



Tribunal do Comércio de Lisboa

2º Juízo

Rua do Ouro, Nº 49 - 2º
1100-060 Lisboa
Telef: 213241510 Fax: 213225430
correio@lisboa.tcom.mj.pt

!CodigoBarraCTT!

Exmo(a). Senhor(a)

Rua Laura Alves, 4 - 7º
1050-054 Lisboa
1245/05.2TYLSB

737181

Processo: 1245/05.2TYLSB	Procedimento Cautelar - Suspensão de Eficácia	N/Referência: 737181 Data: 21-11-2005
Requerente: José de Mello Participações II - Sgps, Sa		
Requerido: Autoridade da Concorrência		

Assunto: Sentença

Fica V. Ex.^a notificado, na qualidade de Mandatário, relativamente ao processo supra identificado, da sentença de que se junta cópia.

O Oficial de Justiça,

Notas:

- *Solicita-se que na resposta seja indicada a referência deste documento*



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

* * *

1. Relatório

JOSÉ DE MELLO PARTICIPAÇÕES II, SGPS, S.A. pessoa colectiva nº 501969233 com sede na Av. 24 de Julho, nº 24, Lisboa, intentou a presente providência cautelar de suspensão da eficácia de decisão de 22 de Julho de 2005 do Conselho da Autoridade da Concorrência, com sede na Rua Laura Alves nº4, 7º, nos termos da qual foi intimada a proceder a notificação prévia da aquisição de 2% do capital social da sociedade "Alliance Unichem Farmacêutica, S.A.". ---

Para tanto alega, em síntese: ---

Ser uma sociedade que se dedica a investimentos na área da saúde privada, tendo tomado conhecimento de que a sociedade "Alliance Santé Europe, S.A." pretendia desinvestir no mercado português encetou negociações com vista à aquisição de uma parcela do capital social da Alliance Unichem, no decurso das quais tomou conhecimento de que um dos outros potenciais accionistas seria a sociedade "Farmindústria - Investimentos, Participações e Gestão, S.A.", sociedade que detém uma parte do capital social de empresas do grupo da requerente mas na qual a requerente não participa no capital social, não tendo, por conseguinte, havido qualquer concertação na aquisição das participações da Alliance Unichem. ---

Fruto das referidas negociações em 4 de Junho de 2005 celebrou com a Alliance Santé um contrato-promessa de compra e venda de acções representativas de 2% do capital social da Alliance Unichem, tendo o contrato definitivo sido celebrado em 28 de Junho de 2005. ---

Nessa mesma data a requerente e as sociedades Alliance Santé e Farmindústria (que adquiriu acções representativas de 49% do capital social da Alliance Unichem) celebraram um acordo parassocial destinado a garantir o controlo da gestão efectiva da Alliance Unichem pela Alliance Santé, verificando-se que, na prática, não houve qualquer alteração no controlo da Alliance Unichem que continuou a ser assegurado



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

157

pela Alliance Santé. Entende, pois, a requerente que a operação em causa não está abrangida pela obrigação de notificação prévia prevista no art. 9º da Lei nº 18/03 de 11/06 (RJC). ---

Veio então a ser notificada da decisão cuja suspensão de eficácia ora requer, intimando-a a proceder à notificação prevista naquele comando legal, sob pena de incorrer na prática de contra-ordenação tendo a Autoridade da Concorrência (AdC) aberto procedimento oficioso nos termos do art. 40º do RJC. ---

Relativamente à decisão cuja suspensão requer alega que a mesma enferma do vício de falta de fundamentação por não resultar dela suficientemente explicitada a razão pela qual a Autoridade entende que a operação em causa é uma operação de concentração. ---

Invoca ainda que a decisão é ilegal por a operação não configurar uma operação de concentração de empresas dado não ter havido qualquer alteração no controlo da Alliance Unichem. ---

Acrescenta que a decisão lhe causa graves prejuízos na medida em que por via dela há uma "obrigação imediata de desfazer a transacção" e uma total impossibilidade de prever quando é que a mesma se pode vir a realizar dado a Autoridade não ter qualquer prazo para decidir o procedimento oficioso, ao que acresce que a requerente fica impedida de exercer os seus direitos sociais, sendo este seu interesse prevalente face ao prejuízo para os interesses de ordem pública resultantes do decretamento da providência. ---

*

Citada a Autoridade da Concorrência deduziu oposição pugnando pela improcedência da providência. ---

Alega que o que está em causa é, nesta fase, a investigação e análise das transacções efectuadas relativas à aquisição de acções da Alliance Unichem e não



TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

158
(Signature)

uma qualquer decisão definitiva no que concerne à conclusão de que se tratou de uma operação de concentração. ---

Analizados os elementos que lhe foram enviados por intervenientes, designadamente pela Farmindústria, o Conselho da AdC decidiu a abertura de procedimento oficioso de controlo de operação de concentração, notificando a requerente e demais intervenientes para proceder à notificação da operação. Agiu no exercício dos seus poderes de supervisão instrumentais ao prosseguimento das suas atribuições, podendo e devendo, como o fez, proceder à abertura de procedimento oficioso nos termos do art. 40º do RJC. ---

O efeito previsto no art. 11º, que pode ser derrogado nos termos do seu nº4, e estende-se a todas as operações notificadas, mesmo que venham a ser objecto de uma decisão de não aplicabilidade. A decisão recorrida é apenas um acto que dá início à marcha do procedimento administrativo do controlo das concentrações de empresa, e o qual não é possível decidir, em termos definitivos, sem os elementos fornecidos pelas empresas, sendo este, apenas o primeiro patamar. Nesta medida, a determinação da notificação do nº2 do art. 40º funciona como exigência do envio dos elementos que as empresas não fizeram voluntariamente. Assim, a análise da operação não está, nem poderia estar, concluída neste momento. ---

Estando-se em presença de um acto de abertura de procedimento e não de uma decisão definitiva a densidade da sua fundamentação é necessariamente menos exigente. ---

A empresa Alliance teve em Portugal, em 2004 um volume de negócios de mais de 150 milhões de euros e pelo menos a Farmindústria actua no mesmo mercado relevante, de acordo com uma das cláusulas do acordo parassocial citado no despacho pelo que existe probabilidade de enquadramento da operação no nº1 do art. 9º do RJC.

159
J

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Assim o despacho em causa não padece de qualquer dos vícios de preterição de formalidade essencial e de violação de lei e de forma que lhe são assacados, inexistindo *fumus bonus juris*. ---

Mesmo que assim se não entenda, nunca a presente providência poderia ser adoptada ao abrigo da al. a) do art. 120º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos por o despacho não padecer de manifesta ilegalidade. O despacho atinge o nível de fundamentação exigível fase à fase procedural em que foi proferido. Por outro lado inexiste violação de lei por não ser clara, pelo contrário, a decisão tomada às orientações da Comissão, que não vinculam a AdC, tendo em conta o conceito de concentração e a análise do referido acordo parassocial, do qual não resulta que a requerente tenha sobre a Alliance Unichem o controlo exclusivo, face à previsão de um mecanismo de resolução de impasse, que poderá ser criado pela requerente ou pelos outros dois accionistas em conjunto, os quais têm entre si interesses conjuntos suficientes para não se oporem entre si. ---

Acresce que são alegados prejuízos imprevisíveis e irreparáveis mas de forma vaga e abstracta e tais prejuízos, a existirem, resultam da situação em que a própria requerente se colocou e a afectação negativa assacada não é sequer privativa dos procedimentos oficiosos. ---

Finalmente, e à luz do nº5 do art. 120º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos a suspensão do despacho acarreta graves prejuízos para o interesse público pois podem ocorrer danos graves na estrutura da concorrência, sendo certo que a admitir-se este procedimento, as empresas poderiam escapar ao controlo das operações de concentração. ---

* * *

2. Saneamento

O tribunal é competente em razão da nacionalidade, da matéria e da hierarquia.

O processo é o próprio e não enferma de nulidades que o invalidem de todo. -



16º
A
J

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

As partes estão dotadas de personalidade e capacidade judiciárias e têm legitimidade *ad causam*. ---

Inexistem quaisquer outras excepções ou questões prévias de que cumpra conhecer. ---

* * *

3. Fundamentação fáctico conclusiva e jurídica

Com interesse para a decisão da providência mostram-se 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 anexo): ---

"1. 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 18.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, na qual se solicitavam esclarecimentos, bem 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, S.A.* ("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 *Farmindústria - Investimentos, Participações e Gestão, S.A.* ("Farmindústria") - cujo capital é integralmente detido, directa ou indirectamente, pela *ANF* - e não a *ANF*.

3. Em 6 de Julho de 2005, veio a *Farmindústria* 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, S.A.* ("J. Mello"), adquiriu 2% do capital social da *Alliance*.

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

4. Analisada a documentação de suporte facultada pela *Farmindústria*, 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, S.A.* e a *Unichem Warehousing Ltd*, por um lado, e a *Farmindústria*, 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, S.A.* 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.

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 *Farmindústria* 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, S.A.*, 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 2005, a *Farmindústria*, a *Alliance Santé Europe, S.A.* 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.



162 (6)
J

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

9. A Autoridade da Concorrência considera que decorre do Acordo Parassocial bem como da restante documentação fornecida pela *Farmindústria*, 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, S.A.*, para uma situação de controlo conjunto, pela *Alliance Santé Europe, S.A.* pela *Farmindústria* e pela *J. Mello*.

10. Nestes termos, a Autoridade da Concorrência considera que a *Alliance Santé Europe, S.A.* a *Farmindústria* e, a *J. Mello* se encontram em incumprimento do disposto no artigo 9.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

11. Em aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 40.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a Autoridade da Concorrência decidiu abrir procedimento oficioso contra a *Alliance Santé Europe, S.A.*, a *Farmindústria* 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 n.º 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.

12. A Autoridade da Concorrência informa a *Alliance Santé Europe, S.A.*, a *Farmindústria* 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 *Farmindústria* 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



163
J

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

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 ."

2 - No dia 28 de Junho de 2005 as sociedades "Farmindústria - 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: Farmindústria: 49%, Alliance Santé: 49% e José de Mello: 2% do capital social" (doc. fls. 19). ---

3 - No dia 28 de Junho de 2005 as sociedades "Farmindústria - 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 se dá por integralmente reproduzido. ---

*

A presente providência cautelar foi intentada ao abrigo do disposto no art. 120º, nº 1, als. a) e b), do CPTA. ---

Dispõe o art. 120º, nº 1, al. a) que *as providências cautelares são adoptadas quando seja evidente a procedência da pretensão formulada ou a formular no processo principal, designadamente por estar em causa a impugnação de acto manifestamente ilegal....*

Neste ponto alega a requerente que a decisão da Autoridade é ilegal por não estar devidamente fundamentada e por não ter havido qualquer operação de concentração de empresas. A requerente apenas adquiriu 2% do capital social da sociedade Alliance Unichem, não tendo sido alterado o controlo da mesma sociedade,

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

sendo certo que apenas a sociedade Alliance Santé dispõe de direito de voto relativamente às decisões estratégicas a adoptar no quadro da Alliance Santé, pelo que o acto recorrido, ao ordenar a notificação da requerida para proceder à notificação prévia da operação de concentração de empresas é manifestamente ilegal. ---

Analisemos. ---

Da falta de fundamentação

Nos termos do disposto nos arts. 124º e 125º do Código de Procedimento Administrativo, devem ser fundamentados os actos administrativos que neguem, restrinjam ou afectem por qualquer modo direitos ou interesses legalmente protegidos ou que decidam em contrário de pretensão formulada pelo interessado; tal fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto ou de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituirão neste caso parte integrante do respectivo acto. ---

Fundamentar é enunciar explicitamente as razões ou motivos que conduziram o órgão administrativo à prática de determinado acto, a exteriorização dos motivos do acto; de molde a permitir a um destinatário normal perceber, perante o itinerário cognoscitivo e valorativo constante do acto, porque se decidiu em determinado sentido. ---

No caso *sub judice*, um destinatário normal do acto recorrido percebe porque é que o Conselho da Autoridade da Concorrência decidiu abrir um procedimento administrativo e notificar a requerente, juntamente com as outras sociedades envolvidas na operação, para procederem à notificação prévia da operação através da qual foram adquiridas acções representativas do capital social da sociedade Alliance Unichem. ---

A decisão não só não é ininteligível como não carece de raciocínio lógico. Com efeito, nos pontos 5 a 8 da decisão referem-se expressamente quais os motivos que

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

levaram a Autoridade a tomar a decisão ora impugnada. Nos referidos pontos da decisão constam os factos concretos relativos à operação em causa que, no entender da Autoridade, justificam a abertura do processo administrativo. ---

Pode a recorrente não concordar com os fundamentos da decisão, o que não a torna no entanto omissa quanto a ela. Uma coisa é a falta de fundamentação e outra a invalidade dos fundamentos invocados ou mesmo da invalidade da decisão assente naqueles fundamentos. ---

Quanto à invocada omissão de fundamentação de direito (de norma ou princípio legal a que os factos invocados sejam subsumíveis): a exigência legal de fundamentação constitui um conceito relativo, variável, nomeadamente com o tipo de acto administrativo. 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. Estará fundamentado o acto que ofereça ao administrado com um mínimo de concretização que lhe permita contra ele reagir da forma que considere apropriada, a nível gracioso ou contencioso. ---

É o que sucede, *in casu*. A fundamentação, os pressupostos da deliberação recorrida, permitem apreender - se não perfeitamente, sem mais, a um destinatário comum, seguramente que sim aos destinatários concretos daquela deliberação - o quadro jurídico em que a mesma foi tomada, já que nela se refere expressamente a operação em causa, se qualifica a mesma como operação de concentração de empresas e se remete para os arts. 8º e 9º da Lei 18/2003. ---

Acresce 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

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

forçoso concluir que a fundamentação dele constante é mais do que suficiente e satisfaz plenamente as exigências previstas nos citados art. 124º e 125º. ---

Improcede, pois, o invocado vício de forma por falta de fundamentação da deliberação recorrida. ---

*

Da ilegalidade do acto por inexistência de operação de concentração

A decisão cuja suspensão se requer foi proferida ao abrigo do disposto no art. 40º, nº 1, al. a) da Lei 18/2003, que dispõe que *São objecto de procedimento oficioso as operações de concentração de cuja realização a Autoridade tome conhecimento e que, em incumprimento do disposto na presente lei, não tenham sido objecto de notificação prévia* e do nº 2 do mesmo artigo que prescreve que na referida hipótese a Autoridade notifica as empresas em situação de incumprimento para que procedam à notificação da operação nos termos previstos na presente lei. ---

Do disposto nas citadas disposições legais resulta perfeitamente evidente que a Autoridade, tomando conhecimento da realização de uma operação de concentração que não lhe foi comunicada, tem legitimidade para dar início a um procedimento oficioso e para notificar as empresas envolvidas para proceder à notificação da operação em causa. ---

O que entende a requerente é que não houve qualquer operação de concentração de empresas pelo que não podia a Autoridade dar início ao processo nem notificá-la para proceder à notificação prévia. ---

Antes de mais importa aqui referir 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. É que essa é precisamente a questão central do procedimento oficioso aberto pela Autoridade. É nessa sede que a requerente terá de esgrimir os seus argumentos e convencer a Autoridade de que não houve qualquer operação de concentração de empresas ou que a mesma não se

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

encontra sujeita a notificação prévia, sendo certo que, se o fizer, a Autoridade porá termo ao processo. Ou seja, 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 (cfr. arts. 8º a 12º e 35º e segs. da Lei 18/2003). ---

Para que a Autoridade possa proceder à investigação a que por lei está obrigada (art. 40º da Lei 18/2003) tem obrigatoriamente que notificar as sociedades envolvidas na transacção para proceder à notificação prévia da operação. Porquê? Porque é através dessa notificação que a Autoridade vai ficar na posse de todos os elementos relativos à operação (respeitantes ao volume de negócios das sociedades, à forma de controlo da sociedade, ao mercado relevante e à quota de mercado adquirida) que lhe permitirão concluir se houve ou não operação de concentração de empresas e se, em caso afirmativo, a mesma deve ser autorizada (cfr. arts. 30º e segs. da Lei 18/2003). --

Nesta fase não se exige, nem se pode exigir, que a Autoridade tenha a certeza absoluta de que houve uma operação de concentração de empresas sujeita a notificação prévia. Aliás, se a Autoridade tivesse tal certeza, não instauraria um procedimento oficioso de averiguações mas sim um processo contra-ordenacional por falta de notificação prévia, ao abrigo do disposto no art. 43º, nº 3, al. a), da Lei 18/2003). ---

Ora com base na prova indiciária recolhida pela Autoridade esta entendeu haver lugar à abertura de um procedimento oficioso destinado a investigar a operação de aquisição de acções da sociedade Alliance Unichem e foi isso que fez. Que prova foi essa? ---

A Autoridade tomou conhecimento de que a sociedade Alliance Unichem, detida até 28 de Junho de 2005 pelas sociedades Alliance Santé e Unichem Warehousing, foi objecto de uma transacção mediante a qual 51% do seu capital social passou a ser detido pelas ora requerente e pela sociedade Farmindústria. Para

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

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. ---

Tendo em consideração a referida aquisição mostra-se indiciariamente preenchida a condição prevista no art. 8º, nº 1, al. b) e nº 3, al. a), da Lei 18/2003: uma ou mais empresas adquiriram directamente o controlo de parte de uma outra empresa através da aquisição de parte do seu capital social. A verificação da existência de um direito de veto por parte de um accionista e da sua influência da caracterização da operação como operação de concentração implica uma investigação e um estudo que caberá à Autoridade fazer no decurso do processo administrativo instaurado contra as empresas envolvidas na operação. ---

Por outro lado e caso se conclua que está em causa uma operação de concentração, saber se a mesma está ou não sujeita a notificação prévia depende da verificação de um dos dois requisitos previstos no art. 9º, nº 1, da Lei 18/2003: criação ou reforço de uma quota superior a 30% no mercado nacional de determinado bem ou serviço ou realização, em Portugal, no último exercício, pelo conjunto das empresas envolvidas na operação, de um volume de negócios superior a 150 milhões de euros líquidos de impostos, desde que pelo menos duas das empresas tenha realizado em Portugal um volume de negócios superior a dois milhões de euros. ---

Ora é também para analisar se alguma destas duas condições se verifica, e, consequentemente, se está em causa uma operação sujeita a notificação prévia, que a Autoridade abriu o procedimento oficioso e notificou a requerente, o que fez ao abrigo do já citado art. 40º. ---

Em suma, não sendo a decisão da Autoridade uma decisão definitiva mas sim uma decisão que apenas determina a abertura de um processo administrativo e a

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

notificação das sociedades envolvidas na aquisição das ações da sociedade Alliance Unichem para proceder à notificação da operação, e tendo essa decisão sido tomada com base na existência de indícios de que a transacção celebrada concretiza uma operação de concentração de empresas, não há qualquer violação de lei. Pelo contrário, a decisão foi tomada precisamente em respeito pela legislação vigente que determina a abertura oficial do procedimento e a notificação das sociedades em situações como a dos autos: art. 40º da Lei 18/2003. ---

Não pode, pois, a providência proceder ao abrigo do disposto no art. 120º, nº 1, al. a), do CPTA. ---

*

Entende ainda a requerente que estão reunidos os pressupostos de que depende o decretamento da providência previstos no art. 120º, nº 1, al. b), do CPTA. ---

Dispõe o citado preceito legal que *As providências cautelares são adoptadas quando, estando em causa a adopção de uma providência conservatória, haja fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente via assegurar no processo principal e não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão formulada ou a formular nesse processo ou a existência de circunstâncias que obstrem ao conhecimento de mérito.* ---

Alega a requerente que a providência deve ser decretada com base neste normativo uma vez que da decisão impugnada decorrem para si graves inconvenientes e prejuízos de difícil reparação. ---

Para que uma providência seja decretada ao abrigo desta disposição legal dois requisitos cumulativos se têm de verificar: o fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado ou da produção de prejuízos de difícil reparação para os interesses que o requerente via assegurar no processo principal, por um lado, e que não seja manifesta a falta de fundamento da pretensão formulada ou a formular nesse

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

processo ou a existência de circunstâncias que obstem ao conhecimento de mérito, por outro. ---

Com a presente providência pretende a requerente a suspensão da eficácia da decisão da Autoridade que determinou a abertura de um procedimento administrativo contra si e outras sociedades e que as notificou para proceder à notificação prévia de uma dada operação de concentração de empresas. ---

A este pedido formulado em sede cautelar corresponderá, na acção principal, o pedido de revogação do mesmo acto, ou seja, o que a requerente terá de pedir na acção principal (e não se pode olvidar o facto de que a providência está sempre dependente de uma acção principal) é que se revogue a decisão da Autoridade de dar início a um procedimento oficioso e de notificar as sociedades envolvidas para proceder à notificação da operação. ---

Ora entende o Tribunal que é manifesta a falta de fundamento da pretensão a formular na acção principal. Com efeito, o que a requerente pretende é que a Autoridade não cumpra com as suas funções e, designadamente, que viole a lei. Face ao disposto no art. 40º da Lei 18/2003 a Autoridade está obrigada (já que não se trata de um qualquer poder discricionário) a abrir o procedimento oficioso e a notificar as empresas para proceder à notificação prévia. A decisão ora impugnada mais não é do que a concretização por parte da Autoridade desta obrigação que sobre ela impende. Significa isto que nunca poderia o Tribunal revogar tal acto sob pena de impedir a Autoridade de exercer as funções que legalmente lhe estão confiadas e de cumprir a lei. ---

Significa isto que, no entender do Tribunal, nunca a acção definitiva de que esta providência é necessariamente dependente, poderia proceder. ---

Falece, pois, um dos requisitos cumulativos previstos no art. 120º, nº 1, al. b), do CPTA, pelo que nunca a providência poderia proceder.. ---

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Mas, mesmo que assim, não se entendesse, o certo é que nunca a pretensão da requerente poderia ser julgada procedente por não resultar da decisão impugnada o prejuízo que a requerente lhe pretende imputar. ---

O que alega a requerente é que por força da decisão impugnada a transacção realizada (aquisição das participações da Alliance Unichem) tem que ser "desfeita", não se sabendo quando pode voltar a concretizar-se, que por força dela fica impedida de exercer os direitos sociais relativos às participações sociais que adquiriu. ---

Desde logo é de referir que a requerente não invoca quaisquer prejuízos concretos, limitando-se a alegar a sua existência de modo totalmente vago e abstracto. Mas mesmo estes não se verificam. Vejamos. ---

No que concerne à conclusão de que por força da decisão da Autoridade a transacção (compra das acções) fica "desfeita", não se percebe (nem a requerente explicita) o porquê desta afirmação. A decisão da Autoridade não é uma decisão final mas sim uma decisão que dá origem à investigação. ----

A transacção só virá a ser "desfeita", como diz a requerente, se a Autoridade vier a concluir, no fim da investigação realizada no âmbito do procedimento administrativo, que a mesma não pode ser autorizada nos termos do art. 12º, nº 1, da Lei 18/2003. significa isto que tal efeito poderá vir a resultar da decisão final do procedimento administrativo mas não resulta nunca do acto ora impugnado. ---

No que toca ao facto de a Autoridade não ter um prazo fixado para terminar o processo, o argumento é de todo despropositado e não poderia nunca ser considerado válido, sendo certo que, na falta de um prazo específico sempre será aplicável o disposto no art. 58º do Código de Procedimento Administrativo pelo que a situação não poderia nunca ficar por resolver indefinidamente. ---

Por último, no que toca ao exercício dos direitos sociais, não se vislumbra o alcance das afirmações da requerente. A operação realizou-se e mantém-se eficaz (no que ora nos interessa), ou seja, a requerente é efectivamente accionista da Alliance

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Unichem e pode exercer os direitos sociais correspondentes à sua participação social. Mesmo que assim não fosse nem sequer se vislumbra como é que poderia tal situação ser causadora de danos ou prejuízos irreparáveis quando é a própria requerente que diz que não tem qualquer controlo sobre a sociedade Alliance Unichem, controlo esse que é exercido pela Alliance Santé. Ora tendo apenas uma participação de 2% e não podendo exercer qualquer controlo sobre a sociedade, por um lado, e não tendo a requerente concretizado os alegados prejuízos, por outro, nunca poderia o tribunal concluir que do despacho lhe advinham quaisquer prejuízos resultantes de não poder exercer os seus direitos sociais. ---

*

Alega ainda a requerente que os prejuízos para si resultantes da abertura do procedimento oficioso são maiores que os hipotéticos prejuízos para o interesse público resultantes do decretamento da providência. ---

Não podemos concordar com esta afirmação. o legislador, ao criar o art. 40º da Lei 18/2003 estava perfeitamente ciente dos interesses em jogo em situações como a dos autos e, não obstante, criou a referida norma. A adoptar-se o entendimento da requerente estariamos pura e simplesmente a apagar da Lei 18/2003 o art. 40º e a impedir, na prática, qualquer controlo sobre as operações de concentração de empresas, afastando o regime da notificação prévia. ---

Com efeito, com tal entendimento, as empresas deixariam de proceder às notificações prévias e, quando fossem notificados pela Autoridade, invocariam os danos resultantes da abertura do processo, pondo assim fim ao processo administrativo e, consequentemente, impedindo a Autoridade de exercer a sua função de controlo das operações de concentração!. ---

O objectivo do controlo das operações de concentração é o de regulação do mercado e da estrutura da concorrência, interesse público que é de vital importância para o regular funcionamento da economia e que sempre se terá de considerar superior

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

a quaisquer danos ou prejuízos (que não se provaram) que para a requerente possam advir da abertura do processo administrativo, mesmo tendo em conta do disposto no art. 11º da Lei 18/2003. ---

*

Em suma, por não se verificarem os pressupostos enunciados no art. 120º, nº 1, al. b), a providência terá de ser julgada improcedente. ---

*

4. Decisão

Pelo exposto, o Tribunal julga o presente procedimento improcedente por não provado e, consequentemente, não suspende a decisão do Conselho da Autoridade da Concorrência de 22 de Julho de 2005 nos termos da qual foi a requerente intimada a proceder a notificação prévia da aquisição de 2% do capital social da sociedade "Alliance Unichem Farmacêutica, S.A.". ---

Custas pela requerente (art. 446º nºs 1 e 2 do Código de Processo Civil).

Registe e Notifique.

16/11/05

Ram José Esteves

8