

ADC ADOPTA ORIENTAÇÕES SOBRE COMPROMISSOS

Após a fase de consulta pública iniciada no final de 2010, a Autoridade da Concorrência (“AdC”) tornou públicas, nos últimos dias de Julho de 2011, as suas “Linhas de Orientação sobre a Adopção de Compromissos em Controlo de Concentrações” (“Linhas de Orientação”).

Conforme a própria AdC esclarece, trata-se de um “conjunto de indicações relativas à selecção, desenho, execução e monitorização de compromissos, no âmbito de processos de controlo prévio de operações de concentração de empresas”.

Com efeito, certas operações de concentração de empresas (v.g., fusões ou aquisições ou mudanças do controlo efectivo de empresas) encontram-se sujeitas, nos termos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a notificação prévia à AdC, na medida em que certos limiares de volumes de negócios ou de quotas de mercado se encontrem verificados. Tais operações, depois de devidamente apreciado o seu impacto jusconcorrencial, podem ser objecto de uma decisão da AdC de não oposição, de proibição ou de não oposição mediante a imposição de condições e obrigações.

Com estas Linhas de Orientação, a AdC pretende “contribuir para a transparência, a eficiência e a celeridade destes processos e, simultaneamente, para o reforço da segurança jurídica”, tendo por base, por um lado, a sua própria experiência interna, desde 2003, na apreciação

deste tipo de operações; e, por outro lado, as linhas de orientação semelhantes de outras autoridades de concorrência, em particular as da Comissão Europeia, da Competition Commission britânica, da Direction Générale de la Concurrence francesa e da International Competition Network (ICN).

As Linhas de Orientação começam por abordar conceitos e o regime dos compromissos, recordando a AdC que os compromissos “são medidas propostas pelas partes [na operação] que visam eliminar os entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste que decorram da operação em causa”. Mais refere que lhe compete “avaliar se os mesmos obviaam às preocupações jus-concorrenciais identificadas no âmbito da análise da operação de concentração”.

Num segundo momento, as Linhas de Orientação debruçam-se sobre os princípios que devem nortear a avaliação da AdC dos compromissos apresentados, designadamente os da legalidade, da salvaguarda dos direitos de defesa, da participação e audiência dos interessados, da confiança legítima, da segurança jurídica e da fundamentação e, em especial, os da eficácia, eficiência e proporcionalidade.

Seguidamente, as Linhas de Orientação analisam os riscos inerentes aos dois principais tipos de compromissos – os

“Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano”

Chambers Europe Excellence 2009, IFLR Awards 2006 & Who’s Who legal Awards 2006, 2008, 2009, 2010, 2011

“Melhor Sociedade de Advocacia de negócios da Europa do Sul”
ACQ Finance Magazine, 2009

“Melhor Sociedade de Advogados no Serviço ao Cliente”
Clients Choice Award - International Law Office, 2008, 2010

“Melhor Departamento Fiscal do Ano”
International Tax Review - Tax Awards 2006, 2008

Prémio Mind Leaders Awards™
Human Resources Suppliers 2007

ADC ADOPTA ORIENTAÇÕES SOBRE COMPROMISSOS

de natureza estrutural e o de natureza comportamental. Conforme refere a AdC, os compromissos de natureza estrutural são os que se traduzem “numa alteração da organização do mercado e correspondem, na maior parte dos casos, à alienação de activos ou conjuntos de activos”. Podem corresponder a uma empresa ou conjunto de empresas ou a um activo ou conjunto de activos de natureza corpórea (v.g., instalações ou equipamentos) ou incorpórea (v.g., licenças, direitos, marcas), devendo preferencialmente constituir uma actividade que possa concorrer autonomamente de forma viável.

A análise de riscos inerentes a este tipo de compromissos deve ser realizada, segundo a AdC, tendo em conta essencialmente: (i) os riscos de composição - activos demasiados limitados ou inapropriados para atrair adquirentes adequados ou permitir-lhes vir a operar os mesmos de forma eficiente e viável); (ii) os riscos ligados ao adquirente - impossibilidade de encontrar um adquirente ou de o seleccionado não ser adequado; e (iii) riscos inerentes aos próprios activos - poderem estes deteriorar-se anteriormente à sua alienação.

Já os compromissos de natureza comportamental visam influenciar a conduta das empresas participantes, como é o caso, por ex., da não adopção

Podem corresponder a uma empresa ou conjunto de empresas ou a um activo ou conjunto de activos de natureza corpórea (v.g., instalações ou equipamentos) ou incorpórea (v.g., licenças, direitos, marcas), devendo preferencialmente constituir uma actividade que possa concorrer autonomamente de forma viável.

de certos comportamentos comerciais, da rescisão ou alteração de cláusulas de contratos, da concessão de acesso v.g., a infra-estruturas, patentes, licenças, *saber-fazer* ou tecnologias.

As categorias de riscos identificadas pela AdC, a respeito dos compromissos comportamentais reportam-se a: (i) riscos de especificação – insuficiente clareza da especificação dos compromissos, podendo conduzir a sérias dúvidas sobre a sua interpretação; (ii) riscos de contorno – os compromissos assumidos podem ser susceptíveis de redundar noutras condutas adversas não previstas; (iii) riscos de distorção – certos compromissos podem ser susceptíveis de criar distorções no mercado; e (iv) riscos de monitorização e de incumprimento – correspondentes ao volume e complexidade da informação, assimetria de informação e período temporal mais alargado.

Não obstante considerar que a escolha do tipo de compromissos deve ser feita numa base casuística e de poder justificar-se uma complementaridade entre os dois tipos de compromissos, a AdC manifesta a sua clara preferência pelos compromissos de natureza estrutural, posto que entende serem os mesmos mais eficazes, mais adequados à resolução dos problemas identificados, apresentarem menores custos de monitorização e de verificação do seu cumprimento.

Como forma de garantir a exequibilidade de certos compromissos, a AdC assume poder ser necessária a nomeação de um mandatário de monitorização dos mesmos, para assegurar a sua supervisão e acompanhamento e reportar periodicamente o seu desenvolvimento. No caso dos compromissos estruturais, a AdC estabelece a possibilidade de apresentação de um mandatário de alienação independente para proceder à alienação dos bens a desinvestir, mediante a celebração de um contrato de mandato irrevogável, sob a supervisão da AdC.

As Linhas de Orientação referem ainda, como regra, que o prazo máximo para a execução de um compromisso de alienação de activos não deverá ser superior a 9 meses, contados a

Para o efeito, a AdC aconselha que os compromissos sejam propostos preferencialmente até ao 20.º dia útil do procedimento em 1.ª fase e até ao 40.º dia útil do prazo em 2.ª fase.

partir da data da decisão da AdC ou da assunção do controlo da empresa adquirida.

No que respeita aos compromissos comportamentais, a AdC pugna igualmente pela existência de um prazo para a respectiva implementação, o qual não deverá, em regra, ultrapassar um período de 3 anos.

As Linhas de Orientação referem-se, em seguida, a aspectos processuais a ter em conta, começando por recordar que pode aprovar uma operação de concentração com compromissos tanto na 1.ª fase do respectivo processo, como no final da 2.ª fase. Para o efeito, a AdC aconselha que os compromissos sejam propostos preferencialmente até ao 20.º dia útil do procedimento em 1.ª fase e até ao 40.º dia útil do prazo em 2.ª fase.

A AdC assume que, na 2.ª fase do procedimento, procurará transmitir às partes tão cedo quanto possível as suas preocupações de modo a possibilitar-lhes a apresentação, em tempo útil de compromissos. Não obstante, as Linhas de Orientação assumem que, em fases fundamentais do processo, possam ter lugar reuniões entre a AdC e as partes, de forma a contribuir para uma melhor avaliação da oportunidade da apresentação de compromissos. São igualmente avançados os principais requisitos substanciais e formais que os compromissos a apresentar deverão observar (v.g., resolver os problemas de concorrência suscitados, especificar o teor e modalidades de execução dos compromissos, serem assinados por pessoa ou pessoas com poderes para o efeito, serem acompanhados das informações necessárias à avaliação

da sua adequação, suficiência, exequibilidade e viabilidade). A AdC impõe ainda que seja apresentada uma versão não confidencial dos compromissos, para efeitos de “consulta do mercado”, i.e., para que, quando adequado, a AdC possa auscultar contra-interessados e todas as empresas cuja pronúncia se lhe afigure útil ou necessária para avaliar da exequibilidade e eficácia dos compromissos apresentados (v.g. concorrentes).

As Linhas de Orientação antevêm a possibilidade de a decisão final da AdC poder vir a conter uma cláusula de revisão dos compromissos aceites, nomeadamente no que respeita aos seus prazos, periodicidade ou conteúdo. De igual forma, encontra-se prevista a possibilidade de alteração das condições impostas a final, em casos de alteração superveniente das circunstâncias em que a decisão final se baseou, referindo-se a possibilidade da revogação, caducidade ou substituição de compromissos. Tais situações poderão ocorrer a todo o tempo e ser suscitadas de forma oficiosa ou mediante requerimento dos interessados, devidamente fundamentado. Todavia, a AdC considera que, salvo situações de carácter excepcional, não será previsível a alteração de circunstâncias no ano subsequente à aprovação da operação. Em todo o caso, quaisquer decisões da AdC a este respeito apenas produzirão efeitos para o futuro e deverão ser precedidas de audição das partes e de quaisquer contra-interessados, caso tenham existido, bem como das competentes autoridades reguladoras sectoriais, sempre que a AdC considere ser útil ou necessária a consulta destas últimas.

Finalmente, as Linhas de Orientação recordam as consequências de incumprimento de compromissos: (i) abertura de procedimento oficioso para aferir do eventual incumprimento; (ii) revogabilidade da anterior decisão da AdC de não oposição à operação; (iii) nulidade dos negócios jurídicos relacionados com a operação de concentração; (iv) coima até 10% do volume de negócios no último ano.

A AdC recorda, ainda neste contexto, que os compromissos constituem, em regra, obrigações de resultado, pelo que, independentemente das razões que possam ter estado na base de uma não execução, total ou parcial, dos compromissos, a não obtenção do resultado previsto nos compromissos corresponde a um incumprimento dos mesmos. Assim, e por o risco de execução de compromissos ser assumido integralmente pelas partes na operação, se for apurado o seu incumprimento, as Linhas de Orientação informam que a AdC emitirá uma decisão de substituição da sua decisão de não oposição com compromissos, correspondente a uma decisão de proibição da operação de concentração. Uma tal decisão de proibição ordenará, sendo caso disso, a adopção das medidas adequadas ao restabelecimento de uma concorrência efectiva, podendo tal corresponder, nomeadamente, a uma ordem de separação das empresas ou activos agrupados ou a uma cessação do controlo dos mesmos.

As Linhas de Orientação terminam com a disponibilização, como anexos, de minutas de textos (documento de compromissos, mandato de alienação e mandato de monitorização) elaborados com base na experiência anterior da AdC e nas orientações de outras autoridades que visam auxiliar as partes e promover “uma maior consistência, eficácia e transparência, na relação entre a AdC e as empresas”.

Conforme se referiu, as Linhas de Orientação foram precedidas de um primeiro Projecto de Linhas de Orientação, que foi objecto de consulta pública, tendo a AdC dado conhecimento que três escritórios de advogados e uma empresa apresentaram observações ao aludido Projecto. Na sequência das referidas observações, a AdC produziu uma Nota Explicativa com a súmula das alterações que terá introduzido no Projecto, em função das observações apresentadas.

A presente Nota Informativa destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Nota Informativa não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este assunto contacte **Luís Miguel Romão** (luismiguel.romao@plmj.pt).
