

LINHAS DE ORIENTAÇÃO

Relativas à

AVALIAÇÃO PRÉVIA EM CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

LINHAS DE ORIENTAÇÃO
relativas à
AVALIAÇÃO PRÉVIA
EM CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

Conteúdo

1	INTRODUÇÃO	1
2	AVALIAÇÃO PRÉVIA	2
2.1	Objeto da Avaliação Prévia	2
2.2	Início e Termo da Avaliação Prévia	4
2.3	Iniciativa da Avaliação Prévia	5
2.4	Caráter Informal e Confidencial da Avaliação Prévia	6
3	REVISÃO	8

LINHAS DE ORIENTAÇÃO

relativas à

AVALIAÇÃO PRÉVIA

EM CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

1 INTRODUÇÃO

1. A aprovação de um novo Regime Jurídico da Concorrência pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, constitui uma oportunidade para as empresas reforçarem os contactos com a Autoridade da Concorrência em sede de avaliação prévia de operações de concentração.
2. Efetivamente, permitindo a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que as empresas possam notificar uma operação de concentração até à respetiva realização, amplia-se a margem para, através de contactos de natureza informal e confidencial, debater alguns aspetos do procedimento de controlo de concentrações. Desta forma, o procedimento torna-se mais eficiente e célere, permitindo, assim, uma tomada de decisão num período de tempo mais curto.
3. Acresce que, tal como na lei anterior, a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, consagra expressamente a possibilidade de as operações de concentração serem objeto de avaliação prévia pela Autoridade da Concorrência. Prevê-se, assim, a possibilidade de as empresas, nos casos em que o considerem útil, cooperarem com os serviços competentes da Autoridade da Concorrência na análise dos aspetos legais, substantivos e procedimentais da operação, em momento prévio à notificação da mesma. Tal cooperação permite antecipar, na medida em que seja possível face aos elementos disponibilizados durante esta fase, a ponderação de eventuais questões que poderiam ser suscitadas no decurso do procedimento de controlo de concentrações, nomeadamente questões de índole jurisdicional e substantiva.
4. Assim, as presentes Linhas de Orientação visam estabelecer os termos em que deverão ser promovidos os contactos com as empresas em fase anterior à notificação de uma operação de concentração projetada, apresentando um conjunto de indicações relativas à avaliação prévia de operações de concentração pela Autoridade da Concorrência, nos termos previstos no n.º 5 do artigo 37.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.
5. Nas Linhas de Orientação encontra-se refletida a experiência da Autoridade da Concorrência, inicialmente gizada nas Linhas de Orientação divulgadas pelo Comunicado da Autoridade da Concorrência n.º 7/2007, de 16 de abril, sendo ainda incorporadas as alterações introduzidas no controlo de concentrações pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio¹.

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

2 AVALIAÇÃO PRÉVIA

6. Como referido, a avaliação prévia confere às empresas a possibilidade de apresentarem e discutirem, com os serviços competentes da Autoridade da Concorrência, aspetos legais, substantivos ou procedimentais da operação, em face dos elementos disponíveis.
7. Trata-se de um procedimento de natureza voluntária, baseado no princípio da cooperação da Administração com os particulares, constante do artigo 7.º do Código do Procedimento Administrativo. Sublinha-se o seu carácter informal e confidencial, que confere às empresas uma maior liberdade na discussão dos vários aspetos relacionados com a operação, ao mesmo tempo que assegura o sigilo inerente ao carácter confidencial da transação, nos termos pretendidos pelas empresas.
8. Em simultâneo, a avaliação prévia confere à Autoridade da Concorrência a possibilidade de efetuar uma análise, ainda que preliminar, da operação, o que permitirá, em regra, um encurtamento dos prazos de análise da operação no âmbito do procedimento de controlo de concentrações, nomeadamente atento o facto de, em regra, a Autoridade da Concorrência privilegiar a manutenção da mesma equipa de instrução.
9. Como tal, na maioria dos casos, o recurso à avaliação prévia tem como efeito uma redução do tempo para a apreciação da operação no âmbito do procedimento de controlo subsequente à notificação, bem como uma maior certeza quanto aos prazos da mesma em consequência de uma subsequente menor necessidade de efetuar pedidos de elementos, com efeito suspensivo.
10. Efetivamente, por um lado, a avaliação prévia permite debater o tipo de informação que será necessária, quer para efeitos de notificação, assim facilitando a produção de efeitos do formulário de notificação, nos termos previstos no artigo 45.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, quer em sede de investigação, permitindo às empresas fornecer à Autoridade da Concorrência informação que, caso contrário, seria possivelmente solicitada posteriormente através de pedidos de informação ao abrigo dos n.ºs 3 e 4 do artigo 49.º do mesmo diploma.
11. Sendo carreada a informação necessária à avaliação de uma operação de concentração em sede de avaliação prévia, o procedimento subsequente decorrerá naturalmente de forma mais célere.

2.1 Objeto da Avaliação Prévia

12. No âmbito da avaliação prévia podem ser apresentadas questões pontuais relativas à apreciação de uma operação de concentração, bem como à análise, naturalmente preliminar, da própria operação de concentração.
13. Neste contexto é, assim, necessário, que se encontrem relativamente estabilizados, aquando do pedido de avaliação prévia, os principais elementos que conformam a operação de concentração, nos termos e para os efeitos do controlo de operações de concentração previsto na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e, mais especificamente, no respetivo Capítulo III.
14. A avaliação prévia possibilita antecipar questões relacionadas com a futura notificação de uma operação de concentração, e, nomeadamente, permitir avançar nas seguintes direções:
 - (i) Avaliar a eventual inaplicabilidade do regime do controlo de concentrações nacional à operação em causa, seja, nomeadamente, porque a mesma não

consubstancia uma operação de concentração, porque não preenche os requisitos que impõem uma notificação prévia ou porque a avaliação da mesma é da competência da Comissão Europeia, nos termos do Regulamento (CE) 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas;

- (ii) Verificar se a notificação deve ser efetuada com base no Formulário Regular ou no Formulário Simplificado, atentos os critérios estabelecidos em Regulamento pela Autoridade da Concorrência;
 - (iii) Avaliar a natureza do controlo a exercer na empresa adquirida ou empresa comum, determinante para a delimitação subjetiva da obrigação de notificação, ou seja, para demarcar quem são as entidades notificantes;
 - (iv) Incorporar no formulário de notificação toda a informação necessária à sua completude, evitando igualmente que exista um ónus da empresa em recolher informação que possa não ser indispensável à apreciação da operação de concentração;
 - (v) Antever qual a informação que será necessária para a análise da operação de concentração, reduzindo, assim, a necessidade de envio de pedidos de elementos pela Autoridade da Concorrência no âmbito do procedimento de controlo, bem como diminuir o ónus de informação das empresas pela comunicação de quais os elementos não considerados essenciais em sede de notificação prévia;
 - (vi) Identificar, a título preliminar, designadamente à luz dos elementos disponíveis e da prática decisória relevante, os mercados relevantes, ou, caso a definição destes mercados apresente uma maior complexidade, analisar os fatores e elementos úteis para a sua definição;
 - (vii) Efetuar uma análise jusconcorrencial da operação, de modo preliminar, antecipando da suscetibilidade de criação de entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, permitindo, nomeadamente, antes mesmo da notificação, uma primeira reflexão sobre eventuais compromissos suscetíveis de eliminar os referidos entraves;
 - (viii) Proceder a uma análise preliminar da viabilidade das restrições acessórias diretamente relacionadas com a transação nos termos propostos pelas partes, por exemplo, quanto ao âmbito material, geográfico, temporal ou subjetivo, seja depois, seja ainda antes da celebração dos acordos.
15. A avaliação prévia pode ainda ter como objetivo a configuração da própria operação de concentração projetada, permitindo às partes ter em conta a avaliação prévia da Autoridade da Concorrência, ainda que preliminar e não vinculativa.
16. Como referido anteriormente, a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, permite que as empresas possam notificar uma operação de concentração até à respetiva realização, o que alarga a margem para a realização de avaliações prévias. Assim, nos casos em que já tenha sido celebrado acordo, tal pode permitir, embora não sendo a regra, e apenas quando as empresas o considerem desejável, a consulta de terceiros por parte da Autoridade da Concorrência, no âmbito da avaliação prévia, aumentando, assim, o espetro de informação que pode ser utilizada no procedimento e melhorando a análise que pode vir a ser desenvolvida.
17. Note-se que esta eventual consulta de terceiros, assente nos poderes de supervisão da Autoridade da Concorrência, depende do acordo das empresas requerentes e

salvaguarda, em todo o caso, a natureza confidencial dos contactos desenvolvidos em sede de avaliação prévia.

18. A realização de uma avaliação prévia relativa à notificação de uma operação de concentração não implica a tomada de qualquer decisão pela Autoridade da Concorrência quanto à viabilidade da mesma no plano jusconcorrencial, constituindo a posição transmitida pela Autoridade da Concorrência um ato meramente opinativo e, como tal, não definitivo e executório. A Autoridade da Concorrência atua e atuará com base no princípio da boa-fé em todos os casos. Assim, a Autoridade da Concorrência salvaguardará que a opinião manifestada em sede de avaliação prévia, no contexto próprio em que é proferida, nomeadamente atenta a informação disponível, seja consistente com o posterior procedimento de controlo de concentrações, na medida em que se revele justificada essa consistência.
19. A aplicação do princípio da boa-fé cobre todos os aspetos envolvidos, incluindo a delimitação do nível de informação necessário ao preenchimento do formulário tendo em vista a produção de efeitos da notificação.
20. As empresas notificantes são aconselhadas, de forma sistemática, mas sobretudo nos casos com alguma complexidade, a apresentarem, no âmbito da avaliação prévia, em momento anterior a uma notificação, uma versão o mais completa possível do Formulário de Notificação, para antecipação pela Autoridade da Concorrência da completude e adequação do mesmo.
21. Em regra, e salvo especial complexidade das questões em apreço, a Autoridade da Concorrência procurará informar as partes por escrito sobre o seu entendimento, à luz dos elementos conhecidos e analisados à data da pronúncia em sede de avaliação prévia, quanto ao enquadramento da transação como operação de concentração de empresas, ao preenchimento dos critérios de notificação do volume de negócios e da quota de mercado previstos nas alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 37.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, quando forem estas as matérias que motivaram o pedido de avaliação prévia e quando a definição dos mercados relevantes não suscite dúvidas (nomeadamente atenta a existência de precedentes decisórios relevantes) e sejam disponibilizados à Autoridade da Concorrência elementos suficientes para o efeito.
22. A apreciação de um pedido nesta sede não impede, contudo, a Autoridade da Concorrência de vir a adotar uma decisão final de teor diferente no termo de um procedimento de controlo de concentrações subsequente a uma notificação formal de uma operação de concentração, em particular na sequência da recolha e análise de outros elementos que poderão resultar, nomeadamente, da consulta aos agentes de mercado ou a entidades reguladoras.

2.2 Início e Termo da Avaliação Prévia

23. Sendo projetada uma operação de concentração, nos termos definidos no artigo 36.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e encontrando-se a mesma sujeita a notificação obrigatória, ao abrigo do artigo 37.º da mesma Lei, ou, no caso de um conjunto de operações, com base também no artigo 38.º, deve a mesma ser notificada previamente à respetiva realização.
24. Prevê o n.º 2 do referido artigo 37.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que essas operações de concentração devem ser notificadas à Autoridade da Concorrência após a conclusão do acordo que, em regra, lhes subjaz, e antes de realizadas.
25. Sendo o caso, devem ser notificadas após a data da divulgação do anúncio preliminar de uma oferta pública de aquisição ou de troca, ou da divulgação de anúncio de

aquisição de uma participação de controlo em sociedade emitente de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado.

26. No caso de uma operação de concentração que resulte de procedimento para a formação de contrato público, deve a notificação à Autoridade da Concorrência ser efetuada após a adjudicação definitiva e antes de a mesma ser realizada, devendo a articulação do regime do procedimento concursal com o procedimento de controlo de concentrações ser efetuada no programa do procedimento para a formação do contrato público.
27. No que respeita ao momento a partir do qual pode ser apresentada à Autoridade da Concorrência a notificação da operação, prevê o Regime Jurídico da Concorrência, no n.º 4 do artigo 37.º que, “quando as empresas que participem numa operação de concentração demonstrem junto da Autoridade da Concorrência uma intenção séria de concluir um acordo ou, no caso de uma oferta pública de aquisição ou de troca, a intenção pública de realizar tal oferta, desde que do acordo ou da oferta previstos resulte uma operação de concentração, a mesma pode ser objeto de notificação voluntária à Autoridade da Concorrência, em fase anterior à da constituição da obrigação prevista no n.º 2 do presente artigo”.
28. Por sua vez, a avaliação prévia pode ser iniciada, quer antes de constituída a obrigação de notificar, *i.e.*, antes de ser celebrado qualquer acordo, da divulgação dos anúncios referidos no ponto 25 *supra* ou da adjudicação em procedimento para a formação de contrato público, quer depois de celebrado um acordo, desde que, em regra, a operação não se encontre realizada.
29. Efetivamente pode ser iniciada uma avaliação prévia desde que se verifique uma intenção de concluir um acordo, o que acontecerá estando em curso negociações para o efeito, pautadas, por vezes, por documentos pré-contratuais como cartas de intenção, protocolos ou memorandos de entendimento, devendo a Autoridade da Concorrência ser informada da existência destes documentos.
30. Quer decorra antes, quer depois do acordo, a avaliação prévia terá, em ambos os casos, as vantagens já referidas, inerentes à maior agilidade deste procedimento, com impacto na maior celeridade e eficiência do procedimento de controlo de concentrações.
31. De forma a assegurar a cabal utilidade da avaliação prévia, será vantajoso que o início da mesma tenha lugar com a antecedência suficiente, não inferior a 15 dias úteis relativamente à data expectável de notificação da operação, sendo certo que a duração da avaliação prévia dependerá da complexidade da operação e das questões substantivas ou jurisdicionais que possa suscitar, o que deverá ser tido em conta na antecedência necessária.
32. Visando a avaliação prévia em particular a celeridade e eficiência do procedimento de controlo de concentrações, a Autoridade da Concorrência conduzirá a avaliação prévia de modo a permitir que a mesma se realize no mais curto espaço de tempo possível.

2.3 Iniciativa da Avaliação Prévia

33. A notificação de uma operação de concentração é apresentada pelas entidades referidas no n.º 1 do artigo 44.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, nos termos e nas circunstâncias previstas neste normativo:

- a) Conjuntamente pelas partes que intervenham numa fusão, na criação de uma empresa comum ou na aquisição de controlo conjunto sobre a totalidade ou parte de uma ou várias empresas;
 - b) Individualmente, pela parte que adquire o controlo exclusivo da totalidade ou de parte de uma ou várias empresas.
34. Contudo, no que respeita à avaliação prévia, a Autoridade da Concorrência considera que, atendendo a que a mesma se pode realizar numa fase prévia à da constituição da obrigação de notificar, esta pode ser requerida não apenas pelas futuras notificantes, mas também, mais amplamente, por outros potenciais futuros notificantes como, por exemplo, os vários oferentes em caso de ofertas públicas de transação ou de troca concorrentes e os vários concorrentes (cujas propostas não tenham sido excluídas) no âmbito de concurso público.
35. Por outro lado, atenta a natureza informal e mais flexível da avaliação prévia, as partes podem não constituir um representante comum, diversamente do previsto para as notificações conjuntas no n.º 2 do artigo 44.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que prevê que as mesmas têm que ser apresentadas por representante comum, com poderes para enviar e receber documentos em nome de todas as partes notificantes.
36. Admite-se ainda que a avaliação prévia, quando envolva um controlo conjunto nas situações descritas na alínea a) do ponto 33, possa ser iniciada por apenas uma das partes, com ou sem o consentimento das outras empresas que participam na operação de concentração, podendo ainda, sendo caso disso, cada parte submeter elementos separadamente no âmbito deste procedimento.

2.4 Caráter Informal e Confidencial da Avaliação Prévia

37. A informação necessária à análise da Autoridade da Concorrência dependerá do tipo de questão objeto de apreciação, devendo ser incluída toda a informação necessária à pronúncia informada, ainda que preliminar, da Autoridade da Concorrência.
38. A Autoridade da Concorrência transmitirá a informação relevante para a análise a efetuar, devendo, em princípio, ser remetidos elementos relativos à descrição da operação de concentração e à identificação das empresas que participam na operação, incluindo as atividades desenvolvidas pelas mesmas, nos termos concretizados no formulário de notificação, bem como as características essenciais e o calendário da operação e o enquadramento desta nos mercados relevantes, podendo desde logo ser junto um projeto de formulário de notificação.
39. Como referido *supra* no ponto 29, no caso de ser iniciada uma avaliação prévia antes de ser concluído um acordo, e existindo documentos pré-contratuais como cartas de intenção, protocolos ou memorandos de entendimento, deve a Autoridade da Concorrência ser informada da sua existência, sendo útil que esta tenha conhecimento dos mesmos no âmbito do referido procedimento.
40. Do mesmo modo, decorrendo a avaliação prévia após a celebração de acordo relativamente à transação é útil que, na maioria dos casos, o mesmo seja remetido à Autoridade da Concorrência.
41. As empresas, para além do recurso ao formulário de notificação como exemplo do tipo de informação que pode ser relevante para a análise a conduzir pela Autoridade da Concorrência, podem sempre solicitar que esta indique, para o pedido de avaliação prévia concreto que haja sido apresentado, qual o tipo de informação que considera necessário.

42. Quando os requerentes pretendam que seja efetuada uma análise jusconcorrencial preliminar da operação de concentração ou quando pretendam que seja avaliada a informação necessária à completude do formulário de notificação, a avaliação prévia terá, em geral, por base o formulário de notificação previsto no n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.
43. Sendo uma das principais características da avaliação prévia o respetivo caráter informal, não se prevê qualquer forma específica, seja para o requerimento inicial, que está na origem do mesmo, seja para as subseqüentes comunicações.
44. Assim, as partes que pretendam iniciar uma avaliação prévia poderão contactar, nomeadamente por telefone ou por correio eletrónico — através do endereço preconcentracao@concorrencia.pt —, o Departamento responsável pelo controlo das operações de concentração da Autoridade da Concorrência, podendo ainda, quando julgado útil, solicitar uma reunião para apresentar a operação projetada.
45. Refira-se ainda que nada impede as partes de notificar a operação de concentração antes do termo da avaliação prévia, caducando, nesse caso, a avaliação prévia em resultado da notificação.
46. De modo a permitir uma maior eficiência da avaliação prévia, a mesma beneficiará, consoante o tipo de matéria em causa, da realização de reuniões de caráter informal, nas quais poderão estar presentes tanto os representantes como os consultores jurídicos das empresas que participam na operação.
47. De forma a permitir uma análise da documentação relevante, deverá a mesma ser remetida, em regra, com pelo menos três dias úteis de antecedência face a eventuais reuniões, prazo este que deve ser adequado à complexidade dos elementos a analisar.
48. A avaliação prévia poderá também beneficiar da troca de comunicações por via eletrónica. Quer a realização de reuniões, quer este tipo de comunicação, permitirão agilizar a avaliação, sendo assegurada a sua confidencialidade.
49. A Autoridade da Concorrência pode transmitir a sua posição no âmbito das referidas reuniões ou por escrito, nomeadamente nos casos em que entende, à luz dos elementos que lhe forem transmitidos e nos termos da análise preliminar efetuada, que a operação em causa não constitui uma operação de concentração ou não está sujeita a notificação prévia.
50. Caso as empresas pretendam integrar documentos remetidos à Autoridade da Concorrência no âmbito da avaliação prévia no processo de controlo de concentrações subseqüente, podem requerer a juntada dos mesmos à Autoridade da Concorrência.
51. Atendendo a que os contactos em sede de avaliação prévia, que se pautam por serem voluntários e informais, são confidenciais, quando seja apresentado requerimento de juntada, nos termos referidos *supra*, as empresas devem indicar quais os documentos que consideram confidenciais. Nesse caso, devem incluir, em simultâneo com o requerimento de juntada ao procedimento de controlo de concentrações, uma cópia não confidencial dos documentos em que estejam incluídas essas informações, nos termos previstos na alínea c) do n.º 2 do artigo 43.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e no formulário de notificação referido no n.º 3 do artigo 44.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

3 REVISÃO

52. As Linhas de Orientação serão revistas de modo a refletir alterações que venham a ser introduzidas no controlo de concentrações, a nível nacional ou a nível da União Europeia, bem como a experiência resultante das futuras avaliações prévias.