



Tribunal da Relação de Lisboa

Rua do Arsenal Letra G - 1100-038
Tel: 213222900 - Fax: 213222992 - Email: correio@lisboa.tr.mj.pt

Exmo(a) Senhor(a)

Rua Laura Alves, 4 - 7º

Lisboa

1050-054 LISBOA

Nossa Referência:

Processo nº: 5439/06-2

Data: 14/07/2006

2ª Secção

Assunto: NOTIFICAÇÃO

Recorrente(s): JOSÉ DE MELLO PARTICIPAÇÕES II - SGPS, SA

Recorrido(s): CONSELHO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Origem: LISBOA COMERCIO Juízo/Vara: 3º NºProcesso: 1718/05.7TYLSB-A

Fica V. Exª **notificado(a)**, do douto **acórdão** proferido, cuja fotocópia integral se junta.

Escrivão(ã) Adjunto(a)

(Vitor Estevinha)



SUSPENSÃO DE 3 VOLUMES
EFICÁCIA

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2ª Secção - (Cível)

Proc. N° 5439/06-2

Escrivão(ã) de Direito: Carlos Fernandes

Desembargador Relator: **Dr(a). Lúcia de Sousa**

1.º Adjunto: Dr(a). Farinha Alves

2.º Adjunto: Dr(a). Tibério Silva

3.º Procurador-Geral-Adjunto:

Agravo

Origem de: LISBOA COMERCIO Juízo/Vara: 3º N°Processo: 1718/05.7TYLSB-A

Parte(s): JOSÉ DE MELLO PARTICIPAÇÕES II - SGPS, SA / (Adv) Dr. Luis Brito Goes

Adido(s): CONSELHO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA / (Adv) Dr. Ruben Lapa Maximiano

Introdução em: 2006-06-06

Volumes: 3

Apensos: 0

Valor: 14.965,00

Escrivão(ã) de Direito:

Taxa:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Agravo nº 5439/06
2ª Secção

Relatora: Desemb. Lúcia Sousa
Adj.: Desemb. Farinha Alves
Adj.: Desemb. Tibério Silva

ACORDAM NA SECÇÃO CÍVEL DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

JOSÉ DE MELLO PARTICIPAÇÕES II, SGPS, S.A., intentou providência cautelar de suspensão de eficácia da deliberação de 22 de Julho de 2005 do **CONSELHO DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA**, por via da qual foi intimada a proceder a notificação prévia da aquisição de 2% do capital social da sociedade "Alliance Unichem Farmacêutica, S.A.".

Alegou para tanto e resumidamente, que aquele despacho enferma de vício de falta de fundamentação por deficiente alegação das razões pelas quais a Autoridade entende que a operação em causa é de concentração, sendo ainda certo que tal despacho é ilegal por não haver qualquer operação de concentração na medida em que não existiu qualquer alteração no controlo da Alliance Unichem.

O aludido despacho causa-lhe graves prejuízos por desconhecer quando pode vir a realizar a transacção, impedindo-a de exercer os seus direitos sociais, pelo que este prejuízo dos seus interesses deve prevalecer sobre os de ordem pública.

A Autoridade deduziu oposição pedindo o indeferimento da providência.



4

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Foi proferida sentença que julgando o procedimento cautelar improcedente, decidiu não suspender a citada deliberação do Conselho da Autoridade da Concorrência de 22 de Julho de 2005.

Inconformada, agravou a Requerente, concluindo nas suas alegações pela forma seguinte:

1. *Tal como já havia sido invocado pela Recorrente no requerimento de providência cautelar, o despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência padece do vício de forma por falta de fundamentação – quer de facto, quer de direito – e viola, por conseguinte, o disposto nos artigos 124º e 125º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).*
2. *A fundamentação da decisão da Autoridade da Concorrência não é minimamente evidente e/ou apreensível para o "destinatário normal" do acto recorrido.*
3. *Desde logo no que diz respeito ao vício de falta de fundamentação de facto de que padece: A Autoridade da Concorrência afirma categoricamente que um negócio jurídico celebrado entre a Recorrente e outras duas partes consubstancia uma passagem de controlo exclusivo sobre a Alliance Unichem por parte da Alliance Santé para um controlo conjunto pela Alliance Santé, a Farminústria e a aqui Recorrente (crf. ponto 9 do despacho do conselho da Autoridade da Concorrência). No entanto – no que ora nos ocupa, ao nível da fundamentação fáctica – da decisão do Conselho da Autoridade da Concorrência consta apenas uma mera alusão à celebração de um acordo parassocial entre aquelas três entidades, do qual não decorre, sequer indiciariamente, uma alteração na estrutura de controlo da Alliance Santé.*
4. *Em nome dos mais elementares princípios gerais de direito, o mínimo exigível seria que a Autoridade da Concorrência expusesse as suas razões, e não que se limitasse a remeter, genérica e abstractamente, para a existência do referido acordo e outra documentação...*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5. *A Autoridade da Concorrência não logrou sequer identificar uma única disposição dos acordos ou da referida documentação, passível de justificar a sua decisão.*
6. *Assim, comprovada que está a omissão do dever de fundamentação por parte da Autoridade da Concorrência, conclui-se pela total ininteligibilidade da sua decisão que constata(1) a existência em apreço de uma operação de concentração sujeita ao dever de notificação prévia e, neste caso, ao procedimento oficioso previsto no artigo 40º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, que aprova a Lei da Concorrência (Lei nº 18/2003)*
7. *A isto acresce o vício de falta de fundamentação de direito de que o acto suspendendo está ferido: Com efeito, o Conselho da Autoridade da Concorrência fundamentou juridicamente a sua decisão no nº 2 do artigo 40º da Lei nº 18/2003, decidindo "[...] abrir procedimento oficioso contra a Alliance Santé Europe, SA, a Farminústria e a J. Mello, notificando as três entidades referidas para que procedam à notificação da operação de concentração em causa, nos termos previstos na Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, num prazo de 15 dias." Ora, a interpretação do disposto na alínea a) do artigo 40º, nº 1 da Lei nº 18/2003 não deixa margem para quaisquer dúvidas: Sempre que seja constatada a existência de uma operação de concentração de empresas inquinada pelo vício de violação da Lei da Concorrência, a Autoridade da Concorrência sujeita-a a um procedimento oficioso com vista ao suprimento da falta de notificação prévia de que aquela padece.*
8. *Ainda quanto à invocada omissão de fundamentação de direito, considera o Tribunal a quo que "[...] não é necessária a expressa referência a qualquer preceito legal ou princípio jurídico para que um acto administrativo se considere fundamentado, podendo bastar em concreto a indicação da doutrina legal ou dos princípios em que o acto se baseia, ou que seja perfeitamente cognoscível o quadro jurídico em que o mesmo se moveu."*
9. *Na sentença recorrida pode ainda ler-se que "A fundamentação, os pressupostos da deliberação recorrida, permitem apreender [...] o quadro jurídico em que a mesma foi tomada, já que nela se refere expres-*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

samente a operação em causa, se qualifica a mesma como operação de concentração de empresas e se remete para os artigos 8º e 9º da Lei 18/2003."

10. *Cumpra perguntar: a pura e simples remissão para os artigos 8º e 9º da Lei da Concorrência faz do acto da Autoridade da Concorrência uma decisão fundamentada à luz dos artigos 124º e 125 do CPA?*
11. *Ousamos desde já responder que não.*
12. *Com efeito, não se admite que se considere que o dever de fundamentação dos actos administrativos que impende sobre aquela entidade tenha sido atendido quando nada foi concretizado, em especial, não houve qualquer remissão, mesmo a título de probabilidade forte, para as alíneas pertinentes dos artigos 8º e 9º da Lei nº 18/2003,*
13. *Os quais elencam os casos em que (i) a Lei considera existir uma operação de concentração de empresas (artigo 8º), (ii) sujeita à notificação prévia à Autoridade da Concorrência (artigo 9º)*
14. *Era da mais elementar justiça que fosse exigida à Autoridade da Concorrência a indicação dos fundamentos nos quais baseou a sua convicção de que está perante uma operação de concentração, que decorre de uma alegada transição de um controlo exclusivo sobre a Alliance Unichem por parte da Alliance Santé para um controlo conjunto pela Alliance Santé, a Farmindústria e a José de Mello, aqui Recorrente.*
15. *Sem referir em qual das alíneas das duas disposições legais citadas se subsume o caso em apreço, a decisão do Conselho da Autoridade da Concorrência conclui, sem mais, que "a Alliance Santé Europe, SA, a Farmindústria e a J Mello se encontram em incumprimento do disposto no artigo 9º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho".*
16. *Impõe-se, pois, perguntar em que passo desta decisão é a mesma inteligível..*
17. *O Tribunal a quo prossegue afirmando que "[...] a necessidade e o grau de exigência da fundamentação depende, como é jurisprudência uniforme, do tipo de acto em causa. Logo, considerando o tipo de acto recorrido, que se limita a dar início a um procedimento administrativo, é forçoso concluir que a funda-*

*fg*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mentação dele constante é mais do que suficiente e satisfaz plenamente as exigências previstas nos citados arts. 124º e 125º

18. *No entender da Recorrente, o Tribunal a quo não aplicou correctamente o direito ao subestimar o grau de fundamentação que uma decisão de abertura de um procedimento oficioso, por natureza, exige.*
19. *O tipo de acta aqui em causa – ou seja, a abertura de um procedimento oficioso e o cumprimento do dever de notificação prévia que daí decorre – representa uma ingerência restritiva e discricionária num direito fundamental de natureza análoga, como é a liberdade económica das empresas, consagrada no artigo 61º da Constituição da República Portuguesa.*
20. *Pelo que a necessidade de uma fundamentação cabal desta decisão é por demais evidente, e mesmo necessária para garantir uma correcta e justa aplicação do direito ao caso concreto.*
21. *Assim se repudia igualmente o teor da passagem da sentença recorrida nos termos da qual o despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência não é "[...] uma decisão definitiva mas sim uma decisão que apenas determina a abertura de um processo administrativo [...]" (sublinhado nosso).*
22. *O Douto Tribunal ad quem não poderá deixar de reconhecer que o grau de exigência do dever de fundamentação de actos administrativos varia em função do carácter mais ou menos lesivo dos mesmos, e não em função da definitividade dos actos em causa.*
23. *In casu, a Autoridade da Concorrência decidiu como que dotada de um ius imperii inabalável arrogando-se o poder de qualificar como operações de concentração notificáveis todas as transacções que assim entenda, sem que se digne fundamentar, mesmo de forma condicional, a decisão adoptada.*
24. *Tudo ao arrepio do que decorre da lei – vide artigos 124º e 125º do CPA – e mesmo da nossa Lei Fundamental – cfr. artigo 61º da CRP.*
25. *Assim se conclui que o despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência é omissivo e não fundamentado, violando manifestamente os artigos 124º e 125º do CPA por total falta de fundamen-*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

tação, e devendo por conseguinte ser anulado, por vício de forma, nos termos do artigo 135º do mesmo Código.

26. A sentença do Tribunal a quo deveria ter decretado a suspensão do acto do Conselho da Autoridade da Concorrência ao abrigo do disposto na alínea a) do nº 1 do artigo 120º do CPTA. Não o tendo feito, deve ser substituída por outra que reponha a legalidade daquele acto.
27. Com efeito, a sentença recorrida revela uma falha na compreensão do papel da Autoridade da Concorrência no controlo de operações de concentração de empresas e, mais genericamente, dos seus poderes de regulação do mercado.
28. A lei confere à Autoridade da Concorrência poderes de inspecção, de inquérito, de prestação de informações ou de supervisão (cfr. artigos 17º, 18º e 20º da Lei nº 18/2003) para que esta cumpra a sua função de regulação e acompanhamento em profundidade do comportamento dos agentes económicos (vide ainda os Estatutos da Autoridade da Concorrência aprovados pelo Decreto-Lei nº 10/1003, de 18 de Janeiro, designadamente os seus artigos 7º e 8º).
29. Uma correcta aplicação da Lei da Concorrência e dos poderes próprios da respectiva Autoridade reguladora passa por esta utilizar os referidos poderes de inspecção, de inquérito, de prestação de informações ou de supervisão, no sentido de determinar a exacta qualificação e verdade material de uma operação de concentração.
30. A decisão recorrida peca também por ter ignorado a apreciação do cumprimento, no caso sub judice, do princípio da proporcionalidade previsto no artigo 5º do CPA.
31. A abertura de um processo oficioso não é a única nem a mais apropriada forma pela qual a Autoridade da Concorrência pode formar o seu juízo acerca da existência de uma operação de concentração de empresas notificável.
32. De facto, através dos poderes de supervisão e solicitação de documentos e informações que largamente lhe são conferidos pelos seus estatutos e também plasmados na Lei da Concorrência, é possível chegar à

*4*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mesma conclusão sem que no entanto se faça incorrer as empresas em causa nos prejuízos que necessariamente decorrem dum processo destes.

33. *Sendo a abertura procedimento oficioso uma decisão necessariamente gravosa para os particulares, ela deve ser vista como ultima ratio à qual apenas se deve recorrer quando o uso dos restantes poderes conferidos à Autoridade da Concorrência não seja suficiente para concluir da existência quase certa de uma operação de concentração notificável.*

34. *E é a esta luz que se impõe a substituição da sentença recorrida pelo Douto Tribunal ad quem que, através de uma boa aplicação do regime jurídico em apreço, poderá contribuir para uma boa e correcta interpretação da lei.*

35. *Na sua sentença, o Tribunal a quo observa que "[...] é no processo instaurado pela Autoridade que esta irá investigar a operação e concluir pela inexistência da operação de concentração de empresas ou pela desnecessidade de notificação prévia, pela não oposição à operação ou pela imposição de condições".*

36. *Lamentável e incompreensivelmente, a sentença em apreço revela uma incoerência de fundo porquanto, se tivesse sido seriamente tomado em consideração o despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência, ter-se-ia lido sem necessidade de qualquer exercício mais profundo que aquela já afirma então que a transacção de que a Recorrente foi uma das empresas celebrantes uma operação de concentração, «em incumprimento do artigo 9º da Lei nº 18/2000», não mostrando pois dúvidas ou reservas sobre tal posição e nem sequer o propósito de as esclarecer no procedimento oficioso.*

37. *Mais: O Tribunal a quo felicita a decisão da Autoridade da Concorrência na medida em que "Para efeitos de análise da operação não se podem separar as aquisições, que foram simultâneas, sendo irrelevante saber qual a sociedade que adquiriu 2% e qual a que adquiriu 49% do capital social da Alliance Unichem. A operação tem de ser vista como um todo e, por conseguinte, o que releva é o facto de 51% do capital social da Alliance Unichem ter sido vendido às duas referidas sociedades. "*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

38. *É gritante a absoluta discordância desta afirmação do Tribunal a quo com a doutrina largamente produzida pela Comissão e a jurisprudência dos Tribunais comunitários na interpretação dos conceitos de concentração e de controlo à luz do artigo 3º do antigo Regulamento comunitário sobre o controlo das operações de concentração de empresas (com base no qual foi redigido o actual artigo 8º da Lei da Concorrência).*
39. *Nos termos do disposto no parágrafo 39 da Comunicação da Comissão acerca do conceito de concentração de empresas em conformidade com o Regulamento (CEE) nº 4046/89 do Conselho, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, "Verifica-se uma situação excepcional sempre que apenas um accionista possa vetar decisões estratégicas numa empresa embora este accionista não tenha poderes, por si só, para impor tais decisões. Esta situação ocorre quando um accionista tem 50% de uma empresa, enquanto os 50% remanescentes são propriedade de dois ou mais accionistas minoritários, ou quando é exigido um quórum para a tomada de decisões estratégicas que, na realidade, confere um direito de veto apenas a um único accionista minoritário. Nestas circunstâncias, um único accionista possui o mesmo nível de influência de que normalmente beneficiam vários accionistas que dispõem do controlo conjunto, ou seja, o poder de bloquear a adopção de decisões estratégicas. Dado o facto de este accionista poder provocar uma situação de impasse comparável aos casos normais de controlo conjunto, adquire uma influência determinante e, por conseguinte, o controlo na aceção do regulamento das concentrações".*
40. *A aplicabilidade destas considerações ao caso em apreço é evidente.*
41. *Tal como decorre dos documentos juntos aos presentes autos, apenas um accionista minoritário, a Alliance Santé, dispõe de direitos de veto, os quais se referem às deliberações societárias estratégicas a adoptar no quadro da Alliance Unichem.*
42. *Podendo a Alliance Santé, através do exercício desses direitos de veto, (i) conduzir a um impasse no quadro da Alliance Unichem, capacidade de que nenhum dos outros dois accionistas isoladamente dis-*



4

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- põe, e ainda (ii) obrigar, última ratio, à alienação das acções de qualquer dos accionistas, poderes de que, uma vez mais, nenhum dos outros accionistas, por si só, dispõe.
43. Fica assim demonstrado que não houve qualquer alteração da estrutura ou da natureza do controlo exercido sobre a Alliance Unichem,
44. Inexistindo, igualmente, qualquer operação de concentração de empresas. Logo, não poderia nunca haver lugar a uma abertura de um procedimento oficioso por parte da Autoridade da Concorrência.
45. Acresce ainda outro fundamento que demonstra claramente como não existe, in casu, qualquer fundamento para a abertura de um procedimento oficioso.
46. Documentos contratuais juntos ao presente Recurso, e que estavam já na posse da Autoridade da Concorrência no momento em que decidiu instaurar o procedimento oficioso, resulta que não existe qualquer acordo entre os accionistas no sentido de um exercício concertado de direitos de voto na Alliance Unichem.
47. À luz dos critérios estabelecidos pela Comissão Europeia naquela Comunicação, este acordo seria determinante da existência de um controlo conjunto que claramente não existe sub judice porquanto (i) não existem interesses comuns de natureza tal entre os accionistas minoritários que os impeçam de se oporem uns aos outros no quadro da adopção das deliberações societárias da Alliance Unichem; (ii) os três accionistas da Alliance Unichem operam em negócios distintos, o que, por natureza, exclui um alinhamento permanente de interesses; e (iii) apenas a Alliance Unichem tem o poder de, por si só, impedir a adopção de deliberações societárias estratégicas, não assistindo tal faculdade nem à Farminústria nem à Recorrente.
48. Cumpre ainda acrescentar que não existiu qualquer acção concertada entre a Farminústria e a ora Recorrente para a aquisição de participações na Alliance Unichem.
49. A intenção da Alliance Santé foi tão somente alienar a maioria do capital social da Alliance Unichem mas sem perder o controlo exclusivo desta.



Ly

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

50. Fica assim exaustivamente demonstrada a manifesta ilegalidade da decisão do Conselho da Autoridade da Concorrência por flagrante violação dos artigos 8º e 9º da Lei nº 18/2003.
51. Por outro lado o Tribunal a quo não logrou compreender a ratio legis no que concerne à Lei da Concorrência, em particular no que diz respeito ao disposto no artigo 40º daquele diploma legal
52. O regime jurídico aqui aplicável visa o controlo de operações de concentração através da exigência feita às empresas de apresentação voluntária da notificação de tais operações à Autoridade da Concorrência, no cumprimento dos artigos 30º e 31º da Lei nº 18/2003.
53. Conforme decorre do disposto no artigo 35º da Lei nº 18/2003, a Autoridade da Concorrência decidirá então se se opõe ou não à operação ou se a aceita condicionalmente, aplicando-se o referido artigo 40º apenas quando não existe aquela notificação voluntária e no caso de se encontrarem reunidos dois pressupostos legais: a existência de uma operação de concentração e a exigibilidade da sua notificação prévia.
54. A abertura do processo administrativo impõe-se – constitui, pois, uma decisão vinculada – sempre que seja constatada a existência de uma operação de concentração e não quando, ao contrário do que o Tribunal a quo pretende fazer crer, “[...] com base na prova indiciária recolhida pela Autoridade esta entendeu haver lugar à abertura de um procedimento oficioso [...]”
55. Ainda admitindo que tais indícios pudessem existir no caso concreto – o que não se admite e por mera cautela de patrocínio se equaciona – esta interpretação da lei aplicável sub judice não é, de todo, admissível.
56. A conclusão de que uma determinada transacção pode configurar uma operação de concentração de empresas pressupõe uma avaliação minimamente cuidada, por parte da Autoridade da Concorrência, da veracidade da existência dos pressupostos legais já referidos. A Autoridade da Concorrência tem de formar uma convicção forte e sustentada em argumentos de facto e de direito e, repetimos, designada-

*4*

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mente quanto a estes últimos, nos artigos 8º e 9º da Lei nº 18/2003, para despoletar o procedimento oficioso legalmente previsto.

57. O Tribunal a quo falhou também ao cair na mesma falta de interpretação sistemática do regime jurídico em apreço, em que o despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência já havia incorrido.
58. Pelo que in casu será necessária uma substituição da sentença recorrida para que seja reposta a legalidade da mesma, neste ponto em especial com vista a garantir o cumprimento do disposto no artigo 40º da Lei nº 18/2003.
59. Finalmente, convém chamar a atenção para a consequência inadmissível que a sentença recorrida provoca:
60. Com efeito, ao dar cobertura à legitimidade da Autoridade da Concorrência para proceder à abertura de procedimentos oficiosos com base em avaliações sumárias, preliminares ou indiciárias, o Tribunal a quo está a afirmar que a generalidade dos actos da Autoridade da Concorrência que procedem à abertura de um procedimento oficioso são contenciosamente insusceptíveis de impugnação, inclusivamente através da instauração de procedimentos cautelares que visem a suspensão dos mesmos (pelo menos até ao momento em que existir uma decisão final do procedimento oficioso).
61. Esta constatação é juridicamente inaceitável e viola o direito fundamental dos particulares a impugnarem e suspenderem quaisquer actos administrativos lesivos, consagrado no artigo 268º, nº 4 da CRP.
62. Pelo que, urge substituir a sentença recorrida por outra que impeça que da sua leitura decorram consequências desta forma gravosas e violadoras da Lei Fundamental.
63. E isso só se poderá conseguir através do decretamento da providência cautelar requerida pela ora Recorrente, pedido que o Tribunal a quo deveria desde logo ter feito proceder ao abrigo do disposto no artigo 120º nº 1 al. a) do CPTA.
64. Também subsumido ao caso concreto é o disposto na alínea b) do nº 1 do artigo 120º do CPTA. ao abrigo do qual a sentença do Tribunal a quo deveria ter decretado a suspensão do acto do Conselho da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

g

Autoridade da Concorrência. Não o tendo feito, deve ser substituída por outra que reponha a legalidade de daquele acto

65. No entender da ora Recorrente, a apreciação feita pela Meritíssima Juíza a quo relativamente à questão da procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal é claramente contraditória.
66. Com efeito, ao mesmo tempo que na sentença se refere que "não é esta a sede própria para apurar da existência ou não da operação de concentração de empresas e da consequente obrigatoriedade de notificação prévia da mesma ", uma vez que, alegadamente, só em presença dos dados a fornecer pelas notificantes no quadro do procedimento oficioso se poderia concluir no sentido da existência ou não de tal operação de concentração,
67. Afirma-se igualmente que "entende o Tribunal que é manifesta a falta de fundamento da pretensão a formular na acção principal ". E, mais adiante, reitera-se que "no entender do Tribunal, nunca a acção definitiva de que esta providência é necessariamente dependente, poderia proceder. "
68. Ora, as afirmações transcritas contêm uma contradição insanável.
69. Com efeito, não pode o Tribunal a quo pretender que, por definição, nesta fase, não é possível nem à Autoridade da Concorrência nem ao Tribunal emitir um juízo ponderado sobre a questão da existência de uma operação de concentração de empresas e, em simultâneo, afirmar categoricamente que "é manifesta a falta de fundamento da pretensão a formular na acção principal" !
70. A sentença prossegue considerando o pedido da ora Recorrente também improcedente em virtude do facto de "não resultar da decisão impugnada o prejuízo que a requerente lhe pretende imputar.[...] A requerente não invoca quaisquer prejuízos concretos, limitando-se a alegar sua existência de modo totalmente vago e abstracto. Mas mesmo estes não se verificam. "
71. A Recorrente repudia por completo esta afirmação. Com efeito, como se tal demonstração não estivesse já sido repetidamente realizada ao longo das alegações da Recorrente, uma vez mais se recorda que a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mera abertura do procedimento oficioso e o cumprimento da obrigação de notificação prévia implicam uma restrição da liberdade económica das empresas envolvidas, assim como a suspensão imediata dos efeitos da transacção realizada.

72. *Escudando-se novamente no já desfeito argumento segundo o qual a "decisão da Autoridade da Concorrência não é uma decisão final", a decisão recorrida afasta a existência de prejuízos directos e imediatos (alegando que só a decisão final o poderá fazer) na esfera jurídica da Recorrente.*
73. *Sucede, no entanto, que, desde o mês de Junho de 2005, que a Recorrente e as restantes empresas envolvidas nos acordos celebrados estão impedidas de dar execução ao negócio jurídico que celebraram. Tudo isto ao abrigo do disposto nos artigos 11º e 41º da Lei nº 18/2003 e também por razões mais elementares de segurança e certeza jurídica sobre os interesses da Recorrente, que está já em vias de ponderar a subsistência do negócio já realizado atendendo a eventuais consequências contra-ordenacionais decorrentes da eventual possibilidade de a Autoridade da Concorrência, na sequência do procedimento oficioso, confirmar (no entender da Recorrente, erradamente) a obrigação de notificação.*
74. *A impossibilidade de praticar qualquer acto respeitante à transacção celebrada pela Recorrente que decorre da improcedência do pedido de providência cautelar em análise, provoca uma situação de incerteza que não se compagina com o tráfego económico normal, sendo gravemente lesivo para as partes em virtude das condicionantes da transacção e da situação actual do mercado farmacêutico em Portugal.*
75. *Com efeito, a Alliance Santé já endossou à Farminústria e à ora Recorrente os títulos representativos das acções por estas, adquiridos, tendo igualmente já procedido à comunicação devida à Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários para efeitos de registo. Por seu turno, a Farminústria e a Recorrente já procederam ao pagamento à Alliance Santé e à Unichem Warehousing Limited do preço das acções transaccionadas.*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

76. *Pelo que, a natureza e o avultado valor dos prejuízos que a Recorrente sofre pela paralisação da transacção são inequivocamente de difícil reparação para os interesses que visa assegurar na acção principal de cuja proposição a providência cautelar em apreço depende.*
77. *Fazendo uma leitura integrada da Lei da Concorrência em apreço, dela não se pode nunca retirar que o seu artigo 40º já citado visa solucionar casos em que haja dúvidas quanto à existência ou não de uma operação de concentração notificável.*
78. *Ou seja, à partida impõe-se a certeza acerca da existência de uma operação de concentração no caso concreto. E só no caso de esta se verificar é que há lugar à abertura do procedimento oficioso previsto naquela disposição legal, com a inerente suspensão da operação e a incorrência nos prejuízos graves que daí advêm. Pois, caso contrário, como é o que se verifica nos presentes autos, o procedimento oficioso nunca deve ser aberto.*
79. *Os prejuízos em que a Recorrente já incorreu por força da errónea qualificação da transacção que celebrou como operação de concentração são ainda agravados pelo facto de a Autoridade da Concorrência não estar sujeita aos prazos legais normalmente impostos (nº 3 do artigo 40º da Lei nº 18/2003).*
80. *Refere a sentença recorrida que este argumento não colhe na medida em que "[...] na falta de um prazo específico sempre será aplicável o disposto no artigo 58º do Código do Procedimento Administrativo [...]"*
81. *Não obstante, este prazo é unicamente aplicável à decisão final e, tal como decorre da mesma disposição legal, o prazo poderá sempre ser dilatado devido à ocorrência de circunstâncias excepcionais.*
82. *Assim se conclui que se encontra perfeitamente preenchida a previsão da alínea b) do nº 1 do artigo 120º do CPJA, quer na medida em que a pretensão formulada no âmbito da acção principal é manifestamente procedente quer porque os prejuízos de difícil reparação que a Recorrente demonstrou estar já a sofrer só poderão agravar-se irremediavelmente se a providência cautelar não for decretada.*



4

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

83. *A tutela cautelar conservatória visa precisamente responder a situações como a do caso em apreço. E, em particular, a tutela cautelar conservatória da suspensão de eficácia dos actos administrativos destina-se precisamente a acautelar situações como a presente em que, estando em causa o tráfego jurídico normal e a liberdade negocial e de gestão dos sujeitos económicos, o tribunal deverá preferir uma aplicação da lei mais favorável aos direitos fundamentais e dessa forma passível de evitar a produção de prejuízos de difícil reparação na Recorrente.*

Contra alegou a Autoridade da Concorrência, pugnando pela manutenção do julgado.

COLHIDOS OS VISTOS LEGAIS, CUMPRE DECIDIR.

Sendo o objecto do recurso delimitado pelas conclusões das alegações, são questões a dirimir:

- a) A falta de fundamentação de facto e de direito do despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência;
- b) A manifesta ilegalidade do aludido despacho;
- c) O prejuízo de difícil reparação.

Na 1ª instância foram considerados indiciariamente demonstrados os seguintes factos:

1. *Em 22 de Julho de 2005 o Conselho da Autoridade da Concorrência proferiu a seguinte decisão (documento 1 do apenso): — "Em 29 de Junho de 2005, a Autoridade da Concorrência enviou, à ANF Associação Nacional das Farmácias ("ANF"), uma comunicação (SAdC/2005/165), feita ao abrigo do disposto no artigo 18º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, na qual se solicitavam esclarecimentos, bem*

15



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- como o envio de elementos demonstrativos que permitissem, a esta Autoridade, aferir quanto à natureza do controlo e o enquadramento da aquisição pela ANF do controlo sobre a Alliance Unichem Farmacêutica, SA. ("Alliance").*
- 2. Em 6 de Julho de 2005, veio a ANF responder ao solicitado, informando esta Autoridade que a entidade adquirente da participação de 49% representativa do capital social da Alliance, havia sido a Farminústria – Investimentos, Participações e Gestão, SA. ("Farminústria") – cujo capital é integralmente detido, directa ou indirectamente, pela ANF – e não a ANF.*
 - 3. Em 6 de Julho de 2005, veio a Farminústria informar que a referida aquisição não lhe confere qualquer posição de controlo na Alliance, pelo que a mesma não consubstancia qualquer operação de concentração, nos termos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Julho. Mais veio informar que a José de Mello Participações II SGPS, SA. ("J. Mello"), adquiriu 2% do capital social da Alliance.*
 - 4. Analisada a documentação de suporte facultada pela Farminústria, aquando da resposta de dia 6 de Julho último, a Autoridade da Concorrência considera que ocorreu uma alteração na estrutura de controlo da Alliance, a qual configura uma operação de concentração, nos termos do artigo 8.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, sujeita à obrigatoriedade de notificação prévia, nos termos do n.º 1 do artigo 9.º do mesmo dispositivo.*
 - 5. Com efeito, verificou-se que em 4 de Junho de 2005 a Alliance Santé Europe, SA e a Unichem Warehousing Ltd, por um lado, e a Farminústria, por outro lado, celebraram um Contrato Promessa de Compra e Venda de Acções representativas de 49% do capital social da Alliance. Na mesma data, a Alliance Santé Europe, SA e a J. Mello, celebraram um Contrato Promessa de Compra e Venda de Acções representativas de 2% do capital social da Alliance.*
 - 6. No dia 28 de Junho de 2005, de acordo com o previsto nos dois Contratos Promessa de Compra e Venda, supra referidos, concretizou-se a conclusão das respectivas promessas de compra e venda assumidas pelas partes.*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7. *Na sequência da conclusão dos dois Contratos Promessa de Compra e Venda, supra referidos, a estrutura da Alliance passou a ser a que a seguir se indica: (i) a Farminústria detém acções representativas de 49% do capital social; (ii) a J. Mello detém acções representativas de 2% do capital social; e (iii) a Alliance Santé Europe, SA, que detinha, antes da operação de concentração em causa, acções representativas de 99,99% do capital social, passou a deter acções representativas de apenas 49% do capital social.*
8. *Ainda no mesmo dia 28 de Junho de 2003, a Farminústria, a Alliance Santé Europe, SA, e a J. Mello, celebraram um Acordo Parassocial ("Shareholders Agreement"), de forma a regular direitos e obrigações recíprocos como accionistas da Alliance, tendo as partes expressamente previsto que tal regulação se faria, sem prejuízo das disposições aplicáveis, nomeadamente, da Lei Portuguesa.*
9. *A Autoridade da Concorrência considera que decorre do Acordo Parassocial bem como da restante documentação fornecida pela Farminústria, tal como acima referido, que ocorreu uma alteração na estrutura de controlo da Alliance, passando de um controlo exclusivo por parte da Alliance Santé Europe, SA, para uma situação de controlo conjunto, pela Alliance Santé Europe, SA, pela Farminústria e pela J. Mello.*
10. *Nestes termos, a Autoridade da Concorrência considera que a Alliance Santé Europe, SA, a Farminústria e, a J. Mello se encontram em incumprimento do disposto no artigo 9º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho.*
11. *Em aplicação do disposto no nº 2 do artigo 40º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, a Autoridade da Concorrência decidiu abrir procedimento oficioso contra a Alliance Santé Europe, SA, a Farminústria e a J. Mello, notificando as três entidades referidas para que procedam à notificação da operação de concentração em causa, nos termos previstos na Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, num prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados a partir da recepção das notificações acima referidas, acompanhada de cópia não confidencial dos elementos e documentos que contenham tais informações.*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

12. *A Autoridade da Concorrência informa a Alliance Santé Europe, S.A., a Farminústria e a J. Mello, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 40.º e da alínea b) do artigo 46.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que o incumprimento da notificação da operação de concentração em causa dentro do prazo fixado pelo presente despacho é passível de sanção pecuniária compulsória, "num montante que não excederá 5% da média diária do volume de negócios no último ano, por dia de atraso".*
13. *A Autoridade da Concorrência mais informa a Alliance Santé Europe, S.A., a Farminústria e a J. Mello que, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 43.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a falta de notificação de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia, nos termos do artigo 9.º, do mesmo normativo legal, constitui ainda contra-ordenação punível com coima que não pode exceder 1% do volume de negócios do ano anterior."*
14. *No dia 28 de Junho de 2005 as sociedades "Farminústria – Investimentos, Participações e Gestão, S.A.", "José de Mello Participações II, SGPS, S.A.", "Alliance Santé Europe, S.A." e "Unichem Warehousing Ltd" celebraram um acordo que denominaram de "Conclusão dos Contratos promessa de Compra e Venda de Acções", nos termos do qual as duas últimas declararam transmitir definitivamente às duas primeiras as acções da sociedade "Alliance Unichem Farmacêutica, S.A.", que passou a ter a seguinte estrutura accionista: Farminústria: 49%, Alliance Santé: 49% e José de Mello: 2% do capital social" (doc. fls. 19).*
15. *No dia 28 de Junho de 2005 as sociedades "Farminústria - Investimentos, Participações e Gestão, S.A.", "José de Mello Participações II, SGPS, S.A.", "Alliance Santé Europe, S.A." celebraram um acordo que denominaram de "Acordo Parassocial", junto aos autos a fls. 21 (tradução a fls. 99), cujo teor aqui e dá por integralmente reproduzido.*

A Autoridade da Concorrência, ora Agravada, defendeu nas suas contra alegações do recurso, a impossibilidade superveniente da lide por caducidade da providência



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

cautelar em causa.

Nos termos do artigo 123º, nº 3, do CPTA, a caducidade pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal ou a pedido fundamentado de qualquer interessado, com audição das partes.

Ora, não tendo o tribunal declarado oficiosamente tal caducidade e face à arguição da mesma pela Agravada, o procedimento a seguir insere-se no disposto nos nºs 4 e 5 do mencionado artigo 123º do CPTA.

Deste modo, e em obediência ao disposto no aludido preceito legal, deveria a Agravada ter suscitado a questão através de requerimento e não em contra alegações, o qual teria de ser notificado à requerente da providência, no caso a Agravante, para responder no prazo de 7 dias e, após a conclusão das diligências julgadas necessárias, o Juiz decidiria nos cinco dias posteriores.

Acresce que de tal despacho é admissível recurso, daí resultando que este Tribunal não deve tomar uma decisão que subtraia a qualquer uma das partes um grau de jurisdição.

Por isso, não tendo sido levantada a questão pela forma correcta, isto é, através de simples requerimento e não de contra alegações, nem sequer notificada a Agravante para aquele efeito, é óbvio que não é possível proferir qualquer decisão sobre tal pedido, não se conhecendo, pois, do mesmo.

As situações a dirimir e os argumentos invocados são idênticos aos que a Agravante elencou na petição da providência, pelo que atendendo aos correctos e bem fundamentados argumentos da sentença recorrida com a qual se concorda inteiramente, nos termos do artigo 715º, nº 5, do Código de Processo Civil, remete-se para a mesma as razões pelas quais se terá de negar provimento ao recurso, impondo-se, no entanto, acrescentar o



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

seguinte:

A nosso ver, a decisão da Agravada encontra-se devidamente fundamentada quer de facto quer de direito, com indicação dos factos que em seu entender qualificam a operação como de concentração e indicação dos artigos, estando explicitados os motivos que levaram esta a abrir o procedimento oficioso a que alude o artigo 40º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho.

É evidente que a fundamentação exigida para a abertura do aludido procedimento com vista a averiguar da verdadeira existência ou não da operação de concentração, pode ser muito mais sucinta do que aquela que será exigível a uma decisão definitiva e, essa sim, bastante mais lesiva dos direitos da Agravante se ali se concluir pela existência da citada operação.

Mas, ao invés do alegado pela Agravante, do acordo parassocial decorre uma passagem do controlo exclusivo da Alliance Santé sobre a Alliance Unichem para um controlo conjunto desta por aquelas e pela Farminústria, bastando para tanto atentar-se no artigo 7º do dito acordo, sob a epigrafe "Resolução de Impasse", ou seja, a denominada "Deadlock Resolution", e nem o invocado direito de veto a tal obsta, pois caso contrário não teria havido a necessidade de prever a resolução de impasse.

Não se consegue, porém, entender com clareza, os motivos pelos quais teria sido violado o princípio da proporcionalidade previsto, tal como o princípio da igualdade no artigo 5º do Código do Procedimento Administrativo.

Com efeito, ambos possuem a sua raiz na actividade discricionária da Administração, pelo que em regra só relevam no exercício de poderes não vinculados e, neste caso, não se pode dizer que a faculdade conferida à Agravada pelo artigo 40º da Lei nº 18/2003, se mostra inserida no âmbito daquela actividade.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Relativamente à alegada contradição da sentença indicada nas conclusões 66. a 69., aconselha-se a Agravante a reler a mesma com mais atenção, tendo em conta que entre as passagens citadas medeiam três folhas, sendo certo que na quarta onde a última expressão apontada consta, já se encontra a ser analisado o requisito da alínea b), do nº 1, do artigo 120º do CPTA, e a primeira expressão indicada vê-se na parte da sentença epígrafa "Da ilegalidade do acto por inexistência de operação de concentração".

Não obstante, sempre se dirá que não existe qualquer contradição uma vez que a esta providência corresponderia sempre uma acção em que se pediria a revogação da referida deliberação de 22 de Julho de 2005, correspondente àquela em que a Agravada decidiu abrir o procedimento oficioso a que alude o artigo 40º da mencionada Lei nº 18/2003, o que é manifestamente ilegal, daí a falta de fundamento da pretensão da Agravante que, todavia, não colide com a alegação de só depois de concluído o procedimento oficioso é que se pode saber se existiu ou não operação de concentração.

Ademais não se vislumbram os prejuízos que a Agravante pretende fazer crer, sendo certo de que as operações realizadas mantêm-se válidas e eficazes, pelo menos até à conclusão do procedimento levado a cabo pela Agravada e só em caso de se concluir que existe concentração é que há lugar à nulidade dos negócios jurídicos a que alude o artigo 41º da citada Lei nº 18/2003.

A Agravante não pode é pretender que a Agravada não cumpra as suas obrigações impostas por lei, nomeadamente a abertura do procedimento oficioso que na verdade se impõe perante tudo aquilo que dos autos resulta, tendo em conta que se trata de um sector importante como é o da saúde e medicamentos, onde o interesse público deve prevalecer sobre o privado e hipotéticos prejuízos.

Assim, face ao exposto, nega-se provimento ao agravo e, em consequência,

21




TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

mantém-se a doura sentença recorrida.

Custas pela Agravante.

Lisboa, 12 de Julho de 2006.


Luciano Pereira Alves
