedimento.

⁵⁵ Os procedimentos de comunicação prévia de início de actividade – pelo menos, os que assim se designam em sentido próprio – não conhecem uma *fase decisória*, com a emissão de um acto administrativo de tipo autorizativo. Sobre a estrutura dos procedimentos de comunicação prévia, *cf.*, GONÇALVES, 2009:79.

Sem prejuízo de o n.º 2 daquele preceito estabelecer que a desistência não prejudica a continuação do procedimento – “se a Administração entender que o interesse público assim o exige” – afigura-se-nos, *in casu*, que a competência da *Autoridade da Concorrência* se esgota⁵⁶.

4.2 – *Iniciativa particular imposta*

No caso de a operação de concentração se realizar sem notificação, há lugar à *imposição coactiva* da notificação pela *Autoridade da Concorrência*. O procedimento de controlo inicia-se, também neste caso, pela apresentação da notificação prévia; agora, a mesma surge, contudo, não de forma espontânea (voluntária), mas na sequência de uma intimação, determinada no contexto de procedimento administrativo oficioso: artigo 40.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 2, da *LdC*⁵⁷.

A intimação ou imposição coactiva da notificação prévia, que apenas pode ter lugar quando e se a operação de concentração tiver sido realizada e não no de mera falta de notificação (dentro do prazo), constitui um *acto administrativo impositivo*, cujo acatamento se encontra garantido por uma *sanção pecuniária compulsória*, a aplicar nos termos previstos na alínea *b*) do artigo 46.º (*cf.* artigo 40.º, n.º 2)⁵⁸.

⁵⁶ No *Acórdão MCI/Comissão*, de 28 de Setembro de 2004, o *Tribunal de Primeira Instância* decidiu que a Comissão não poderia haver declarado incompatível uma concentração depois de as partes notificantes terem retirado oficialmente a sua notificação (não havendo lugar a distinção entre *retirada da notificação* e *retirada do acordo de fusão*).

⁵⁷ Nos termos da *LdC*, há três tipos de situações cuja ocorrência dá lugar a um “*procedimento oficioso*”: (*a*) quando a *Autoridade da Concorrência* tome conhecimento da realização de uma operação de concentração que, em incumprimento da *LdC*, não tenha sido notificada; (*b*) quando uma decisão (expressa ou tácita) de não oposição se tenha fundado em informações falsas ou inexatas no que se refere a circunstâncias essenciais para a decisão e (*c*) quando se verifique o desrespeito, total ou parcial, de obrigações ou condições impostas.

As situações previstas nas três alíneas do artigo 40.º, n.º 1, da *LdC* apresentam-se assaz diferentes entre si e apenas uma delas se relaciona com a promoção do controlo de concentrações.

Na verdade, em rigor, a *iniciativa oficiosa* de impor a submissão a controlo de uma operação de concentração verifica-se exclusivamente no caso previsto na alínea *a*); conforme se determina no n.º 2 do mesmo preceito, na hipótese contemplada na citada alínea, a *Autoridade da Concorrência* “notifica as empresas em situação de incumprimento para que procedam à notificação da operação nos termos previstos na presente lei, num prazo razoável fixado pela Autoridade”.

Os outros dois casos de procedimento oficioso, a que se referem as alíneas *b*) e *c*) do n.º 1 do artigo 40.º, já nada têm a ver com a iniciativa para promover o controlo de concentrações; está aí em causa a promoção oficiosa de *procedimentos de revogação sancionatória de decisões de não oposição*: porque a decisão se baseia em informações falsas ou inexatas fornecidas pelos participantes da operação ou porque se verificou o desrespeito de “obrigações ou condições”.

Haverá oportunidade de voltar a este ponto e de chamar a atenção para o facto de, no domínio das concentrações comunitárias, o *Regulamento* prever a revogação sancionatória no caso de incumprimento de “obrigações”, e já não de “condições” – *cf. infra*.

⁵⁸ Do mesmo modo que no direito alemão (IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1519), a notificação prévia não pode ser imposta coactivamente pela *Autoridade da Concorrência* se a operação de concentração não for realizada. Mas, diferentemente do que ali sucede, há já lugar a uma coacção administrativa (*Verwaltungszwang*) para impor a apresentação da notificação de uma operação de

Numa outra perspectiva, importa notar que o acto de imposição da notificação constitui um *acto administrativo devido*, cuja prática está dependente da verificação de pressupostos objectivos e não de qualquer juízo discricionário⁵⁹.

Resulta da própria previsão legal da imposição coactiva da notificação como consequência (principal) da falta da apresentação voluntária que, à realização de uma operação de concentração sem notificação – facto que constitui um *acto ilícito* – não se associa a *ilegalidade substantiva* da operação. Eis o que justifica que a *Autoridade da Concorrência* não disponha do poder de impor imediatamente a dissolução da concentração, mas antes o de impor a notificação, para que, no âmbito do procedimento de controlo, possa apreciar o impacto da operação. Por isso mesmo, o facto de a *Autoridade* impor a apresentação de notificação mostra-se naturalmente compaginável com a emissão de uma decisão de não oposição⁶⁰.

5 – Desenvolvimento do procedimento

À semelhança do regime consagrado no *Regulamento das concentrações comunitárias* e ainda que com uma nomenclatura diferente⁶¹, o procedimento de controlo adoptado pelo legislador português divide-se, *grosso modo*, em duas fases de apreciação da operação notificada, apresentado a segunda carácter meramente eventual.

5.1 – Primeira fase: investigação sumária

concentração efectuada – no direito alemão (como no direito da União Europeia), a “coacção” para a apresentação de notificação de uma concentração já realizada decorre da imposição de uma coima e, sobretudo, de a lei estabelecer a ineficácia jurídica dos negócios que consubstanciam a concentração.

⁵⁹ Recorde-se que a lei define em termos claros – recorrendo a critérios quantitativos – o universo das operações de concentração sujeitas a notificação e a controlo preventivo. Como já dissemos, a clareza dos critérios não exclui dúvidas de aplicação em certos casos.

⁶⁰ Foi precisamente o que sucedeu nos casos seguintes, todos relacionados com notificações apresentadas na sequência de procedimento oficioso: processos Ccent. 80/2005; 13/2006; 30/2010.

⁶¹ Da lei portuguesa resulta que o procedimento de concentrações se inicia com a notificação e se desdobra em duas fases, uma primeira, de feição mais ligeira (que pode concluir-se com uma decisão de não oposição à concentração ou com a decisão de passar à fase seguinte), e uma segunda, eventual, de investigação aprofundada: a primeira fase integra já o procedimento, que pode concluir-se no fim da mesma ou desenvolver-se para uma segunda fase. Diferentemente, o *Regulamento* identifica como “início do processo” a *decisão da Comissão* tomada nesse sentido após, a “análise da notificação” [alínea c) do n.º 1 do artigo 6.º]: a fase de “análise da notificação” (que se pode concluir como uma decisão de não oposição à concentração ou com a decisão de “dar início ao processo”) corresponde, assim, à primeira fase do procedimento definido na lei portuguesa. De resto, a doutrina refere-se à existência de duas fases no procedimento de controlo das concentrações comunitárias, acabando pois por conceber a “análise da notificação” como uma fase do procedimento.

A *Autoridade da Concorrência* dispõe de um prazo de 30 dias úteis para concluir a instrução do procedimento e a apreciação da notificação⁶².

Em atenção à referida estrutura do procedimento, a este período é atribuída frequentemente a designação de *primeira fase*. A mesma inicia-se com a produção dos efeitos da notificação prévia, evento que se verifica no momento do pagamento da taxa devida. No caso de a notificação apresentada se revelar incompleta ou inexacta, a *Autoridade da Concorrência* tem o poder-dever de *convidar* os responsáveis a completar ou a corrigir a notificação no prazo que lhes fixar (artigo 32.º, n.º 2). Outra eventualidade que pode ocorrer é a de os responsáveis procederem à *alteração* da notificação apresentada (por iniciativa própria ou sugerida pela *Autoridade*): o n.º 2 do artigo 35.º da *LdC* alude a essas alterações.

Durante esta primeira fase, bem como no decurso uma eventual fase subsequente de investigação aprofundada, a *Autoridade* goza dos poderes previstos nos artigos 17.º e 18.º da *LdC*: *poderes de inquérito e inspecção*, bem como de *solicitar às empresas, associações de empresas ou quaisquer outras pessoas ou entidades a apresentação de documentos e a prestação de informações que se revelem necessárias*.

As decisões tomadas pela *Autoridade* ao abrigo destes poderes de supervisão seguem, nos termos do artigo 20.º da *LdC*, subsidiariamente, as regras previstas no *CPA* (*ex vi* artigo 30.º). Sempre que se manifeste necessário o fornecimento de informações ou documentos ou a correcção daqueles que foram fornecidos, pode a *Autoridade*, de acordo com o artigo 34.º, n.º 4, comunicar tal circunstância aos autores da notificação, fixando-lhes um prazo para colmatar essas carências. Assiste-lhe, ainda, a faculdade de solicitar a quaisquer outras entidades, públicas ou privadas, as informações que considere convenientes para a decisão do processo (artigo 34.º, n.º 4).

A *LdC* enumera, no artigo 35.º, os desfechos possíveis da primeira fase.

Assim, sem contar com os casos em que a *Autoridade* conclui que a operação notificada não se reconduz à previsão legal das operações de concentração sujeitas a notificação – decisões de inaplicabilidade, nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 35.º –⁶³, são três os desfechos possíveis da primeira fase do procedimento.

⁶² Prazo contado nos termos do artigo 72.º do *CPA*, que pode ser suspenso em virtude da solicitação, pela *Autoridade da Concorrência*, de informações ou documentos adicionais ou a correcção dos que foram fornecidos: *cf.* n.ºs 3 e 4 do artigo 34.º da *LdC*.

⁶³ Estatisticamente, de acordo com informação colhida no *site* da *Autoridade da Concorrência*, em 517 decisões tomadas em primeira fase, 42 foram no sentido da inaplicabilidade; *cf.* autoridadedaconcorrenca.pt.

Em *primeiro* lugar, pode a *Autoridade* emitir uma *decisão de não oposição* à concentração, nos termos da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 35.º. O juízo material em que esta decisão deverá assentar refere-se à insusceptibilidade de a operação, “tal como foi notificada ou na sequência de alterações introduzidas pelos autores”, “criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste”. A mera decisão de não oposição, no decurso da primeira fase, constitui, estatisticamente, a esmagadora maioria do universo de decisões sobre controlo de concentrações tomadas pela *Autoridade*⁶⁴. De acordo com o n.º 3 do mesmo artigo, estas decisões podem ser acompanhadas da imposição de condições e/ou obrigações (decisões com compromissos)⁶⁵.

A decisão de não oposição constitui um acto administrativo, sujeito ao dever de fundamentação e susceptível de impugnação judicial (*cf. infra*)⁶⁶.

Aludindo agora a um *segundo* desfecho, relativo aos casos em que se esgota o prazo de que a *Autoridade* dispõe para tomar uma decisão. Neste caso, estabelece a *LdC* que “a ausência de decisão no prazo ... vale como decisão de não oposição à operação de concentração” (artigo 35.º, n.º 4). A decisão de não oposição pode, por conseguinte, revelar-se expressa e formalmente, ou resultar, ficcionada ou tacitamente, do facto de se esgotar o prazo de que a *Autoridade da Concorrência* dispõe para decidir.

Um *terceiro e último* desfecho possível consiste, como sabemos, na decisão de iniciar uma fase de investigação aprofundada. Eis o que se verifica, conforme se dispõe na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 35.º, quando a *Autoridade* considera que a operação de concentração em causa é susceptível, à luz dos elementos recolhidos, de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo

⁶⁴ A decisão de não oposição simples, não só constitui o desfecho mais frequente da primeira fase, como constitui mesmo a decisão mais frequentemente tomada pela *Autoridade da Concorrência*. No cômputo geral das 544 decisões tomadas pela *Autoridade* (primeira e segunda fase), 443 constituíram decisões de não oposição simples em primeira fase. A situação apresenta-se diferente na prática da Comissão, relativamente às concentrações de dimensão comunitária, em que as decisões de autorização simples se tornaram as menos frequentes: *cf.* BERLIN, 2009: 269.

⁶⁵ Tal sucedeu já por 16 vezes. Mais recentemente, por exemplo, nos processos Ccent 1/2008; 2/2008; 6/2008; 21/2008; 5/2010; 23/2010; 40/2010; 1/2001.

⁶⁶ Apesar de algumas diferenças, na Alemanha, o controlo de concentrações também conhece duas fases, mas na lógica de que cada uma corresponde a um procedimento: o *procedimento prévio*, por um lado, e o *procedimento principal*, por outro. Pois bem, a doutrina entende que, em nenhum caso, o procedimento prévio (ou *pré-procedimento*) se conclui com um acto administrativo. A comunicação da autorização – comunicação que, nessa fase, não assume sequer carácter obrigatório –, se for feita, não constitui uma *decisão administrativa formal*, razão por que não se revela susceptível de impugnação judicial, nem se encontra sujeita ao dever de fundamentação. Do mesmo modo, o esgotamento do prazo do procedimento não gera qualquer decisão administrativa tácita ou ficcionada; *cf.* IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1528; 1556; RITTNER/DREHER, 2008:616.

presentes os critérios legais (definidos no artigo 12.º). Ao contrário das outras duas, esta decisão não se qualifica como um *acto administrativo*, mas antes como *mera declaração administrativa* (sem o carácter de *regulação autoritária com efeitos jurídicos externos*): trata-se de uma *decisão intra-procedimental*, que esgota a sua eficácia jurídica dentro do procedimento administrativo e que, portanto, não atinge *directa* nem *indirectamente*, a esfera jurídica dos interessados⁶⁷.

Apesar de os desfechos possíveis serem, nos termos expressamente previstos na *LdC*, apenas os que ficam enunciados, num caso, aliás já referido no presente texto, a *Autoridade da Concorrência* emitiu uma decisão de oposição na primeira fase de apreciação: tratou-se de um caso particular que envolvia uma concentração de empresas do sector da comunicação social, para cuja apreciação, como sabemos, a *Autoridade* se encontrava vinculada em face de um *parecer prévio negativo* da *ERC*; dado que não poderia decidir em sentido diferente, não faria qualquer sentido avançar para a segunda fase do procedimento⁶⁸.

5.2 – Segunda fase (eventual): investigação aprofundada

A ocorrência da fase de investigação aprofundada, de carácter eventual como se disse, resulta directamente de uma decisão proferida, nesse sentido, a final da instrução⁶⁹. Essa decisão será tomada quando a *Autoridade da Concorrência* considera “que a operação de concentração em causa é susceptível, à luz dos elementos recolhidos, de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial

⁶⁷ Posição idêntica é (compreensivelmente) adoptada pela doutrina alemã, quanto à comunicação pelo *Bundeskartellamt* da decisão de passagem do procedimento prévio para o procedimento principal – entende-se que tal decisão não constitui um acto administrativo; cf. IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1530.

Essa é também a inclinação da jurisprudência europeia a respeito da decisão da Comissão de “dar início ao processo” de controlo de concentrações; cf., nesse sentido, o Despacho do Tribunal de Primeira Instância (de inadmissibilidade de recurso), no caso *Schneider Electric/Comissão*, de 31/01/2006 (proc. T-48/03) onde se entendeu que a referida decisão constitui uma simples medida preparatória, tendo como único objectivo o início de uma instrução destinada a apurar os elementos que virão a permitir à Comissão, no fim deste processo, pronunciar-se em decisão final sobre a compatibilidade da operação com o mercado comum. Ainda que a mesma decisão determine o prolongamento da suspensão da operação, não pode ser considerada um acto desfavorável à recorrente, porque, além do mais, não determina, por si mesma, nenhuma obrigação de conduta que não seja já induzida pela notificação da operação de concentração na Comissão à iniciativa das empresas em causa.

⁶⁸ Processo Ccent. 41/2009.

⁶⁹ A prática portuguesa revela que, em regra, a *Autoridade da Concorrência* decide os procedimentos na primeira fase; na verdade, é relativamente reduzido o número de procedimentos que passou à segunda fase: 26.

deste, à luz dos critérios definidos no artigo 12.º: cf. alínea c) do n.º 1 do artigo 35.º da LdC.

Caso decida dar início a esta fase, a *Autoridade* dispõe de um prazo de 90 dias, contados a partir da data da notificação prévia⁷⁰, para “*proceder às diligências de investigação complementares que considere necessárias*”. Tais diligências processar-se-ão em termos semelhantes aos das diligências instrutórias iniciais.

Fundamentalmente, são duas as possíveis decisões que a *Autoridade* tomará na sequência de uma investigação aprofundada. À semelhança do que a LdC prevê para a primeira fase, também esta segunda fase poderá terminar com uma decisão de não oposição, tornando-se igualmente possível que a *Autoridade* faça acompanhar essa autorização de condições e/ou obrigações. O fundamento material em que deve assentar tal decisão reconduz-se fixado para a decisão análoga na primeira fase. Contudo, agora, caso entenda que a operação concentração “*cri[a] ou reforça uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste*”, a *Autoridade* deverá proibir a operação, assistindo-lhe ainda a faculdade de ordenar as “*medidas adequadas ao restabelecimento de uma concorrência efectiva*”, caso a operação já se tenha realizado⁷¹.

Por fim, merecem ainda breve referência outros desfechos do procedimento, como a retirada da notificação pelos seus autores (possível em qualquer destas duas fases) ou a remessa do processo para a Comissão Europeia.

6 – Participação de interessados e articulação com outras autoridades

Relativamente ao tema da participação no procedimento, importará, em primeiro lugar, referir o regime de *audiência dos interessados* consagrado na LdC. De acordo com o seu artigo 38.º, as decisões previstas nos artigos 35.º e 37.º devem ser precedidas de audiência dos autores da notificação e dos contra-interessados⁷². O primeiro grupo de beneficiários deste regime (autores da notificação) não representa qualquer novidade:

⁷⁰ Note-se que, inicialmente, o artigo 36.º da LdC previa um prazo de 90 dias contados a partir da decisão de dar início a esta segunda fase. A actual redacção do preceito resultou da alteração feita pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de Novembro. Afigura-se, pois, que, em bom rigor, este prazo não se refere, propriamente, à duração máxima da segunda fase mas antes à duração máxima de todo o procedimento, neste sentido, cf. FONSECA/FERREIRA, 2009: 164. O prazo pode ser suspenso, embora a LdC estabeleça que as suspensões de prazo para solicitação de informações não podem exceder um total de 10 dias úteis.

⁷¹ Foi o que sucedeu, por exemplo, no caso Ccent. 12/2009.

⁷² Não existe, contudo, a obrigação de facultar audiência aos autores da notificação quando se trate de decisões de não oposição simples, tomadas quer na primeira quer na segunda fase do procedimento, desde que não haja contra-interessados (cf. artigo 38.º, n.º 2).

trata-se dos principais destinatários dos efeitos das decisões finais, constituindo, assim, o núcleo de sujeitos cujo interesse merece inequívoca tutela em sede procedimental; correspondem, pois, ao círculo dos *interessados obrigatórios*, aos quais, nos termos do CPA, é necessariamente facultado este direito de audiência⁷³.

Já a configuração do segundo grupo de titulares deste direito justifica particular atenção. Não pelo facto de apenas se conceder a audiência aos *contra-interessados*, isto é, aos sujeitos cujo interesse se opõe à satisfação da pretensão dos requerentes. Na verdade, nos procedimentos de controlo de concentração, os *interesses concorrentes* consistirão, por regra, numa posição oposta à dos autores da notificação. O que suscita em especial a nossa atenção reside na circunstância de o n.º 3 do mesmo artigo definir como “contra-interessados” aqueles que, *simplesmente*, “se tenham manifestado desfavoravelmente quanto à realização da operação”. A fórmula legal ignora, por completo, a posição jurídica material do sujeito face à decisão a que o procedimento conduz. O mesmo é dizer que, contrariamente ao regime geral, para obter a qualidade de contra-interessado e, conseqüentemente, o benefício da audiência prévia, se dispensa a *legitimidade procedimental* tal como a mesma surge concebida no CPA, afigurando-se suficiente uma qualquer participação no procedimento⁷⁴.

Também no regime da União Europeia, as decisões da Comissão encontram-se, nos termos do *Regulamento das concentrações comunitárias*, sujeitas a uma “audição das partes e de terceiros”. Com efeito, de acordo com o artigo 18.º do *Regulamento*, a Comissão deve dar oportunidade de pronúncia às pessoas, empresas e associações *em causa*⁷⁵. Contudo, no que concerne a *terceiros*, o *Regulamento* exige que estes comprovem um “interesse suficiente”⁷⁶, requisito próximo da legitimidade

⁷³ Sobre o conceito de “interessados obrigatórios”, cf. OLIVEIRA/ GONÇALVES/AMORIM, 1997:271.

⁷⁴ Igualmente em sentido crítico, cf. FONSECA/FERREIRA, 2009:168.

⁷⁵ O *Regulamento* não define quem são estes sujeitos *em causa*. De acordo com artigo 13.º, n.º 2, do *Regulamento de execução*, a Comissão dá oportunidade para se pronunciarem (i) às partes notificantes e (ii) a outros interessados. De acordo com o artigo 11.º, alínea b), desse mesmo Regulamento, este segundo grupo de sujeitos é integrado pelas «partes no projecto de notificação que não as partes notificantes, tais como o vendedor ou a empresa objecto da concentração».

⁷⁶ Será, de acordo com o próprio n.º 4 do artigo 18.º do *Regulamento*, desde logo, o caso dos membros dos órgãos de direcção ou de fiscalização e dos representantes reconhecidos dos trabalhadores das empresas em causa. A qualificação de determinada organização como *representantes reconhecidos dos trabalhadores das empresas em causa* cabe ao direito nacional (COOK/KERSE, 2009:178). O artigo 11.º, alínea c), do *Regulamento de execução* inclui ainda neste círculo de sujeitos, exemplificativamente, as associações de consumidores, sempre que a concentração projectada diga respeito a produtos ou serviços utilizados por consumidores finais.

procedimental⁷⁷, pressuposta no conceito de *interessados* do CPA (OLIVEIRA/GONÇALVES/AMORIM, 1997:271).

No que respeita ao *direito de informação* das partes ou de terceiros no âmbito do procedimento, a *LdC* é omissa⁷⁸; nos termos gerais, aplicam-se, neste contexto, as disposições do CPA sobre o direito à informação procedimental (artigos 61.º e segs.).

Um aspecto de grande relevo na instrução do procedimento prende-se com a exigência específica de colaboração entre a *Autoridade da Concorrência* e autoridades de regulação sectorial, sempre que a operação de concentração tenha incidência num mercado objecto de regulação sectorial. Nesta eventualidade, a autoridade reguladora sectorial tem de ser chamada a pronunciar-se, nos termos do artigo 39.º, n.º 1, da *LdC*. Embora este preceito não atribua qualquer designação a essa pronúncia, trata-se, naturalmente de um *parecer*, que, no caso, é *obrigatório*, e, em regra, não vinculativo. Contudo, no caso particular de serem participantes na operação empresas jornalísticas ou noticiosas, as decisões da *Autoridade* o parecer da *Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC)* assumir-se-á já como *vinculativo*, quando *negativo*; nos termos da lei, a *ERC* deve pronunciar-se em sentido desfavorável à concentração “quando estiver comprovadamente em causa a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião” (cf. artigo 4.º, n.º 4 da Lei n.º 2/99 – *Lei de Imprensa* –, na redacção conferida, aliás, pelo artigo 57.º da *LdC*)⁷⁹.

⁷⁷ Como observa Zeise, *ob. cit.*, p. 546, o interesse suficiente é equiparado a um interesse económico na concentração que se verifica, em especial, em relação aos clientes, concorrentes e fornecedores das empresas participantes.

⁷⁸ No direito da União Europeia, o “acesso ao processo” é disciplinado no *Regulamento de execução* (artigo 17.º), excluindo do mesmo as “informações confidenciais e os documentos internos da Comissão ou das autoridades nacionais competentes.

⁷⁹ Este último mecanismo foi determinante num caso – Processo Ccent. 41/2009 –, em cujo âmbito a *ERC* emitiu um parecer negativo, entendendo que, com a operação projectada, a *Ongoing* ficaria em posição de “afectar a diversidade e o pluralismo em áreas tão relevantes como a da televisão, do mercado de trabalho dos jornalistas e restantes profissionais da comunicação social, da publicidade televisiva e da produção de conteúdos”, notando ainda que, da operação de concentração projectada, resultaria “uma maior uniformidade de conteúdos nos dois canais privados de televisão após a operação”; cf. Parecer do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social sobre a operação de concentração relativa ao Grupo Media Capital (Deliberação 1/PAR-ERC/2010), p. 18.

PARTE II

DECISÕES FINAIS DO PROCEDIMENTO DE CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

Sabemos já que, salvo caso de desistência ou de decisão que se pronuncie sobre qualquer questão que obste ao seu desenvolvimento normal – v.g., decisão sobre a ilegitimidade das partes notificantes, nos termos do artigo 83.º do CPA ou determinando que a operação não se encontra abrangida pela obrigação de notificação prévia, nos termos do artigo 35.º, n.º 1, alínea a), da LdC –, o procedimento de controlo de concentrações conclui-se com uma *decisão de fundo*, pela qual a *Autoridade da Concorrência* se pronuncia sobre a admissibilidade da operação de concentração notificada.

Numa formulação simplificada, embora porventura enganosa, poderia dizer-se que o desfecho do procedimento consiste, ou numa *autorização* ou numa *proibição*: a autorização (“não oposição”) pode ter lugar em qualquer das duas fases, enquanto a proibição apenas pode ser determinada na segunda fase do procedimento.

1 – Decisão de não oposição

A LdC alude às decisões da *Autoridade da Concorrência* “de não se opor à operação de concentração” – artigos 35.º, n.º 1, alínea a), e 37.º, n.º 1, alínea a) –, bem como, nos mesmos termos, às decisões “de não oposição à realização da operação de concentração” – artigos 35.º, n.º 4, e 37.º, n.º 3, e 38.º, n.º 2. Por vezes, a doutrina refere-se, neste contexto, a uma decisão de não oposição ou autorização “pura e simples”, pretendendo assim distingui-la das decisões acompanhadas de condições ou obrigações (DECOCQ/DECOCQ, 2010: 285).

Decisão de não oposição é, por conseguinte, a designação que a lei atribui ao acto administrativo através do qual a *Autoridade da Concorrência* permite, autoriza ou admite a realização de uma operação de concentração. De resto, mais do que uma vez, a LdC reporta-se expressamente ao conceito de autorização: no n.º 2 do artigo 11.º estabelece que “a validade de qualquer negócio realizado em desrespeito pelo disposto na presente secção depende de *autorização* expressa ou tácita da operação de concentração”; por outro lado, em termos talvez ainda mais expressivos, por pressupor a dicotomia entre autorização e proibição (em contraste com o n.º 4), o n.º 3 do artigo 12.º

determina que “serão *autorizadas* as operações de concentração que (...)”, referindo-se o n.º 5 do mesmo preceito à “*decisão que autoriza* uma operação de concentração”.

Nestes termos, *não oposição* é apenas uma outra forma de dizer *autorização*: trata-se, com efeito, de um acto administrativo praticado no seio de um procedimento de controlo preventivo que legitima o exercício de um direito subjectivo previamente existente na esfera do destinatário.

A competência para a decisão de não oposição ou de autorização de uma concentração cabe, em primeira linha, à *Autoridade da Concorrência*. Mas a mesma competência cabe também, nos termos da lei do artigo 34.º dos *Estatutos da Autoridade da Concorrência*, ao membro do Governo responsável pela área da economia, o qual, pode, mediante decisão fundamentada, “autorizar uma operação de concentração proibida por decisão da Autoridade”, na sequência de recurso para o efeito interposto pelos autores da notificação – sobre este *recurso extraordinário*, *cf.*, *infra*, ponto 5.

A autorização ou decisão de não oposição, quando proveniente da *Autoridade da Concorrência*, pode revelar-se de forma *expressa* ou *tácita* – nos termos da *LdC*, a ausência de decisão expressa no prazo de duração de qualquer das fases do procedimento “vale como decisão de não oposição à realização da operação” (artigos 35.º, n.º 4, e 37.º, n.º 3). Quer isto dizer que a inércia administrativa origina uma *autorização tácita* ou *ficcionada* ⁽⁸⁰⁾.

Embora não exista uma exigência legal estrita de *fundamentação* da decisão da *Autoridade da Concorrência* de não oposição sem condições e/ou obrigações (que não consta da *LdC*, nem decorre do *CPA*, o qual só exige a fundamentação de certos actos administrativos) ⁽⁸¹⁾, deve entender-se que essa exigência se positiva quando tenham participado no procedimento *contra-interessados* (para os quais aquela decisão se revela desfavorável). Independentemente disso, por razões de transparência, de publicidade e

⁸⁰ No direito alemão, sobre a *Freigabefiktion* – ficção de autorização em consequência do decurso do prazo de decisão do procedimento –, *cf.* IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1535. A ficção de autorização também existe no direito da União Europeia: o *Regulamento das concentrações comunitárias* estabelece, no artigo 10.º, n.º 6, que, na ausência de decisão da Comissão no prazo de que dispõe para o efeito, “presumir-se-á que a concentração é declarada compatível com o mercado comum”.

⁸¹ Estamos a aludir à decisão de não oposição da *Autoridade da Concorrência*. Outro tanto já não vale quanto às decisões de autorização do membro do Governo responsável pela área de economia que, nos termos do artigo 34.º, n.º 1, dos *Estatutos da Autoridade da Concorrência*, têm de ser fundamentadas; de resto, nesse caso, a exigência de fundamentação impor-se-ia sempre, nos termos do artigo 124.º, n.º 1, alínea b), do *CPA*.

de tutela dos direitos de terceiros, é desejável que a *Autoridade da Concorrência* se esforce por apresentar fundamentos para todas as decisões que adopte⁸².

2 – Decisão de proibição

O procedimento de controlo de concentrações pode ter como desfecho uma decisão de proibição de concentração (que só pode ser tomada na segunda fase, após investigação aprofundada)⁸³. A decisão de proibição consubstancia o exercício de um *poder de veto* à realização da operação pretendida (ARI SUNDFELD, 2003:64).

Em geral, os procedimentos de controlo de tipo autorizativo, como é o caso do procedimento de controlo de concentrações, terminam com uma decisão de autorização (deferimento) ou com uma decisão de indeferimento (não autorização). Pois bem, diferentemente, no caso que nos ocupa, a dicotomia processa-se, nos termos da lei, entre *autorização e proibição*⁸⁴.

Contudo, e não obstante a designação legal, sugerir coisa diversa, afigura-se-nos que a proibição não é exactamente, como em geral sucede com os actos administrativos de proibição, uma decisão de efeitos jurídicos positivos – imposição de uma *obrigação de não fazer* –, mas sim uma *decisão de efeitos negativos*, com o sentido exacto de um acto administrativo de indeferimento. A proibição não é, em rigor, determinada, com efeitos constitutivos, pela *Autoridade da Concorrência*, mas antes pela lei: no exercício do seu poder de apreciação, a *Autoridade* pronuncia-se no sentido de que, por preencher os pressupostos de uma proibição legal, a operação de concentração projectada não pode realizar-se. *Hoc sensu*, a eventual realização de uma operação de concentração que tenha sido proibida pela *Autoridade* não representa uma *desobediência* a um comando administrativo, mas tão-somente a violação de uma proibição legal⁽⁸⁵⁾. Por outro lado,

⁸² Na Alemanha, são as exigências de publicidade, de transparência e de protecção jurídica de terceiros a ditar a formalização da decisão de autorização (*Freigabe*) e a respectiva qualificação como acto administrativo: cf. IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1534, adiantando que o respeito por aquelas exigências se encontra de algum modo posto em causa pelo facto de a autoridade competente ter um direito de escolha entre tomar uma decisão expressa de autorização ou não decidir dentro do prazo de que dispõe, o que origina uma autorização ficcionada; cf., neste mesmo sentido, SCHULTE, 2010:89.

⁸³ A decisão de proibição foi tomada pela *Autoridade da Concorrência* em apenas quatro casos: processos Ccent n.ºs 37/2004; 45/2004; 22/2005; 12/2009.

⁸⁴ O *Regulamento das concentrações comunitárias* distingue entre decisão (da Comissão) de declarar a concentração compatível com o mercado comum e decisão de declarar a concentração incompatível com o mercado comum; no direito alemão, o acto negativo diz-se *decisão de proibição* (*Untersagungsverfügung*); cf. SCHULTE, 2010:90; IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1227; no direito francês, a lei refere-se a proibição ou interdição (*interdiction*); cf. DECOCQ/DECOCQ, 2010:255.

⁸⁵ Ainda assim, não pelo facto de consistir numa proibição, mas antes por se tratar de uma decisão que não autorizou uma determinada operação, segue-se, neste caso, a nulidade dos negócios jurídicos que concretizam a operação em concreto proibida. Mas, como vimos na Introdução, esse

em termos de reacção jurisdicional – e tendo presente a dicotomia entre impugnação e condenação à prática de acto administrativo devido –, o pedido adequado deveria ser o de *condenação à prática de acto devido* e não o de *impugnação* da decisão de proibição, mas a lei parece apontar noutro sentido (sobre isto, *cf. infra*, ponto 5); ainda neste domínio, as eventuais medidas cautelares destinadas a assegurar o efeito útil de uma sentença que venha a anular a decisão de proibição, para produzirem efeitos úteis na esfera jurídica do autor, terão necessariamente carácter antecipatório (medidas de efeito conservatório, como a suspensão de eficácia da decisão, limitar-se-iam a manter a proibição/indeferimento).

O caso já apresenta uma outra feição quando a decisão de proibição é tomada em relação a uma operação de concentração já realizada: agora, haverá um acto de efeitos positivos, consistente na *ordem de dissolução da concentração*: *cf.* artigo 37.º, n.º 1, alínea *b*), da *LdC*.

Os negócios que consubstanciem uma operação de concentração realizada contra a proibição imposta pela *Autoridade* constituem actos *ilícitos contra-ordenacionais* – sancionados com a coima prevista no artigo 43.º, n.º 1, alínea *b*), da *LdC* – e, no plano da validade, são *negócios jurídicos nulos* – nos termos do artigo 41.º, alínea *a*) da *LdC*.

Uma questão que se suscita neste âmbito com grande interesse consiste em saber se a decisão de proibição se apresenta como uma decisão de *ultima ratio*, no sentido de que só pode ser tomada pela *Autoridade da Concorrência* se não forem viáveis outras medidas menos agressivas (à luz do princípio da proporcionalidade). Trata-se de uma questão que, naturalmente, só se pode equacionar pelo facto de, nos termos da lei, o poder de decisão da *Autoridade* não se encontrar estritamente balizado por uma dicotomia entre *não oposição* e *proibição*. Na verdade, existe, como terceira possibilidade, a *decisão de não oposição com condições e/ou obrigações*.

3 – Decisão de não oposição com condições e obrigações

Acabámos de antecipar que as decisões da *Autoridade da Concorrência* em matéria de controlo das concentrações não se resumem à alternativa entre *não oposição pura e simples* e *proibição* (PAPANDROPOULOS/TAJANA, 2006:443)

também nos parece a consequência de qualquer operação de concentração “contra a concorrência”, ainda que esteja em causa apenas a infracção da proibição legal.

De facto, a lei admite uma terceira possibilidade, abrindo a porta à adopção de medidas destinadas a compatibilizar operações de concentração com os padrões materiais consagrados na *LdC*. Essas medidas permitem, pois, *evitar* a proibição de uma concentração; este efeito seria inevitável sem tais medidas, às quais, por isso mesmo, se atribui, frequentemente, a designação de “remédios”. Em geral, este termo descreve as *medidas correctivas* adoptadas em *reacção* a um comportamento ilegal; todavia, dado o carácter profiláctico, não retrospectivo, do procedimento de controlo das concentrações, as medidas de correcção assumem, neste contexto, uma função preventiva.

O tema dos “remédios” transporta-nos assim para a análise das “decisões de não oposição com condições e/ou obrigações”, uma vez que a aposição de “condições” e “obrigações” nas cláusulas das decisões de não oposição é precisamente o meio técnico de impor medidas correctivas ou remédios.

Assim, nos termos dos artigos 35.º, n.º 3, e 37.º n.º 2, da *LdC*, tanto na primeira como na segunda fase, as decisões de não oposição “*podem ser acompanhadas da imposição de condições e obrigações*”.

3.1 – Natureza jurídica das condições e obrigações

Um primeiro aspecto que se impõe considerar é o da natureza jurídica das condições e obrigações; questão à qual se associa a de saber se a decisão com condições e obrigações constitui um terceiro tipo de decisão ou uma mera variante das decisões de não oposição.

Do ponto de vista jus-administrativista, diremos que a distinção entre a decisão de *não oposição* e de *proibição* toma por critério o sentido do seu *conteúdo principal*. O conteúdo *principal* de um acto administrativo refere-se aos efeitos jurídicos *típicos* que o mesmo produz e que permitem reconduzi-lo a uma categoria determinada. No contexto em análise, tais efeitos consistem, numa primeira abordagem, em produzir o efeito típico de autorizar o destinatário do acto a realizar a operação de concentração notificada ou em recusar (indeferir) a produção desse efeito autorizativo. É, pois, nesta dualidade de efeitos que consiste a regulação *principal* prevista pelo legislador na *LdC*, o que nos reconduz à dualidade entre decisões de não oposição e decisões de proibição.

Existem, todavia, situações de facto que reclamam uma disciplina jurídica que não se coaduna com o conteúdo típico previsto. Nesses casos, o conteúdo *principal* da decisão administrativa (a não oposição ou autorização) necessita de ser complementado por um conteúdo *acessório* que confira à regulação instituída uma maior capacidade de

ajustamento à situação concreta. Tal conteúdo suplementar resulta da aposição ou da junção de determinadas cláusulas aos elementos ou cláusulas principais ou típicas da decisão: por não contribuírem para a determinação do tipo de acto, estas últimas dizem-se *cláusulas acessórias*. De uma forma geral, o artigo 121.º do CPA, acolhendo expressamente a possibilidade de aposição de cláusulas desta natureza, dispõe que “os actos administrativos podem ser sujeitos a condição, termo ou modo, desde que estes não sejam contrários à lei ou ao fim a que o acto se destina”.

Ora, a questão que importa colocar agora consiste em saber se será também acessória a natureza das cláusulas que a *Autoridade da Concorrência* é autorizada a incluir nas suas decisões de não oposição: tais decisões, diz a lei, “*podem ser acompanhadas da imposição de condições e obrigações*”.

Importa começar por reconhecer que se afigura tentadora a tese que configura as condições e obrigações como *cláusulas acessórias*: nesse sentido aponta a nomenclatura – “condição” é um *nomen* imediatamente associado ao elemento acessório de um acto jurídico –, a inclinação da doutrina, nacional (MENDES PEREIRA, 2011) e, sobretudo, estrangeira ⁽⁸⁶⁾, bem como a percepção intuitiva de um modelo de decisões que se baseia na dicotomia entre autorizar ou proibir, com a mera variante de a autorização poder surgir “condicionada”.

Reconhecendo isso, propendemos contudo para propor uma interpretação que se afasta desse consenso generalizado e que recusa considerar as “condições e obrigações” cláusulas acessórias do acto administrativo de não oposição.

Na nossa compreensão, as condições e obrigações constituem cláusulas ou elementos do conteúdo principal da designada “decisão de não oposição com condições e obrigações”. Como temos vindo a sugerir, o sistema de decisões administrativas em matéria de controlo de concentrações não é binário, mas ternário – são efectivamente três as decisões possíveis: *não oposição*, *proibição* e *não oposição com condições e obrigações*. Esta última não se apresenta como uma decisão de não oposição com um conteúdo acessório, consistente em condições e obrigações, mas antes como um tipo

⁸⁶ Com fundamento no disposto no n.º 3 do § 40 da GWB (“Die Freigabe kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden”), sem excepções, toda a doutrina alemã considera as “condições” e “obrigações” (encargos modais) apostas às decisões de autorização como cláusulas acessórias de um acto administrativo: cf. HERFARTH, 2004:584; KAPPES, 2002:13; LANGEN/BUNTE, 2010:960; SCHULTE, 2010:194; IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1539.

novo de decisão, que inclui como elementos típicos do seu conteúdo principal a não oposição à operação de concentração (autorização) e a imposição de “remédios”, quer dizer, de condições e obrigações. Na lógica do sistema, a não oposição não poderia sobreviver isolada, sem os remédios⁸⁷: existe, portanto, uma *associação intrínseca e indissolúvel* entre o conteúdo da decisão reportado à não oposição e o conteúdo que se reporta às condições e obrigações. De resto, veremos que a legitimidade das condições e obrigações radica na ideia de que, sem as mesmas, se imporia a decisão de proibição da operação (proporcionalidade dos remédios), circunstância que reforça em termos definitivos a concepção de que se trata de elementos do conteúdo principal, agora imprescindíveis para assegurar a legalidade da decisão de não oposição.

Retomando o tópico da associação intrínseca e indissolúvel entre o segmento da não oposição e o segmento das condições e obrigações, cumpre ter presente que, nos termos da *LdC*, as condições e obrigações só *podem* ser apostas com uma finalidade específica: “garantir os compromissos assumidos pelos autores da notificação”. Surge agora um novo conceito – *compromisso* –, a introduzir uma nota que, em qualquer caso, afastaria as “condições e obrigações” das cláusulas acessórias.

O compromisso parece consistir, rigorosamente, numa declaração (unilateral) da empresa interessada, mediante a qual esta se obriga, perante a *Autoridade*, a adoptar determinada conduta positiva ou negativa (UHLIG, 1996:179); traduz-se, assim, na sua vinculação a uma medida, visando a compatibilização da operação com os padrões materiais impostos pela lei e, conseqüentemente, a obtenção de uma decisão de não oposição. Apenas dentro do perímetro desta figura do compromisso impulsionado pelo requerente e com vista a garantir o seu cumprimento, a *Autoridade* poderá emitir uma decisão final de não oposição – naturalmente, se reconhecer a aptidão das medidas propostas para afastar as suas preocupações jus-concorrenciais.

Verifica-se assim uma *conexão funcional* entre compromissos, por um lado, e condições e obrigações, por outro, a demonstrar que estas últimas não resultam de uma determinação unilateral da *Autoridade da Concorrência*, mas antes de uma oferta ou proposta de compromissos apresentada pelos autores da notificação. As “condições e obrigações” que constam da decisão de não oposição desempenham assim uma “função de garantia” (*Gewährleistungsfunktion*), dado que às mesmas preside o objectivo de

⁸⁷ Tem de se reconhecer a dificuldade em conceber como *acessória* a cláusula do acto administrativo de autorização que se apresenta *imprescindível* para a constituição do efeito autorizativo, no sentido em que o sistema não admite a constituição deste efeito na falta daquela cláusula.

assegurar e impor juridicamente o cumprimento de “condições e obrigações” propostas pelos autores da notificação e pelos mesmos assumidas ⁽⁸⁸⁾⁻⁽⁸⁹⁾. Os compromissos não constituem meras *sugestões* dos interessados, que a *Autoridade da Concorrência* pode, ou não, ter em consideração; trata-se, em vez disso, de propostas que se destinam a constituir uma *parte integrante da decisão*: numa fórmula recorrente, a respeito dos compromissos propostos no âmbito das concentrações comunitárias, mas que se apresenta válida no direito português, “*the commitments are attached to th[e] decision and form an integral part thereof*” (BERLIN, 2009:287).

O modelo adoptado pressupõe assim uma transmutação dos compromissos propostos pelas partes, os quais, se e quando aceites pelo órgão competente, são *transformados* em cláusulas de uma decisão administrativa, tornam-se obrigatórios, e perdem a sua autonomia enquanto declarações unilaterais dos autores da notificação.

A decisão de não oposição com condições e obrigações não consubstancia, pois, uma não oposição com cláusulas acessórias, mas um terceiro tipo de decisão que a *Autoridade da Concorrência* pode adoptar: uma *decisão de efeitos mistos* ou *duplos*, posto que acolhe, como momentos do seu “conteúdo principal”, um *efeito autorizativo* e um *efeito impositivo*. A dinâmica de determinação deste *efeito impositivo* permite integrar a decisão de não oposição com condições e obrigações numa particular categoria de actos administrativos: os “actos administrativos de imposição de compromissos” ⁽⁹⁰⁾. Numa palavra, a decisão de que nos vimos ocupando conjuga, em uma *figura unitária*, uma autorização e uma decisão sobre compromissos.

⁸⁸ Em relação do direito da União Europeia, sobre esta função de garantia das condições e obrigações nas decisões da Comissão, cf. HAARMANN, 2005:133.

⁸⁹ A necessidade de garantir o cumprimento dos compromissos decorre de estarem em causa obrigações que os interessados devem executar após a decisão de não oposição; uma situação diferente, que já não reclama qualquer garantia desse tipo, verifica-se nos casos em que os interessados efectuem determinadas operações para afastar as preocupações de concorrência ainda antes da decisão de não oposição; distinguindo entre as *Vorfristzusagen* e as *Nachfristzusagen*, cf. SCHULTE, 2010:189; IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1546.

⁹⁰ O direito da União Europeia ilustra a figura dos “actos administrativos de imposição de compromissos” em outros dois casos.

Por um lado, no artigo 9.º do *Regulamento (CE) n.º 1/2003*, relativo à execução das regras da concorrência: com a epígrafe «Compromissos», estabelece-se no n.º 1 daquele preceito que, “*quando a Comissão tencione aprovar uma decisão que exija a cessação de uma infracção e as empresas em causa assumirem compromissos susceptíveis de dar resposta às objecções expressas pela Comissão na sua apreciação preliminar, esta pode, mediante decisão, tornar estes compromissos obrigatórios para as empresas*”; sobre estes actos, cf. LANG, 2003:347; SCHWEITZER, 2008. Neste caso, a decisão de imposição de compromissos apresenta um conteúdo uniforme e não misto, uma vez que o sentido da mesma é apenas o de tornar os compromissos obrigatórios, *evitando* assim – num juízo discricionário da Comissão – a adopção ou a continuação de um procedimento de verificação da infracção, nos termos do artigo 7.º do mesmo *Regulamento*.

A tese que aqui se sustenta, de considerar que as condições e obrigações apostas nas decisões de não oposição não são cláusulas acessórias, reclama dois esclarecimentos complementares.

Assim, em primeiro lugar, sublinha-se que as condições e obrigações não têm aquela natureza quando se destinem a garantir o cumprimento de compromissos; mas isso já não exclui liminarmente que a *Autoridade da Concorrência* não possa agregar a uma decisão de não oposição “verdadeiras” cláusulas acessórias – condições, termos, modos ⁽⁹¹⁾ – com fundamento no artigo 121.º do CPA e nos princípios gerais de direito administrativo: ponto é, naturalmente, que tais cláusulas não sejam “contrári[a]s à lei ou ao fim a que o acto se destina” e não imponham condutas que a *Autoridade* apenas pode determinar sob proposta (de compromissos) dos autores da notificação (limite que afasta a possibilidade de oposição de *condições potestativas*).

Em segundo lugar, recordando que as condições e obrigações incorporadas na decisão representam a *transformação* de compromissos propostos pelos interessados, não surpreende, apesar disso, que as mesmas possam ter semelhanças conceptuais e até de regime jurídico com as condições e as obrigações enquanto cláusulas acessórias: eis que explica que, no direito da União Europeia, se prevejam consequências diversas no caso de incumprimento de condições ou de obrigações.

3.2 – Questão da distinção entre condições e obrigações

À semelhança do que sucede no direito comunitário, a *LdC* não estabelece qualquer critério ou orientação que permita distinguir entre *condições* e *obrigações* ⁽⁹²⁾. Apesar dessa identidade, existe, porém, uma diferença essencial entre o regime da *LdC* e o regime do *Regulamento das concentrações comunitárias*: neste, ao contrário daquela, estabelecem-se consequências diferentes para o caso de incumprimento de

Por outro lado, e mais próximo do modelo de decisão que analisamos no presente texto, o artigo 7.º, n.º 4, do *Regulamento CE n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE*, sobre auxílios de Estado, estabelece que “a Comissão pode acompanhar a sua decisão positiva de condições que lhe permitam considerar o auxílio compatível com o mercado comum e de obrigações que lhe permitam controlar o cumprimento da decisão, adiante designada «decisão condicional»”; sobre estas decisões, cf. HAARMAN, 2005:65.

⁹¹ Além dessas cláusulas, referidas no artigo 121.º do CPA, há ainda a *reserva* (de revogação, de modificação ou de modo); sobre esta, cf. OLIVEIRA/GONÇALVES/AMORIM, 1997:571; URBANO CALVÃO, 2008a:251. Temos dúvidas de que a reserva possa ser aposta em decisões de não oposição, incluindo aí as reservas de modificação de condições e obrigações (cláusulas de reexame): cf., *infra*, ponto 3.6.

⁹² Alguma doutrina desvaloriza a distinção: cf. DECOCQ/DECOCQ, 2010: 286; COT/LA LAURENCIE, 2003: 424; outros autores, sobretudo na Alemanha, aludem à exigência de uma distinção clara entre condições e obrigações: cf. HAARMANN, 2005:135.

condições e de obrigações. Na verdade, sem prejuízo de, nos dois casos, o incumprimento dar origem a uma coima [artigo 14.º, n.º 2, alínea *d*), do *Regulamento*, e artigo 43.º, n.º 1, alínea *d*) da *LdC*], enquanto a *LdC*, sem distinguir e sem nada acrescentar, remete para um procedimento oficioso a reacção da *Autoridade* ao “desrespeito ... de obrigações ou condições”, o *Regulamento* atribui à Comissão o poder de revogar a decisão quando as empresas “não respeitarem uma *obrigação* que acompanha a decisão” [artigo 8.º, n.º 6, alínea *b*)]; não se estabelecem no *Regulamento* as consequências do incumprimento de uma *condição*, pressupondo-se que o facto gera automaticamente a ineficácia da decisão autorizativa (caducidade) ⁽⁹³⁾. Quer dizer, o *Regulamento* adopta uma distinção de regime, quanto ao incumprimento, entre condições e obrigações que apela para uma disciplina ajustada à concepção geral desses elementos enquanto cláusulas acessórias: a condição interfere com a eficácia da decisão, a obrigação associa-se ao poder de revogação. Veja-se, ainda assim, que, apesar disso, o *Regulamento* não se ajusta completamente a essa concepção, porquanto prevê a possibilidade de coima não só para o incumprimento de obrigações, mas também para o incumprimento (desrespeito) de condições ⁽⁹⁴⁾.

Pois bem, a *LdC* não estabelece qualquer distinção de regime entre condições e obrigações: ambos os termos se associam aos compromissos assumidos pelos autores da notificação, mas nada na lei permite supor uma distinção daquele tipo.

Na nossa interpretação, a *LdC* adopta a solução correcta – neste ponto, mais correcta do que a do *Regulamento* ou do que a da *GWB*. De facto, a sugestão segundo a qual a condição, ao contrário do modo, interfere com a eficácia e que o modo, ao invés da condição, pode dar lugar a uma revogação, revela-se totalmente desadequada no contexto em referência. O que está em causa é, nos dois casos, a migração para um acto administrativo de compromissos (obrigações e condições) assumidos pelos autores da notificação; essa migração efectua-se para realizar uma função de garantia, quer dizer, com o fim de garantir que os compromissos são cumpridos; a migração confere carácter obrigatório aos compromissos propostos. Ora, este *efeito impositivo* da decisão de não oposição com condições e obrigações produz-se nos mesmos termos quer em relação a

⁹³ É este o entendimento da Comissão Europeia, nos termos de cuja comunicação sobre medidas de correcção, “a decisão de compatibilidade deixa de ser aplicável” – n.º 20 da *Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção*.

⁹⁴ Sobre estes aspectos do regime do *Regulamento*, em termos parcialmente críticos, cf. BERLIN, 2009:288.

obrigações, quer em relação a condições ⁽⁹⁵⁾. Numa palavra, não vemos razão para, em abstracto, distinguir um regime jurídico das condições e um outro das obrigações. Nos dois casos, trata-se de elementos da decisão que tornam obrigatório o cumprimento de um compromisso. Cabe à *Autoridade da Concorrência* promover, em cada hipótese, a resposta mais adequada para o desrespeito de compromissos.

3.3 – Requisitos jurídicos das condições e obrigações

As condições e obrigações impostas pela *Autoridade da Concorrência* devem cumprir determinados requisitos jurídicos, nos domínios do respeito do princípio da proporcionalidade e da sua própria viabilidade ou exequibilidade.

a) Proporcionalidade

Apesar de terem origem em propostas (de *compromissos*) apresentadas pelos autores da notificação, as condições e obrigações têm de ser *necessárias, adequadas e proporcionais* ⁽⁹⁶⁾.

Desde logo, e em primeiro lugar, as condições e obrigações e, por conseguinte, os compromissos, devem ser *necessários* para *evitar* a decisão de proibição. Além de um dever de analisar compromissos e de os aceitar sempre que os mesmos afastem as preocupações de concorrência, a *Autoridade da Concorrência* só pode impor condições e obrigações (e portanto aceitar compromissos) como uma medida de menor agressividade do que a que teria de aplicar sem tais restrições (HAARMAN, 2005:187). Também no direito português vale a posição da doutrina alemã segundo a qual “as condições e obrigações apenas são admitidas quando, sem elas, a operação de concentração deva ser recusada” ⁽⁹⁷⁾.

⁹⁵ É precisamente por isso que o *Regulamento* concebe o desrespeito de condições e autoriza a respectiva “punição”.

⁹⁶ Sobre a incidência do princípio da proporcionalidade neste âmbito: HAARMAN, 2005:184; IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1533; HERFARTH, 2004:585.

⁹⁷ Nestes termos, cf. RITTNER/DREHER, 2008:613. No sentido de que as condições e obrigações só podem ser impostas quando haja pressupostos para a proibição, cf. LANGEN/BUNTE, 2005:960. Trata-se da consagração da ideia de que a proibição da concentração constitui uma medida de *ultima ratio*: neste sentido, em referência ao direito da União Europeia e à aparente remissão para a apreciação discricionária da Comissão quanto a “poder” impor condições e obrigações, cf. HAARMAN, 2005:186; FUCHS, 1996:278. (salientando que o “poder” referido não tem o sentido de *autorização*, mas antes de *obrigação* de definir a melhor solução).

Por outro lado, as condições e obrigações devem revelar-se adequadas para afastar as preocupações jus-concorrenciais da *Autoridade da Concorrência*. Como se diz na *Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção*, numa formulação que se aplica nos mesmos termos, “se as partes não apresentarem uma proposta válida de medidas de correcção adequadas para eliminar as preocupações de concorrência, não restará outra alternativa à [*Autoridade da Concorrência*] senão a de adoptar uma decisão de proibição”.

Se a *Autoridade da Concorrência* não deve (não pode) aceitar compromissos insuficientes, também não deve aceitar compromissos excessivos e convertê-los em condições e obrigações que representem um ónus mais pesado para as partes do que as circunstâncias exigem.

A exigência de necessidade, da adequação e da definição de uma “justa medida” das condições e obrigações é um corolário do princípio da proporcionalidade, que se impõe em toda a actuação pública e, portanto, à *Autoridade da Concorrência*. O facto de as condições e obrigações terem origem em propostas apresentadas pelos autores da notificação não desonera a *Autoridade* de se orientar por esses princípios, até porque, em qualquer caso, as condições e obrigações constituem elementos de uma *decisão unilateral* dessa *Autoridade*, da sua única responsabilidade e por cuja validade só ela naturalmente responde.

b) Viabilidade

Exige-se ainda que a execução dos compromissos se apresente viável ⁽⁹⁸⁾; esta possibilidade objectiva de execução do compromisso revela-se naturalmente essencial para os autores da notificação, que devem propor compromissos que antecipam poder realizar; mas também do ponto de vista da *Autoridade da Concorrência*, que deve assegurar-se de que aceita compromissos viáveis, bem como, sobretudo no caso de eventuais *compromissos de carácter comportamental*, garantir de que dispõe de meios de controlo e de vigilância eficazes ⁽⁹⁹⁾.

⁹⁸ Sobre o requisito da *Realisierbarkeit*, cf. HAARMAN, 2005:181.

⁹⁹ Já acima tivemos oportunidade de aludir à distinção entre compromissos ou *medidas de carácter estrutural* e *medidas de carácter comportamental* – como sucede com o *Regulamento das concentrações comunitárias*, a *LdC* também não proíbe as medidas do último tipo (obrigações de abstenção, como a de não exercer certas actividades, ou de fazer, como a de garantir o “acesso de terceiros”), ao contrário do que sucede, por exemplo, na Alemanha: § 40, n.º 3, da *GWB*, ao excluir a possibilidade de as condições ou obrigações conduzirem a um controlo comportamental duradouro das autoridades. Sem prejuízo da inexistência de uma proibição semelhante, supõem-se válidas entre nós as razões que conduzem a Comissão Europeia a sustentar o carácter excepcional da aceitação de

3.4 – Aspectos procedimentais

A *LdC* pouco ou nada esclarece sobre a formulação dos compromissos, limitando-se a aludir a “*compromissos assumidos pelas partes*”. Ainda que não abertamente, essa fórmula legal parece pressupor que os compromissos são propostos ou oferecidos pelos autores da notificação¹⁰⁰.

E, de facto, assim acontece: do mesmo modo que a Comissão, no caso das *concentrações comunitárias*, também a *Autoridade da Concorrência* se encontra impedida de, por acto unilateral, *impor* condições e obrigações que envolvam a adopção de condutas dos autores da notificação destinadas a resolver problemas de concorrência.

A iniciativa formal neste domínio cabe em exclusivo aos autores da notificação⁽¹⁰¹⁾, sobre quem recai a responsabilidade de eliminar os problemas de concorrência (IMMENG/MESTMÄCKER, 2001:1538). Mas, claro, isso já não significa que a *Autoridade* não possa desempenhar uma forte influência na definição do teor dos compromissos que as partes apresentam¹⁰².

Não existe regulamentação legislativa sobre os contornos procedimentais da proposta de compromissos e dos contactos que naturalmente se seguem. Neste ponto, a leitura das *Linhas de Orientação Sobre a Adopção de Compromissos*, adoptadas pela

compromissos de carácter comportamental: cf. *Comunicação sobre as medidas de correcção* (n.º 17), aliás na linha do *Acórdão Gencor/Comissão*, do Tribunal de Primeira Instância, de 25 de Março de 1999 (proc. T-102/96), onde se afirmou o seguinte: “*é indiferente que o compromisso proposto possa ser qualificado como compromisso de comportamento ou como compromisso estrutural. É certo que os compromissos de carácter estrutural, como a redução da quota de mercado da entidade resultante da concentração, através da venda de uma filial, são, em princípio, preferíveis do ponto de vista da finalidade do regulamento, na medida em que impedem definitivamente, ou pelo menos duravelmente, a criação ou o reforço da posição dominante anteriormente identificada pela Comissão, sem exigir, por outro lado, medidas de vigilância a médio ou a longo prazo. No entanto, não se pode excluir, a priori, que compromissos à primeira vista de natureza comportamental, como a não utilização de uma marca durante um certo período ou a disponibilização a terceiros concorrentes de uma parte da capacidade de produção da empresa resultante da concentração, ou mais genericamente o acesso a uma infraestrutura essencial em condições não discriminatórias, sejam igualmente de natureza a impedir a criação ou o reforço de uma posição dominante*” (n.º 319); para mais desenvolvimentos sobre a distinção entre “*structural remedies*” e “*behavioural remedies*”, cf. MONTI, 2007:283, onde se alude a uma preferência pelos remédios estruturais, pelo facto de os mesmos se associarem a uma solução imediata para os “*anticompetitive risks*”.

¹⁰⁰ É também assim no direito alemão e no direito da União Europeia: cf. n.º 6 da *Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção*. A situação apresenta-se diferente no direito francês, onde a lei prevê as figuras das injunções e das prescrições, as quais correspondem as condições e obrigações impostas oficiosamente; cf. DECOCQ/DECOCQ, 2010:286; NICINSKY, 2009:128

¹⁰¹ Sobre o exclusivo do *Initiativrecht* das partes neste domínio, cf. HAARMANN:2005:134

¹⁰² Neste sentido, referindo-se à prática da Comissão Europeia, cf. MONTI, 2007:291.

Autoridade da Concorrência sugere um sistema rígido em que os compromissos são propostos pelos autores e aceites (ou não), sem que qualquer espaço para negociação.

Todavia, e sem prejuízo da responsabilidade dos autores da notificação quanto à versão final dos compromissos que apresentem, não subsistem, para nós, dúvidas sobre as vantagens decorrentes de uma negociação informal sobre o conteúdo final dos compromissos a apresentar. De resto, todo o desenho do procedimento, logo a começar pela própria figura dos compromissos¹⁰³, aponta inequivocamente para uma “cultura de negociação” (KHAN/DAVIES, 2009:53), de “cooperação” e “colaboração recíproca” (HERFARTH, 2004:585) e, portanto, para uma “prática administrativa cooperativa” (HAARMAN, 2005:207).

3.5 – Unilateralidade da decisão de não oposição com condições e obrigações

Os tópicos da negociação e da prática cooperativa, acabados de referir, suscitam a questão de saber se e em que termos se pode admitir a substituição da decisão de não oposição com condições e obrigações por um contrato administrativo com idêntica regulação (*contrato sobre o exercício de poderes públicos*)¹⁰⁴.

Trata-se de um problema que faz todo o sentido suscitar, tendo sobretudo em consideração o facto de a arquitectura do sistema de concepção daquela decisão se mostrar totalmente afeiçoada a uma leitura contratual. Na verdade, por um lado, o *efeito impositivo* da decisão é uma espécie de *contrapartida* do *efeito autorizativo* que a mesma produz e, por outro lado e ainda mais relevante, os termos da definição do efeito impositivo são, não apenas negociados, como, nos termos da *LdC*, *propostos* pelos interessados e *aceites* pela *Autoridade da Concorrência*.

Tendo em consideração os contornos procedimentais da construção da decisão de não oposição, quase se pode estranhar o silêncio da lei quanto à possibilidade de toda a regulação se alicerçar num contrato (administrativo). De algum modo, a estranheza é ainda maior, quando se verifica que o mesmo silêncio existe direito da União Europeia, bem como em outros sistemas nacionais¹⁰⁵.

¹⁰³ E a implícita exclusão de uma determinação meramente unilateral dos “remédios”.

¹⁰⁴ Sobre este conceito, cf. artigos 1.º, n.º 6, alínea b), 5.º, n.º 5, alínea b), 285º, n.º 1, 313.º, n.º 3, 336.º e 337.º do *Código dos Contratos Públicos*; na doutrina, cf. URBANO CALVÃO, 2008b:326; KIRKBY:2011.

¹⁰⁵ Na Alemanha, chegou a admitir-se a figura do *Zusagenvertrag* (contrato sobre compromissos) como uma categoria de contrato de direito público (§§ 54 e segs. da *VwVfG*) aplicável neste domínio; no entanto, a categoria veio a ser abandonada e actualmente os compromissos são “convertidos” em cláusulas acessórias (condições e obrigações) de actos administrativos: cf. SCHULTE, 2010:194.

Naturalmente, pode sempre dizer-se que o silêncio da lei – sobre a possibilidade de uma regulação por contrato da não oposição com compromissos – existe em muitas outras hipóteses legais, em que a decisão unilateral também poderia ser substituída por um contrato. Sem pretender contrariar o argumento, diremos que, apesar de tudo, a situação apresenta contornos de especial estranheza neste caso, em que a situação *pressuposta* ou até *imposta* pelo legislador envolve necessariamente uma *proposta* e uma *aceitação*, nos termos, pois, de uma lógica consensualizada.

Pois bem, notada a estranheza, é altura de tomarmos posição sobre a questão de fundo mais relevante, consistente em saber se a decisão de não oposição com condições e obrigações *pode ser* substituída por um contrato.

Importa obter uma resposta de fundo, que toque a essência do problema, e que não se limite a uma análise formal, de discussão sobre uma mera alternativa entre formas, sem qualquer implicação substantiva¹⁰⁶. Ora, a essência do problema reside na admissibilidade, ou não, de uma autonomia contratual da *Autoridade da Concorrência* neste domínio. Quer dizer, a questão fulcral consiste em saber se a figura do contrato sobre o exercício de poderes públicos colocaria a *Autoridade* em posição jurídica diferente, designadamente quanto à extensão dos poderes de regulação de que dispõe em face de concentrações notificadas e que colocam preocupações de concorrência. Respondendo directamente, diremos que as indicações que se podem colher do espírito do sistema apontam em sentido negativo. Quer dizer, a não ser que se pretenda uma alteração profunda da arquitectura do controlo de concentrações, o actual modelo legal de intervenção da *Autoridade da Concorrência* revela-se mais ajustado a um desfecho unilateral do procedimento, que culmina com uma decisão de não oposição com compromissos, do que a um desfecho contratual (que pressuporia uma *autonomia de regulação da Autoridade* que a lei parece pretender excluir)¹⁰⁷.

¹⁰⁶ O problema não deve pois colocar-se no plano meramente formal, de saber se a regulação que a lei pretende ver inscrita num acto unilateral pode surgir num contrato administrativo.

Mesmo que se reconheça não existir uma *neutralidade* do regime jurídico aplicável – o qual varia, em alguns aspectos, conforme esteja em causa um acto ou um contrato administrativo: v.g., no domínio do contencioso ou quanto aos poderes públicos de conformação unilateral da relação instituída, o que no caso poderá ter implicações quanto à garantia do cumprimento dos compromissos –, a dimensão meramente formal não capta a essência do problema de fundo, conforme se desenvolve no texto.

¹⁰⁷ Do ponto de vista do direito da União Europeia (que inspira o modelo português do controlo de concentrações) apresenta-se relevante, na exclusão (implícita) da figura do contrato neste âmbito, o facto de se associar a visão contratual a uma diminuição da garantia de cumprimento dos compromissos (como consequência da exclusão de poderes unilaterais); neste sentido, cf. FUCHS, 1996:286. Trata-se de um argumento, já sabemos, que não colhe no direito português, dada a previsão legal de *poderes públicos de conformação da relação contratual* (artigos 302.º e segs. do *Código dos Contratos Públicos*) e a

3.6 – Modificação das condições e obrigações

Referimo-nos agora à eventualidade de a *Autoridade da Concorrência*, após uma decisão de não oposição, pretender alterar uma condição ou obrigação por outra que lhe pareça remover de forma mais adequada os problemas jus-concorrenciais suscitados pela operação realizada.

Estamos, mais uma vez, num domínio onde a *LdC* não contém qualquer regulação, ou seja, uma matéria onde haveremos de encontrar a solução jurídica à luz das regras gerais do *CPA*.

Pois bem, o artigo 147.º do CPA dispõe que, na ausência de disciplina especial, são aplicáveis à alteração e substituição dos actos administrativos as normas reguladoras da revogação. A modificabilidade do seu conteúdo depende, assim, da verificação dos pressupostos para a sua revogação.

Nos termos gerais, conforme dispõe o artigo 140.º, n.º 1, do CPA, os actos administrativos válidos não são (livremente) revogáveis quando forem constitutivos de direitos ou interesses legalmente protegidos: é este o caso da decisão de não oposição, pelo menos quanto ao seu *efeito autorizativo* ⁽¹⁰⁸⁾. Contudo, de acordo com o n.º 2 da citada disposição, tal circunstância não obstará à revogação do acto na parte *desfavorável* ao interessado. Tal excepção, caso encontrasse aplicação ao nosso caso, abrangeria qualquer condição ou obrigação imposta na decisão e correspondente a compromissos assumidos pelos interessados.

Todavia, a modificação de um acto não só implica a eliminação da regulação nele contida, como opera também a substituição desse conteúdo por outro. Ora, quanto a esta introdução de um novo conteúdo, afigura-se-nos existir um limite evidente à liberdade conformadora da *Autoridade da Concorrência*. Na verdade, não faria sentido que, como vimos, primeiramente se restringisse a conformação do conteúdo da decisão por referência aos compromissos assumidos pelos autores da notificação, para depois, já na vigência daquela, reconhecer à *Autoridade* a liberdade de autonomamente redefinir esse conteúdo. Neste ponto, nada se altera pelo facto de, aquando da emissão da decisão de não oposição com condições e obrigações, a *Autoridade da Concorrência* se reservar

faculdade que às partes é reconhecida de modelar o conteúdo dos *contratos sobre o exercício de poderes públicos* (*idem*, artigo 336.º, n.º 2).

¹⁰⁸ Sobre a revogação de decisões da *Autoridade de Concorrência*, *cf.*, *infra*, 5.1.1.

um poder de revisão das condições e obrigações (*cláusula de reexame* ou *reserva de modificação*).

Este limite encontra-se, naturalmente, circunscrito aos casos em que *Autoridade* pretenda apor uma condição ou obrigação nova. A simples eliminação de uma condição ou obrigação existente constitui uma revogação parcial, cuja admissibilidade, à luz do citado artigo 140.º, n.º 2, alínea *a*), do CPA, não levanta maiores dúvidas.

Um outro caso em que se admite a modificação de condições e obrigações (e, claro, de compromissos) decorre de a iniciativa da modificação pertencer *formalmente* ao interessado (mesmo que em resposta a sugestões e contactos promovidos pela *Autoridade da Concorrência*). Desde que os novos compromissos apresentados se revelem adequados e excluam as preocupações de concorrência, não vemos nada contra este elemento de flexibilização do conteúdo da decisão de não oposição.

3.7 – Incumprimento de condições e obrigações

Para o caso de desrespeito ou incumprimento de condições e obrigações (sem distinção), estipula a *LdC* que as operações de concentração são objecto de procedimento oficioso: artigo 40.º, n.º 1, alínea *c*)¹⁰⁹. A lei pressupõe assim que, com fundamento no *efeito autorizativo* da decisão de não oposição, a operação de concentração já se realizou, apesar de as partes não terem cumprido a parte da decisão relativa ao respectivo *efeito impositivo* (condições e obrigações). Estranhamente, a *LdC* nada acrescenta quanto ao objectivo desse procedimento oficioso. Quer dizer, há lugar a um procedimento oficioso, mas sem se adiantar qual o resultado a alcançar.

O silêncio da lei compagina-se com a interpretação, que aqui se acolhe, segundo a qual a *Autoridade da Concorrência* fica, nesse caso, investida do *poder de decidir* no sentido: *i*) da revogação da decisão de não oposição¹¹⁰ e da consequente intimação para

¹⁰⁹ Nos termos do n.º 3 desse mesmo artigo, nesse caso, a decisão da Autoridade de dar início ao procedimento oficioso produz efeitos a partir da data da sua comunicação a qualquer das empresas ou pessoas participantes na operação de concentração.

¹¹⁰ Trata-se, neste caso, da designada *revogação sancionatória*: revogação de um acto favorável como reacção a uma infracção perpetrada pelo respectivo beneficiário; sobre outros casos de revogação, *cf.*, *infra*, 5.1.1; sobre a revogação da autorização (*Widerruf der Freigabe*) como sanção para o incumprimento de obrigações, *cf.* IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1545, esclarecendo, além do mais, que se trata de um acto com efeitos prospectivos (*ibidem*, p. 1563). Numa linha que parece pressupor uma adesão à compreensão das condições e das obrigações como cláusulas acessórias, recorde-se que o *Regulamento das concentrações comunitárias* atribui à Comissão o poder de revogar decisões de autorização apenas no caso de incumprimento de obrigações, e já não na hipótese de incumprimento de condições (na suposição de que, neste caso, a não verificação ou o incumprimento da condição determina a caducidade automática da decisão de autorização). Também para evitar esta inconsequente duplicidade de regimes, bem andou o legislador português ao não distinguir entre condições e obrigações.

a dissolução da concentração; *ii*) da emissão de uma decisão de não oposição simples, o que equivale a uma revogação do efeito impositivo da decisão inicial, se considerar que a exigência de cumprimento dos compromissos deixou de fazer sentido e que a concentração não suscita preocupações de concorrência; *iii*) da emissão de uma decisão de não oposição com condições e obrigações, se as partes envolvidas assumirem novos compromissos.

De grande relevância nesta matéria, relativa ao incumprimento de condições e obrigações, é o disposto no artigo 41.º, alínea *b*), da *LdC*; neste se determina a nulidade dos negócios jurídicos relacionados com uma operação de concentração na medida em que contrariem decisões da *Autoridade* que hajam imposto condições à sua realização. Uma leitura mais imediata deste preceito poderia conduzir à conclusão segundo a qual a lei estaria aqui a estabelecer uma nulidade dos *negócios que concretizam a concentração*, pelo facto de os destinatários da *decisão com condições e obrigações* não cumprirem “condições” que tenham sido impostas (já não obrigações). Supomos haver razões para duvidar desse entendimento, e interpretar a alusão aos “negócios jurídicos relacionados com uma operação de concentração” como identificando negócios que os destinatários de uma decisão de não oposição se obrigam a celebrar em certos termos (“condições de realização”) ou até a não celebrar. Do que se trata é, pois, de determinar a nulidade de negócios que infringem e contrariam o conteúdo de condições e obrigações e, portanto, de compromissos assumidos pelas partes notificantes. Esta é, aliás, a interpretação mais afeiçoada à compreensão da validade do negócio jurídico, a qual se afere em função dos parâmetros e das injunções existentes no momento da respectiva conclusão e não em momento ulterior. O incumprimento de uma obrigação associada à autorização para a conclusão de um negócio jurídico pode constituir um ilícito, mas não determina a invalidade (sucessiva ou superveniente) desse mesmo negócio.

4 – Vinculação e discricionariedade do poder de decisão da *Autoridade da Concorrência*

Uma das questões que tem ocupado a doutrina dedicada ao estudo do controlo das concentrações consiste em saber se e em que termos dispõem os reguladores da concorrência de um poder de apreciação discricionária nesta matéria.

Sobre esta matéria, a doutrina germânica é invariavelmente taxativa a afirmar que quando se verificarem os pressupostos legais de proibição, a operação tem mesmo

de ser proibida, não subsistindo “qualquer espaço” (*kein Raum*) para uma apreciação discricionária sobre o “se” ou sobre o “como” da decisão (IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1533)

Idêntica conclusão parece impor-se no direito português, se tivermos presente que a *LdC*, no artigo 12.º, n.º 4, estipula que “*serão proibidas* as operações de concentração que (...)”. Quer dizer, entre nós, como na Alemanha, quando se verifiquem os pressupostos de proibição as operações de concentração têm mesmo de ser proibidas.

Na verdade, insistindo na ideia, quando estão verificados os pressupostos da proibição, a *Autoridade da Concorrência* “não pode” deixar de proibir a operação: não subsiste aqui uma discricionariedade de tipo estrutural, uma vez que a norma legal em jogo não tem carácter facultativo, mas *obrigatório* (proibitivo: “*serão proibidas*”) – o n.º 3 do artigo 12.º também acolhe uma norma obrigatória, mas *impositiva*: “*serão autorizadas* as operações de concentração que (...)”.

Todavia, como se sabe, a discricionariedade administrativa não tem por fonte apenas as normas de carácter facultativo (“pode”), revelando-se de outras formas e por outros meios. Ora, no nosso caso, que envolve *avaliações complexas de carácter económico* (cf. artigo 12.º, n.ºs. 1 e 2, da *LdC*) e a *interpretação de conceitos indeterminados* (v.g., “entraves significativos à concorrência efectiva”), as decisões da *Autoridade da Concorrência* baseiam-se em larga medida em *prognoses, projecções e previsões* quanto ao impacto das operações de concentração apreciadas sobre a estrutura concorrencial do mercado (MARKOPOULOS, 2009). Esta dimensão prognóstica da decisão, que assenta em juízos de probabilidade e em raciocínios prospectivos (BERLIN, 2009:352) – dizendo-se até que “*merger control ... is essentially about prediction*” (WHISH, 2005:788) –, conduz a doutrina que recusa a discricionariedade nas decisões de apreciação de concentrações a reconhecer que aquela dimensão de prognose confere ao decisor uma “margem de livre apreciação”⁽¹¹¹⁾.

Por outro lado, e talvez menos paradoxalmente do que aparenta, a aura de (pretensa) objectividade fundada na teoria e na ciência económica conduz também a

¹¹¹ Cf. RITTNER/DREHER, 2008:607. Trata-se de uma dicotomia corrente no direito alemão, assente na distinção entre *discricionariedade* e “livre margem de apreciação”. Referindo-se ao controlo jurisdicional no direito da União Europeia de decisões que envolvem “margem de apreciação” da Comissão nos domínios do direito da concorrência em geral e do controlo das concentrações em particular, cf. NOLTE, 1997:70.

conferir uma especial credibilidade ao juízo de probabilidade pressuposto em decisões baseadas em complexos dados e postulados de natureza económica.

Esses factores, e porventura outros, conduzem a conceber o poder de decisão da *Autoridade da Concorrência*, sobre se uma concentração “tem de ser” proibida ou se “tem de ser” autorizada, como um *poder administrativo discricionário*; um poder que assenta em fórmulas legais abertas, em juízos de prognose, em projecções e, mais do que isso, em concepções específicas sobre a estrutura dos mercados, ditadas por postulados de uma certa teoria económica¹¹².

O poder discricionário de apreciação de concentrações e o reconhecimento de uma margem de apreciação inerente a este domínio, implicam uma certa *deferência judicial* e, por conseguinte, a exclusão de um controlo jurisdicional intenso; trata-se, pois, de afastar a eventualidade de o juiz *substituir* a sua apreciação à apreciação da autoridade administrativa (BERLIN, 2009:352).

Contudo, naturalmente, não deve confundir-se controlo atenuado ou restrito das decisões com momentos discricionários e ausência de controlo jurisdicional. Assim, na apreciação das decisões da *Autoridade da Concorrência*, quanto a saber se há no caso lugar a proibição ou a autorização, os tribunais devem efectuar um controlo jurídico, no qual analisem a *veracidade*, a *fiabilidade* e a *coerência* dos dados em que a *Autoridade* se fundou para decidir, bem como a questão de saber se os dados e todos os elementos considerados se afiguram *pertinentes, suficientes e correctos*¹¹³.

Relacionada ainda com o tema da natureza (vinculada ou discricionária) dos poderes da *Autoridade da Concorrência* é a questão de saber qual o grau de vinculação da mesma na aceitação de propostas de compromissos devidamente formuladas pelos interessados. Em termos rigorosos, a questão consiste em saber se a Autoridade pode optar por proibir uma concentração, ainda que os interessados se disponham a assumir

¹¹² Sobre a diversidade de concepções económicas, a excluir a objectividade neste domínio, cf. KHAN/DAVIES, 2009:26.

¹¹³ Esta é, no direito da União Europeia, a doutrina do Acórdão *Comissão/Tetra Laval*, do TJUE, de 15 de Fevereiro de 2005, proc. C-12/03; sobre este acórdão e aquilo que o Autor entende ser um retrocesso jurisprudencial subsequente (por envolver uma diminuição da intensidade de controlo jurisdicional), cf. GUAYO CASTIELLA, 2010.

Na sequência daquela decisão, a fiscalização jurisdicional das decisões da *Comissão* encontra-se circunscrita, nos seus próprios termos, à detecção de “erros manifestos de apreciação” cometidos pela Comissão na avaliação dos dados de que se serve para decidir; todavia, como a doutrina observa, o facto de o juiz aludir apenas a erros manifestos “*ne doit pas tromper*”, uma vez que o controlo estende-se ainda à detecção de erros de facto e erros de direito: cf. BERLIN, 2009:352; no mesmo sentido, cf. SCHULTE, 2010:655, referindo-se a vários casos em que o tribunal terá submetido mesmo as prognoses da Comissão a uma apreciação detalhada, tendo concluído, em todos estes processos, pela verificação de erros manifestos de apreciação.

compromissos e a criar as condições para uma decisão não oposição com condições e obrigações.

O problema subsiste quando, nos termos da notificação prévia, a operação de concentração *deva ser* proibida, em aplicação do n.º 4 do artigo 12.º da *LdC*. Ora, estando verificados os pressupostos legais de uma decisão de proibição, parece difícil admitir uma tese a defender que a *Autoridade* não pode emitir uma decisão desse teor só pelo facto de os interessados apresentarem uma proposta de compromissos. É assim que, perante uma situação legal semelhante, uma parte importante da doutrina alemã sustenta que a autoridade competente dispõe de um *poder (discrecionário) de escolha* entre proibir ou emitir uma decisão com condições e obrigações¹¹⁴.

No direito português, a letra da *LdC* aparenta afeiçoar-se a uma leitura próxima dessa: o artigo 35.º, n.º 3, prescreve que as decisões (de não oposição) “podem” ser acompanhadas da imposição de condições e obrigações.

Vejamos.

Sem misturar o poder de apreciação da *Autoridade* sobre a adequação dos compromissos propostos para eliminar os problemas de concorrência, afigura-se-nos que aquela não dispõe de poder discrecionário para não considerar os compromissos propostos, apenas porque estão verificados os pressupostos de uma proibição. Em rigor, os pressupostos da proibição são igualmente os pressupostos da não oposição com condições e obrigações¹¹⁵, pelo que, nesse contexto, impõe-se, por força do *princípio da proporcionalidade*, que a *Autoridade* considere e analise os compromissos. Não há, neste ponto, qualquer margem de apreciação discrecionária. Quer isto dizer que a *Autoridade* tem o *dever de evitar* a proibição, sempre que os interessados se dispõem a apresentar compromissos. A decisão de proibição surge, pois, como decisão de *ultima ratio*, no sentido de que só pode ser emitida quando os problemas de concorrência não se resolvam com uma medida menos agressiva¹¹⁶. Este cânone orientador do poder de decisão não obriga, contudo, a *Autoridade* a promover uma solução; como vimos acima, a responsabilidade de eliminar os problemas de concorrência e de propor soluções cabe aos interessados.

¹¹⁴ Cf. RITTNER/DREHER, 2008:612; LANGEN/BUNTE, 2005:961; IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1534 E 1538, fundando-se no facto de a *GWB* estabelecer que a decisão de autorização pode (“kann”) ser emitida com condições e obrigações.

¹¹⁵ Recorde-se que as condições e obrigações só podem ser impostas para *evitar* uma decisão de proibição.

¹¹⁶ Neste mesmo sentido, a respeito das decisões da Comissão Europeia, cf. HAARMAN, 2005:186.

5 – Protecção jurisdicional

A necessidade de protecção jurisdicional pode colocar-se em face de *decisões* da *Autoridade da Concorrência* ou em comportamentos de outra natureza.

Naturalmente, é sobretudo nas *decisões* (actos administrativos) que a *Autoridade* exerce o seu poder de apreciação das operações de concentração; compreende-se, pois, que o tema da delimitação do *alcance* do controlo jurisdicional surja precisamente a propósito da protecção jurisdicional dos interessados perante as decisões da *Autoridade*. No ponto anterior, o tema foi aflorado e deixámos expressa a exigência de um *controlo atenuado* e de uma certa *deferência judicial* perante o poder de apreciação discricionária da *Autoridade*. Agora, ocupamo-nos de outros aspectos que o controlo jurisdicional das decisões também suscita¹¹⁷.

Neste domínio, tal qual o circunscrevemos, a *LdC* contém algumas disposições relevantes, num capítulo intitulado “dos recursos”.

Para além de outras especificidades, o sentido desse regime jurídico é o de instituir regras especiais quanto à competência judicial para apreciar as decisões da *Autoridade da Concorrência*.

5.1 – Decisões

Neste âmbito, a *LdC* procede a uma distinção entre decisões proferidas em procedimentos administrativos e decisões de aplicação de coimas ou de outras sanções.

No exercício dos seus poderes em matéria de controlo de concentrações, a *Autoridade da Concorrência* profere decisões em procedimentos administrativos, bem como de aplicação de coimas.

5.1.1 – Decisões proferidas no procedimento de controlo de concentrações

Quanto às decisões proferidas em procedimentos administrativos – como é o caso do procedimento de controlo de concentrações –, aplicando-se *subsidiariamente* o “regime de impugnação contenciosa” definido no *Código do Processo nos Tribunais*

¹¹⁷ Esclarece-se que nos ocupa o tema da protecção jurisdicional apenas no quadro de um relacionamento entre os interessados e a *Autoridade da Concorrência*. Como, de forma incidental, já houve oportunidade de referir, não estão excluídas outras formas e outros mecanismos de protecção, no quadro de um *relacionamento horizontal* entre concorrentes, como sucede, por exemplo, com a eventual acção administrativa comum que, nos termos do artigo 37.º, n.º 3, do *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*, a empresa concorrente pode propor contra os responsáveis por uma operação de concentração sujeita a notificação e não notificada.

Administrativos (cf. artigo 53.º), há as seguintes regras especiais que a *LdC* estabelece quanto a *recurso* dessas decisões: i) o tribunal competente para apreciar o recurso das decisões da *Autoridade da Concorrência* é o “juízo do comércio” ou, na sequência da alteração de 2011, quando vier a ser instituído, o tribunal da concorrência, supervisão e regulação (não fora esta regra especial e as decisões seriam apreciadas por tribunais da jurisdição administrativa); ii) o “recurso” é tramitado como acção administrativa especial; iii) o “recurso” tem efeito meramente devolutivo, salvo se forem decretadas medidas provisórias (cautelares) de efeitos suspensivos. Como já afirmámos e se pode agora verificar, em rigor, a especialidade deste regime reside na indicação do tribunal competente para a apreciação das decisões da *Autoridade da Concorrência* (bem como da decisão ministerial prevista no artigo 34.º dos *Estatutos* daquela *Autoridade*).

i) Decisões de não oposição simples

As decisões de não oposição simples (sem condições ou obrigações) são, no seu todo, favoráveis aos autores da notificação, os quais, por isso mesmo, não têm qualquer interesse impugnatório. A asserção vale para as decisões de não oposição expressas, bem como para as decisões tácitas.

Outro tanto não se verifica já com os *terceiros*, designadamente com os *contra-interessados* que podem ter um interesse em impugnar a decisão: terão legitimidade processual para tanto os terceiros cujos direitos ou interesses são afectados pela decisão de não oposição: cf. artigo 55.º, n.º 1, alínea a), do *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*. A legitimidade de terceiros existe, nos mesmos termos, no caso de decisões expressas e de decisões tácitas. Contudo, não nos parece que a legitimidade processual nesse termos assista, sem mais, a todos os que se tenham “manifestado desfavoravelmente quanto à realização da operação de concentração em causa”, nos termos do artigo 38.º, n.º 3, da *LdC*, designadamente porque a *LdC* não identifica os requisitos da legitimidade procedimental – admitimos, contudo, que excluir a legitimidade processual a quem tenha intervindo no procedimento constitui uma solução que suscita dúvidas¹¹⁸.

¹¹⁸ No Acórdão *Easyjet/Comissão*, do Tribunal de Primeira Instância, 4 de Julho de 2006 (proc. T-177/04), afirma-se (n.º 35) que, “perante uma decisão que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e relativamente a uma empresa terceira, é em função, por um lado, da sua participação no procedimento administrativo e, por outro, da afectação da sua posição no mercado que há que determinar se a decisão lhe diz individualmente respeito. Embora uma simples participação nesse procedimento não seja, por si só, suficiente para demonstrar que a decisão diz individualmente respeito à recorrente, especialmente no domínio das concentrações cuja apreciação

ii) Decisões de não oposição com condições e obrigações

Embora com um conteúdo em parte favorável, as decisões de não oposição com condições e obrigações comportam segmentos não favoráveis para os respectivos destinatários. Neste contexto, poderia admitir-se o interesse destas em obter a “anulação isolada” desses segmentos não favoráveis, de acordo com a lógica de que correspondem a um *conteúdo acessório* das decisões de não oposição¹¹⁹. Todavia, uma vez que, na nossa interpretação, as condições e obrigações não correspondem a cláusulas acessórias, mas a cláusulas que integram o *conteúdo principal* da decisão (*cf., supra*, ponto 3.1), afigura-se-nos fora de causa a possibilidade de uma “anulação isolada” de condições ou obrigações. O facto de as condições e obrigações terem origem em compromissos apresentados pelos autores da notificação, apesar de dificultar, pode não excluir que aqueles venham a ter um interesse em impugnar a decisão de não oposição quanto aos segmentos que eles mesmos propuseram¹²⁰.

Pode todavia suceder que a *Autoridade da Concorrência* imponha “condições e obrigações” sem correspondência com os compromissos assumidos, invocando, para o efeito, o artigo 121.º do CPA. Pois bem, nesta eventualidade, os autores da notificação já terão um interesse em obter a “anulação isolada” de tais cláusulas, para o que devem impugnar a decisão, pedindo a anulação das cláusulas que considerem ilegais.

Não está excluída a uma impugnação da decisão de não oposição com condições e obrigações (na íntegra) por terceiros afectados, *v.g.*, porque as condições e obrigações não acautelam devidamente os seus interesses¹²¹.

iii) Decisões de proibição

minuciosa exige um contacto regular com inúmeras empresas, não deixa de ser verdade que a participação activa no procedimento administrativo constitui um elemento que a jurisprudence regularmente toma em consideração”.

¹¹⁹ Assim é no direito alemão: *cf.* SCHULTE, 2010:240; IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1549, sobre o tema da alternativa entre a designada “anulação isolada” das condições e obrigações (cláusulas acessórias) e a condenação à prática de um acto administrativo sem essas cláusulas.

¹²⁰ Eis o que poderá suceder por força da superveniência de “casos paralelos” com condições e obrigações menos onerosas.

¹²¹ Sobre esta hipótese, *cf.* IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1555; RITTNER/DREHER, 2008:614. Na jurisprudência europeia, *cf.* o citado *Acórdão Easyjet/Comissão*, sobre o recurso por um terceiro de uma decisão da Comissão de declaração de uma concentração compatível com o mercado comum, sob reserva de observância de compromissos, em que o terceiro pretendia precisamente demonstrar que os compromissos (condições e obrigações) não eram suficientes ou tinham sido formulados de forma deficiente.

A decisão de proibição pode ser atacada pelos autores da notificação¹²². Como tivemos oportunidade de adiantar, a decisão de proibição deve considerar-se um acto negativo, com o sentido de um *indeferimento*. Precisamente por isso, os interessados deveriam formular um pedido de condenação à prática de acto devido¹²³.

Não obstante nos parecer essa a via correcta à luz do modo como se encontra hoje delineada a *acção administrativa especial* (a qual admite, em termos diferentes, *pedidos de impugnação* e *pedidos de condenação*), a *LdC* não parece afeiçoar-se a essa via, designadamente quando alude a “recurso” (artigo 54.º, n.º 2: “cabe recurso”) e quando determina a aplicação subsidiária do “regime de impugnação contenciosa de actos administrativos definido no Código do Processo nos Tribunais Administrativos”. Na verdade, esta determinação e a nomenclatura utilizada sugerem que as decisões – incluindo as de proibição – são objecto de acção com pedido de impugnação e não de condenação¹²⁴.

A eventual anulação judicial da decisão de proibição não põe em causa a proibição legal de realizar a operação de concentração, a qual permanece, uma vez que daquela anulação não resulta uma autorização da concentração.

iv) Outras decisões

Susceptíveis de recurso pelos respectivos destinatários são as decisões pelas quais a *Autoridade da Concorrência* determina a apresentação de notificação de uma operação de concentração¹²⁵.

As eventuais decisões de recusa de determinar a apresentação coactiva da notificação prévia – na sequência de pedido apresentado por empresas concorrentes que invoquem uma lesão por efeito da concentração –, embora se trate de actos negativos, poderão ser objecto de acção de impugnação (recurso), a propor por aquelas empresas; mais complexo é o caso de inércia da *Autoridade da Concorrência* perante a denúncia

¹²² Só uma decisão de proibição da *Autoridade da Concorrência* foi objecto de reacção jurisdicional: proc. Ccent. 37/2004.

¹²³ Se deduzissem um pedido de estrita anulação, deveria seguir-se a aplicação do disposto no artigo 51.º, n.º 4, do *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*: o tribunal deveria convidar o autor “a substituir a petição, para o efeito de formular o adequado pedido de condenação à prática de acto devido”.

¹²⁴ Esta é também a solução do direito alemão, onde a *Untersagungsverfügung* é objecto de acção de impugnação (*Anfechtungsbeschwerde*, regulada na própria *GWB*) e não de acção de cumprimento (*Verpflichtungsbeschwerde*); cf. RITTNER/DREHER, 2008:619; IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1548.

¹²⁵ Sobre pedidos de suspensão de eficácia de decisões desse tipo, cf. o já citado estudo sobre o *Contencioso da Regulação em Portugal*, cit., p. 23 e segs..

ou o pedido de instauração de um procedimento oficioso apresentado por empresa concorrente: a ausência de resposta não dá lugar aqui a um recurso ou impugnação, pelo que, a admitir-se, como nos parece, a legitimidade da empresa concorrente, o cenário não corresponde ao recurso de uma decisão (pressuposto do artigo 54.º da *LdC*), mas antes ao do pedido de condenação à prática de um acto, nos termos dos artigos 66.º e segs. do *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*, para cuja apreciação será então competente um tribunal administrativo e já não o juízo do comércio ou, quando estiver instituído, o tribunal da concorrência, regulação e supervisão.

Ainda recoráveis nos termos da *LdC* são, por fim, as decisões de *revogação* de decisões de não oposição¹²⁶ ou de proibição¹²⁷, bem como as decisões que ordenam a dissolução de concentrações (associadas à revogação de decisões de não oposição ou à proibição de operações de concentração já realizadas).

5.1.2 – Decisões de aplicação de coimas

Das decisões proferidas pela *Autoridade da Concorrência* que determinem a aplicação de coimas ou outras sanções cabe recurso para o recurso para o juízo de comércio da respectiva comarca (vindo a ser instituído, para o tribunal da concorrência, regulação e supervisão), com efeito suspensivo – artigo 50.º da *LdC*.

5.2 – Recusa de prestação de informações relativas ao procedimento

Como vimos, a *LdC* nada diz sobre o *direito de informação* das partes ou de terceiros no âmbito do procedimento; aplicam-se, neste contexto, as disposições do *CPA* sobre o *direito à informação procedimental* (artigos 61.º e segs.). Nos termos gerais, se

¹²⁶ Sem prejuízo do que se disse a propósito da *revogação sancionatória* (cf., *supra*, 3.7) e da *revogação parcial de decisões de não oposição* (eliminação de condições e obrigações: cf., *supra*, 3.6), a *Autoridade da Concorrência* não pode determinar a revogação de decisões de não oposição sem ser com fundamento em invalidade (salvo acordo dos interessados); a revogação com fundamento em invalidade pode ocorrer nos termos do artigo 142.º do *CPA*. No direito alemão, sobre o poder da *BKartA* de proceder à revogação e anulação de decisões nos termos gerais da *VwVfG* (fora do quadro de poderes delineado na *GWB*), cf. SCHULTE, 2010:216. No direito da União Europeia, cf. *Acórdão Lagardère e Canal/Comissão*, do Tribunal de Primeira Instância, 20 de Novembro de 2002 (proc. T-251/00), sobre um caso em que a Comissão havia procedido à alteração de alguns aspectos de uma decisão de autorização: o *TPI* decidiu que a decisão recorrida comportava uma modificação substancial constituindo uma decisão de revogação parcial com efeitos retroactivos. Lembrando que a revogação de um acto administrativo legal que tenha conferido direitos subjectivos ou benefícios similares é contrária aos princípios gerais de direito, o *TPI* esclarece, sobre a revogação de actos ilegais, que a mesma “é permitida se ocorrer num prazo razoável e se a instituição de que emana esse acto tiver suficientemente em consideração a confiança legítima do beneficiário do acto que possivelmente confiou na legalidade deste” (n.º 140).

¹²⁷ As decisões de proibição podem ser revogadas pela *Autoridade da Concorrência* (oficiosamente ou na sequência de impugnação administrativa) e pelo membro do Governo responsável pela área da economia (neste caso, apenas no âmbito do *recurso extraordinário* acima analisado).

a *Autoridade da Concorrência* recusa prestar informações aos interessados, estes podem reagir através do processo urgente de *intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões* (artigo 104.º e segs. do *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*).

Pois bem, precisamente neste domínio, uma questão que merece referência prende-se com a identificação da jurisdição materialmente competente para apreciar o pedido de intimação de acesso a informação. O *Supremo Tribunal Administrativo* teve já oportunidade de se pronunciar sobre o assunto, em concreto, sobre o alcance do disposto no artigo 54.º, n.º 1, da *LdC*, que, como sabemos, conferia ao Tribunal de Comércio de Lisboa competência para conhecer das impugnações de “decisões da Autoridade proferidas em procedimentos administrativos”¹²⁸. Nos casos apreciados, a *Autoridade da Concorrência*, invocando razões de confidencialidade, havia recusado o fornecimento de informações recolhidas no âmbito de um procedimento de controlo de concentrações. Rejeitando a qualificação deste comportamento como um acto administrativo – esta qualificação colocaria a questão no âmbito da competência do Tribunal de Comércio, por força daquele artigo 54.º, n.º 1 –, o *STA* afastou a aplicação da citada norma. Por isso, tratando-se de uma situação regulada por normas de direito administrativo, o *STA*, fazendo aplicação do disposto no artigo 4.º, n.º 1, alínea *a*), do *ETAF*, considerou a jurisdição administrativa competente para dirimir o litígio.

6 – Recurso extraordinário de decisões de proibição

Não se reconduzindo já ao espectro da protecção jurisdicional, importa, por fim, aludir a um instrumento especial de reacção contra decisões de proibição da *Autoridade da Concorrência*: referimo-nos ao *recurso extraordinário* para o membro do governo responsável pela área da economia, previsto no artigo 34.º do *Estatutos da Autoridade da Concorrência*¹²⁹. Trata-se de um instituto que tem a sua principal fonte inspiração na *Ministererlaubnis* do direito alemão¹³⁰⁻¹³¹: o § 42 (1) da *GWB* confere ao ministro

¹²⁸ Cf. Acórdãos de 5 de Julho, de 2007 (proc. n.º 223/07), e de 25 de Julho de 2007 (proc. n.º 0295/07); sobre estas decisões, cf. *Contencioso da Regulação em Portugal*, cit., p. 25 e segs..

¹²⁹ A respeito de mecanismo semelhante no direito alemão, observa Neef, *ob. cit.*, p. 199, que o mesmo – além de não constituir um meio de tutela jurisdicional – não corresponde sequer a um meio de tutela jurídica, uma vez que não visa a apreciação da legalidade da decisão de proibição.

¹³⁰ Sobre o tema, cf. MATTES, 2004:53. A autora aponta duas razões fundamentais para a sua consagração: em primeiro lugar, a autorização ministerial serviu para *desarmar* os críticos da instituição de um sistema de controlo de concentrações; por outro lado, uma vez que na altura não era possível prever os efeitos das normas sobre o controlo das fusões, pretendeu-se garantir a possibilidade de reagir adequadamente a eventuais casos especiais, relativizando quaisquer efeitos demasiadamente negativos. Com a consagração desta cláusula geral, ter-se-á alcançando, quanto ao propósito do procedimento, um

federal o poder de autorizar, a requerimento dos interessados, uma concentração proibida pelo *Bundeskartellamt*, sempre que, “no caso concreto, a restrição concorrencial seja compensada pelas vantagens da concentração para a economia geral ou se justifique por um interesse geral de carácter imperioso”¹³²⁻¹³³.

A apreciação governamental ancora-se em critérios materiais distintos daqueles que regem a avaliação da *Autoridade da Concorrência*. Enquanto a análise feita pela *Autoridade* visa os efeitos da operação “sobre a estrutura da concorrência, tendo em conta a necessidade de preservar e desenvolver, no interesse dos consumidores intermédios e finais, uma concorrência efectiva no mercado” (cf. artigo 11.º, n.º 1, da *LdC*), a avaliação ministerial ponderará se “os benefícios dela [operação] resultantes para a prossecução de interesses fundamentais para a economia nacional superam as desvantagens para a concorrência inerentes à sua realização”.

A decisão governamental envolve, pois, considerações de política industrial que ultrapassam o juízo predominantemente jus-concorrencial imposto à *Autoridade*¹³⁴; de

compromisso entre um controlo orientado por critérios de pura política concorrencial e a avaliação socio-política da concentração; cf. LANGEN/BUNTE, 2005:970; IMMENGA/MESTMÄCKER, 2001:1581.

¹³¹ Também o direito espanhol conhece um mecanismo semelhante. A *Ley de Defensa de la Competencia* atribui ao Conselho de Ministros o poder de autorizar uma concentração proibida pela *Comisión Nacional de la Competencia*, por acto “devidamente fundamentado em razões de interesse geral distintas da defesa da concorrência”.

¹³² Como nota SCHULTE, 2010:253, o primeiro destes critérios prende-se com a apreciação dos efeitos produzidos pela concentração, vantajosos para a economia (incluindo as vantagens que resultam para as próprias partes na operação). O segundo, descreve diversas vantagens extra-económicas, as quais se movem num espectro alargado de políticas. Os requerentes desta autorização têm, a este respeito, apresentado argumentos referentes a interesses de segurança (energética ou de defesa nacional), finalidades de política agrícola ou de desenvolvimento regional.

Contrariamente ao regime português, que não prevê qualquer consulta obrigatória, a lei alemã exige que, previamente à sua decisão, o ministro federal solicite a pronúncia da *Monopolkommission*, bem assim como das autoridades superiores dos *Länder* em cujo território se encontrem sediadas as empresas participantes na operação – o Tribunal de Contas teme que esta ausência no regime português possa dotá-lo de um “desequilíbrio inexistente no seu modelo original”. Refere que, para além de sublinhar a excepionalidade desta competência do ministro, a consulta obrigatória da *Monopolkommission* tem o propósito de “submeter o exercício de tal competência a deveres de fundamentação especialmente rigorosos, na medida em que a revogação ministerial implica a diluição do elemento de definitividade da decisão da autoridade de concorrência que é uma das traves-mestras da sua independência estatutária”. Porém, entende o Tribunal ser possível atenuar este risco através de uma “densificação normativa dos parâmetros decisórios em sede de recurso extraordinário”; cf. Relatório n.º 7/2007 (Auditoria à Regulação na Área da Concorrência), da Segunda Secção do Tribunal de Contas, de 1 de Fevereiro de 2007, pp. 21 e segs..

¹³³ Aquando da segunda reforma da *GWB*, ter-se-á ponderado transferir a (responsabilidade da) decisão de autorização para uma comissão independente cujo parecer vincularia a decisão ministerial. Todavia, esta hipótese terá sido abandonada com o argumento de que, constituindo a decisão de autorização em causa uma decisão *política* que deve ser tomada sob responsabilidade *política*, a competência para a mesma não deveria pertencer a uma instância independente, não sujeita a controlo parlamentar; cf. SCHULTE, 2010:254.

¹³⁴ Muito embora a *Autoridade da Concorrência* deva considerar na sua avaliação, entre outros factores, “o contributo da concentração para a competitividade internacional da economia nacional”: artigo 12.º, n.º 2, alínea l).

resto, essas considerações não só ultrapassam esse juízo, como no caso de autorização, comportam mesmo um “atentado à concorrência”, justificado pela prevalência de outros interesses¹³⁵.

O *recurso extraordinário* não convoca um *reexame* da pretensão submetida à *Autoridade*, a efectuar à luz dos mesmos critérios que conduziram à decisão de proibição, como seria típico num procedimento administrativo de segundo grau. Cremos por isso que a decisão ministerial sobre este recurso extraordinário se compagina com o regime geral da *revogação dos actos válidos*, designadamente no que diz respeito aos seus fundamentos (artigo 140.º do CPA). Com a particularidade, porém, de as razões de conveniência ou oportunidade que, naquele regime, podem fundamentar o acto revogatório se encontrarem aqui densificadas num interesse público específico, “os *interesses fundamentais para a economia nacional*”; os quais, numa ponderação bipolar, poderão prevalecer sobre o interesse contraposto da garantia da “*concorrência efectiva no mercado*”, pelo qual, além de outros parâmetros de natureza técnica, se orientou o acto primário. Tudo isto nos leva a concluir que estamos perante um procedimento de segundo grau de carácter especial conducente à revogação de um acto válido.

Em Portugal, só uma vez houve lugar a este recurso extraordinário, concluído aliás com uma decisão de provimento¹³⁶. Por despacho de 7 de Junho de 2006, o Ministro da Economia deu provimento ao recurso de uma decisão de proibição de concentração, interposto pela *Brisa* e pela *Auto-estrada do Oeste*, entendendo que “[a concentração corresponde] a interesses fundamentais da economia nacional não só pelo desenvolvimento do sector em questão, que configura uma sector estratégico nacional, como também pelo redimensionamento das empresas em causa, que lhes proporcionará uma acrescida capacidade de inovação e uma maior competitividade, de que beneficiará inevitavelmente a economia nacional”.

¹³⁵ Referindo-se ao facto de o direito francês admitir “*une atteinte à la concurrence*” por via do poder ministerial de avocação da apreciação de decisões da *Autorité de la concurrence*, cf. NICINSKY, 2009:132. Em França, o poder ministerial de controlo de concentrações é mais amplo do que em Portugal: por um lado, o exercício desse poder não depende de iniciativa particular (recurso); por outro lado, o ministro pode intervir não apenas no caso de decisões de proibição, mas também de decisões de não oposição com injunções ou prescrições fixadas pela *Autorité*.

¹³⁶ De acordo com o citado Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas, na Alemanha, em 170 decisões de proibição (proferidas dentre cerca de 30.000 operações fiscalizadas), apenas em 16 casos foi interposto este recurso, tendo o Ministro indeferido o pedido em 10 casos.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOINE, A.
2009 *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, Paris, LGDJ
- ARI SUNDFELD, Carlos
2003 “A função administrativa no controle dos atos de concentração”, *Revista de Direito Público da Economia* (Belo Horizonte), n.º 2, 145.
2005 “A apreciação de atos de concentração pelo CADE e o decurso do prazo”, *Revista de Direito Público da Economia* (Belo Horizonte), n.º 9, 63.
- BAPTISTA MACHADO
1993 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra
- BERLIN, D.
2009 *Contrôle des concentrations*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles.
- BERNARD, A.
1987 “L’autorisation administrative et le contrat de droit privé”, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Économique*, 1.
- CHEVALLIER, J.
2007 “Estado e ordem concorrencial”, *Revista de Direito Público da Economia* (Belo Horizonte), n.º 20, 133.
- COOK, J. /KERSE, Ch.
2009 *EC Merger Control*, Londres, Sweet & Maxwell
- COT J.-M./LA LAURENCIE, J.-P
2003 *Le contrôle français des concentrations*, Paris, LGDJ
- CUNHA, Carolina
2005 *Controlo das Concentrações de Empresas, Direito Comunitário e Direito Português*, Cadernos IDET, n.º 3, Coimbra, Almedina
- DECOCQ, A. / DECOCQ, G.
2010 *Droit de la concurrence (droit interne et droit de l’Union Européenne)*, Paris, LGDJ,
- DELLIS, G.
2010 “Régulation et droit public «continental». Essai d’une approche synthétique”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 2010, 957.
- ECKBO B. E./ WIER, P.
1985 “Antimerger policy under the Hart-Scott-Rodino Act: a reexamination of the market power hypothesis”, *Journal of Law and Economics*, n.º 28, 119.

– FUCHS, A.

1996 “Zusagen, Auflagen und Bedingungen in der europäischen Fusionskontrolle”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 278.

FURSE, M.

2007 *The law of merger control in the EC and the UK*, Oxford and Portland, Hart Publishing

– GONÇALVES, Pedro Costa

2008 “Direito Administrativo da Regulação”, in *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, Coimbra, Coimbra Editora (Cedipre).

2009 “Simplificação procedimental e controlo prévio das operações urbanísticas”, *I Jornadas Luso-Espanholas de Urbanismo* (Actas), Coimbra, Almedina, 79.

2010 “Regulação administrativa e contrato”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 987.

– GREENE, H.

2005 “Agency character and the character of agency guidelines: an historical and institutional perspective”, *Antitrust Law Journal*, vol. 72, 1039.

2007 “Guideline institutionalization: the role of merger guidelines in antitrust discourse”, *William and Mary Law Review*, vol, 48, 771.

– GUAYO CASTIELLA, I. del

2010 “La recepción de la doctrina de las sentencias en el Asunto Tetra Laval, en materia de control de concentraciones”, Comunicação apresentada no IX Congresso Hispano-Luso de Direito Administrativo (inérita)

– HAARMANN, E.M.

2005 *Die Verpflichtungszusage im Europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, Nomos

– HEITHECKER, J.

2002 *Wettbewerbssicherung in der europäischen Fusionskontrolle durch Zusagen: Eine fallbezogene Untersuchung der inhaltlichen Anforderungen an Zusagen*, Berlim, Books on Demand GmbH

– HERFARTH, Ch.

2004 “Nebenbestimmungen zu fusionsrechtliche Freigabeentscheidungen in der Praxis des Bundeskartellamts”, *Wirtschaft und Wettbewerb*

– HOVENKAMP, H.

- 2005 *The antitrust enterprise (principle and execution)*, Harvard University Press, Cambridge.
- IMMENGA U./MESTMÄCKER, E.J.
- 2001 *GWB Kommentar zum Kartellgesetz*, Munique, C.H. Beck
- IPSEN, J.
- 2009 *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Colónia, Carl Heymanns
- JONES, A./SUFRIN, B.
- 2008 *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press
- KANNINEN, H.
- 2009 “Administrative law under the pressure of competition law – some reflections on their interplay”, in Kanninen, Korjus & Rosas, *EU competition law in context: essays in honour of Virpi Tiili*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2009, 261.
- KAPPES, D.
- 2002 *Nebenbestimmungen im Fusionskontrollrecht des GWB*, Berlin, Tenea Verlag
- KHAN, R.A. /DAVIES, G.
- 2009 “Merger control and the rule of law”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, n.º 1, 30.
- KIRKBY, Mark
- 2011 *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos*, Coimbra, Coimbra Editora.
- LAGUNA DE PAZ, J.C.
- 2009 *Servicios de interés económico general*, Madrid, Civitas.
- LANG, J.T.
- 2003 “Commitment decisions under Regulation 1/2003: legal aspects of a new kind of competition decision”, *European Competition Law Review*, n.º 24, 347.
- LANGEN E./BUNTE, H.J.
- 2010 *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Neuwied, Luchterhand, vol. I
- LETTL, T.
- 2007 *Kartellrecht*, Munique, C.H. Beck.
- LÉVÊQUE, F.
- 2005 “Le contrôle des concentrations en Europe et aux Etats-Unis: lequel est le plus sévère ?”, *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, 21.
- MANSSEN, G.
- 1994 *Privatrechtsgestaltungen durch Hoheitsakt*, Tübingen, Mohr Siebeck
- MARKOPOULOS, T.

- 2009 *Die Prognoseentscheidung in der europäischen Fusionskontrolle*, Baden-Baden, Nomos
- MARQUES NETO, Floriano A.
- 2009 “Regulação económica e suas modulações”, *Revista de Direito Público da Economia* (Belo Horizonte), n.º 28, 27.
- MATTES, F.
- 2004 *Die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle: Entstehungsgeschichte und kritische Auseinandersetzung*, Munique, Martin Meidenbauer
- MAURER, H.
- 2004 *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Munique, C.H. Beck
- MENDES PEREIRA, Miguel
- 2011 “Natureza jurídica e função dos compromissos, condições e obrigações no controlo prévio de concentrações”, *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 5, 87.
- MONTI, G.
- 2007 *EC competition law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- NEEF, A.
- 2008 *Kartellrecht*, Heidelberg, C.F. Müller
- NICINSKY, S.
- 2004 “Les évolutions du droit administratif de la concurrence”, *AJDA*, 751.
- 2009 *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien
- NOLTE, N.
- 1997 *Beurteilungsspielräume im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland*, Peter Lang, Frankfurt.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de/GONÇALVES, Pedro Costa/AMORIM, João Pacheco
- 1997 *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Coimbra, Almedina
- OLIVEIRA PAIS, Sofia
- 2006 “O novo regime de controlo das concentrações de empresas na Lei n.º 18/2003”, in Goucha Soares, Leitão Marques (coord.), *Concorrência, Estudos*, Coimbra, Almedina.
- PAMPANIN, V.
- 2010 “Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintive e ambito di pertinenza), *Il diritto dell’economia*, 135.
- PAPANDROPOULOS, P./TAJANA, A.

- 2006 “The merger remedies study – in divestiture we trust”, *European Competition Law Review*, 443.
- PAUL, K.
- 2008 *Gesetzesverstoß und Vertrag im Wettbewerbs- und Regulierungsrecht*, Baden-Baden, Nomos
- PROSPERETTI, L.
- 2002 “I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza”, *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, 278.
- PROSSER, T.
- 2010 *The regulatory enterprise (government, regulation and legitimacy)*, Oxford, Oxford University Press
- RITTNER F./DREHER, M.
- 2008 *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht*, Heidelberg, C.F. Müller
- FONSECA, Margarida Rosado da/FERREIRA, Luís do Nascimento
- 2009 *O procedimento de controlo das operações de concentração em Portugal – A prática da Autoridade da Concorrência, à luz da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho*, Coleção MLGTS, Vol. I, Coimbra, Almedina
- RUFFERT, M.
- 2010 “Verwaltungsakt”, in H.-U. Erichsen/D.Ehlers, (org.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, De Gruyter, 669
- SANTOS JUSTO, A.
- 2006 *Direito Privado Romano – I*, 3.^a ed., Studia Iuridica 50, Coimbra Editora, Coimbra
- 2009 *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra
- SCHULTE, J.L
- 2010 *Handbuch Fusionskontrolle*, Carl Heymanns
- SCHWALBE, U. /ZIMMER, D.
- 2009 *Law and economics in European merger control*, Oxford, Oxford University Press
- SCHWEITZER, H.
- 2008 “Commitment decisions under art. 9 of Regulation 1/2003: the developing EC practice and case law”, EUI Working Paper Law No. 2008/22, in <http://cadmus.eui.eu/>.
- SIMS, J./HERMAN, D.P.
- 1996 “The effect of twenty years of Hart-Scott-Rodino on merger practice: a case study in the law of unintended consequences applied to antitrust litigation”, *Antitrust Law Journal*, n.º 65, 865.

– SULLIVAN, E.T.

1986 “The Antitrust Division as regulatory agency: an enforcement policy in transition”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 64, 1986, 997.

– UHLIG, Th.

1996 *Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren (eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Recht)*, Sinzheim, Pro Universitate Verlag,

– URBANO CALVÃO, Filipa

2008a *Cláusulas Acessórias em Direito Administrativo (Da Sua Aposição aos Actos Administrativos e Contratos Administrativos sobre o Exercício de Poderes Públicos)*, polic., Coimbra,

2008b “Contratos sobre o exercício de poderes públicos”, in Pedro Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Cedipre, Coimbra, Coimbra Editora, 326.

– VASQUES, L.

2011 “La nozione minima di impresa nell’ambito del controllo della concentrazione”, *Mercato, concorrenza, regole*, 273.

– VAZ FREIRE, Paula

2009 “Direito Administrativo da Concorrência”, in Paulo Otero/Pedro Gonçalves, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, I, Coimbra, Almedina, 457.

– WHISH, R.

2005 *Competition law*, Oxford, Oxford University Press.

– ZANOBINI, G.

1955 “L’amministrazione pubblica di diritto privato”, in G. Zanobini, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milão, Giuffrè, 19.