

## LEGAL ALERT

# AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA ELABORA GUIA DE BOAS PRÁTICAS RELATIVO AO *GUN-JUMPING*

### Introdução

A Autoridade da Concorrência (AdC) publicou, no passado dia 27 de dezembro, um guia de boas práticas relativamente aos cuidados a adotar pelas empresas participantes em concentrações sujeitas a notificação prévia, de forma a evitar os riscos de violação do dever de suspensão da implementação da operação antes da aprovação pela AdC (também designada por *gun-jumping*).

### Notificação obrigatória à AdC

Nos termos da [Lei n.º 19/2012, de 8 de maio](#) – Lei da Concorrência (LdC) –, encontram-se sujeitas a notificação prévia à AdC, pelas partes envolvidas, as operações que: (i) constituam “concentrações de empresas”; e (ii) preencham pelo menos um dos critérios de notificação previstos na lei.

O conceito de “**concentração de empresas**” é bastante amplo e consiste na mudança duradoura de controlo sobre a totalidade ou parte de uma ou mais empresas, em resultado designadamente de fusões, de aquisições do controlo (exclusivo ou conjunto) sobre uma empresa ou partes de uma empresa (incluindo certos ativos) ou da criação de uma empresa comum com presença autónoma no mercado. Por seu turno, **controlo** corresponde à possibilidade de exercer, tendo em conta todas as circunstâncias de facto ou de direito relevantes, **uma influência determinante** sobre a atividade de uma empresa ou ativo gerador de volume de negócios.

Estão sujeitas a notificação obrigatória à AdC as concentrações que preencham pelo menos um dos seguintes limiares de notificação:

- i. O conjunto das empresas em causa tenha realizado em Portugal um volume de negócios de pelo menos 100 milhões de euros no ano anterior, desde que pelo menos duas dessas empresas tenham realizado, em Portugal e no mesmo período, individualmente, um volume de negócios de 5 milhões de euros;
- ii. A operação resulte na criação, no reforço ou na transferência de uma quota igual ou superior a 50% num mercado do produto em Portugal;
- iii. A operação resulte na criação, no reforço ou na transferência de uma quota entre 30% e 50% num mercado do produto em Portugal, desde que pelo menos duas das empresas em causa tenham realizado individualmente um volume de negócios de 5 milhões de euros em Portugal no ano anterior.

### **Proibição de *gun-jumping***

A realização antecipada de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia é proibida, tendo as partes o dever de suspender a implementação da operação até à adoção de uma decisão de não oposição, expressa ou tácita, pela AdC.

O *gun-jumping*, ou seja, a violação do dever de suspensão, constitui contraordenação punível com **coima até 10% do volume de negócios total**, a nível mundial, realizado pelo conjunto de pessoas que integrem cada uma das empresas infratoras. Os membros do órgão de administração das empresas infratoras ou responsáveis pela sua direção ou fiscalização poderão também estar sujeitos à aplicação de uma coima até 10% do seu rendimento bruto anual.

Além disso, e sendo esta uma prática proibida, **os negócios jurídicos** celebrados em contexto de *gun-jumping* serão **ineficazes**, podendo a AdC adotar, a todo o tempo, **medidas cautelares** que se afigurem necessárias à reposição da situação que existia antes da realização antecipada (incluindo a reversão da operação), e sujeitar a **procedimento oficioso** todas as operações não notificadas, ocorridas há menos de cinco anos.

Entre as **Prioridades de Política de Concorrência da AdC para 2023**, consta o foco na investigação de operações de concentração não notificadas ou implementadas em momento prévio à aprovação pela AdC. **De facto, entre 2017 e 2022**, a AdC sancionou **seis casos de *gun-jumping***, sendo que, só no ano de **2021**, adotou **3 decisões condenatórias** e realizou **4 investigações** por suspeita de *gun-jumping* ou operações de concentração não notificadas à AdC. À luz das suas prioridades para 2023 é de esperar a continuação do foco nesta matéria.

## O Guia de Boas Práticas da AdC

O **Guia** agora disponibilizado pela AdC – e que é comparável com recomendações similares, nomeadamente o **Guia elaborado pelo CADE, a autoridade de concorrência brasileira** – fornece indicações úteis sobre: **(i)** o conceito e os contornos do *gun-jumping*; e **(ii)** os procedimentos e cuidados a adotar para obviar ao risco de realização antecipada.

## Realização antecipada da concentração

Para além dos casos mais evidentes (como a transferência da titularidade de ações ou da propriedade de ativos), a AdC relembra que a realização antecipada de uma concentração poderá resultar de circunstâncias várias e menos óbvias, como:

1. **O intercâmbio de informações comerciais sensíveis**, nomeadamente informações estratégicas das empresas (por exemplo, sobre preços, custos, investimentos ou planos estratégicos) que excedam o estritamente necessário para permitir «o processo de aquisição de controlo», demonstrando, antes, o exercício de uma influência determinante sobre a empresa/ativo-alvo;
2. **Direitos contratuais (por exemplo, de aprovação ou veto) que permitam à adquirente interferir em (i) matérias estratégicas da atividade** (por exemplo, orçamento ou *business plan*) **ou (ii) na gestão corrente ou quotidiana da empresa/ativo-alvo**, por exemplo, interferindo nas decisões operacionais, nas relações e no relacionamento quotidiano da empresa/ativo-alvo com o seu pessoal, clientes e fornecedores e, bem assim, com outros terceiros. Mesmo na ausência de previsão contratual expressa, poderá ocorrer *gun-jumping* caso a vendedora sujeite à aprovação da adquirente, na prática, decisões sobre matérias estratégicas ou relativas à gestão corrente da empresa-alvo;

3. **A integração prematura na prática dos ativos e/ou da atividade da empresa-alvo**, incluindo as respetivas instalações, base de clientes, ou lucros.

### **Recomendações para evitar o risco de *gun-jumping***

O Guia de Boas Práticas apresenta um conjunto de salvaguardas que deverão ser adotadas enquanto parte de um “**Protocolo *antitrust***”, destinado a regular as relações entre as partes durante o processo de aquisição de controlo, e que a AdC considera particularmente premente em operações envolvendo concorrentes atuais ou potenciais.

Entre as referidas salvaguardas, constam recomendações relativas à:

1. **Redação das cláusulas contratuais relevantes, para salvaguardar o objetivo, legítimo, de preservação do valor integral dos ativos e da empresa-alvo**, em particular durante o período intermédio entre a celebração (*signing*) e o fecho (*closing*) da operação, podendo incluir a obrigação de não realização de investimentos para além de certo montante ou a obrigação de não introdução de alterações materiais no negócio ou na atividade da empresa-alvo, estando, porém, vedadas restrições injustificadas na autonomia comercial da empresa/ativo-alvo;
2. **Conduta das partes**, que não deverá ir para além do permitido pelas **cláusulas contratuais que rejam e conformem a relação entre as partes**;
3. **Troca de informação comercial sensível**, apenas podendo ser partilhadas com segurança as informações que se afigurem estritamente necessárias à verificação do valor da empresa/ativo-alvo (*due diligence*) e/ou ao planeamento da integração dos ativos-alvos.

Tendo em conta a importância da salvaguarda do acesso a informação no âmbito de processos de concentrações, a AdC recomenda a adoção de uma ou mais das seguintes salvaguardas, que deverão ser avaliadas caso a caso dependendo das circunstâncias da operação em concreto:

- Celebração de **acordos de confidencialidade** para os membros das equipas que necessitem de aceder à informação comercial sensível, regulando os termos em que o acesso é realizado e a proibição da sua divulgação a terceiros;

- **Criação** de uma “**sala de dados**” (*data room*), enquanto espaço físico ou plataforma digital exclusivamente dedicado, no qual a informação é reunida, processada e acedida;
- **Circunscrição do acesso à *data room* por uma “equipa limpa”** (*clean team*), constituída por consultores independentes ou colaboradores das partes não envolvidos na definição da política comercial das partes, e com a responsabilidade de proceder ao tratamento (confidencial) da informação estritamente necessária à conclusão da operação, em linha com as recomendações da AdC;
- **Tratamento da informação** (transmitida de forma sigilosa, recorrendo a técnicas de agregação de dados, anonimização ou mesmo desatualização das informações comercialmente sensíveis), após o qual poderá ser partilhada com as equipas da empresa adquirente responsáveis pela **análise e avaliação, planeamento e integração da empresa-alvo**, que poderão reunir especificamente para o efeito, em sala própria (*parlor room*).

A [equipa de europeu e concorrência da Morais Leitão](#) acompanha, de perto, a prática decisória e as recomendações da AdC, para manter os seus clientes informados e prestar assessoria nas variadas matérias.

[Pedro de Gouveia e Melo \[+info\]](#)

[Dzhamil Oda \[+info\]](#)

[Inês F. Neves \[+info\]](#)

[Joana Fraga Nunes \[+info\]](#)

Esta publicação é meramente informativa, não constituindo fonte de aconselhamento jurídico nem contendo uma análise exaustiva de todos os aspetos dos regimes a que se refere. A informação nela contida reporta-se à data da sua divulgação, devendo os leitores procurar aconselhamento jurídico antes de a aplicar em questões ou operações específicas. É vedada a reprodução, divulgação ou distribuição, parcial ou integral, do conteúdo desta publicação sem consentimento prévio. Para mais informações, contacte-nos por favor através do endereço [com.pr@mlgts.pt](mailto:com.pr@mlgts.pt).