

---

**OBSERVAÇÕES DA MLGTS À CONSULTA PÚBLICA DA  
AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA  
“LINHAS DE ORIENTAÇÃO SOBRE A ADOÇÃO DE COMPROMISSOS EM  
CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES”**

---

**1. INTRODUÇÃO**

- 1.1 O presente documento contém as observações (“Observações”) da Moraes Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, R.L. (“MLGTS”) à consulta pública (“Consulta”) lançada pela Autoridade da Concorrência (“AdC” ou “Autoridade”) em 17 de Novembro de 2010, relativa às “Linhas de Orientação sobre a Adopção de Compromissos em Controlo de Concentrações” (“Linhas de Orientação”).
- 1.2 Antes de mais, a MLGTS felicita a AdC pela iniciativa de promoção da Consulta. O tema dos compromissos em controlo de concentrações é seguramente uma das áreas em que se justifica proceder a uma reflexão conjunta entre a Autoridade, as empresas e a comunidade jurídico-económica, capaz de culminar num conjunto de indicações que, como a AdC assinala nas Linhas de Orientação, promovam a transparência, a eficiência, a celeridade e a segurança na aplicação de compromissos pelas partes envolvidas.
- 1.3 Assinalamos também positivamente a circunstância de a presente Consulta se inserir no contexto de outras iniciativas semelhantes levadas a cabo pela AdC no domínio do controlo de concentrações<sup>1</sup>, e que em conjunto contribuem para reforçar a qualidade na aplicação prática destas matérias.
- 1.4 As presentes Observações encontram-se estruturadas em seis partes. No primeiro capítulo tecem-se algumas considerações preliminares sobre a problemática em discussão e o seu enquadramento no contexto geral do procedimento de controlo de concentrações. Os capítulos seguintes obedecem à sistemática das Linhas de Orientação, tratando, sucessivamente, da noção de compromissos à luz da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (“Lei da Concorrência”), dos critérios que norteiam a escolha e aprovação dos compromissos, dos aspectos processuais e das contingências de alteração e incumprimento dos compromissos.

---

<sup>1</sup> Designadamente, a consulta pública n.º 1/2008 sobre o Projecto de Formulário de Notificação de Operações de Concentração e a consulta promovida em Junho de 2010 sobre as funcionalidades do SNEOC (Sistema de Notificação Electrónica de Notificação de Operações de Concentração).

## PLANO DE EXPOSIÇÃO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>2.</b>	<b>CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....</b>	<b>3</b>
<b>3.</b>	<b>CONCEITO E REGIME DOS COMPROMISSOS .....</b>	<b>4</b>
<b>4.</b>	<b>SELECÇÃO DE COMPROMISSOS.....</b>	<b>6</b>
4.1	PRINCÍPIOS APLICÁVEIS .....	6
4.2	ANÁLISE DE RISCO.....	7
4.3	MANDATÁRIO DE ALIENAÇÃO E MANDATÁRIO DE MONITORIZAÇÃO .....	10
4.4.	TIPOS DE COMPROMISSOS .....	11
4.5.	PRAZOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DOS COMPROMISSOS .....	14
<b>5.</b>	<b>ASPECTOS PROCESSUAIS.....</b>	<b>15</b>
5.1.	ÓNUS DA PROVA EM MATÉRIA DE CONCENTRAÇÕES MODIFICADAS POR COMPROMISSOS.....	16
5.2.	A COMUNICAÇÃO DAS PREOCUPAÇÕES JUS-CONCORRENCIAIS PELA AUTORIDADE ÀS PARTES NOTIFICANTES.....	16
5.3.	A APRESENTAÇÃO DE COMPROMISSOS NAS DUAS FASES DO PROCEDIMENTO .....	22
5.4.	APRECIÇÃO DOS COMPROMISSOS PELA AUTORIDADE .....	25
5.5.	EXECUÇÃO DOS COMPROMISSOS APÓS A DECISÃO DE NÃO OPOSIÇÃO DA AUTORIDADE .....	25
<b>6.</b>	<b>ALTERAÇÃO DE COMPROMISSOS.....</b>	<b>26</b>
<b>7.</b>	<b>INCUMPRIMENTO DE COMPROMISSOS.....</b>	<b>31</b>

## 2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

- 2.1 A prerrogativa que assiste às empresas de se concentrarem e reestruturarem é uma manifestação dos princípios da liberdade de iniciativa económica e de organização empresarial, que a nossa Constituição afirma nos seus artigos 61.º, n.º 1 e 80.º, alínea c), e que trata como direitos de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias (cfr. artigo 17.º da Constituição).
- 2.2 O regime de controlo de operações de concentração de empresas, ao postular a intervenção da AdC na vida dos negócios e ao impor às empresas o dever de notificar e obter uma decisão de não oposição antes de realizarem transacções com determinada dimensão, representa um desvio, ainda que justificado, aos princípios acima identificados.
- 2.3 Quando uma operação de concentração é notificada a uma autoridade de concorrência, essa concentração não se presume à partida compatível ou incompatível com as regras de concorrência, antes tem de ser apreciada à luz do teste substantivo em vigor na jurisdição ou jurisdições competentes<sup>2</sup>.
- 2.4 As normas de concorrência que estabelecem os critérios de não oposição e de oposição a uma concentração são normas que conferem direitos às empresas, no sentido de que, se a operação notificada cumprir as exigências substantivas previstas nessas normas, as empresas em causa têm direito a que a operação seja aprovada<sup>3</sup>.
- 2.5 Neste contexto, se o regime de controlo de concentrações pode ser visto como uma restrição aos princípios da liberdade de iniciativa e de organização empresarial, os compromissos – ao implicarem medidas de correcção de uma concentração que está ela própria sujeita a notificação e autorização – implicam uma restrição suplementar a esses princípios.
- 2.6 Este intróito pretende enfatizar que a matéria dos compromissos em operações de concentração deve ser encarada com especial prudência por parte da AdC, dentro de uma lógica estrita de proporcionalidade.
- 2.7 Esta abordagem cautelosa justifica-se ainda por dois motivos suplementares. Por um lado, o tema dos compromissos permanece ainda relativamente jovem e inexperiente no regime de controlo de concentrações português (basta pensar que a questão nunca foi abordada pelos nossos tribunais), aconselhando a que as Linhas de Orientação se foquem essencialmente na resolução de aspectos práticos e não na discussão de problemas jurídicos. Por outro lado, é inevitável que as Linhas de Orientação, e a aplicação que delas faça a AdC, tomem em conta factores como o custo económico e o ónus administrativo das soluções adoptadas.
- 2.8 Procuraremos demonstrar ao longo destas Observações de que forma estas preocupações se devem manifestar nos vários estádios do procedimento.

---

<sup>2</sup> No plano europeu, veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça (“TJ”) no processo C-413/06 P *Bertelsmann and Sony Corporation of America c. Impala*, também conhecido por *Sony / BMG*, 10.07.2008, Col. 2008 p. I-4951, §§ 48 ss.

<sup>3</sup> Cfr. o acórdão do TJ no processo T-212/03 *MyTravel c. Comissão*, também conhecido por *Airtours / First Choice*, 09.09.2008, Col. 2008 p. II-1967, § 48.

### 3. CONCEITO E REGIME DOS COMPROMISSOS

- 3.1. Nos parágrafos 5 a 15 das Linhas de Orientação a AdC exprime a noção geral de compromissos. Sem prejuízo das sugestões de redacção que se farão adiante, neste ponto sublinha-se sobretudo a necessidade de a Autoridade ter em conta a prevenção assinalada nos parágrafos anteriores, em torno da proporcionalidade.
- 3.2. Os compromissos são alterações que as empresas participantes se disponibilizam para introduzir numa concentração, com o objectivo de eliminar ou pelo menos atenuar as preocupações de concorrência que a AdC considere que decorrem dessa concentração, em resultado da aplicação dos critérios substantivos previstos no artigo 12.º da Lei da Concorrência.
- 3.3. Uma vez que os compromissos visam ir ao encontro das preocupações da Autoridade a respeito do impacto da operação em análise, dois elementos essenciais se destacam nesta dialéctica.
- 3.4. Por um lado, o grau de exigência da AdC para a aprovação dos compromissos deve ser proporcional à intensidade das preocupações jusconcorrenciais identificadas, demonstradas e comunicadas pela Autoridade às entidades notificantes. Por outro lado, os compromissos assumidos pelas partes, e as correspectivas condições e obrigações impostas pela Autoridade, devem ter somente por objectivo dissipar preocupações que sejam específica e directamente causadas pela concreta operação de concentração que está em causa.
- 3.5. Quanto ao primeiro ponto, e embora esta questão seja desenvolvida mais adiante quando lidarmos com os aspectos processuais, reconhece-se que o grau de profundidade da análise jusconcorrencial da Autoridade é diferente consoante se esteja na primeira ou na segunda fase do procedimento administrativo. Por esta razão, a convicção da AdC quanto às preocupações motivadas por uma concentração varia inevitavelmente em função da etapa em que o processo se encontre.
- 3.6. Assim, se é compreensível que a comunicação das objecções da Autoridade quanto a uma concentração, e a auscultação das partes quanto às possíveis vias de solução, decorram em termos relativamente informais e flexíveis durante a fase I do procedimento – tal é normalmente do interesse das partes envolvidas –, já dificilmente se entende que tal exercício não tenha lugar com o mínimo de formalismo e segurança jurídica no decorrer da fase II.
- 3.7. Atendendo à restrição de comportamento que o estabelecimento de condições e obrigações sempre implica para as empresas participantes, é essencial que as partes tenham a possibilidade de exercer de forma esclarecida e atempada o seu direito de defesa quanto às preocupações e objecções da AdC, e que possam submeter propostas de compromissos que sejam dirigidas a essas preocupações e objecções.
- 3.8. Pelo menos no âmbito da fase II do procedimento, entendemos que a comunicação de objecções da Autoridade e a correspondente audição das partes quanto a essas objecções e a eventuais compromissos que estejam na disposição de apresentar devem revestir forma escrita.

- 3.9. A segunda dimensão da proporcionalidade a que se fez referência acima tem que ver com a necessidade de se perspectivarem os compromissos como “remédios” cujo “diagnóstico de doença e de cura” se deve limitar à específica operação em análise.
- 3.10. Os compromissos não são medidas gerais de natureza regulatória, nem o procedimento de controlo de concentrações é a sede própria para as autoridades de concorrência resolverem problemas que, por mais legítimos que possam ser numa perspectiva jusconcorrencial, não decorram da concentração em causa. A lógica de selecção, aprovação e execução dos compromissos passa necessariamente por um teste de causalidade e de proporcionalidade, que associe a necessidade dos compromissos e o seu alcance às preocupações de concorrência que sejam específica e directamente causadas pela operação em causa.
- 3.11. Com isto não se pretende afirmar que estas preocupações tenham de ser exclusivamente motivadas, em toda a sua plenitude, pela concentração. Outros factores exógenos à operação poderão contribuir para a existência ou para o agravamento dessas preocupações. No entanto, os compromissos devem limitar-se a salvaguardar a parte das preocupações que resulte da concentração.
- 3.12. Assim, propomos que a AdC qualifique e aprofunde as referências que constam dos parágrafos 5 e 12 das Linhas de Orientação à luz dos comentários anteriores, sugerindo para o efeito as seguintes alterações de redacção:
- (i) no parágrafo 5, onde se lê «*Os compromissos são medidas propostas pelas partes que visam eliminar os entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste que, nos termos da análise desenvolvida pela AdC, decorram de uma operação de concentração*», sugerimos antes «***Os compromissos são medidas propostas pelas partes em face das preocupações de concorrência identificadas e comunicadas pela AdC no contexto da análise de uma operação de concentração, que visam eliminar os entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste que decorram directa e especificamente da operação em causa***»;
  - (ii) no parágrafo 12, onde se lê «*Os compromissos apresentados devem responder aos problemas suscitados pela operação, no estágio de investigação em que a mesma se encontra, aquando da apreciação dos compromissos para efeitos de decisão final*», sugerimos antes «***Os compromissos apresentados devem responder a problemas suscitados directa e especificamente pela operação, tal como identificados pela AdC no estágio de investigação em que a mesma se encontra aquando da apreciação desses compromissos para efeitos de decisão final***».
- 3.13. Um outro aspecto importante neste ponto das Linhas de Orientação está relacionado com a dicotomia que a AdC traça entre “condições” e “obrigações”. Sem prejuízo de conceptualmente se poder fazer uma separação entre as duas realidades, temos muitas reservas sobretudo em relação às consequências processuais rígidas que a Autoridade pretende associar a tal separação (veja-se o que se dirá adiante a propósito do incumprimento dos compromissos).
- 3.14. Adicionalmente, a distinção entre “condições” e “obrigações”, por um lado, e “compromissos”, por outro, nem sempre está clara. Por exemplo, no parágrafo 6, a

AdC explica que os “compromissos” são remédios propostos pelas partes, competindo à Autoridade, se concordar com esses compromissos, adoptar uma decisão de não oposição, impondo “condições” e “obrigações” correspondentes aos “compromissos” assumidos pelas partes. No parágrafo seguinte, a Autoridade define “condições” como “compromissos” necessários a afastar problemas jusconcorrenciais e define “obrigações” como “compromissos” que visam tornar exequíveis as primeiras.

- 3.15. Sugerimos, pois, que a redacção do parágrafo 7 seja revista por forma a clarificar a distinção entre os três conceitos, em linha com o que decorre do parágrafo 6. O mesmo comentário vale, *mutatis mutandis*, para os parágrafos 14, 18, 21 (i), 25, 53, 120, 121, 122, 140, 146 das Linhas de Orientação.

## 4. SELECÇÃO DE COMPROMISSOS

### 4.1 *Princípios aplicáveis*

- 4.1.1. Nos parágrafos 20 a 23 das Linhas de Orientação, a Autoridade faz uma breve enunciação dos princípios e objectivos a que obedecem os compromissos em controlo de concentrações.

- 4.1.2. Dado que o sentido das nossas sugestões neste ponto é facilmente apreensível, limitar-nos-emos a identificar propostas de redacção para algumas dessas passagens:

- (i) no parágrafo 20, onde se lê «*As decisões da AdC de não oposição com compromissos respeitam os princípios da legalidade e da fundamentação dos actos administrativos, constando da decisão (...)*», sugerimos antes «***As decisões da AdC de não oposição com compromissos regem-se, em particular, pelos princípios da legalidade, da salvaguarda dos direitos de defesa, da participação e da audiência dos interessados, da confiança legítima, da segurança jurídica e da fundamentação dos actos administrativos, devendo constar da decisão (...)***»<sup>4</sup>;
- (ii) no parágrafo 21, (ii), onde se lê «*Normalmente, a AdC não tem em conta os custos suportados pelas partes na implementação dos compromissos (...), a não ser que se esteja perante uma situação de clara desproporcionalidade entre aqueles custos e as preocupações jus-concorrenciais identificadas*», sugerimos antes «***Normalmente, a AdC tem em conta os custos suportados pelas partes na implementação dos compromissos (...), fazendo um juízo de proporcionalidade entre aqueles custos e as preocupações jus-concorrenciais identificadas***»;

---

<sup>4</sup> Além da indicação de um conjunto suplementar de princípios que são relevantes nesta sede, a nossa sugestão tem também que ver com a própria lógica de enunciação destes princípios nas Linhas de Orientação. Trata-se aqui de fornecer o enquadramento legal aplicável à decisão de não oposição com compromissos, ou seja, de explicar os princípios que devem ser aplicados e respeitados por essa decisão. Saber se essas decisões respeitam ou não (e em que medida) estes princípios e se contém ou não tais informações é uma questão distinta, posterior, que depende, fundamentalmente, do conteúdo concreto de cada decisão emitida. Assim, a alteração de redacção proposta parece-nos ser mais consentânea com a ideia de que estamos a falar de um enquadramento legal e de princípios aplicáveis a este tipo de acto, *a priori*.

- (iii) no parágrafo 21, (iii), onde se lê «*os compromissos devem corresponder ao necessário, de forma a permitir eliminar as preocupações concorrenciais identificadas, o que pressupõe que, (...), salvaguardem a existência de uma relação de equilíbrio entre o meio utilizado e o fim preconizado*», sugerimos antes «***os compromissos devem corresponder ao necessário, de forma a permitir eliminar as preocupações concorrenciais identificadas, o que pressupõe que, (...), salvaguardem a existência de uma relação de equilíbrio entre a preocupação identificada, o meio utilizado e o fim preconizado***».

## 4.2 Análise de risco

- 4.2.1. Nos parágrafos 24 e seguintes a AdC identifica um conjunto de riscos que entende que podem estar associados à execução dos compromissos, e avança algumas medidas de salvaguarda ou mitigação desses riscos.
- 4.2.2. A Autoridade separa os riscos inerentes aos compromissos de natureza estrutural dos que são inerentes aos compromissos comportamentais. No entanto, e porque a análise da tipologia de compromissos é feita pela AdC mais adiante (cfr. os parágrafos 52 e seguintes das Linhas de Orientação), nos parágrafos 24 e seguintes acaba por se fazer uma análise de risco sobre uma realidade que não foi ainda explicitada.
- 4.2.3. Neste sentido, parece-nos que a Secção 3.2.1 das Linhas de Orientação poderia ganhar em clareza se começasse por enunciar, ainda que de forma breve, as principais características dos compromissos estruturais e dos compromissos comportamentais, eventualmente fazendo uso do texto que consta do parágrafo 56, e remetendo quanto ao mais para o que se dirá na Secção 3.3 das Linhas de Orientação.
- 4.2.4. O nosso comentário seguinte prende-se com a forma de consideração do tema dos riscos. Neste particular, a AdC parece assumir que esse tema se suscita inevitavelmente em relação a todas as situações de compromissos. A própria expressão «*riscos inerentes aos compromissos*», usada nas Linhas de Orientação, sugere isso mesmo.
- 4.2.5. Ora, os tipos de riscos que a AdC aponta, ainda que possam representar as situações mais comuns, não constituem uma fatalidade nos processos de compromissos. Neste sentido, começamos por propor uma alteração de redacção nas epígrafes e nos parágrafos introdutórios dos capítulos em questão:
- (i) nas páginas 6 e 9, onde se lê «*Riscos inerentes aos compromissos de natureza estrutural / comportamental*», sugerimos antes «***Potenciais riscos associados aos compromissos de natureza estrutural / comportamental***»;
- (ii) no parágrafo 27, onde se lê «*É de ter em conta, a priori, três categorias de riscos no que concerne à execução de compromissos de natureza estrutural e, em especial, de alienação, a considerar na análise dos mesmos*», sugerimos antes «***A execução de compromissos de natureza estrutural e, em especial, de alienação, pode comportar alguns riscos, que deverão ser considerados na sua análise e que normalmente se reconduzem às seguintes três categorias***»;

- (iii) no parágrafo 39, onde se lê «*No que concerne ao desenho e à execução de compromissos de natureza comportamental, devem ser tidas em conta, a priori, as seguintes categorias de riscos*», sugerimos antes «***O desenho e a execução de compromissos de natureza comportamental podem envolver alguns riscos que devem ser tidos em conta, designadamente os seguintes***».
- 4.2.6. Para além destes aspectos formais, temos também reservas quanto a alguns aspectos substantivos do problema.
- 4.2.7. Assim, no parágrafo 32 das Linhas de Orientação, a AdC afirma que a principal forma de minorar os riscos ligados ao adquirente no âmbito de um compromisso estrutural consiste em assegurar que o adquirente e a entidade notificante celebram um contrato para alienação do activo ou da empresa a desinvestir «*seja previamente à implementação da operação (adquirente pré-implementação ou “up-front buyer”), seja previamente à decisão da AdC (adquirente pré-decisão ou “fix-it-first”*»). Nada mais se diz quanto às restantes modalidades de desinvestimento.
- 4.2.8. Embora não se conteste que, em tese, estas duas soluções podem eventualmente ser as que maior eficácia garantem na execução dos compromissos, já na perspectiva da ponderação dos interesses envolvidos, em especial o da liberdade de iniciativa e de organização empresarial e o da proporcionalidade, parece-nos manifestamente exagerado encarar as alienações pré-implementação ou pré-decisão como escolhas normais ou mesmo preferíveis.
- 4.2.9. Na verdade, a escolha de metodologia de alienação tem necessariamente de estar relacionada com os activos ou empresas a alienar e com os riscos que se pretendem prevenir<sup>5</sup>.
- 4.2.10. Deste modo, e ao contrário do que parece indiciar o parágrafo 32, a regra deverá ser a possibilidade de as notificantes procederem à alienação num determinado prazo após a adopção da decisão da AdC, sem necessidade de essa alienação ocorrer antes da implementação da operação e, sobretudo, antes da adopção da decisão<sup>6</sup>. No caso de as partes não conseguirem proceder à alienação no prazo estipulado, a Autoridade dispõe de mecanismos que lhe permitem acautelar esse risco, designadamente através da intervenção do mandatário de alienação (cfr. o capítulo 3.2.3 das Linhas de Orientação) ou mesmo da declaração de incumprimento do compromisso (cfr. o capítulo 6 das Linhas de Orientação).
- 4.2.11. A opção por um sistema de alienação pré-implementação ou pré-decisão deve, pela sua própria natureza restritiva, estar reservada para os casos excepcionais em que exista um risco considerável associado ao limitado número de potenciais adquirentes ou à deterioração do valor económico dos activos ou empresas a alienar. Aliás, a própria AdC parece reconhecer o carácter excepcional destas duas soluções face à

---

<sup>5</sup> Cfr. a 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, JO C 267, de 22.10.2008, pp. 1 ss., § 51.

<sup>6</sup> Neste sentido, veja-se a Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção, *cit.*, § 52.

indicada no parágrafo anterior, embora o faça em capítulo autónomo e de forma pouco visível para o leitor<sup>7</sup>.

- 4.2.12. Neste sentido, propomos que a redacção do parágrafo 32 das Linhas de Orientação seja alterada para passar a exprimir esta discussão, em linha aliás com o disposto no parágrafo 83 e nas notas de rodapé 76 a 78 das mesmas Linhas de Orientação. Em consentaneidade, sugerimos também que seja eliminado o parágrafo 87, o qual, ao arrepio daquelas passagens, afirma que *«para diminuir a incerteza relativamente à existência de adquirentes interessados em determinado activo ou empresa (...) a indicação de adquirentes pré-decisão ou, pelo menos, pré-implantação, são, em regra, as soluções que melhor se adequam»*.
- 4.2.13. Ainda a propósito dos riscos de execução dos compromissos estruturais, temos algumas observações suplementares no âmbito do elenco das medidas de mitigação desses riscos:

- (i) no parágrafo 35, onde se lê *«[o]s riscos referidos podem ainda ser mitigados com cláusulas de alienação, a final, sem preço mínimo»*, sugerimos antes ***«[o]s riscos podem ainda ser mitigados com cláusulas de alienação, a final, e decorrido um determinado período de tempo pré-estabelecido, sem preço mínimo»***;
- (ii) na alínea (iii) do parágrafo 36, a AdC assevera que os compromissos devem, *«normalmente»*, prever que a concentração notificada só pode ser executada após a nomeação do mandatário de monitorização e, se for o caso, também após a nomeação do mandatário de alienação. Pelas razões identificadas nos parágrafos 4.2.8 a 4.2.11 *supra*, entendemos que esta não deve ser a situação normal, mas antes a situação excepcional, em face da modalidade de alienação escolhida.

Propomos por isso que neste ponto seja feita uma referência ao carácter excepcional deste expediente, em articulação com a metodologia de compromisso estrutural que seja adoptada (pós-decisão, pré-implantação ou pré-decisão).

Adicionalmente, parece-nos que deve ser eliminada, de todo, a possibilidade de a concentração apenas ser executada após a nomeação do mandatário de alienação. Não conhecemos qualquer precedente decisório que tenha acolhido tal solução, nem se antecipa que ela possa ser de seguir, mesmo nos casos de alienação pré-decisão, porquanto, mesmo aqui, será tipicamente a entidade notificante a escolher o adquirente, embora sob condição de aprovação pela AdC;

- (iii) na alínea (iv) do mesmo parágrafo 36, discordamos da posição da AdC quando esta afirma que deve *«em regra»* ser nomeado um gestor operacional independente, com conhecimento directo das empresas ou dos activos a alienar, para ficar como responsável pela gestão diária dessas empresas ou activos, sob a supervisão do mandatário de monitorização.

---

<sup>7</sup> A referência consta do parágrafo 83 e das notas 76 a 78 das Linhas de Orientação.

Não se desconhece que esta é a posição assumida pela Comissão Europeia<sup>8</sup>. No entanto, a prática da Autoridade tem demonstrado que a figura do gestor operacional não é frequente entre nós, tendo-se apenas conhecimento da sua previsão em um caso<sup>9</sup>. A mesma AdC, aliás, no parágrafo 47 das Linhas de Orientação alude ao gestor operacional de forma bem menos contundente, referindo somente que «[e]m certos casos, *pode*» ser necessária a nomeação de tal gestor.

Normalmente, durante o período transitório até à implementação do compromisso, a Autoridade tem imposto obrigações de monitorização, se necessário a cargo de um mandatário especificamente designado para o efeito. Entendemos que esta deve continuar a ser a opção privilegiada, por ser a que melhor se coaduna com o princípio da proporcionalidade<sup>10</sup>.

Em face disto, a necessidade de previsão de um gestor operacional independente deve ser justificada pela AdC, caso a caso, e tendo também presente a exequibilidade de medidas alternativas que sejam menos restritivas e onerosas para as partes. Tendo em conta o que precede, propõe-se a seguinte alteração ao parágrafo 36 (iv): «[e]m certos casos devidamente justificados pela AdC, *pode ainda ser necessária a nomeação de um gestor operacional independente, (...)*».

### **4.3 Mandatário de alienação e mandatário de monitorização**

- 4.3.1. Por uma questão de sistematização, trataremos em conjunto das duas figuras.
- 4.3.2. A nossa sugestão neste âmbito é a de que a AdC explicita em que situações, e de acordo com que critérios, espera que as partes proponham a previsão de mandatários de alienação e/ou de monitorização nos seus documentos de compromissos. Assim, na actual redacção das Linhas de Orientação, apenas se diz que «[d]e forma a garantir a exequibilidade dos compromissos, *pode ser necessário nomear um mandatário de monitorização*» (cfr. o parágrafo 45); «[c]aso sejam previstos compromissos estruturais, as partes podem apresentar à AdC uma proposta de mandatário independente para proceder à alienação dos bens a desinvestir» (cfr. o parágrafo 49).
- 4.3.3. No caso do mandatário de monitorização, entendemos que a sua previsão só será necessária se, num juízo de proporcionalidade, não se puder obter o mesmo efeito através do envio de informações periódicas a cargo das partes. No caso do mandatário de alienação, sugerimos que a AdC clarifique se pretende que a sua apresentação seja obrigatória sempre que estejamos perante um compromisso de natureza estrutural, ou se a questão deve ser ponderada casuisticamente, solução pela qual manifestamos a nossa preferência.

---

<sup>8</sup> Cfr. a Comunicação sobre as medidas de correcção, *cit.*, § 112.

<sup>9</sup> Cfr. o processo Ccent. 8/2006 *Sonae / PT*. No processo Ccent. 12/2009 *TAP / SPdH*, foi designado um mandatário de gestão para a alienação da SPdH pela TAP, mas neste caso tratou-se de uma decisão de proibição, acompanhada de uma obrigação de “desmanche” do negócio.

<sup>10</sup> Trata-se da solução menos intrusiva e da que menores custos representa para as partes.

#### 4.4. Tipos de compromissos

- 4.4.1. Nos parágrafos 53 a 55, a AdC afirma que, em todos os casos, os compromissos são prestações de resultado, independentemente de esta qualificação constar ou não do texto da decisão. Considera ainda que, ao apresentar compromissos, a entidade notificante vincula-se a obter um determinado resultado, incumprindo o compromisso caso esse resultado não seja atingido, mesmo que o motivo do incumprimento não lhe seja imputável.
- 4.4.2. Embora a questão do incumprimento dos compromissos seja discutida mais adiante, não podemos deixar de manifestar a nossa discordância face ao teor destes parágrafos. Por um lado, teorizar sobre a noção de obrigações de meios e obrigações de resultados num documento de Linhas de Orientação não parece revestir grande vantagem ou mesmo efeito útil. Por outro lado, mesmo em termos substantivos, a posição da AdC suscita-nos muitas reservas.
- 4.4.3. Os compromissos não têm que ser necessariamente obrigações de resultado, nem esta noção se adequa a exprimir a realidade em causa. Pense-se, por exemplo, numa obrigação de diligência comercial, ou, em geral, nos compromissos comportamentais. O dever de diligência e o desenvolvimento de esforços para atingir determinado resultado correspondem a compromissos legítimos na perspectiva de assegurar uma concorrência efectiva, mas não implicam a vinculação à obtenção desse resultado.
- 4.4.4. Mesmo os compromissos estruturais não devem ser vistos simplisticamente como obrigações de fins. Quando, por exemplo, uma empresa se compromete a adquirir ou alienar determinado activo, o mais certo é que a concretização desse compromisso esteja dependente da intervenção e da concordância de terceiros (muitas vezes até de autoridades administrativas, por exemplo, no exercício de competências de licenciamento), cujo comportamento a empresa não controla nem pode forçar, e que por isso não lhe pode ser imputado juridicamente.
- 4.4.5. Estas situações de impossibilidade não culposa não devem ser equiparadas a incumprimento. Além do mais, se o resultado pretendido com um compromisso não for possível de atingir por essa via, devem ser procuradas soluções alternativas, antes de se constatar o incumprimento do compromisso, o qual, na perspectiva da AdC (cfr. o parágrafo 142 das Linhas de Orientação), gera imediatamente um conjunto de consequências gravosas para as partes.
- 4.4.6. Assim, e sem prejuízo dos comentários que se farão *infra* a respeito do incumprimento dos compromissos, sugerimos que sejam eliminados os parágrafos 53 a 55 das Linhas de Orientação.
- 4.4.7. No parágrafo 56, para maior clareza de redacção, sugerimos, na definição de compromissos estruturais, que se fale de compromissos com impacto directo na estrutura de mercado, em regra de execução «*instantânea*», ao invés de «*momentânea*».
- 4.4.8. No parágrafo 63, enuncia-se o princípio geral de que a determinação do âmbito do objecto da alienação se deve fazer por referência à unidade operativa de menor

dimensão que envolva todas as operações relevantes para a área, sector ou estúdio produtivos em que se verifica o problema jusconcorrencial.

- 4.4.9. Esta passagem das Linhas de Orientação parece colher inspiração nas orientações da *Competition Commission*. No entanto, temos dúvidas quanto à sua inserção nas Linhas de Orientação da AdC, dado que, no caso da *Competition Commission*, é esta autoridade que selecciona e propõe compromissos às partes, ao passo que, em Portugal, são as partes que apresentam os compromissos à Autoridade.
- 4.4.10. Sendo este o regime que vigora entre nós, não parece útil nem desejável que a Autoridade esteja a indicar, em abstracto e num documento com estas características, qual a unidade operativa que as partes devem desinvestir. Acresce que a imposição desta regra geral, sem acarretar benefícios para a AdC, pode na realidade implicar um sacrifício injustificado para a notificante. Pense-se, por exemplo, nos casos em que o activo em questão revista um importante cariz de complementaridade de portefólio para a notificante (*e.g.* pela sua localização geográfica ou por operar com base em determinada tecnologia), mas já não para um terceiro, ou implicou um investimento significativo que a notificante ainda não rentabilizou e cuja apropriação por um terceiro seria manifestamente desproporcionada.
- 4.4.11. O princípio geral da unidade operativa de menor dimensão faz sentido no quadro de um regime jurídico, como é o caso do do Reino Unido, que implique que seja a autoridade de concorrência competente a desenhar e propor os compromissos às partes, funcionando aqui como uma garantia de intervenção o menos intrusiva possível no negócio dos visados.
- 4.4.12. Já no caso do regime português e do regime da União Europeia, a abordagem deve ser distinta. Como sugere a Comissão, os requisitos essenciais para a alienação de uma actividade devem ser o de que se trate de uma «*actividade viável*», susceptível de «*concorrer eficazmente numa base duradoura*» e que inclua «*todos os activos que contribuem para o seu funcionamento actual ou que sejam necessários para assegurar a sua viabilidade e competitividade*»<sup>11</sup>.
- 4.4.13. Dado que estes requisitos, e bem, estão já devidamente enunciados e explicitados em várias passagens das Linhas de Orientação, sugerimos que o seu parágrafo 63 seja eliminado.
- 4.4.14. No parágrafo 64 das Linhas de Orientação, quando a AdC aborda o tema do âmbito do objecto da alienação nos compromissos estruturais, considera-se que, como forma de garantir a viabilidade e competitividade do activo a desinvestir, devem ser também incluídos na transferência todos os trabalhadores que contribuam para assegurar essa viabilidade e competitividade, incluindo os que estejam, nesse momento, a laborar em outras unidades empresariais.
- 4.4.15. Embora se compreenda a necessidade de enunciar um princípio geral de autonomia do objecto da alienação, importa no entanto ter em conta que, no caso dos trabalhadores, existem regras laborais específicas, que condicionam a sua mobilidade

---

<sup>11</sup> Cfr. a Comunicação sobre as medidas de correcção, *cit.*, §§ 23 e 25.

em casos de alienação da empresa ou unidade empresarial onde prestam serviços e que a notificante não pode ignorar ou afastar na apresentação de compromissos<sup>12</sup>.

- 4.4.16. Neste sentido, propomos que seja feita uma ressalva no parágrafo 64 para as regras aplicáveis em matéria de transferência de trabalhadores. Por outro lado, dado que a desvinculação de trabalhadores pode ser uma solução demasiado penosa para as pessoas em causa, sugere-se que a AdC preveja a possibilidade de adopção de medidas menos restritivas, como por exemplo a cedência ocasional de trabalhadores<sup>13</sup>.
- 4.4.17. No parágrafo 65, indica-se que pode ser necessário que as partes incluam compromissos com impacto em mercados em que a Autoridade não identificou preocupações jusconcorrenciais. Atendendo a que se trata aqui de um desvio ao princípio geral de que os compromissos se destinam a eliminar preocupações jusconcorrenciais, sugerimos que se clarifique que essa possibilidade é excepcional e que, como resulta da prática decisória da AdC e da Comissão Europeia<sup>14</sup>, ela estará reservada para as situações em que o activo a alienar não pode, ou não deve, sem perda de viabilidade autónoma, ser segmentado e desinvestido apenas por referência ao(s) mercado(s) afectado(s).
- 4.4.18. No parágrafo 68, a AdC dá conta da necessidade de as partes incluírem no documento de compromissos uma descrição clara e específica da actividade a alienar, contendo todos os elementos que fazem parte integrante dessa actividade. Este apontamento não nos merece qualquer reparo de fundo. No entanto, seria importante esclarecer que as partes não estão obrigadas a identificar nominalmente, no documento de compromissos, todos os elementos do activo, bastando que identifiquem as categorias a que esses elementos pertencem. Assim, por exemplo, no caso de alienação de uma instituição de crédito, não faria sentido que o documento de compromissos identificasse todos os clientes dessa instituição; bastará que se diga que os clientes fazem parte do activo a alienar.
- 4.4.19. No parágrafo 69, ainda respeitante ao tema do objecto da alienação, está dito que as partes devem indicar quais os trabalhadores que são essenciais para a viabilidade e a competitividade do activo a alienar, prevendo-se, em relação a estes, uma cláusula de não angariação pelo alienante. A AdC adopta aqui uma lógica restritiva quanto ao âmbito da cláusula de não angariação, que nos parece que não tem razão de ser, nem aderência à realidade empresarial. As cláusulas de não angariação e de não solicitação de trabalhadores aplicam-se tendencialmente a todo o universo de trabalhadores da empresa, e não apenas àqueles que possam ser essenciais para a viabilidade e competitividade da actividade. É que, além da dificuldade de identificar quais os trabalhadores que preenchem esses requisitos, a lógica da não angariação e da não solicitação assenta também no *know-how* e na informação sensível que os trabalhadores detêm, e não apenas no seu grau de especialização ou hierarquia.
- 4.4.20. Deste modo, sugerimos que se elimine a limitação da cláusula de não angariação aos trabalhadores essenciais para a viabilidade e competitividade da actividade a alienar.

---

<sup>12</sup> Cfr. o artigo 285.º do Código do Trabalho.

<sup>13</sup> Cfr. os artigos 288.º e seguintes do Código do Trabalho.

<sup>14</sup> Cfr. a nota de rodapé 49 das Linhas de Orientação.

- No mesmo sentido, e por uma questão de rigor terminológico, sugerimos que, na nota de rodapé 53, ao invés de se falar em «*alienação de determinados bens ou trabalhadores*», se fale antes em «***alienação de determinados bens ou transferência de trabalhadores***».
- 4.4.21. No parágrafo 75 das Linhas de Orientação, sugerimos uma ligeira alteração na definição de compromissos estruturais. Onde se diz que os compromissos estruturais passam pela alteração da estrutura de mercado e, em concreto, «*pela entrada de concorrentes*», propomos que se diga que passam «***pela entrada ou reforço de concorrentes***».
- 4.4.22. No parágrafo 81 (iii), identifica-se como uma das características a ter em conta na escolha do adquirente em compromissos estruturais a «*[a]usência de perspectivas de identificação de problemas concorrenciais em resultado da aquisição*». Lendo, porém, a nota de rodapé 74 para a qual se remete na parte final deste parágrafo, constata-se que a AdC considera que o adquirente não cumpre os requisitos necessários se existirem outro tipo de dificuldades que não as resultantes de problemas concorrenciais (avança-se como exemplo a dificuldade do potencial adquirente em obter qualquer autorização ou preencher qualquer requisito legal). Nesta medida, propomos que no parágrafo 81 (iii) se fale da ausência de «***problemas concorrenciais ou outros***».
- 4.4.23. No parágrafo 84 afirma-se que «*a eficácia do carácter vinculativo do adquirente, resultante do contrato de aquisição ou promessa de aquisição, resulta, em grande medida, do regime das cláusulas penais nele previstas para o respectivo incumprimento*». Com o devido respeito, não podemos concordar com esta asserção. O carácter vinculativo do contrato de alienação, como aliás da esmagadora maioria dos contratos, decorre da definitividade das obrigações assumidas pelas partes. Ou, usando as palavras dos artigos 224.º e seguintes do Código Civil, essa vinculatividade dá-se com a “perfeição da declaração negocial”.
- 4.4.24. A previsão ou não de cláusulas penais é indiferente para a vinculatividade das partes ao negócio. Basta aliás pensar que muitos contratos nem contêm cláusulas penais, estando sujeitos ao regime geral de incumprimento, e mesmo os que as contêm é sobretudo com o propósito de operarem como cláusulas punitivas (com limites) ou cláusulas de liquidação antecipada de danos. Esta realidade é independente da noção de vinculatividade dos contratos. Assim sendo, sugerimos a eliminação do parágrafo 84.

#### **4.5. Prazos para implementação dos compromissos**

- 4.5.1. No parágrafo 104 vem dito que, em regra, e atendendo nomeadamente à necessária protecção do valor dos activos a alienar, o prazo de implementação dos compromissos estruturais não deve ser superior a 6 meses, compreendendo-se neste prazo o período de alienação pela entidade notificante, o período de alienação pelo mandatário e a efectiva concretização da transferência de controlo.
- 4.5.2. Não poderá deixar de se assinalar a nossa estranheza face ao curtíssimo prazo que a Autoridade aqui estabelece, que aliás não tem qualquer paralelo com a posição da Comissão Europeia, nem, tanto quanto sabemos, com a própria prática decisória da

- AdC. No caso da Comissão, os prazos indicativos por si estabelecidos contemplam 6 meses para a primeira etapa de alienação, acrescidos de 3 meses para a intervenção do mandatário de alienação e mais 3 meses para a implementação da operação<sup>15</sup>.
- 4.5.3. Mesmo em tese, o prazo de 6 meses indicado nas Linhas de Orientação é manifestamente apertado para iniciar e concretizar todo o processo de alienação, tendo para mais em conta que, nesse cenário, a AdC estará também a limitar significativamente e sem justificação a possibilidade de a notificante proceder à venda directamente e por um “preço de mercado”.
- 4.5.4. Deste modo, sugerimos que a AdC tome como referência indicativa os prazos estabelecidos pela Comissão.
- 4.5.5. No que respeita ao evento a partir do qual começa a contar o prazo de execução dos compromissos, o parágrafo 105 contém uma regra que cobre a larga maioria dos casos. Esse prazo deve contar-se a partir da data da decisão de não oposição da AdC, ou da data em que a(s) notificante(s) assumam(m) o controlo da empresa adquirida.
- 4.5.6. A nosso ver, deve ainda ser acrescentada uma terceira hipótese, reservada para as situações em que a implementação da operação de concentração não produz efeitos imediatos sobre a estrutura dos mercados relevantes, porque, por exemplo, a empresa adquirida não desenvolve ainda qualquer actividade e só virá a fazê-lo no futuro. Nestes casos, o que faz sentido é que a execução dos compromissos, e eventualmente até a avaliação da sua necessidade, sejam diferidas para o momento em que a empresa adquirida inicia a sua actividade e, conseqüentemente, a operação de concentração produz os seus efeitos<sup>16</sup>.

## 5. ASPECTOS PROCESSUAIS

- 5.1. No que respeita aos aspectos processuais das Linhas de Orientação, notamos à partida uma clara desproporção de tratamento entre as indicações escassas e pouco precisas sobre as fases de apresentação, negociação e apreciação de compromissos, constantes dos parágrafos 109 a 113, e a definição detalhada, e aparentemente taxativa, dos vários actos e formalidades de execução dos compromissos e respectivos prazos, subsequentes a uma decisão de não oposição, nos vários pontos do parágrafo 119.
- 5.2. Tendo em conta que as Linhas de Orientação pretendem reforçar, entre outros aspectos, a transparência e a segurança jurídica do procedimento de controlo de concentrações de empresas<sup>17</sup>, os parágrafos que se seguem contêm um conjunto de sugestões que visam precisamente assegurar o respeito pelos princípios da transparência, da segurança jurídica e do respeito pelos direitos de defesa, princípios gerais do procedimento administrativo que na versão das Linhas de Orientação submetida a consulta pública não parecem estar suficientemente acautelados.

---

<sup>15</sup> Cfr. o parágrafo 98 da Comunicação sobre as medidas de correcção.

<sup>16</sup> Foi também esta a posição da AdC no processo Ccent. 23/2010 *EDP Produção / Greenwouga*.

<sup>17</sup> Cfr. o parágrafo 1 das Linhas de Orientação.

### **5.1. Ónus da prova em matéria de concentrações modificadas por compromissos**

- 5.1.1. Sugere-se que seja inserida nas Linhas de Orientação uma breve referência às regras aplicáveis em matéria de ónus da prova no procedimento de controlo das concentrações quando sejam apresentados compromissos.
- 5.1.2. Nos termos do n.º 4 do artigo 12.º da Lei da Concorrência, a Autoridade apenas poderá proibir uma concentração se demonstrar que esta cria ou reforça uma posição dominante da qual resultem entraves significativos à concorrência efectiva num ou mais mercados relevantes no território nacional.
- 5.1.3. Tendo em conta que a Lei da Concorrência permite às empresas notificantes apresentar compromissos para dar resposta às preocupações jus-concorrenciais identificadas pela Autoridade<sup>18</sup>, e que esses compromissos modificam a concentração originalmente notificada, a Autoridade da Concorrência, para proibir uma operação, tem o dever de demonstrar que a concentração, *tal como modificada pelos compromissos*, cria ou reforça uma posição dominante da qual resultem entraves significativos à concorrência<sup>19</sup>.
- 5.1.4. Com efeito, embora as partes tenham o dever de propor compromissos suficientes para eliminar as preocupações de concorrência e apresentar as informações necessárias para a sua apreciação (na medida em que apenas as partes dispõem de todas as informações pertinentes), incumbe à AdC demonstrar que uma concentração, tal como alterada pelos compromissos propostos, deve ser proibida, por criar ou reforçar, não obstante os compromissos apresentados, uma posição dominante nos mercados relevantes da qual resultem entraves à concorrência efectiva. Como resulta da jurisprudência dos tribunais europeus, o ónus da prova para efeitos da proibição ou da autorização de uma concentração alterada por uma proposta de compromissos está assim sujeito às mesmas regras que as aplicáveis a uma concentração inalterada<sup>20</sup>.

### **5.2. A comunicação das preocupações jus-concorrenciais pela Autoridade às partes notificantes**

- 5.2.1. Ao longo das Linhas de Orientação, a Autoridade refere-se por diversas vezes às “preocupações jus-concorrenciais identificadas”<sup>21</sup> ou aos “problemas jus-concorrenciais identificados”<sup>22</sup>, na medida em que os compromissos são alterações a uma concentração notificada que são propostas pelas partes para dar resposta às

<sup>18</sup> Cfr. o artigo 35.º, n.º 2 da Lei da Concorrência.

<sup>19</sup> É o que decorre da leitura conjunta dos artigos 12.º, n.º 4 e 35.º n.º 3 (aplicável ex vi o artigo 37.º, n.º 2) da Lei da Concorrência e do artigo 9.º do Código de Procedimento Administrativo (“CPA”), que consagra o dever de decisão das autoridades administrativas.

<sup>20</sup> Cfr. o acórdão de 21 de Setembro de 2005 no proc. T-87/05, *EDP c. Comissão*, n.ºs 62 e ss., bem como a Comunicação da Comissão sobre medidas de correcção, *cit.*, §§ 6 a 8.

<sup>21</sup> Cfr. os parágrafos 4, 21, 61, 65, 77, 91, 92, 97, 98, 116, 124, 128 e 150 das Linhas de Orientação.

<sup>22</sup> Cfr. os parágrafos 7, 12, 22, 41, 63, 70 (nota 65), 81, 82, 96, 100, 101, 109, 109 (nota 102), 115 e 124 das Linhas de Orientação.

- preocupações jus-concorrenciais identificadas pela Autoridade* no âmbito da análise da operação.
- 5.2.2. No entanto, a única referência nas Linhas de Orientação à forma como, ou ao momento do procedimento administrativo em que, tais preocupações são identificadas e comunicadas pela Autoridade às partes, encontra-se na nota de rodapé 106.
- 5.2.3. Esta nota limita-se a referir sucintamente que «[o]s *problemas suscitados pela operação de concentração são os transmitidos às partes de forma informal em reuniões de “state of Play” ou em eventual projecto de decisão de proibição notificado.*»
- 5.2.4. O artigo 38.º da Lei da Concorrência exige que a Autoridade da Concorrência proceda formalmente à audição dos autores da notificação em momento anterior à adopção de uma decisão final no procedimento ou de uma decisão de passagem à fase de investigação aprofundada. No entanto, a Autoridade tem entendido a obrigação de audiência prévia como a formalidade de notificar às partes um projecto de decisão final, perto do termo do procedimento, e praticamente no fim do prazo de decisão (e da “ameaça” do deferimento tácito).
- 5.2.5. Em especial, a prática da Autoridade vai no sentido de, no caso de decisões de não oposição que envolvem compromissos, notificar às partes o projecto de decisão (o primeiro documento que lhes é transmitido contendo as objecções da Autoridade à concentração), em sede de audiência prévia, apenas depois de os compromissos terem sido apresentados, apreciados, negociados e aprovados pela Autoridade, ou seja, quando esta decisão está praticamente “fechada”. Em tais casos a audiência dos autores de notificação tem consistido numa mera formalidade.
- 5.2.6. A breve referência nas Linhas de Orientação à transmissão informal das preocupações jus-concorrenciais, reflecte, assim, a prática conhecida da Autoridade em matéria de concentrações que envolvem compromissos, a qual se tem de facto traduzido na transmissão das preocupações jus-concorrenciais através de reuniões de trabalho e outros contactos verbais mantidos entre a Autoridade e as partes notificantes, tanto na Fase I (instrução) como na Fase II (investigação aprofundada) do procedimento.
- 5.2.7. Aliás, o entendimento da Autoridade, não desprovido de controvérsia, de que após a audiência de interessados prevista no artigo 38.º da Lei da Concorrência apenas podem ser aceites compromissos a título excepcional (cfr. a nota de rodapé 104 das Linhas de Orientação) denota a sua percepção quanto à função meramente formal da audiência de interessados no procedimento administrativo de controlo de concentrações, pelo menos no que respeita aos direitos das partes notificantes.
- 5.2.8. Sem prejuízo da relevância e utilidade de reuniões de ponto de situação (“*state of play*”) ao longo do procedimento, o entendimento plasmado nas Linhas de Orientações não permite, em nosso entender, respeitar de forma adequada os princípios gerais do direito administrativo, em particular os princípios dos direitos de defesa, da participação e da segurança jurídica<sup>23</sup>. As Linhas de Orientação

---

<sup>23</sup> Os princípios do respeito pelos direitos de defesa e da participação das partes no procedimento são os únicos princípios do procedimento administrativo que não são referidos nas Linhas de Orientação: com efeito, a

também se afastam neste ponto do regime jurídico europeu do controlo das concentrações (a matriz inspiradora do regime nacional), da jurisprudência dos tribunais europeus, da prática da Comissão Europeia e das recomendações de instituições internacionais como a International Competition Network (“ICN”) e a OCDE.

- 5.2.9. O Regulamento das Concentrações dispõe que a Comissão deve basear as suas decisões exclusivamente em objecções relativamente às quais as partes tenham podido fazer valer as suas observações, afirmando de forma expressa que os direitos de defesa são plenamente garantidos durante o processo<sup>24</sup>. Durante a Fase 2 do procedimento, a Comissão deve comunicar por escrito às partes notificantes as suas objecções, através do envio da chamada “comunicação de objecções”, fixando um prazo durante o qual as partes notificantes têm a possibilidade de lhe apresentar as suas observações por escrito<sup>25</sup>. E, especificamente em matéria de compromissos, a Comunicação sobre Compromissos refere que «a Comissão informa as partes das suas preocupações de concorrência, a fim de lhes permitir apresentar propostas de medidas de correção adequadas e pertinentes»<sup>26</sup>.
- 5.2.10. Conforme reconhece a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a comunicação de objecções é um documento essencial para assegurar o exercício eficaz dos direitos de defesa, e em particular o princípio do contraditório, princípio fundamental, tanto de direito europeu como de direito português. Este princípio exige que a empresa interessada tenha podido, durante o procedimento administrativo, dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e das circunstâncias alegados, bem como sobre os documentos considerados por uma autoridade de concorrência em apoio da sua alegação quanto à existência de uma situação de incompatibilidade com as regras de direito da concorrência<sup>27</sup>.
- 5.2.11. Em particular, segundo o Tribunal, apenas com a comunicação de objecções as partes na operação de concentração podem obter indicações detalhadas quanto às objecções da autoridade de concorrência a respeito da concentração notificada e aos argumentos e meios de prova em que esta se apoia para este efeito<sup>28</sup>. Importa referir que, nos termos da jurisprudência europeia, a violação dos direitos de defesa constitui um vício susceptível de afectar a validade de uma decisão final em matéria de controlo de concentrações<sup>29</sup>.

---

Autoridade tem em conta, para avaliar o momento de apresentação de compromissos, os princípios da segurança e certeza jurídica, os direitos de participação de terceiros e a eficiência do controlo das concentrações (cfr. as Linhas de Orientação).

<sup>24</sup> Cfr. o artigo 18.º, n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO L 24, de 29.1.2004, p. 1.

<sup>25</sup> Cfr. o artigo 13.º, n.º 2 do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão, de 21 de Abril de 2004, de execução do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO L 133, de 30.4.2004).

<sup>26</sup> Cfr. a Comunicação sobre Compromissos, n.º 6.

<sup>27</sup> Cfr. o acórdão de 10 de Julho de 2008 no proc. C-413/06 P, *Bertelsmann AG c. Impala*, n.º 61.

<sup>28</sup> Cfr. o acórdão *Bertelsman c. Impala*, cit. na nota n.º 27, n.º 89.

<sup>29</sup> Cfr. em particular o acórdão de 22 de Outubro de 2002 no proc. T-310/01, *Schneider c. Comissão*, n.ºs 453 e ss. O Tribunal considerou que a comunicação de objecções não permitiu à Schneider avaliar em toda a sua dimensão os problemas de concorrência identificados pela Comissão, o que impossibilitou a empresa de

- 5.2.12. As recomendações da OCDE vão no mesmo sentido: «*merger laws should ensure procedural fairness for merging parties, including the opportunity for merging parties to obtain sufficient and timely information about material concerns raised by a merger [and] a meaningful opportunity to respond to such concerns*»<sup>30</sup>.
- 5.2.13. E, finalmente, a ICN recomenda em particular que «*[i]n any event, the communication of [the competitive concerns should be made in time for the merging parties to have an opportunity to respond to these concerns and to consider and propose remedies to address these concerns prior to the issuance of a final enforcement decision*»<sup>31</sup>.
- 5.2.14. Sem dispor de um documento, transmitido em tempo útil, no qual a Autoridade exponha de forma clara e detalhada as suas preocupações jus-concorrenciais quanto ao impacto provável de uma concentração nos mercados relevantes, as partes notificantes não estão em condições de apresentar utilmente compromissos que respondam de forma adequada, suficiente e proporcional a tais preocupações.
- 5.2.15. Com efeito, as partes notificantes dificilmente poderão apresentar “remédios” a uma concentração eventualmente problemática sem conhecer previamente, em termos precisos, o “diagnóstico” das preocupações jus-concorrenciais que esta suscita.
- 5.2.16. Por outro lado, caso não exista, em momento prévio à apresentação dos compromissos, um documento que identifique de forma clara as preocupações jus-concorrenciais identificadas pela Autoridade, a adequação e proporcionalidade dos compromissos apresentados pelas partes face às referidas preocupações não poderão ser susceptíveis de uma fiscalização judicial efectiva, direito fundamental constitucionalmente garantido às partes notificantes e aos terceiros cujos direitos e interesses tenham sido afectados por uma decisão final da Autoridade<sup>32</sup>.
- 5.2.17. As próprias Linhas de Orientação acabam por impor esta conclusão. De acordo com o parágrafo 115, as propostas de compromissos devem «*resolver todos os problemas de concorrência suscitados pela concentração*» e estar enunciadas de forma clara e simples, em particular no que respeita aonexo entre os problemas jus-concorrenciais e o teor e as modalidades dos compromissos assumidos pelas partes.

---

contestar o mérito da tese da Comissão e, em particular, de beneficiar “da oportunidade de apresentar efectivamente e em tempo oportuno propostas de cessão de activos de dimensão suficiente para permitir resolver os problemas de concorrência identificados pela Comissão nos mercados [em causa]”.

<sup>30</sup> *Recommendation of the Council on Merger Review*, de 2005, disponível em [www.ocde.org](http://www.ocde.org), p. 2.

<sup>31</sup> Cfr. as *Recommended Practices for Merger Notification Procedures* da ICN, disponível em [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org), pp. 19 e 20, que são especialmente ilustrativas a este respeito:

“Merging parties should have sufficient information on the material competitive concerns raised by the transaction. Information disclosed to the merging parties should allow them to ascertain the legal, economic and factual bases on which the competitive concerns are founded. (...) Merging parties should have information on the competitive concerns in a timely manner. Without compromising the effectiveness of an investigation or the outcome of enforcement proceedings, the competition agency should consider apprising merging parties of specific concerns as soon as possible during the investigation, so the parties can express their views. In any event, the communication of such competitive concerns should be made in time for the merging parties to have an opportunity to respond to these concerns and to consider and propose remedies to address these concerns prior to the issuance of a final enforcement decision (...).

<sup>32</sup> Cfr. o artigo 268.º, n.º 4 da Constituição.

- 5.2.18. Ora, para que estejam em condições de enunciar as propostas de compromissos «*de forma clara e simples*», tal como exigido pela Autoridade, as partes devem ter, em momento prévio, conhecimento de “todos os problemas de concorrência suscitados pela concentração”, enunciados, no mínimo, de forma igualmente “clara e simples”, o que implica necessariamente que sejam transmitidos por escrito.
- 5.2.19. Sem prejuízo do já exposto, consideramos que o grau de exigência quanto à formalização e densificação das preocupações jus-concorrenciais pela Autoridade varia consoante a fase do procedimento em causa.
- 5.2.20. Resulta da estrutura da Lei da Concorrência que, na 1.<sup>a</sup> fase do procedimento, a Autoridade realiza uma investigação preliminar (designada por “instrução”) com vista a determinar se a concentração suscita dúvidas quanto à sua compatibilidade com a Lei da Concorrência. Caso conclua em sentido negativo, adopta uma decisão de não oposição e encerra o procedimento; caso tenha dúvidas sobre se a concentração é susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência nos mercados relevantes, a Autoridade deve iniciar a 2.<sup>a</sup> fase e realizar uma investigação aprofundada que dissipe, ou confirme, as dúvidas identificadas na instrução. Na 1.<sup>a</sup> fase, a apresentação de compromissos pelas partes permite evitar a abertura de uma investigação aprofundada; na 2.<sup>a</sup> fase, permite evitar a adopção de uma decisão de proibição<sup>33</sup>.
- 5.2.21. A exemplo do que sucede no regime europeu das concentrações, consideramos que na 1.<sup>a</sup> fase do procedimento não se justifica exigir à Autoridade a preparação de uma “comunicação de objecções”, por um lado porque a investigação preliminar realizada até então apenas permitiu identificar dúvidas preliminares e, por outro, porque a apresentação de compromissos visa precisamente evitar a abertura de uma investigação aprofundada que permitiria à Autoridade confirmar e concretizar tais objecções. Na 1.<sup>a</sup> fase do procedimento, portanto, as dúvidas da Autoridade poderão ser transmitidas de modo informal às partes, designadamente em reuniões de trabalho ou de “ponto de situação”<sup>34</sup>.
- 5.2.22. Pelo contrário, na 2.<sup>a</sup> fase do procedimento, os princípios e regras acima referidos impõem que a Autoridade, após ter realizado as diligências de investigação aprofundada, comunique as conclusões de tal investigação, através do envio às Partes de uma “comunicação de objecções” ou documento de conteúdo semelhante, que lhes permita não só apresentar as suas observações às preocupações identificadas, mas sobretudo apresentar compromissos que sejam adequados e suficientes para eliminar tais preocupações.
- 5.2.23. A decisão de dar início à investigação aprofundada não constitui, por regra, base adequada para a comunicação de objecções da Autoridade, uma vez que é adoptada no fim da 1.<sup>a</sup> Fase, num momento em que a Autoridade ainda apenas tem “sérias

---

<sup>33</sup> Cfr. os artigos 35.º, 36.º e 37.º da Lei da Concorrência.

<sup>34</sup> Cfr. o n.º 78 da Comunicação sobre medidas de correção. A Comissão compromete-se a informar as partes sobre as suas sérias dúvidas atempadamente antes do prazo por ela fixado para a apresentação de compromisso na 1.<sup>a</sup> fase do procedimento (20 dias úteis após a notificação). Neste caso, as partes notificantes serão formalmente convidadas a participar numa reunião para fazer o ponto da situação.

dúvidas” relativamente à operação e não dispôs de tempo para a investigação aprofundada<sup>35</sup>.

5.2.24. Por outro lado, tendo em conta o prazo de decisão a que a Autoridade está sujeita, é conveniente que a “comunicação de objecções” seja enviada às partes logo após a conclusão das diligências de investigação adicionais, tão cedo quanto possível no decurso da 2.ª fase do procedimento.

5.2.25. Finalmente, as considerações tecidas acima relativamente à 1.ª fase do procedimento apenas são aplicáveis aos procedimentos em que, na linha do espírito do legislador, a instrução do procedimento corresponda a uma verdadeira investigação preliminar, que se pretende célere. Se, pelo contrário, a Autoridade entender realizar, no âmbito da 1.ª fase, diligências cujas características se assemelhem às de uma investigação aprofundada (designadamente quanto à respectiva duração), e que lhe permitam ter objecções definidas à concentração, consideramos que em tais casos deverá transmitir as suas objecções às partes por escrito, nos mesmos termos do que os exigidos durante a 2.ª fase do procedimento<sup>36</sup>.

5.2.26. Sugerimos pois que as Linhas de Orientação sejam revistas em conformidade com as considerações acima expostas, o que poderá passar por inserir dois parágrafos, logo após o parágrafo 109, no espírito das linhas que se seguem:

(...). **«Na 1.ª fase do procedimento, caso lhe seja solicitado a Autoridade convidará as partes notificantes a participar numa reunião na qual as informará das dúvidas suscitadas pela operação, tendo em conta as diligências realizadas até então, de forma a lhes permitir apresentar atempadamente propostas de compromissos, os quais devem ser suficientes para afastar a necessidade de iniciar uma investigação aprofundada.»**

(...). **«Na 2.ª fase do procedimento, após ter realizado as diligências de investigação adicionais necessárias a Autoridade comunica por escrito às partes notificantes as suas objecções à concentração, a fim de lhes permitir apresentar, em tempo útil, propostas de compromissos adequadas e pertinentes.»**

---

<sup>35</sup> Em certos casos, porém, a decisão de dar início à investigação aprofundada poderá ser suficiente para a apresentação de compromissos, se a análise realizada durante a 1.ª fase já permitir definir as principais preocupações jus-concorrenciais.

<sup>36</sup> Reconhecemos que durante a 1.ª fase do procedimento a Lei da Concorrência confere alguma flexibilidade à Autoridade em matéria de prazos, na medida em que o artigo 34.º (ao contrário do artigo 36.º) não prevê limites às suspensões de prazo motivadas por pedidos de informações adicionais na 1.ª fase. Não nos parece, no entanto, nem conforme ao espírito do legislador, nem conveniente, que a 1.ª fase do procedimento seja transformada numa verdadeira investigação aprofundada (com uma duração equivalente, ou que exceda, a 2.ª Fase do procedimento), sob pena de se desvirtuar a estrutura do sistema português de controlo das concentrações, que prevê, em princípio, uma 1.ª fase de investigação preliminar, que se pretende célere, e uma 2.ª fase, no decurso da qual se procede à investigação aprofundada.

### 5.3. A apresentação de compromissos nas duas Fases do Procedimento

- 5.3.1. As Linhas de Orientação são muito detalhadas quanto aos requisitos que as propostas de compromissos devem cumprir (e quanto aos prazos a que as partes estão sujeitas na execução dos compromissos após a decisão, como veremos adiante), mas, em contraste, não avançam qualquer indicação útil quanto aos momentos, no decurso do procedimento administrativo, em que tais propostas devem ser apresentadas, o que não assegura a prossecução do objectivo assumido pela Autoridade de reforço da transparência e da segurança jurídica.
- 5.3.2. Tal como referido no parágrafo 112 das Linhas de Orientação, a Lei da Concorrência não prevê expressamente prazos para a apresentação de compromissos. Nada impede, no entanto, que as Linhas de Orientação da Autoridade contenham indicações, designadamente de boas práticas, quanto aos prazos mais adequados para a apresentação e apreciação dos compromissos, que são de grande utilidade para que as partes notificantes tenham uma ideia indicativa do calendário do procedimento e dos vários momentos processuais do mesmo<sup>37</sup>. As propostas neste sentido que se sugerem em seguida contribuem, assim, para reforçar a transparência e a segurança jurídica no procedimento.
- 5.3.3. É desde logo conveniente que o parágrafo 109 e a nota 102 (bem como os parágrafos 9 e 10) sejam clarificados, por forma a precisar os diferentes objectivos específicos prosseguidos pelos compromissos consoante a fase em que os mesmos são apresentados. É novamente relevante a este propósito a jurisprudência dos tribunais europeus no âmbito do Regulamento das Concentrações:
- «Os compromissos assumidos durante a fase I, ao contrário dos compromissos assumidos durante a fase II, não visam impedir a criação ou o reforço de uma posição dominante mas sim dissipar quaisquer dúvidas sérias a este respeito. Daqui resulta que os compromissos assumidos durante a fase I devem constituir uma resposta directa e suficiente, susceptível de afastar claramente as dúvidas sérias suscitadas<sup>38</sup>.»
- 5.3.4. Assim, das Linhas de Orientação deve resultar claro que na 1.<sup>a</sup> fase do procedimento, para que os compromissos permitam evitar uma decisão de abertura de investigação aprofundada, em princípio: (i) as preocupações de concorrência devem ser facilmente identificáveis no decurso da investigação preliminar realizada nesta fase (que o legislador pretendeu célere, pelo que não nos parece adequado falar em “investigação mais ou menos aprofundada” na 1.<sup>a</sup> fase<sup>39</sup>); e (ii) os compromissos a apresentar devem ser suficientes para excluir de forma clara a necessidade de iniciar uma investigação aprofundada.
- 5.3.5. Por outro lado, mesmo não estabelecendo prazos limite para a apresentação de compromissos, seria útil que as Linhas de Orientação contivessem algumas

---

<sup>37</sup> A este propósito, notamos que as regras de direito europeu sobre prazos de compromissos constam do Regulamento (CE) 802/2004, um acto regulamentar de execução do Regulamento das Concentrações, aprovado pela Comissão, de natureza jurídica aliás semelhante à dos regulamentos aprovados pela Autoridade no exercício da sua competência regulamentar.

<sup>38</sup> Cfr. o acórdão de 3 de Abril de 2003, proc. T-119/02, *Royal Phillips Electronics c. Comissão*, n.º 79.

<sup>39</sup> Sugerimos pois que a expressão seja retirada da nota 102.

indicações neste sentido. Por exemplo, caso as partes pretendam que a Autoridade adopte uma decisão de não oposição na 1.<sup>a</sup> fase, no prazo de 30 dias úteis após a notificação, quando existam dúvidas jus-concorrenciais, deverão apresentar uma proposta de compromissos tão cedo quanto possível, e num prazo que permita à Autoridade analisar os compromissos e adoptar a decisão final, no respeito pelo prazo legal. Provavelmente, para tal efeito os compromissos deverão ser apresentados no máximo até uma data entre o 15.<sup>o</sup> e o 20.<sup>o</sup> dias úteis após a notificação.

- 5.3.6. A indicação de prazos para a apresentação de compromissos é particularmente relevante na 2.<sup>a</sup> fase do procedimento, pois os princípios da transparência e da segurança jurídica aconselham a que a Autoridade estime, mesmo de forma aproximada, a calendarização sequencial dos momentos processuais possíveis nesta fase, designadamente: as diligências de investigação adicionais (a “investigação aprofundada” propriamente dita); o envio da “comunicação de objecções” às partes; a apresentação de observações a esta comunicação; a apresentação de compromissos; a apreciação dos compromissos; a consulta ao mercado; e a audiência dos interessados.
- 5.3.7. Tendo em conta que, na redacção da Lei actualmente em vigor, a Autoridade dispõe de 60 dias úteis para decidir em 2.<sup>a</sup> fase (se tiver dispendido os 30 dias úteis disponíveis na 1.<sup>a</sup> fase)<sup>40</sup>, com a possibilidade de suspensão durante 10 dias úteis adicionais para pedidos de informações<sup>41</sup>, parece razoável prever que em princípio as diligências de investigação aprofundada deverão estar terminadas, e uma “comunicação de objecções” enviada às partes, entre o 30.<sup>o</sup> e o 40.<sup>o</sup> dia útil do prazo.
- 5.3.8. Segue-se o prazo para as partes notificantes (e os contra-interessados) deduzirem observações à “comunicação de objecções”, durante o qual o prazo de decisão estará suspenso (nos termos do artigo 38.<sup>o</sup>), e para a apresentação de compromissos pelas partes notificantes. A Autoridade deverá então dispor de tempo suficiente para apreciar a proposta de compromissos, que poderá ser modificada pelas partes.

---

<sup>40</sup> Cfr. o artigo 36.<sup>o</sup>, n.ºs 1 e 3.

<sup>41</sup> Registamos a este propósito (embora não seja este o objecto dos presentes comentários) o nosso desacordo com a interpretação (na nossa perspectiva, *contra legem*) do artigo 36.<sup>o</sup>, n.º 3 da Lei da Concorrência perfilhado pela Autoridade nas suas Orientações quanto à Alteração da Lei da Concorrência pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 1 de Fevereiro de 2007. Em nosso entender, *de iure condendo* parece mais adequado à realidade nacional um prazo de 2.<sup>a</sup> fase de 90 dias úteis desde a decisão que determinou o início da investigação aprofundada (a solução original do artigo 36.<sup>o</sup>), e parece também conveniente prever a possibilidade de uma certa flexibilidade na extensão dos prazos, por acordo entre a Autoridade e as partes notificantes (a exemplo do que acontece no plano europeu). De todo o modo, notamos que em vários Estados-Membros as autoridades de concorrência na 2.<sup>a</sup> fase dispõem de prazos semelhantes, ou mesmo inferiores, ao do artigo 36.<sup>o</sup> na redacção actualmente em vigor. Por exemplo, na Alemanha o prazo das duas fase (Fases 1 e 2) compreende, no total, 4 meses; na Grécia, a 2.<sup>a</sup> fase tem a extensão de 90 dias desde a notificação; em Itália, a 2.<sup>a</sup> fase tem a duração de 45 dias (com possibilidade de extensão por 30 dias adicionais); na Noruega, a decisão final deve ser adoptada até 70 dias a partir da notificação (com mais 15 dias de extensão); em Espanha, a 2.<sup>a</sup> fase dura apenas 2 meses (com 15 dias de extensão); e na Suécia, a decisão final deve ser adoptada até 3 meses após o início da 2.<sup>a</sup> fase. Cfr. a este propósito os capítulos relevantes do *International Comparative Legal Guide to Merger Control* 2011, Global Legal Group, disponível em [http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&kh\\_publications\\_id=170](http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&kh_publications_id=170).

- 5.3.9. Prevendo a Lei da Concorrência um prazo de decisão em 2.<sup>a</sup> fase, findo o qual se forma uma decisão tácita de não oposição, parece-nos conveniente que a Autoridade dê alguma indicação de até quando considera que as partes deverão apresentar as suas propostas de compromissos, tanto as iniciais como as modificadas.
- 5.3.10. Neste contexto, a redacção do parágrafo 113 é pouco clara, em particular no que respeita à ambiguidade dos casos em que a apresentação de compromissos lesa a “eficiência do controlo de concentrações” e “os princípios da segurança e da certeza jurídica”.
- 5.3.11. Uma vez que o prazo de decisão em 2.<sup>a</sup> fase é imperativo, e comporta suspensões limitadas, convidamos a Autoridade, tendo em conta a prossecução do objectivo de segurança jurídica, a rever este parágrafo. Parece-nos em particular conveniente definir um prazo indicativo para a realização da audiência de interessados prevista na nota 104, a partir da qual a aceitação de compromissos pela Autoridade passará a ter carácter excepcional (solução que apenas será admissível caso uma “comunicação de objecções” tenha sido previamente comunicada em tempo útil às partes, como vimos acima<sup>42</sup>). As Linhas de Orientação poderiam prever, por exemplo, que a Autoridade apenas se considera obrigada a analisar os compromissos se estes forem apresentados até uma data situada, por exemplo, entre o 50.º e o 55.º dia útil do procedimento.
- 5.3.12. As Linhas de Orientação devem referir também que, sem prejuízo da referência a prazos indicativos para a apresentação de compromissos na 2.<sup>a</sup> fase, a Autoridade está disposta a discutir compromissos adequados no decurso desta fase muito antes do termo de tais prazos, o que poderá ser relevante designadamente quando as preocupações jus-concorrenciais suscitadas pela operação já estiverem suficientemente identificadas no início da investigação aprofundada.
- 5.3.13. Não nos parece também adequado, tendo em conta as regras do procedimento administrativo português, que os prazos estabelecidos nas Linhas de Orientação sejam em geral contínuos, como se prevê na nota de rodapé 99. Esta nota talvez se refira aos prazos dos vários actos e formalidades relacionados com a execução dos compromissos, constantes das minutas de documento de compromissos e de contratos de mandato, e reproduzidos no parágrafo 119. De todo o modo, uma vez que propomos que os referidos prazos deixem de constar do corpo das Linhas de Orientação, como veremos adiante, e que propomos que o documento passe a referir prazos indicativos contados em dias úteis (como vimos acima), sugerimos que a nota de rodapé 99 seja suprimida.
- 5.3.14. Finalmente, no parágrafo 116, prevê-se que seja junta à proposta de compromissos uma versão não confidencial da mesma, na medida em que «[e]sta versão não confidencial dos compromissos deve permitir a terceiros apreciar *plenamente* a viabilidade e a eficácia dos compromissos». Todavia, tendo em conta que os

---

<sup>42</sup> A este propósito, notamos que a decisão de 25 de Novembro de 2005 no proc. 37/2004, *Barraqueiro/Arriva (ATMS)*, referida como exemplo na nota 104, foi objecto de acção de anulação para o Tribunal de Comércio, processo que se encontra em curso, e que o entendimento da Autoridade, nesse processo, de rejeitar a proposta de compromisso estrutural (ou melhor, de que não era necessário proceder à análise da sua viabilidade económica), apenas porque tinha sido apresentada após a audiência de interessados, é certamente controverso.

documentos de compromissos contêm um grande número de informações confidenciais, sugerimos que a frase acima referida seja substituída por: **«[e]sta versão não confidencial dos compromissos deve permitir a terceiros apreciar de forma adequada a viabilidade e a eficácia dos compromissos».**

#### **5.4. Apreciação dos Compromissos pela Autoridade**

- 5.4.1. O princípio da transparência aconselha a que a Autoridade indique nas Linhas de Orientação a sua disponibilidade para realizar reuniões de ponto de situação (“*state of play*”) após a apresentação de compromissos, em ambas as fases do procedimento, para informar as partes da sua análise preliminar dos compromissos propostos e proporcionar-lhes, se for caso disso, oportunidade para modificar a proposta inicial de compromissos.
- 5.4.2. Sugerimos assim que seja inserido nas Linhas de Orientação um parágrafo (imediatamente após o parágrafo 118) nas linhas que se seguem:
- (...). **«Se a apreciação dos compromissos propostos revelar que estes não são suficientes para dissipar as preocupações jus-concorrenciais identificadas pela Autoridade, esta deve informar atempadamente as partes para lhes permitir apresentar alterações às propostas de compromissos inicialmente apresentadas, desde que a Autoridade disponha de tempo suficiente para apreciar adequadamente os compromissos alterados e para, se necessário (em particular se os mesmos representarem uma modificação substancial da proposta inicial), testar a proposta modificada junto do mercado.»**

#### **5.5. Execução dos compromissos após a decisão de não oposição da Autoridade**

- 5.5.1. A propósito do parágrafo 119, notamos que as alíneas (iii) a (xiii) correspondem a um sumário dos vários actos e formalidades previstos nas minutas de documento de compromissos e de contratos de mandato anexos às Linhas de Orientação.
- 5.5.2. Não temos dúvidas de que as referidas minutas, que se baseiam na prática anterior da Autoridade<sup>43</sup>, são de grande utilidade para as partes notificantes. Parece-nos, no entanto, que as Linhas de Orientação devem referir que as minutas são apenas modelos que não se destinam a abranger de forma exaustiva todas as questões que possam vir a suscitar-se, e que descrevem as modalidades habituais de compromissos assumidos pelas partes notificantes, conferindo ao mesmo tempo uma certa margem de flexibilidade de adaptação ao caso concreto<sup>44</sup>.
- 5.5.3. Neste contexto, sugere-se que as Linhas de Orientação refiram de forma clara que as soluções enunciadas nas minutas devem ser adaptadas às características do caso concreto, tendo em conta designadamente os compromissos apresentados e aceites pela Autoridade e o princípio da proporcionalidade.

---

<sup>43</sup> Em especial nas propostas de compromissos apresentadas pelas partes notificantes no âmbito dos proc. 8/2006, *Sonae/PT* (decisão de 28 de Dezembro de 2006), e 15/2006, *BGP/BPI*, decisão de 16 de Março de 2007.

<sup>44</sup> Cfr. neste sentido a Comunicação sobre medidas de correcção, n.º 21.

- 5.5.4. Pela mesma ordem de razões, não nos parece adequado que as Linhas de Orientação reproduzam em detalhe os vários actos de execução dos compromissos, previstos nas minutas, relativos à selecção dos eventuais mandatários e à execução dos eventuais compromissos de desinvestimento, nem que estabeleçam de forma taxativa prazos estritos durante os quais tais actos devem ser praticados (e, inclusivamente, os casos em que os mesmos prazos se suspendem).
- 5.5.5. Por um lado, ao fazerem referência, sem mais, às formalidades detalhadas relativamente à nomeação de figuras como as de mandatário de monitorização, mandatário de alienação e de gestor operacional independente, o parágrafo 119 presta-se a confusões quanto aos casos em que tais entidades deverão ser nomeadas. Por outro, tornam difícil a adaptação do texto das minutas às circunstâncias específicas do caso concreto imposta pelo princípio da proporcionalidade.
- 5.5.6. Parece-nos a este propósito suficiente que as Linhas de Orientação se limitem a enunciar as linhas gerais quanto à execução dos compromissos, remetendo o detalhe dos vários actos e formalidades necessárias para os modelos de minuta. Um ponto essencial a este propósito é o de que as Linhas de Orientação refiram de forma expressa que os prazos constantes das minutas são meramente indicativos e devem ser adaptados, caso a caso, por acordo entre partes notificantes e a Autoridade, às circunstâncias do caso concreto.
- 5.5.7. Sugerimos pois que os pontos (iii) a (xiii) do parágrafo 119 sejam suprimidos<sup>45</sup>.
- 5.5.8. Não nos parece adequado e razoável, em particular, prever que, no mesmo momento em que as partes apresentam à Autoridade uma proposta quanto às entidades que pretendem nomear como mandatários de monitorização e alienação (quando os compromissos tenham previsto a intervenção de tais figuras), devam apresentar igualmente planos de monitorização e de alienação, como se prevê nas alíneas (b) e (d) do ponto (iii) do parágrafo 119. Estes documentos deverão ser elaborados em conjunto pela notificante e pelo mandatário que tenha sido nomeado, com o acordo da Autoridade, pelo que exigir a apresentação de um plano antes da selecção do respectivo mandatário apenas fará as partes notificantes incorrer em custos elevados desnecessários (e que exigirão, em última análise, a apresentação de um projecto de plano por cada entidade proposta para exercer as funções de mandatário).

## 6. ALTERAÇÃO DE COMPROMISSOS

- 6.1. Esta secção das Linhas de Orientação postas em consulta pela Autoridade suscita diversas observações críticas relacionadas, no geral, com a rigidez excessiva de algumas das soluções propostas.
- 6.2. A alteração de compromissos corresponde, essencialmente, a uma actualização do juízo de prognose subjacente à própria decisão de não oposição com compromissos, em face de alterações supervenientes de circunstâncias com impacto sobre a estrutura dos mercados afectados. Justifica-se, neste âmbito, que não seja negada aos

---

<sup>45</sup> Caso a Autoridade entenda manter os pontos em questão, pelo menos deve ser adicionada, no final do prómio do ponto 119 (iii), a expressão “(...) quando aplicáveis ao caso em apreço: (...)”, devendo de todo o modo ser suprimidas as alíneas (b) e (c), pelas razões quês e explicam em seguida.

compromissos inicialmente formulados a maleabilidade necessária para que, por via da sua possível revisão, a sua eficácia na resolução dos problemas jusconcorrenciais identificados possa ser mantida num cenário em que a realidade do mercado evoluiu substancialmente desde o fim do procedimento administrativo.

- 6.3. Verifica-se, por outro lado, alguma imprecisão na remissão para normas do CPA que nem sempre se afiguram aplicáveis tendo em conta as especialidades da Lei da Concorrência e a heterogeneidade das situações reguladas em cada caso.
- 6.4. Por último, afigura-se necessário compatibilizar as orientações relativas às diferentes modalidades de alteração de compromissos com o disposto na secção 6 das Linhas de Orientação relativamente ao seu incumprimento.
- 6.5. No parágrafo 120, e a propósito do âmbito das cláusulas de revisão, ou reexame, de compromissos incorporadas e previstas *ab initio* numa decisão de não oposição, a AdC sugere uma diferenciação de regime consoante estejam em causa “condições” ou “obrigações”. No primeiro caso, apenas os “prazos intermédios” seriam susceptíveis de alteração enquanto, tratando-se de obrigações, já seria possível rever os respectivos prazos, periodicidade e conteúdo.
- 6.6. Não se entende o motivo para esta diferenciação quanto à amplitude da revisão admitida que tem por efeito limitar injustificadamente a margem para alteração no caso de estarem em causa as chamadas “condições”, sobretudo tendo em conta que, no contexto de cláusulas de reexame, as justificações fácticas para uma possível alteração dos compromissos no decurso da sua implementação se encontram previamente identificadas. Por outro lado, como já se referiu acima, a distinção entre condições e obrigações como categorias distintas no contexto dos compromissos assumidos pelas empresas notificantes afigura-se algo artificial e de contornos difusos, pelo que não parece aconselhável criar regimes diversos com base nessa distinção conceptual.
- 6.7. Por último, parece-nos desaconselhável utilizar conceitos como “*prazos intermédios*” e “*matérias sem impacto directo na estrutura jus-concorrencial*” (cfr. parágrafo 120), uma vez que o seu sentido não se apresenta de todo claro, sendo potencialmente geradores de uma enorme incerteza.
- 6.8. O parágrafo 121 apresenta-se algo ambíguo na medida em que se refere que «[d]iferente desta revisão é a alteração de compromissos (...)». No entanto, o conceito relevante é (sempre) o da alteração de compromissos, quer esta alteração resulte da verificação de factos ou pressupostos já previstos na formulação inicial dos compromissos (i.e. numa cláusula de revisão/reexame) quer resulte de alterações supervenientes às circunstâncias, «*com impacto na estrutura do mercado*» (cfr. parágrafo 124). A única diferença entre ambas as hipóteses é que, no caso de uma cláusula de revisão/reexame, algumas das circunstâncias que podem vir a justificar futuramente a alteração de compromissos são antecipadamente previstas no momento da decisão de não oposição embora, também neste caso, a alteração em causa dependa de um impulso específico (iniciativa oficiosa da AdC ou requerimento da empresa interessada).

- 6.9. Importa esclarecer que, estando em causa qualquer alteração dos compromissos que não seja manifestamente favorável à empresa onerada com o seu cumprimento, é sempre exigível o consentimento desta, nos termos do artigo 140.º, n.º 2, alínea b), do CPA.
- 6.10. Por outras palavras, o consentimento que é dado pela empresa notificante a uma eventual alteração de compromissos através de uma cláusula de revisão/reexame não corresponde a uma espécie de “cheque em branco” mas, pelo contrário, opera apenas nos limites estabelecidos pela própria cláusula e carece também, em regra, da concordância expressa da empresa notificante (salvo se a alteração em causa lhe for manifestamente favorável, por exemplo, por via da supressão de um ou mais compromissos e conseqüente desoneração da notificante).
- 6.11. No parágrafo 124 a AdC manifesta o entendimento de que *apenas* se deverá admitir uma alteração de compromissos impostos por uma decisão de não oposição na hipótese de se ter verificado, em momento subsequente a essa decisão, uma alteração das circunstâncias «*com impacto na estrutura do mercado*». Nessa hipótese, e na medida em que as preocupações jusconcorrenciais inicialmente identificadas ainda subsistam, haverá que adaptar (alterar) os compromissos de modo a que tais preocupações possam ser eliminadas.
- 6.12. A AdC enuncia correctamente os pressupostos a que deve estar sujeita a alteração de compromissos mas parece haver alguma contradição entre o teor deste parágrafo 124 e o do parágrafo 128 na medida em que neste último se refere «*o período de dois anos subsequente à decisão de não oposição com compromissos*». Em nossa opinião, não releva o momento em que se verifique a alteração de circunstâncias justificativa de uma alteração de compromissos, ou o tempo entretanto decorrido desde a decisão de não oposição: o factor relevante é o de se registar uma alteração de circunstâncias com impacto na estrutura do mercado, independentemente do momento em que a mesma ocorra.
- 6.13. A alteração de compromissos não se esgota nas duas hipóteses referidas no parágrafo 125 – revogação ou substituição –, pelo que é desaconselhável sugerir um elenco fechado de categorias.
- 6.14. Importa considerar, por exemplo, a hipótese de se vir a verificar no decurso da sua implementação que o pressuposto que justificou a imposição de um determinado compromisso não se verifica, ou deixou de se verificar, com a conseqüente desnecessidade do próprio compromisso<sup>46</sup>. Estes casos, de “inutilidade superveniente” de compromissos, são enquadráveis na figura geral da *caducidade* e podem resultar de inúmeros factores dificilmente previsíveis no momento em que é produzida a decisão de não oposição (por exemplo, entrada de novos concorrentes no mercado, inovação tecnológica e/ou obsolescência dos activos a desinvestir, etc.). Acresce que as configurações possíveis também podem não se esgotar na

---

<sup>46</sup> A realidade do mercado é dinâmica, por isso mesmo que qualquer decisão de não oposição (com ou sem compromissos) implica a formulação de juízos de prognose, falíveis por natureza. Nesse contexto, afigura-se especialmente desaconselhável a opção por soluções rígidas ou categorias inflexíveis no que diz respeito às modalidades que uma alteração de compromissos pode assumir.

- figura da caducidade, pelo que se afigura avisado não encerrar a alteração de compromissos numa tipologia de situações injustificadamente restritiva.
- 6.15. No parágrafo 126 afirma-se que uma decisão de não oposição é um acto configurável como acto constitutivo de direitos, o que não é líquido, até porque, nomeadamente, os direitos associados à liberdade de iniciativa privada e empresarial, incluindo o direito à aquisição de participações sociais e activos de outras empresas, são tutelados no âmbito da Constituição económica, ainda que nos termos da lei (cfr. artigos 61.º e 80.º da CRP). Por este motivo, seria preferível optar pela seguinte redacção: «***Na medida em que uma decisão de não oposição com compromissos possa ser configurada como um acto constitutivo de direitos (...)***».
- 6.16. Por último, tendo em conta a aplicação remissiva do disposto no n.º 2 do artigo 140.º do CPA e, em particular, da respectiva alínea b) (na parte respeitante à concordância de todos os interessados), seria conveniente clarificar que, para efeitos desta norma, se deverá distinguir entre a audição dos interessados e o respectivo consentimento.
- 6.17. Afigura-se pacífico que a única entidade cuja concordância releva, e se exige, para uma alteração de compromissos é a própria notificante.
- 6.18. Caso se entenda ser necessário ouvir quaisquer outros interessados – designadamente os terceiros que hajam intervindo no procedimento administrativo de controlo da concentração em causa manifestando-se em sentido desfavorável a essa operação –, é necessário tornar claro que estes terceiros assumem a qualidade de interessados meramente para efeitos procedimentais pelo que em hipótese alguma a alteração de compromissos dependerá da sua concordância.
- 6.19. Conforme se referiu acima, em anotação ao parágrafo 124, a referência, no parágrafo 128, a «*período de dois anos subsequente à decisão de não oposição com compromissos*» presta-se a confusão uma vez que o factor determinante a ter em conta não é o período temporal decorrido desde a decisão de não oposição mas, antes, que se haja verificado desde essa data uma alteração de circunstâncias relevante com impacto na estrutura do mercado e que, por isso, torne necessário ajustar os compromissos iniciais às novas circunstâncias.
- 6.20. Por outro lado, a remissão para o artigo 9.º, n.º 2 do CPA, constante da nota 117, afigura-se, salvo o devido respeito, incorrecta, embora se entenda que possa ter sido o regime constante daquela norma legal a suscitar a referência a um período temporal de dois anos após a decisão de não oposição.
- 6.21. O que esta norma do CPA consagra é que a administração não se encontra obrigada a decidir um pedido que lhe seja dirigido quando já tenha praticado, há menos de dois anos, um acto administrativo (i) sobre o *mesmo* pedido, (ii) formulado pelo mesmo particular, (iii) com os *mesmos* fundamentos. Ora, no caso de uma alteração de compromissos requerida pela empresa notificante no prazo de 2 anos a contar da decisão de não oposição da AdC, apenas o requerente é o mesmo – não se verifica qualquer identidade quanto ao pedido e os seus fundamentos uma vez que o pedido de autorização da operação de concentração (subjacente à respectiva notificação prévia) e um pedido posterior de alteração de compromissos nunca podem, por

- definição, ser *o mesmo pedido*. Um pedido de alteração de compromissos visa sempre, nessa medida, um acto novo com fundamentos novos.
- 6.22. Por conseguinte, a AdC estará sempre obrigada a decidir um requerimento de alteração de compromissos apresentado pela empresa notificante, independentemente do momento, após a decisão de não oposição, em que o mesmo lhe seja apresentado, *desde que* o mesmo se baseie numa alteração de circunstâncias relevante com impacto na estrutura do mercado.
- 6.23. Neste contexto, o parágrafo 128 (incluindo a nota 117) nada acrescenta à enunciação dos princípios aplicáveis à alteração de compromissos, pelo que se sugere a sua remoção da versão definitiva das Linhas de Orientação.
- 6.24. O parágrafo 129 parece algo desenquadrado no contexto da enunciação dos princípios aplicáveis à alteração de compromissos e é susceptível de originar interpretações ambíguas – designadamente devido à introdução de outro elemento temporal não previsto na lei (prazo de um ano após a decisão da AdC) – pelo que se sugere a sua remoção da versão definitiva das Linhas de Orientação.
- 6.25. A orientação vertida no parágrafo 130 não suscita qualquer objecção, no pressuposto de que se encontra salvaguardada, em qualquer caso, a possibilidade de atribuição de efeito retroactivo nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 145.º do CPA (hipótese que poderá assumir uma enorme importância em situações de impossibilidade objectiva e não culposa de execução de compromissos em que a decisão de alteração apenas tenha lugar depois do termo do prazo inicialmente estipulado para aqueles). Por outro lado, o teor da nota 118 parece desnecessário pelo que se sugere a sua remoção.
- 6.26. No parágrafo 133 importaria clarificar, embora já decorra do parágrafo 126, que a alteração oficiosa de compromissos pela AdC se encontra sempre sujeita à observância das condições consagradas no artigo 140.º, n.º 2 do CPA.
- 6.27. Por outro lado, importa ter em conta que mesmo a alteração oficiosa de compromissos pela AdC pode estar sujeita a limitações temporais, designadamente quando estejam em causa alterações com fundamento na invalidade do acto sobre o qual a AdC intervém. Neste contexto, são dois os cenários em que se pode enquadrar uma alteração oficiosa de compromissos pela AdC: (i) alteração a todo o tempo, com o acordo dos interessados (cfr. artigo 140.º, n.º 2 do CPA); (ii) alteração por ilegalidade, no prazo de um ano após a decisão de não oposição (cfr. artigo 141.º, n.º 1 do CPA).
- 6.28. Por conseguinte, sugere-se que a redacção deste ponto seja reformulada do seguinte modo: «***Nos casos de alteração oficiosa, sempre sujeito ao disposto no artigo 140.º, n.º 2 do CPA, a AdC não se encontra sujeita a limites temporais que não os impostos por lei, (...)***».
- 6.29. No parágrafo 134, as referências ao indeferimento presumido de pedidos de alteração de compromissos, à possibilidade de recurso judicial de tal indeferimento e ao artigo 109.º do CPA parecem desajustadas face ao regime actual do contencioso administrativo (Código de Processo nos Tribunais Administrativos, adiante “CPTA”). Em particular, em caso de omissão de pronúncia pela AdC em relação a

um pedido de alteração de compromissos, importa ter em conta a possibilidade de recurso à acção administrativa especial para condenação à prática de acto devido (cfr. artigo 66.º e ss. do CPTA).

- 6.30. Por conseguinte, sugere-se a reformulação da redacção deste parágrafo nos seguintes termos: «***Nos casos em que a alteração seja impulsionada por requerimento dos interessados, não se encontrando previsto prazo específico para a alteração, considera-se aplicável à pronúncia da AdC, a título subsidiário, o prazo geral previsto no n.º 1º do art. 58º do CPA. Decorrido este prazo, tem o particular interessado o direito a propor acção para condenação à prática de acto devido.***»
- 6.31. No parágrafo 136, de modo a abranger situações em que a alteração de compromissos se traduza num acto meramente declarativo (como, por exemplo, a constatação da caducidade do compromisso), sugerimos que se acrescente, no final deste parágrafo, a seguinte expressão: «***(...), é aplicável também a esta situação, salvo no caso de actos meramente declarativos ou análogos.***»

## 7. INCUMPRIMENTO DE COMPROMISSOS

- 7.1 Esta secção das Linhas de Orientação suscita uma série de problemas uma vez que remete para ideias e categorizações que não se encontram previstas na lei e que podem ter consequências fortemente indesejáveis caso se consolidem ao abrigo da prática decisória da AdC. Acresce que a regulamentação aqui sugerida, de uma forma que nos parece prematura – dada a inexistência de prática consolidada e de jurisprudência relevante – poderá criar problemas na interpretação e aplicação dos entendimentos propugnados pela AdC, conduzindo ao resultado oposto ao pretendido, qual seja, o de introduzir segurança jurídica.
- 7.2 Por este motivo, afigura-se-nos que a solução mais adequada seria a não inclusão nas Linhas de Orientação de quaisquer entendimentos doutrinários em matéria de incumprimento de compromissos.
- 7.3 Caso assim não seja, cabe referir que muitos dos pontos desta secção que nos merecem uma perspectiva crítica decorrem de opções conceptuais assumidas em momentos anteriores das Linhas de Orientação. Uma destas opções, já acima criticada, consta dos parágrafos 19, 53, 54 e 55 do documento e consiste na equiparação dos compromissos a obrigações de resultado («*(...) em todos os casos, os compromissos são prestações de resultado (...)*»), curiosamente um dos aspectos em que a distinção entre “condições” e “obrigações” poderia justificar alguma diferença de tratamento. A configuração de compromissos como obrigações de resultado é desadequada e tem consequências inaceitáveis para o regime aplicável ao seu incumprimento, tal como a AdC o constrói nas Linhas de Orientação (em especial nos parágrafos 144 a 150).
- 7.4 Aliás, considerar os compromissos sempre como uma obrigação de resultado seria também inconsistente, por exemplo, com a previsão de um compromisso estrutural que preveja um Segundo Período de Desinvestimento (cfr. parágrafo 119 *supra*), uma

- vez que este pressupõe a não execução daquele no termo do período de desinvestimento antecedente.
- 7.5 Em nosso entendimento, não existe actualmente trabalho doutrinal e jurisprudencial suficiente que permita fazer uma construção minimamente segura sobre as consequências jurídicas do incumprimento de compromissos. Neste contexto, a prudência aconselha que a AdC evite cristalizar conceitos nesta matéria, criando uma espécie de regulamentação que, seguramente, criaria mais problemas do que aqueles que poderia prevenir ou evitar.
- 7.6 No que respeita em particular ao teor dos parágrafos 144 a 150, corre-se o risco de consagrar um regime que, em diversos aspectos, estaria manifestamente em violação de princípios basilares do ordenamento jurídico português e, especialmente, da Lei da Concorrência, estabelecendo assim uma regulamentação *contra legem*.
- 7.7 Nos parágrafos 142 e 143, a AdC confere às consequências resultantes do possível incumprimento de compromissos um carácter quase automático, como se as mesmas se produzissem inelutavelmente, *ope legis*, o que não nos parece o entendimento mais correcto face ao teor das normas legais aplicáveis. Aliás, como a própria AdC afirma (cfr. parágrafo 144, *in fine*), os mecanismos de alteração – analisados *supra* – podem constituir precisamente um meio de ultrapassar dificuldades objectivas na execução de compromissos e obviar ao seu incumprimento.
- 7.8 Sugere-se, em conformidade, que a AdC substitua a expressão «(...) o incumprimento de “condições” / “obrigações” tem as seguintes consequências (...)» pela expressão «(...) o **incumprimento de “condições” / “obrigações” pode ter as seguintes consequências (...)**».
- 7.9 Segundo a AdC refere no parágrafo 144, «a não obtenção do resultado previsto com o compromisso corresponde a um incumprimento do mesmo» e «o risco de execução dos compromissos [é] integralmente assumido pela notificante».
- 7.10 Salvo o devido respeito, estas asserções levariam a consequências inadmissíveis e a um regime de incumprimento desconforme com a Lei da Concorrência.
- 7.11 As afirmações da AdC neste ponto remetem para um regime de responsabilidade objectiva das empresas notificantes que a lei não prevê nem admite.
- 7.12 Para que se possa falar com propriedade em incumprimento de compromissos é necessário, desde logo, que (i) a não execução dos compromissos seja *imputável* à notificante e (ii) que o seja a *título culposo* (cfr., designadamente, artigos 42.º e 43.º, n.º 1, alínea d), da Lei da Concorrência e artigos 1.º e 8.º, n.º 1, do Regime Geral das Contra-ordenações e Coimas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 17 de Outubro). É sintomático, aliás, que a Lei da Concorrência se refira ao «desrespeito de condições ou obrigações impostas às empresas pela Autoridade (...)» (cfr. artigo 43.º, n.º 1, alínea d), da Lei da Concorrência).
- 7.13 A aceitar-se um entendimento como aquele que a AdC aqui sugere, estar-se-ia a consagrar um regime de responsabilidade *pelo risco* que não tem a menor cobertura legal. Recorde-se que, no parágrafo 54 das Linhas de Orientação, a AdC defende inclusivamente que a empresa notificante incumpra um compromisso caso o

- resultado visado por este «*não seja atingido, independentemente de o motivo do incumprimento lhe ser ou não imputável*», o que corresponde a uma construção jurídica muito questionável.
- 7.14 A AdC desconsidera a hipótese de haver situações em que não seja possível implementar um determinado compromisso por motivos totalmente alheios à vontade ou actuação da notificante que está obrigada ao seu cumprimento.
- 7.15 Em nossa opinião, qualquer construção doutrinal a respeito desta matéria deveria enquadrar hipóteses como a *impossibilidade objectiva não culposa*, caso em que a não execução do compromisso afectado jamais deveria poder ser imputada à notificante. Por outro lado, haverá na prática inúmeras situações em que a não execução de um compromisso dentro do prazo fixado resultará da acção ou omissão de terceiros: pense-se, a título de exemplo e como acima referido, na hipótese de um compromisso estar dependente da emissão de licenças por entidades administrativas dentro de um determinado prazo. Noutros casos, a não verificação de um compromisso (estrutural) poderá ser imputável ao terceiro adquirente dos activos a desinvestir caso o negócio de venda respectivo venha a ser revertido por causa imputável a esse terceiro.
- 7.16 Por tudo isto, afigura-se inaceitável o regime proposto pela AdC em matéria da tipificação dos compromissos como obrigações de resultado e do regime aplicável ao seu incumprimento.
- 7.17 A hipótese aventada pela AdC no parágrafo 145, de que se possa estipular a retransmissão da titularidade jurídica das participações sociais, ou activos, da empresa adquirida ao respectivo alienante, caso a notificante verifique não estar em condições de cumprir «*qualquer das condições previstas*», é inaceitável. Na prática, isto equivaleria a condicionar os negócios de transmissão de participações sociais ou activos em que se consubstancia uma concentração à implementação de compromissos a que a alienante é alheia e que, como se viu acima, nem sequer podem ser garantidos pela própria notificante. E poderia, ainda, obrigar à reacquirição da empresa ou dos activos, nalguns casos vários anos após a transmissão inicial.
- 7.18 Noutras hipóteses, uma reversão da concentração nestes termos seria, por outro lado, não só do ponto de vista negocial como do ponto de vista legal, praticamente impossível (pense-se, entre muitos outros exemplos, numa oferta pública de aquisição com a aquisição de controlo sobre uma empresa cotada e a celebração de milhares de transacções individuais de compra e venda de acções com os respectivos accionistas).
- 7.19 No parágrafo 148, é de notar que a hipótese aqui referida, de substituição da decisão de não oposição com compromissos por uma decisão de proibição (uma vez apurado o incumprimento dos compromissos em análise), não parece ser consistente com o regime de incumprimento descrito, no parágrafo 143, para as “obrigações”.
- 7.20 O parágrafo 150 corresponde a um resumo de toda a matéria abordada nas Linhas de Orientação, parecendo-nos desadequado que o mesmo seja inserido, sistematicamente, na secção relativa ao incumprimento de compromissos.

- 7.21 Acresce que o disposto no segundo ponto deste parágrafo, acerca das consequências do incumprimento de compromissos / “condições”, mais uma vez, corresponde a uma tese que não parece ser defensável no plano jurídico. A *convolação* da decisão de não oposição numa decisão de proibição é uma figura que, pura e simplesmente, não existe. Para além disso, ao sugerir este efeito automático de proibição (a que a Lei da Concorrência ou o CPA não fazem qualquer referência) a AdC olvida a necessidade de abertura de procedimento oficioso nos termos do art. 40.º, n.º 1, alínea c), da Lei da Concorrência, o que, aliás, parece estar em contradição com o referido nos parágrafos 147 e 148 das Linhas de Orientação.
- 7.22 Como se referiu acima, as soluções sugeridas pela AdC nos parágrafos 144 a 150 das Linhas de Orientação suscitam inúmeras reservas, pelo que, em nossa opinião, estes parágrafos deveriam ser suprimidos da versão definitiva das Linhas de Orientação.

\* \* \*

Lisboa / Porto, Janeiro 2011

*Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados*  
*Sociedade de Advogados, R.L.*