

Aspectos processuais do controlo de concentrações e articulação com o regime de contratação pública

Conferência IDEFF

Perspectivas sobre a Reforma do regime de Defesa da Concorrência

Carlos Botelho Moniz

11 Maio de 2012

Plano da apresentação

- I. Enquadramento legislativo
- II. A noção de operação de concentração
- III. A obrigação de notificação prévia
- IV. O procedimento
- V. A apreciação substantiva: teste de compatibilidade
- VI. Articulação com a contratação pública

I. Enquadramento legislativo

- Direito nacional

- Decreto-Lei 10/2003, 18 Janeiro: **cria AdC e aprova Estatutos**
- **Actual Lei da Concorrência:** Lei 18/2003, 11 Junho, alterada por Decreto-Lei 219/2006, 2 Novembro, Decreto-Lei 18/2008, 29 Janeiro e Lei 52/2008, 28 Agosto.
- **Nova Lei da Concorrência: Lei 19/2012, de 8 de Maio**
- Regulamento 120/2009, 26 Fevereiro: **formulário de notificação**
- Regulamento 1/E/2003, 3 Julho: **taxas de notificação**
- **Linhas de orientação sobre várias matérias** (*e.g.* Orientações sobre as alterações introduzidas à LdC pelo Decreto-Lei n.º 219/2006, de 3 de Novembro (prazos), de 1.2.2007; Linhas de orientação sobre o procedimento de avaliação prévia de operações de concentração, de 3.4.2007; e Linhas de orientação sobre a adopção de compromissos em controlo de concentrações, de 28.7.2011)
- Comunicado sobre procedimento simplificado (24.7.2007).
- Importância da **prática decisória nacional e da União Europeia e da jurisprudência da União Europeia**

I. Enquadramento legislativo (cont.)

- Direito da União Europeia

- Regulamento (CE) 139/2004, 20 Janeiro: **Regulamento das concentrações comunitárias**
- Regulamento (CE) 802/2004, 21 Abril, alterado por Regulamentos (CE) 1792/2006, 23 Outubro, e 1033/2008, 20 Outubro: **Regulamento de execução (incluindo formulários CO, simplificado, memorando fundamentado e compromissos)**

- **Linhas de orientação sobre várias matérias processuais** (*e.g.* comunicação consolidada em matéria de competência, procedimento simplificado, remessa, acesso ao processo, desistência do procedimento de concentração) e **substantivas** (*e.g.* concentrações horizontais e não horizontais, compromissos, mercados relevantes e restrições acessórias)
- Importância da **prática decisória e jurisprudência da UE**

- I. Enquadramento legislativo
- II. A noção de operação de concentração**
- III. A obrigação de notificação prévia
- IV. O procedimento
- V. A apreciação substantiva: teste de compatibilidade
- VI. Articulação com a contratação pública

II. A noção de concentração

Alteração duradoura e estrutural do controlo sobre uma empresa

- **Conceito jusconcorrencial de controlo** (noção mais vasta que em outros ramos de direito)

possibilidade de exercer influência determinante ...

... de facto ou de direito (noção de acordo e irrelevância da forma jurídica; Ccent. 60/2005 *Enernova/Tecneira*) ...

... isolada (Ccent. 06/2007 *Enernova/Eólica Alagoa*) **ou conjunta** (Ccent. 80/2005 *Alliance Santé/Farmindústria/J. Mello/Alliance Unichem*) ...

... positiva ou negativa (Ccent. 39/2009 *Unicer/NewCoffee*) ...

... sobre uma empresa (qualquer entidade susceptível de exercer uma actividade económica; Ccent. 16/2005 *Enernova/Ortiga*Safra*) **ou parte de empresa** (desde que susceptível de gerar volume de negócios; Ccents. 06/2008 *EDP/EDLA* e 03/2009 *Schweppes/Joi*Spirit*)

II. A noção de concentração (cont.)

- **Concentração pode resultar de:**
 - fusão entre empresas independentes
 - aquisição de controlo, exclusivo ou conjunto, sobre empresas ou partes de empresas
 - criação de empresa comum que desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma (*empresas comuns de pleno exercício*)
- **O caso específico das concessões:**
 - A aquisição de controlo sobre **sociedades concessionárias**:
 - “**Brisa / Auto Estradas do Atlântico**”, Ccent. 22/2005
 - “**ANA / Portway**”, Ccent. 13/2006
 - A **atribuição da concessão** enquanto operação de concentração:
 - “**Galp/TGLS**”, Ccent. 78/2007
 - “**EDP / Activos EDIA (Pedrógão*Alqueva)**”, Ccent. 06/2008

- I. Enquadramento legislativo
- II. A noção de operação de concentração
- III. A obrigação de notificação prévia**
- IV. O procedimento
- V. A apreciação substantiva: teste de compatibilidade
- VI. Articulação com a contratação pública

III. A obrigação de notificação (cont.)

CrITÉRIOS de notificação à AdC

- Actual Lei da Concorrência (Lei 18/2003)
 - concentração cria ou reforça quota superior a **30%** no mercado nacional de determinado bem ou serviço
 - inclui situações de ‘transferência’ de quota (Ccent. 07/2004 *DBAG/SAF*)
 - interpretação *ficcionada* da noção de ‘mercado nacional’ (Ccents. 07/2004 *DBAG/SAF* e 03/2006 *CapVis/Benninger*)
 - problema da fonte de informação para o cálculo das quotas (Ccent. 03/2009 *Schweppes/Joi*Spirit*)
 - ou**
 - conjunto das empresas em causa tenha realizado em Portugal, no último ano, volume negócios > **€ 150 milhões** e pelo menos duas dessas empresas tenham realizado individualmente volume negócios > **€ 2 milhões**

III. A obrigação de notificação (cont.)

Critérios de notificação à AdC

- Nova Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio)
 - Em consequência da sua realização se adquira, crie ou reforce uma quota igual ou superior a **50 %** no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste; **ou**
 - Em consequência da sua realização se adquira, crie ou reforce uma quota igual ou superior a **30 %** e inferior a **50 %** no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal, no último exercício, por pelo menos duas das empresas que participam na operação de concentração seja **> € 5 milhões**; **ou**
 - O conjunto das empresas que participam na concentração tenha realizado em Portugal, no último exercício, um volume de negócios superior **> € 100 milhões**, líquidos dos impostos com este directamente relacionados, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por pelo menos duas dessas empresas seja **> € 5 milhões**.

III. A obrigação de notificação (cont.)

Quem apresenta a notificação, como e quando

- Quem: entidade notificante

- fusão → empresas participantes na fusão
- aquisição de controlo exclusivo → adquirente
- aquisição de controlo conjunto → todas as empresas a quem caberá o exercício do controlo (em princípio, não bastam as adquirentes)
- criação de *joint venture* → empresas a quem caberá o exercício do controlo

- Como

- formulário de notificação próprio (Regulamento 120/2009, 26 Fevereiro)
- por via electrónica (SNEOC) e em suporte papel;
- após pagamento da taxa de notificação

III. A obrigação de notificação (cont.)

Quem apresenta a notificação, como e quando (cont.)

- Quando

- possibilidade de recurso à fase de **pré-notificação (actual e nova LdC)**.
- **Actual Lei da Concorrência: existência de prazo limite de notificação. 7 dias úteis** após *(i)* conclusão do acordo, *(ii)* divulgação do anúncio preliminar de oferta pública de aquisição ou troca ou *(iii)* divulgação de anúncio de aquisição de participação de controlo em sociedade emitente de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado
- **Nova Lei da Concorrência: ausência de prazo legal.** Artigos 37.º e 40.º:



III. A obrigação de notificação (cont.)

Quem apresenta a notificação, como e quando (cont.)

- Nova Lei da Concorrência:

A operação de concentração deve ser notificada à Autoridade da Concorrência:

- (i) após a conclusão do acordo e **antes de realizada**,
- (ii) após a data da divulgação do anúncio preliminar de uma oferta pública de aquisição ou de troca, ou da divulgação de anúncio de aquisição de uma participação de controlo em sociedade emitente de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado; ou
- (iii) no caso de uma **operação de concentração que resulte de procedimento para a formação de contrato público, após a adjudicação definitiva e antes de realizada.**

No caso (iii): “a entidade adjudicante regulará, no programa do procedimento para a formação de contrato público, a articulação desse procedimento com o regime de controlo de operações de concentração consagrado na presente lei.”

- I. Enquadramento legislativo
- II. A noção de operação de concentração
- III. A obrigação de notificação prévia
- IV. O procedimento**
- V. A apreciação substantiva: teste de compatibilidade
- VI. Articulação com a contratação pública

IV. O procedimento

- Questões associadas à tramitação do procedimento
 - ✓ Aplicação subsidiária do CPA.
 - ✓ Notificante: possibilidade de desistência do procedimento e de renúncia a direitos ou interesses legalmente protegidos.
 - ✓ Terceiros: possibilidade de intervenção no procedimento de titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos (constituição como contra-interessado – necessidade de formular observações: em regra, no prazo de 10 dias úteis a contar da data da notificação à AdC).
 - ✓ AdC na instrução do procedimento pode solicitar a quaisquer entidades (públicas ou privadas) todas as informações que considere convenientes.
 - ✓ Articulação com reguladores sectoriais.
 - ✓ Possibilidade de procedimento oficioso.

IV. O procedimento

	Actual Lei da Concorrência (dias úteis)	Nova Lei da Concorrência (dias úteis)
Pré-notif.	<ul style="list-style-type: none"> Envio de memorando fundamentado e por vezes projecto de formulário. Empregue sobretudo nos processos mais complexos. Duração limitada pelo prazo de notificação na actual Lei da Concorrência. 	
Fase I	<ul style="list-style-type: none"> Duração: 30 dias desde notificação. <u>Acrescida de suspensões</u> (frequentes e sem limite quanto ao número e à duração). Decisões possíveis: <ul style="list-style-type: none"> (i) <u>Concentração não notificável</u>; (ii) <u>Não-oposição</u>, quando a concentração não é susceptível de criar ou reforçar posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional; ou com <u>condições</u> impostas às empresas que permitem à AdC ultrapassar as questões jusconcorrenciais identificadas. (iii) <u>Início Fase II</u>: quando concentração é susceptível de criar ou reforçar posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional; (iv) <u>Declarar extinto o procedimento</u>. Ausência de decisão equivale a aprovação tácita simples. 	<p>Alterações:</p> <ul style="list-style-type: none"> (ii) <u>Não-oposição</u>, quando a concentração não é susceptível de criar entraves significativos à concorrência no mercado nacional; ou com <u>condições</u> impostas às empresas que permitem à AdC ultrapassar as questões jusconcorrenciais identificadas. (iii) <u>Início Fase II</u>: quando concentração é susceptível de criar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional; <p>Expressamente prevista a possibilidade de apresentação de compromissos (art. 51.º). Apresentação de compromissos suspende o prazo pelo período de 20 dias úteis.</p>
Fase II	<ul style="list-style-type: none"> Duração: 90 dias desde notificação. Acrescida de suspensões . Decisões possíveis: <ul style="list-style-type: none"> (i) <u>Não-oposição, simples ou com condições</u>: <i>cfr. supra</i>; (ii) <u>Proibição</u>: quando concentração cria ou reforça posição dominante da qual resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional. (iii) <u>Declarar extinto o procedimento</u>. Ausência de decisão equivale a aprovação tácita simples. 	<ul style="list-style-type: none"> Alterações: <p>Duração: 90 dias desde notificação. Acrescida de suspensões <u>Prazo pode ser prorrogado pela AdC a pedido da notificante e ou com o seu acordo, até um máximo de 20 dias úteis.</u></p> <ul style="list-style-type: none"> (ii) <u>Proibição</u>: quando a operação, tal como foi notificada, ou na sequência de alterações introduzidas pela notificante, é susceptível de criar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste <p>Audiência prévia realizada no prazo máximo de 75 dias úteis a contar da data da notificação.</p>

- I. Enquadramento legislativo
- II. A noção de operação de concentração
- III. A obrigação de notificação prévia
- IV. O procedimento
- V. A apreciação substantiva: teste de compatibilidade**
- VI. Articulação com a contratação pública

V. O teste substantivo

- A análise substantiva ou jusconcorrencial decompõe-se nos seguintes passos:
 - Definição dos mercados de produto e geográfico relevantes e relacionados (importância da prática decisória e da jurisprudência)
 - Caracterização da estrutura dos mercados quanto à oferta e à procura
 - Análise prospectiva e estrutural dos efeitos da concentração nos mercados em causa (jurisprudência C-12/03 P *Tetra Laval II*)
 - Análise das eventuais restrições acessórias

Nota: importância dos dois primeiros passos para determinar os constrangimentos a que as empresas estão sujeitas em cada mercado

V. O teste substantivo (cont.)

CrITÉRIOS de apreciação

	<u>Actual</u> Lei da Concorrência	<u>Nova</u> Lei da Concorrência
Teste substantivo para fusões e aquisições de controlo	Teste de dominância do anterior Regulamento da UE: “criação ou reforço de posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste”	Teste SIEC: “entreve significativo à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste,”
Teste substantivo para criação de <i>joint ventures</i>	Ao teste anterior acresce o teste dos acordos restritivos da concorrência: saber ser a empresa comum ‘tem por objecto ou efeito a coordenação do comportamento concorrencial das empresas-mãe’	

V. O teste substantivo (cont.)

Análise substantiva: compromissos

- **Alcance:** medidas de correcção de uma concentração notificada com vista a garantir a manutenção de uma concorrência efectiva
- **Requisitos:** os compromissos devem (i) suprimir plenamente as preocupações de concorrência, (ii) ser abrangentes e eficazes e (iii) ser susceptíveis de execução efectiva a curto prazo
- **Tipos de compromissos**
 - **estruturais:** desinvestimento de actividades viáveis e com existência autónoma no mercado. São considerados preferíveis porque eliminam de forma duradoura as preocupações identificadas e não exigem acompanhamento. *E.g.* Ccents. 15/2006 BCP/BPI e 51/2007 *Sonae/Carrefour*
 - **comportamentais:** adopção ou abstenção de adopção de certas condutas. Normalmente acompanhados de monitorização. *E.g.* Ccents. 16/2005 *Enernova/Ortiga*Safra* e 48/2003 EDP/CGD/NQF(*Portgás*)
 - **casos especiais:** o processo Ccent. 06/2008 EDP/EDIA

V. O teste substantivo (cont.)

Análise substantiva: compromissos (cont.)

- **Procedimento**

- compromissos são propostos pela entidade notificante
- ónus da prova para aprovar ou proibir uma concentração alterada por compromissos não se altera, continua a incumbir às autoridades de concorrência (acórdão T-87/05 *EDP/Comissão* e nova Comunicação da Comissão sobre remédios)
- no caso de desinvestimento, importância da selecção de um adquirente adequado. 3 modalidades: (i) selecção num dado prazo com implementação imediata da operação, (ii) adquirente inicial antes da implementação (*upfront buyer*) e (iii) solução prévia antes da aprovação (*fix-it-first*)
- importância da correcta execução dos compromissos: os mandatários responsáveis pelo controlo (*monitoring trustee*) e pelo desinvestimento (*divestiture trustee*)
- possibilidade de cláusulas de reexame (Ccent. 51/2007 *Sonae/Carrefour*)

- I. Enquadramento legislativo
- II. A noção de operação de concentração
- III. A obrigação de notificação prévia
- IV. O procedimento
- V. A apreciação substantiva: teste de compatibilidade
- VI. Articulação com a contratação pública**

VI. Articulação com a contratação pública

- O artigo 37.º, n.ºs 2 e 3, da Nova Lei da Concorrência
 - No caso de uma operação de concentração que resulte de procedimento para a formação de contrato público, esta deve ser notificada após a adjudicação definitiva e antes de realizada.
 - Caso em que “a entidade adjudicante regulará, no programa do procedimento para a formação de contrato público, a articulação desse procedimento com o regime de controlo de operações de concentração consagrado na presente lei.”

VI. Articulação com a contratação pública (cont.)

- Em nome da *concorrência*, a entidade adjudicante pode não ter a última *palavra* nos contratos que celebra e nos co-contratantes que escolhe, ainda que o faça respeitando a *concorrência*.
- “Dupla tutela da concorrência”

Diferença entre a *concorrência* protegida pelo procedimento de contratação pública (acesso aos contratos públicos) e a *concorrência* protegida pelo controlo de concentrações (concorrência efectiva no mercado).

VI. Articulação com a contratação pública (cont.)

- **Articulação da formação do contrato público com o procedimento de controlo de concentrações**
 - Questões a enquadrar no programa do procedimento de contratação:
 - Exigir dos concorrentes que entreguem, nos documentos da candidatura ou da proposta, uma declaração afirmando se estão, ou não, sujeitos à obrigação de notificar no caso de ganharem o concurso (?)
 - Em caso afirmativo, exigir a entrega do formulário de notificação já preenchido (?)
 - Pedir outras informações complementares sobre a futura notificação (?)
 - Prever obrigação de diligência do adjudicatário no processo de notificação (?)
 - Obrigação de notificação da adjudicação num determinado prazo sob pena de caducidade da adjudicação (?)
 - Em caso de decisão de oposição: caducidade da adjudicação ao primeiro classificado e adjudicação ao segundo classificado (?)

VI. Articulação com a contratação pública (cont.)

- Em caso de compromissos:
 - Necessidade de intervenção / autorização dos compromissos por parte da entidade adjudicante. Participação desta no procedimento de notificação (?) Podem os terceiros concorrentes constituir-se como interessados no procedimento de notificação (?)
 - Impossibilidade de aceitar compromissos que ponham em causa a concorrência pré-contratual
 - Possibilidade da entidade adjudicante desistir da adjudicação àquele concorrente. E o adjudicatário, também deve ter essa possibilidade(?)

VI. Articulação com a contratação pública (cont.)

- Na perspectiva do direito da contratação pública, a celebração do contrato na sequência da decisão favorável de uma autoridade da concorrência competente que imponha compromissos constitui risco exclusivo do adjudicatário, não podendo este alterar a proposta apresentada no procedimento na sequência da imposição de tais compromissos, nem estes constituem fundamento para reequilíbrio financeiro do contrato.

VI. Articulação com a contratação pública (cont.)

- Controlo pela autoridade da concorrência
 - Há diferenças no controlo, designadamente na sua intensidade, pelo facto de se tratar de uma “operação de concentração” na sequência de um procedimento de contratação pública?
 - Em tese, não.
 - As características associadas a um contrato público, em especial a uma concessão, podem “facilitar” a não oposição. Mas nem sempre será assim.

cmoniz@mlgts.pt