



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

106673

CONCLUSÃO - 21-09-2015

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Carolina Barreiro)

=CLS=

SENTENÇA

Intróito explicativo

O Colendo Supremo Tribunal de Justiça declarou a nulidade da sentença proferida a 30 de junho de 2014, ao abrigo do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Civil, aplicável ex vi artigo 42.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de modo a que seja substituída por outra que se pronuncie sobre a questão suscitada da “formação de um ato tácito de deferimento no procedimento administrativo de controlo de concentrações que correu termos na Autoridade da Concorrência com a referência Ccent 31/2011 Lactogal / Renoldy”.

Segundo ali se exara, a determinação dos efeitos a conceder ao requerimento apresentado pela Autora em que manifestou a sua vontade de “desistir do procedimento de controlo de concentração ainda em curso”, importa que preteritamente se analise a questão de saber se em momento prévio “já se tinha (ou não) formado ato tácito de não oposição”, enquanto causa de extinção do procedimento administrativo, sendo este o objeto da vertente ação administrativa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Significa o exposto que a sentença já proferida nos autos poderá e deverá permanecer incólume quanto aos seus fundamentos de facto e de direito, havendo somente de adotar a formulação de novo juízo sobre matéria que contenda com a identificada omissão de pronúncia, o que não afeta tudo quanto foi já decidido, quer no saneamento do processo, quer na fundamentação dos factos relevantes para a decisão, quer na motivação jurídica já encetada, sem prejuízo evidentemente das consequências ditadas pela apreciação a fazer sobre a formação (ou não) de ato tácito.

Deste modo, considerando a estrita obediência ao prolatado pelo douto acórdão do Colendo Supremo Tribunal de Justiça e respeito devido a todo o labor jurisdicional já realizado e sindicado pela instância de recurso, e bem assim razões atinentes a uma desejável economia de meios e celeridade na decisão das questões subjacentes da causa em apreço, procedemos ao aproveitamento do texto da sentença já proferida, limitando-se assim este Tribunal a enxertar na decisão os aspetos resultantes da resposta à omissão de pronúncia com acuidade para o cumprimento do determinado pelo Supremo Tribunal de Justiça, ressaltando tais inovações através do tipo de letra utilizado, idêntico ao usado nestas linhas, distinto da decisão original.

I. Valor da Causa

Nos termos do disposto no artº 306º, nº 1, do Cód. Proc. Civil, fixa-se em €30.000,01 o valor da causa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

* * *

II. Da tramitação processual

Nos termos do disposto no artº 42º, nº 1, do CPTA, a presente ação segue os termos do processo civil.

* * *

III. Da dispensa da audiência prévia

Nos termos do disposto no artº 593º, nº 1, 591º, al. d) e 595º, nº 1, al. b), do CPC, não sendo necessárias mais provas, dispensa-se a realização da audiência prévia.

* * *

IV. Saneamento

O Tribunal é o competente.

A petição inicial não é inepta e o processo é o próprio.

As partes têm personalidade e capacidade judiciárias e estão devidamente representadas.

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

3.1. Da legitimidade ativa da A..

A Lactogal – Produtos Alimentares, S.A. (ora A.) veio propor ação administrativa comum contra a Autoridade da Concorrência (ora R.) pedindo (i) o reconhecimento do direito emergente da decisão (tácita) tomada por essa entidade administrativa, de não oposição à operação de concentração de empresas que consiste na aquisição pela A. da empresa Renoldy – Produção e Comercialização de Leite e Produtos Lácteos, Lda., decisão essa constituída no dia 28/01/2012, nos termos do disposto no artº 35º, nº 4, da Lei da Concorrência (Lei nº 18/2003, de 11 de junho) e (ii) a condenação da R. à abstenção de comportamentos que contrariem esse direito da A..

A R. veio invocar, além do mais, a exceção dilatória de exceção de ilegitimidade.

Para tanto, alegou, em síntese, que:

- a legitimidade, enquanto interesse direto em demandar, constitui um dos pressupostos das ações e só existe interesse em demandar se for invocada uma incerteza objetiva sobre a situação jurídica, como decorre expressamente do artº 39º do CPTA;
- no caso sub judice não existe probabilidade da prática de um ato lesivo dos interesses da A.;
- analisando o caso concreto constata-se inexistir para a A. uma utilidade ou uma vantagem imediata adviente da propositura da ação;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

- insto porque não existe qualquer processo a correr na R., pois a A. requereu o encerramento do mesmo;

- Ainda que assim não se entenda, não se formou o deferimento tácito, uma vez que a A. retirou a notificação da operação de concentração quando esta passou a investigação aprofundada;

- Se a consolidação de um ato destacável retira ao Autor a legitimidade para atacar em juízo o ato final de um procedimento, por maioria de razão a desistência de um procedimento retira à A. a legitimidade para atacar ou ver reconhecido qualquer direito que real ou hipoteticamente se tenha formado por um ato destacável, ainda que tacitamente formado;

- a A. não tem legitimidade ativa porque não existe nenhuma relação entre esta e a AdC, porque não existe nenhum processo, o que consubstancia uma exceção dilatória, nos termos do disposto nos artºs 493º a alínea a), do nº 1, do artº 494º do CPC;

Veio a A., na sua réplica, pugnar pela legitimidade.

Para tanto, alegou, em síntese, que:

- a noção de legitimidade está prevista no artº 9º do CPTA e dispõe que cabe ao A. invocar uma relação material jurídico administrativa controvertida em que é parte, para que o pressuposto processual da legitimidade ativa se tenha por verificado;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

- A A. esclareceu que na base desta ação está um conflito entre a A. e a R., relacionada com a divergência de entendimentos sobre se existiu, ou não, uma aprovação tácita de uma operação de concentração;

- Existindo uma posição assumida pela R. de que inexistente tal aprovação tácita, verifica-se existir uma relação material controvertida, improcedendo a execução invocada;

- igualmente a inexistência de um procedimento administrativo (de apreciação da concentração) em curso não afasta a existência de uma questão jurídica a dirimir.

- A A. tem, portanto, legitimidade ativa, uma vez que existe uma relação material controvertida entre esta e a R..

Apreciando e decidindo.

A AdC não tem razão.

No Código do Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA), o conceito de legitimidade está especialmente previsto no artº 9º.

Nos termos deste artigo, o legislador implementou o seguinte regime:

- no artº 9º, nº 2, do CPTA, indicou um conjunto de entidades que têm sempre legitimidade processual em ações com um determinado objeto;

- no artº 9º, nº 1, estabeleceu a regra geral da legitimidade.

E o artº 9º, nº 1, do CPTA, dispõe que “o autor é considerado parte legítima quando alegue ser parte na relação material controvertida”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Nas palavras de Mário Aroso de Almeida/Carlos Fernandes Cadilha “*o artigo 9º, nº 1, toma posição explícita sobre a velha querela relativa ao critério de determinação da legitimidade, dando como assente que a legitimação processual é aferida pela relação jurídica controvertida, tal como é apresentada pelo autor*”¹.

Ora, neste processo, a A. enunciou uma relação material controvertida – o dissenso entre a A. e a R. no sentido da verificação (ou não) da aprovação tácita de uma operação de concentração. Basta verificar a petição inicial e a contestação para se ter como patente a relação material controvertida, nem se entendendo muito bem a alegação da R. no sentido da inexistência do elemento “incerteza”.

Nos termos da relação jurídica tal como é apresentada pela A., esta apresenta-se como tendo legitimidade.

Por outro lado, o interesse processual na procedência da ação, para a A., é evidente: no caso de procedência da ação, produzem-se determinados efeitos (juízo de aprovação tácita de uma concentração) e condenação na abstenção da prática de atos que contrariem esses efeitos.

Quer dizer: a procedência da presente ação não conduz a uma sentença inócua, em termos de efeitos, para a A..

É quanto basta para que se possa referir, sem qualquer dúvida no nosso humilde entendimento, que a A. é parte legítima na presente ação.

¹ Aroso de Almeida/Fernandes Cadilha, *Comentário ao CPTA*, 3ª Edição, Almedina, 2010, p.p. 70 e 71.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

A apreciação do pressuposto legitimidade é autónoma da apreciação do mérito da causa e, por isso, a alegação de que a “A. retirou a notificação da operação de concentração quando esta passou a investigação aprofundada” é irrelevante para estes efeitos.

Por conseguinte, para efeitos do artº 9º, nº 1, do CPTA, a A. é parte legítima na presente ação, improcedendo a exceção dilatória de ilegitimidade invocada.

*

3.2. Da exceção dilatória inominada do interesse em agir

Veio a R. alegar que a A. não teria interesse em agir.

Para tanto, alegou, em síntese, que:

- A A. não tem interesse em agir porque retirou a sua notificação e a AdC nada pode fazer;
- A A. não pretende que a R. adote qualquer comportamento, do que resulta não ter interesse em agir e logo não ter legitimidade para a presente ação;
- Pois a A. pretende que o Tribunal reconheça um putativo direito, que sabe não poder exercer, por ter desistido do procedimento de notificação da concentração;
- O pressuposto do interesse processual impõe a existência de interesse real e atual, que se deverá traduzir na utilidade retirada da procedência do pedido;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

- Não se pode considerar verificado o interesse em agir, como correspondência a um facto exterior (idóneo a produzir um sério prejuízo à A.), facto este que se sustenta no exercício de poderes e competências próprias da AdC;

- a A. pretende retirar a conclusão de que o exercício de competências sancionatórias por parte da AdC coloca em causa um direito que desconhece se efetivamente possui;

- verifica-se a falta de interesse em agir, o que deverá determinar a absolvição da instância.

A A., na sua réplica, veio contrariar esta posição da R..

Para tanto, alegou, em síntese, que:

- o interesse em agir distingue-se da legitimidade;

- nos termos do artº 39º do CPTA, existe interesse processual quando exista fundado receio de que a Administração possa vir a adotar uma conduta lesiva, fundada numa avaliação incorreta da situação jurídica existente, situação que se verifica neste processo;

- A R. afirma que não se formou uma decisão tácita e, atendendo às competências da R., é fundado o receio de que aquela entidade possa adotar uma conduta lesiva no caso da A. exercer o seu direito a concretizar a operação;

- Existe uma clara situação de incerteza (subjéctiva e objectiva) que coarctar o direito da A. e da Renoldy de concretizarem a operação de concentração;

- razão pela qual se justifica a presente acção;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

- A R. relaciona a falta de interesse em agir com a desistência do procedimento;
- Sucede que a A. desistiu do procedimento por considerar que, conforme decorre da lei, esse procedimento já se teria extinguido;
- a decisão tácita de não oposição tem o mesmo valor jurídico que uma decisão expressa de não oposição;
- deve concluir-se que a partir da data em que ocorreu a decisão tácita de não oposição, constituiu-se na esfera da A. o direito a concretizar a operação concretização;
- a A. não pretende de nenhum ato da R., mas apenas que esta fique impedida de produzir atos lesivos desse direito;
- por conseguinte, a A. tem interesse em agir.

Apreciando e decidindo.

A R. não tem razão.

O interesse em agir (ou interesse processual) corresponde em o direito do demandante estar carecido de tutela judicial².

Contrariamente ao defendido pela R., o pressuposto “*interesse em agir*” distingue-se do pressuposto “*legitimidade*”. Com efeito, o interesse em agir respeita ao interesse em recorrer à tutela judicial; a legitimidade refere-se ao objeto do processo, ao conteúdo material da pretensão³.

² Assim, Manuel de Andrade, Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra editora, 1976, p. 79.

³ Assim, Montalvão Machado/Paulo Pimenta, O novo Processo Civil, 8ª edição, Almedina, p. 81.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

O CPTA consagra, nº artº 39º, uma disposição sobre o interesse processual nas ações de simples apreciação.

Dispõe este artigo que *“os pedidos de simples apreciação podem ser deduzidos por quem invoque utilidade ou vantagem imediata, para si, na declaração judicial pretendida, designadamente por existir uma situação de incerteza, de legítima afirmação, por parte da administração da existência de determinada situação jurídica, ou o fundado receio de que a Administração possa vir a adotar uma conduta lesiva, fundada numa avaliação incorreta da situação jurídica existente”*.

Ora, precisamente, é o que sucede no presente processo.

Por um lado, existe uma utilidade imediata, para a A., em caso de eventual procedência da presente ação. Com efeito, em caso de procedência, todos os poderes e atuações da R. perante a A., que se fundem exclusivamente na falta de não oposição à operação de concentração, tornam-se inviáveis.

Por outro lado, perante uma situação de incerteza – a A. entende que se formou uma decisão tácita de não oposição; mas a R. pronuncia-se em sentido contrário – é fundado o receio da A. de que, se não tiver razão na apreciação jurídica que faz, possa sofrer as consequências jurídicas gravosas, impostas pela R..

Perante uma situação de incerteza, a A. recorre ao Tribunal para fazer estabilizar o entendimento.

É, portanto, evidente, que a A. tem interesse em agir.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

A R. esgrime com o argumento de que a A. desistiu do procedimento relativo à não oposição. Se esse argumento obstaculiza, ou não, as pretensões da A., é uma questão que deverá ser verificada no âmbito da apreciação do mérito da presente ação. Nada tem a ver com o pressuposto processual “interesse em agir”.

Por conseguinte, o Tribunal julga improcedente a questão suscitada pela R. e considera que a A. tem interesse em agir.

*

3.3. Da legitimidade passiva da R..

Veio igualmente a R. pugnar pela sua ilegitimidade passiva.

Para tanto, alegou, em síntese, que:

- a ação deverá ser proposta contra a outra parte na relação material controvertida;
- o processo relativo à operação de concentração já se encontra findo e terminado;
- por conseguinte, deve a R. ser absolvida da instância.

A A. veio pugnar pela legitimidade da R..

Para tanto, alegou, em síntese, que a legitimidade passiva da R. é inquestionável, porque é esta que constitui a outra parte na relação jurídica controvertida.

Apreciando e decidindo.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Mais uma vez, a R. não tem razão.

Sob a epígrafe de “legitimidade passiva”, dispõe o artº 10º, nº 1, do CPTA, que *“Cada ação deve ser proposta contra outra parte na relação material controvertida e, quando for caso disso, contra as pessoas ou entidades titulares de interesses contrapostos aos do autor”*.

Ora, na presente ação, pretende a A. o reconhecimento de uma decisão tácita de não oposição por parte da R..

É evidente que é esta – a R. – a outra parte na relação controvertida, pois o que pretende a A. é o reconhecimento de uma inação da A. (omissão de uma decisão de oposição num determinado período), inação da qual se possam extrair determinados efeitos jurídicos.

Por conseguinte, tem a R. legitimidade passiva para a presente ação.

*

3.4. Da inadmissibilidade do pedido da A.. – a impossibilidade superveniente da presente ação

Defende a R. a inadmissibilidade do pedido da A..

Para tanto, alega, em síntese, que:

- ao procedimento administrativo de concorrência só subsidiariamente se aplica o Cód. Proc. Administrativo;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

- a A. pretende obter uma declaração da formação de uma decisão (tácita) de não oposição à concentração notificada em 25/01/2012, para que seja declarado um direito decorrente dessa decisão;

- o que está em causa não é o pedido de reconhecimento do direito, mas o pedido de declaração de reconhecimento da formação de uma decisão tácita, no âmbito de um processo de controlo de concentração de empresas;

- e a A. também pretende que a R. seja condenada a abster-se de qualquer procedimento, pretendendo assim o reconhecimento de um direito de por formação de decisão tácita e a condenação da R. na abstenção de comportamentos;

- tendo sido declarado extinto e arquivado o procedimento, pela desistência da A., ocorre inutilidade superveniente da lide na presente ação, não podendo nesta discutir-se as razões que motivaram a desistência;

- a A. desistiu do seu pedido nos termos do disposto no artº 110º, do CPA, e, em consequência, o processo foi arquivado, como a A. bem sabe;

A R. veio, na sua réplica, afirmar a inexistência de “*impossibilidade superveniente da lide*”.

Apreciando e decidindo.

A R. não tem razão. Com o devido respeito, a afirmação “*impossibilidade superveniente da lide*”, neste caso, até é contraditória em si mesma.

Mas vamos por partes.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Desde logo, mesmo que existisse “*impossibilidade superveniente da lide*” (o que não sucede neste caso), tal não corresponderia a qualquer inadmissibilidade do pedido inicialmente formulado. Significaria apenas que razões **ulteriores** à propositura da ação tornariam inviável o pedido, por os efeitos deste terem sido atingidos por outro meio. Como refere o STJ “*A lide torna-se impossível quando sobrevêm circunstâncias que inviabilizam o pedido, não em termos de procedência/mérito mas por razões conectadas com o mesmo já ter sido atingido por outro meio não podendo sê-lo na causa pendente*”⁴.

Ora, neste processo, não se verifica nenhuma circunstância, ocorrida após a propositura da presente ação, que torne impossível a lide. A R. acena com a desistência do procedimento relativo à concentração. Mas esta desistência ocorreu (como a própria R. afirma) em 26/04/2012.

Mas a ação neste processo foi proposta em 17/05/2012.

Assim, por um lado, se existisse alguma impossibilidade, seria uma impossibilidade originária (que se verificaria logo no momento da propositura da ação) e nunca uma impossibilidade superveniente.

Por outro lado, também não se vislumbra em que medida a A. viu satisfeita a sua pretensão por um meio alternativo à presente ação (a situação que, como vimos, corresponde à noção de impossibilidade superveniente da lide).

⁴ Ac. STJ de 15/03/2012, processo nº 501/10.2TVLSB.S1, integralmente disponível no sítio www.dgsi.pt.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Por conseguinte, manifestamente, a situação de impossibilidade superveniente da lide não se verifica e a questão da inadmissibilidade do pedido com este fundamento é manifestamente improcedente.

*

3.5. Da inadmissibilidade do pedido da A.. – a inutilidade superveniente da presente ação

A R., a determinado momento da sua contestação, deixou de referir a “impossibilidade superveniente da lide”, focando-se na “inutilidade superveniente da lide” (cfr. artigos 112º a 115º da contestação), em função da desistência do procedimento.

A A. não se pronunciou sobre este aspeto na réplica.

Apreciando e decidindo.

A argumentação da R. é manifestamente improcedente.

Desde logo, mais uma vez, a inutilidade superveniente da lida nada tem a ver com a inadmissibilidade do pedido.

A inutilidade superveniente da ação ocorre quando esta, por um fator ulterior à propositura da ação, deixou de ter utilidade. Como refere o STJ “*Torna-se inútil se ocorre um*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

facto, ou uma situação, posterior à sua instauração que implique a desnecessidade se sobre ela recair pronúncia judicial por falta de efeito”⁵.

Neste caso, não ocorreu qualquer fator posterior à propositura da ação que a tornem desnecessária por falta de efeito. Inutilidade superveniente da lide ocorreria, por exemplo, se após a propositura desta ação, a empresa Reynoldy deixasse de existir (registo da liquidação). Seria inútil apreciar uma eventual decisão de não oposição à concentração, se uma das sociedades (que pretendem a concentração) tivesse deixado de existir.

Não é o caso. A procedência do pedido nesta ação tem uma utilidade evidente.

Por conseguinte, manifestamente, a situação de inutilidade superveniente da lide não se verifica e a questão da inadmissibilidade do pedido com este fundamento é manifestamente improcedente.

*

3.6. Da inadmissibilidade do pedido da A.. por inexistência de objeto da ação e por ser inadmissível por força do artº 38º, nº 2, do CPTA

A R. veio invocar a inadmissibilidade do pedido da A. por inexistência de objeto da ação.

Para tanto, alegou, em síntese, que:

⁵ Ac. STJ de 15/03/2012, supra citado.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

- o pedido e a causa de pedir não têm objeto, pois o processo foi arquivado;
- o direito que a A. pretende ver reconhecido não tem existência na sua esfera jurídica, nem na ordem jurídica;
- A A. desistiu do procedimento administrativo, deixando o processo de existir e a A. faz um uso inadequado e indevido da Ação administrativa;
- a ação não é própria porque o pedido não é admissível, porque não a pode utilizar para obter o efeito que resultaria da anulação da decisão, sobre o seu requerimento;
- a A. não impugnou a decisão da AdC sobre o requerimento de deferimento que apresentou em 03/02/2012 (requerimento fundamentado) nem a decisão de passagem a investigação aprofundada de 17 de fevereiro de 2012: ao invés, a A. desistiu do procedimento administrativo;
- o processo deixou de existir e os atos adotados deixaram de produzir efeitos na esfera jurídica da Autora e no ordenamento jurídico;
- os atos adotados no processo tornaram-se inimpugnáveis, por inexistentes;
- a ação não é própria porque o pedido não é admissível e porque a A. não a pode usar para obter o efeito que resultaria da anulação da decisão sobre o seu requerimento, o qual seja a reconstituição da situação que existiria se o ato não tivesse sido praticado, e, portanto, a remoção dos efeitos diretamente decorrentes do ato ilegal.

A A., na sua réplica, veio afastar este entendimento.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Para tanto, alegou, em síntese, que:

- A R. afirma erradamente que a A. não impugnou a decisão da AdC de passagem a investigação aprofundada, insinuando que a A. estaria a recorrer à ação administrativa comum para procurar suprir a falta dessa impugnação;

- Ora a A. teve o cuidado de impugnar atempadamente essa decisão no Tribunal da Concorrência, não tendo usado a ação administrativa comum como via alternativa a essa impugnação;

- Questão diferente é saber se o recurso à ação administrativa especial seria suficiente para assegurar a tutela plena dos interesses que a A. pretende ver acautelados por forma a poder, com segurança, concretizar a operação de concentração, sendo que a A. entende que não.

Apreciando e decidindo.

A R. não tem razão.

Se bem entendemos a posição da R., defende esta que o facto da A. ter desistido do procedimento de notificação de concentração obstaculizaria esta mesma ação comum.

Isto porque, na tese da R., a desistência do procedimento origina que os atos administrativos praticados naquele processo deixem de ser impugnáveis. E, por isso mesmo, não pode a A. obter através desta ação o que deveria ser obtido através da impugnação dos atos administrativos existentes no procedimento.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Estipula, neste âmbito, o artº 38º, nº 2, do CPTA que *“a ação administrativa comum não pode ser usada para obter o efeito que resultaria da anulação do ato impugnável”*.

Prevê esta disposição legal, antes de mais, a existência de um ato administrativo impugnável, mas que não foi impugnado. E, neste âmbito, não poderia a A. deixar de impugnar um ato administrativo e depois usar a ação administrativa comum para tentar obter os mesmos efeitos que resultariam da impugnação e anulação do ato administrativo.

Mas não é essa a situação que se verifica neste processo.

Antes de mais, recordemos alguns factos que parecem ser consensuais:

- A A., em determinada data, notificou a R. (AdC) de uma operação de concentração;
- A R. em determinado momento decidiu a passagem à investigação aprofundada;
- A A., noutro processo, impugnou esta decisão;
- A R., após, desistiu do procedimento relativo à notificação da concentração.

O que pretende a A., com esta ação, não é afastar a passagem a investigação aprofundada.

Neste momento, já nem é essa investigação aprofundada que está em causa.

O que pretende a A. é obter um efeito jurídico de uma decisão de não oposição. E, se se verificar o efeito jurídico pretendido pela A., tornar-se-ia sempre inútil a apreciação da decisão de passagem à investigação aprofundada.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Portanto, não está em causa (no presente processo) a apreciação de um ato administrativo impugnável (consubstanciado no ato de passagem a investigação aprofundada). O que está em causa neste processo é a eventual declaração de um efeito jurídico que é prejudicial à apreciação do ato de passagem a investigação aprofundada.

A A. não pretende, nesta ação, obter o mesmo efeito que poderia obter através da anulação de um ato impugnável.

A A. pretende é que lhe seja reconhecido um ato (tácito) de não oposição.

E por isso entendemos que o artº 38º, nº 2, do CPTA não é aplicável a este processo.

No que respeita à questão da inexistência do objeto e da causa de pedir, manifestamente o presente processo tem objeto e tem causa de pedir. Se é, ou não, procedente, é que é outra questão, relacionada esta com o mérito da causa e não com qualquer pressuposto processual.

Por conseguinte, o Tribunal julga improcedente, por não provada a exceção invocada, julgando os pedidos admissíveis.

*

Inexistem outras nulidades, questões prévias ou exceções que cumpra apreciar.

* * *

O Tribunal está em condições de, desde já, conhecer do mérito da causa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

*

IV. Conhecimento de mérito

4.1. Relatório

A Lactogal – Produtos Alimentares, S.A., pessoa coletiva nº 503183997, com sede na Rua do Campo Alegre, nº 830, 5º, 4150-171 Porto, veio propor ação administrativa comum contra a Autoridade da Concorrência, pedindo

“a) o reconhecimento do direito emergente da decisão (tácita), tomada por essa entidade administrativa, de não oposição à concentração de empresas que consiste na aquisição pela Lactogal (...) da empresa Renoldy (...), decisão essa constituída no dia 25 de janeiro de 2012, nos termos do nº 4 do artigo 35º da Lei nº 18/2003, de 11 de junho (...) no âmbito do processo que correu termos na Autoridade da Concorrência, com nº Ccent. 31/2011 – Lactogal/Renoldy; e

b) A condenação da AdC à abstenção de comportamentos que contrariem esse direito da Autora”.

Para tanto, alegou, em síntese, que:

- o Tribunal competente é o Tribunal Administrativo do Círculo do Porto;
- A A. tem interesse em agir;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

- a AdC conduz os procedimentos de controlo das concentrações partindo da premissa de que todos os prazos se contam nos termos do artº 72º do CPA, mas os prazos de instrução e de duração do procedimento na Lei da Concorrência estão estabelecidos em dias corridos;

- E, por isso, o deferimento tácito da operação de concentração teria ocorrido em 15/11/2011 e não em 25/01/2012;

- sem prejuízo, mesmo aplicando as regras do artº 72º do CPA, formou-se um ato de deferimento tácito;

- A A. apresentou, em 05/08/2011, junto da R., uma notificação da operação de concentração que consiste na aquisição da totalidade do capital social da empresa Renoldy, tendo pago a taxa de €25.000,00;

- esta notificação dá origem a um procedimento administrativo, que está sujeito a um prazo de instrução de 30 dias;

- a ausência de uma decisão expressa por parte da AdC logo no final do prazo de 30 dias, vale como decisão tácita de não oposição à operação de concentração (artº 35º, nº 4, da Lei da Concorrência);

- em 17/08/2011, a R. informou a A. de que os elementos constantes da notificação se encontravam incompletos, indicando que a notificação efetuada não produzia efeitos e concedendo prazo para a apresentação dos elementos em falta;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

- A A., depois de requeridas e deferidas duas prorrogações do prazo, apresentou um formulário em 06/11/2011, tendo enviado ainda um conjunto de informações adicionais em 16/10/2011, tendo usado, para o efeito, a plataforma da AdC denominada SNEOC;

- no dia 18/10/2011, a R. informou a A. de que a notificação teria produzido efeitos em 17/10/2011, sendo que, no entender da R., a notificação produziu efeitos em 21/10/2011;

- o procedimento apenas esteve suspenso entre 17/11/2011 e o dia 13/01/2012, tendo voltado a correr no dia 16/01/2012 e terminado no dia 25/01/2012, sem que a R. tivesse, neste período, tomado qualquer decisão;

- tendo decorrido o prazo de 30 dias, a partir de 25/01/2012, o direito da A. a concretizar a aquisição ficou administrativamente descondicionado;

- em 26/01/2012, a A. dirigiu um pedido à R. solicitando informação sobre o estado do processo e confirmação da produção do ato de deferimento tácito da operação de concentração, tendo a R., nessa mesma data notificado a A. de um projeto de passagem a investigação aprofundada, o que vidia a ser decidido em 09/02/2012;

- A A. pagou então a taxa de 12.500,00, sem prejuízo do entendimento de que se formou uma decisão tácita de deferimento em 25/01/2012;

- o procedimento avançou, tendo a A. recebido, em 03/04/2012, um pedido de elementos particularmente oneroso e, não podendo a A. antecipar qual o rumo que a investigação estafria a tomar, manifestou, em 17/04/2012, a sua intenção de desistir do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

procedimento em curso, mas requerendo a sua extinção por considerar quer se havia formado uma decisão tácita de não oposição à operação de concentração, extinção que viria a ser decidida em 26/04/2012;

- por força das regras aplicáveis, competia à A. ter assegurado a adoção de uma decisão expressa em primeira fase até ao dia 25/01/2012 e, não o tendo feito, formou-se uma decisão (tácita) de não oposição, nos termos do artº 35º, nº 4 da Lei da Concorrência.

*

A R. AdC, devidamente citada, apresentou a sua contestação, pedindo que a ação administrativa comum seja julgada improcedente, devido à inexistência de procedimento administrativo, decorrente da desistência da A. e, em consequência, ser a presente ação declarada extinta por inutilidade superveniente da lide.

Mais deduziu um conjunto de exceções dilatórias.

Concretamente, e em síntese, afirmou a R. que:

- o Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto é materialmente incompetente, sendo competente o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão;

- a A. não é parte legítima da presente ação;

- verifica-se falta de interesse em agir e impossibilidade/inutilidade superveniente da lide;

- a R. é parte ilegítima;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

- o pedido da A. é inadmissível;
- não se verificou qualquer ato de deferimento tácito, não sufragando a AdC o entendimento da A.,
- o prazo de contagem é o previsto no artº 72º do CPA, sendo de afastar o entendimento de que o prazo de contagem é corrido;
- apesar da informação da AdC de que a notificação produziu efeitos em 17/10/2011, esta, posteriormente, verificou que uma parte do formulário se encontrava truncado, tendo recebido a notificação completa apenas em 19/10/2011, iniciando-se a produção de efeitos em 20/10/2011;
- no dia 13/01/2012, a A. remeteu à R. expediente mas só em 17/01/2012 remeteu a versão não confidencial;
- o processo esteve então suspenso entre os dias 27 de janeiro (dia subsequente à notificação da A. e das contrainteressadas do processo de decisão de passagem a investigação aprofundada efetuada no dia 26/01/2012 e o dia 09/02/2012;
- A R. não impugnou a decisão da AdC sobre a passagem a investigação aprofundada;
- O processo deixou de existir e, portanto, deixou de poder produzir efeitos;
- Deverá ser reconhecida a inutilidade superveniente da lide, em função do arquivamento, não tendo, em todo o caso, sido ultrapassado o prazo de deferimento tácito;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

*

A A. apresentou réplica, tendo afirmado a competência do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, a legitimidade da A. e da R. e a existência de interesse em agir.

*

O Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto decidiu então julgar-se “*materialmente incompetente para apreciar e decidir a pretensão formulada pelos Autores e absolver o Réu da instância*”.

*

Por requerimento da R., a ação transitou para este Tribunal.

*

4.2. Questões a decidir

Deverá o Tribunal pronunciar-se sobre se se formou a decisão tácita de não oposição.

*

4.3. Saneamento



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Mantêm-se inalterados os pressupostos processuais já supra assinalados.

*

4.4. Fundamentação de facto – factos provados

Atendendo à documentação junta ao processo, consideram-se provados os seguintes factos:

1. No dia 05/08/2011, a A. apresentou junto da AdC uma notificação da operação de concentração, que consistia na aquisição da totalidade do capital social da empresa Renoldy.

2. Em 17/08/2011, na sequência da apresentação da notificação, a R. AdC enviou à A. uma comunicação informando que os elementos constnates da mesma se encontravam incompletos face à informação mínima a enviar pela notificante, de acordo com o estitulado no Ponto E, parágrafos 23 e 24, do anexo ao Regulamento nº 120/2009.

3. A A. solicitou duas prorrogações do prazo para a resposta à decisão de não produção de efeitos e pedindo informações complementares, pedidos que foram deferidos pela R..

4. A A. respondeu ao pedido de informações solicitado, tendo apresentado um formulário de notificação reformulado, com data de entrada em 06/10/2011.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

5. A A. enviou à R., em 16/10/2011, às 17:13 horas, através do “Sistema de Notificação Eletrónica de Operações de Concentração (SNEOC) um conjunto de informações adicionais, com correções de lapsos de escrita no formulário da notificação, dados adicionais sobre a atividade de produção e comercialização de nata (cfr. fls. 1430 a 1434 do processo de concentração), tendo ainda apresentado os mesmos elementos por fax nesse mesmo dia 16/10/2011 (às 17:17 horas) e em papel, no dia 18/10/2011.

6. Por fax datado de 17/10/2011, a R. AdC informou a A. do seguinte:

“tendo sido apresentada notificação correspondente à operação com a referência Ccent. Nº 31/2011 – Lactogal/Renoldy a 10 de Agosto de 2011, foi subsequente comunicado a V. Ex.as que os elementos da mesma se revelavam incompletos face á informação mínima a enviar pela Notificante, de acordo com o estipulado no Ponto E, parágrafos 23 e 24, do Anexo ao Regulamento nº 120/2009, de 17 de março de 2009, relativo ao formulário de notificação de operações de concentração de empresas, solicitando-se, em conformidade, o envio dos elementos identificados e em falta no prazo de 10 dias úteis, nos termos e para os efeitos do disposto no nº 2 do artigo 32º da Lei nº 18/2003, de 11 de junho (Lei da Concorrência).

A autoridade da Concorrência rececionou subsequentemente dois pedidos de prorrogação de prazo para a resposta aos referidos pedidos, os quais foram deferidos, tendo sido o prazo prorrogado, primeiro por 10 dias úteis a 30 de agosto e, sem eguida, por mais 15 dias úteis a 14 de setembro de 2014.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Foi, a 6 de Outubro de 2011, recepcionada na Autoridade da Concorrência resposta ao pedido de completude do Formulário.

Na sequência da análise desta resposta, verificou-se, contudo, que os elementos constantes da mesma se revelavam incompletos face á informação mínima a enviar pela Notificante, nos termos do Regulamento nº 120/2009 (...).

Não obstante, os elementos em falta, relativos aos pontos 4.1 e 4.2 (Delimitação do mercado do Produto e Geográfico Relevante), à Subsecção IV da Secção IV (informação Geral relativa aos mercados relevantes) e ao ponto 4.5.3 (principais Concorrentes e respetivas quotas de mercado), foram objeto de remessa no dia 16 de outubro, pelo que se vem comunicar a V. Ex.as que a notificação da operação em referência produziu efeitos no dia útil subsequente, 17 de Outubro de 2011”.

7. A 18/10/2011, a R. AdC promoveu a publicação do anúncio da notificação da operação de concentração em dois jornais de circulação nacional.

7A. Em 19/10/2011, a R. AdC comunicou à A. que “*tendo sido rececionada a comunicação de V. Ex.as, no processo em referência (...) no passado dia 16 de outubro, verifica-se que a mesma foi remetida de forma incompleta, na versão confidencial e, em especial, no respeitante ao ponto 13, pelo que se solicita o envio da versão integral*”.

7B. Em 20/10/2011, a A. enviou à R. uma missiva com o seguinte teor:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

“confirmamos que, de facto, na versão PDF do requerimento apresentado pela Lactogal, em 16 de outubro de 2011, o parágrafo 13 encontrava-se cortado face à redação original em formato word.

Nesse sentido (...) juntamos nova versão PDF correspondendo à versão integral do respetivo requerimento”.

7C. Em 16/11/2011, A R. solicitou à A. um conjunto de elementos, tendo esta respondido a este pedido de elementos por fax datado de 30/11/2011.

7D. Em 30/11/2011 e 22/12/2011, A R. solicitou à A. um conjunto de elementos, tendo esta respondido a este pedido de elementos por missiva datada de 13/01/2011 (a versão confidencial), e tendo protestado juntar a versão não confidencial do documento no prazo de 2 dias, o que viria a efetuar no dia 17/01/2012.

7E. Em 25/01/2012, a R. enviou à A. uma missiva (fax) a indicar que *“a versão confidencial da resposta apenas deu entrada a 17 de janeiro de 2011”* [2012], *“pelo que vem a AdC comunicar que o prazo de instrução do procedimento a que se refere o nº 1 do artigo 34º esteve suspenso, nos termos do nº 3 do mesmo artigo, até à receção dos elementos solicitados, acompanhados da fundamentação das confidencialidades indicadas e da versão não confidencial da resposta, ou seja, até 17 de janeiro de 2011”* [2012].

8. No dia 26/01/2012 a AdC emitiu um projeto de decisão de passagem a investigação aprofundada da Autoridade da Concorrência.

9. Por missiva datada de 26/01/2012, a A. dirigiu à R. a seguinte mensagem:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

“Ex.mo Sr. Presidente do Conselho da Autoridade da Concorrência,

A Lactogal Produtos Alimentares S.A., (Lactogal), notificante no processo acima identificado, constata que o prazo para adopção de uma decisão expressa no presente procedimento terminou ontem, dia 25 de janeiro de 2012.

Neste sentido, e nos termos do nº 1 do artigo 35º da Lei da Concorrência, produziu-se o deferimento tácito da operação de concentração.

Na medida em que não foi a Lactogal notificada de um projeto de decisão para efeitos de audiência de interessados, não existindo neste momento prazo para a realização da mesma, vem respeitosamente requerer a V. Ex.a informação sobre o estado do processo, bem como declaração confirmando o deferimento tácito da operação de concentração”.

10. Em 27 de janeiro de 2012, a A. foi notificada de uma resposta da AdC ao seu pedido de informação sobre o estado do processo e de declaração de ocorrência do deferimento tácito, nos termos do qual a AdC questionou a A. sobre a fundamentação do seu pedido, mais informando que o processo estava em fase de audiência de interessados.

11. Em 03/02/2012, a A. respondeu a este pedido, apresentando as razões de facto e de direito subjacente ao seu entendimento de que se formou uma decisão tácita de não oposição.

12. Em 09/02/2012, a A. apresentou, em sede de audiência de interessados, observações ao projeto de decisão reiterando a formação de um ato de deferimento tácito e solicitando a declaração do mesmo.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

13. Em 09/02/2012 a R. notificou a A. da decisão de passagem a investigação aprofundada, nos termos da alínea c) do nº 1 do artigo 35º da Lei da Concorrência.

14. A Ora A. instaurou ação administrativa especial contra a R., pedindo a anulabilidade do ato referido no número 13., ação que viria a dar origem ao Processo nº 26/12.1YQSTR, que correu termos no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e que foi extinto, por decisão de 09/10/2012, por inutilidade superveniente da lide, nos termos do disposto no artº 286º, al. e), do Cód. Proc. Civil.

15. Em 03/04/2012, a R. dirigiu à A. o pedido de mais um conjunto de elementos, tendo sido concedido um prazo de 10 dias para responder.

16. Em 17/04/2012, a A. dirigiu à R. uma missiva, com o seguinte teor:

“Assunto: Ccet. Nº 31/2011 – Lactogal/Renoldy – desistência do procedimento

(...)

A Lactogal Produtos Alimentares, S.A., notificante no procedimento de controlo de concentrações acima identificado, vem respeitosamente, nos termos do artigo 110º do Código do Procedimento Administrativo, desistir do procedimento em curso, nos seguintes termos:

Como consta do processo, a Lactogal entende que se formou um acto de deferimento tácito da operação de concentração no dia 25 de Janeiro de 2012, por decurso do prazo de instrução de primeira fase, sem que tenha sido proferida por essa autoridade uma decisão expressa sobre a concentração notificada.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

A Lactogal solicitou à Autoridade da Concorrência que declarasse o deferimento tácito da operação de concentração logo no dia seguinte, 26 de janeiro de 2012.

Enviou a Autoridade da Concorrência um projeto de decisão de passagem a investigação aprofundada no dia 26 de Janeiro de 2012.

Em resposta, a Lactogal apresentou observações a esse projeto de decisão, em 9 de Fevereiro de 2012, insistindo que se formou um acto de deferimento tácito e requerendo a sua declaração pela Autoridade da Concorrência.

Defendendo posição divergente, a Autoridade da Concorrência sustentou ter inexistindo um acto de deferimento tácito e deliberou a passagem a investigação aprofundada nesse próprio dia, 09 de Fevereiro de 2012, tendo a decisão sido notificada no dia 10 de Fevereiro.

A Lactogal e a Autoridade da Concorrência divergem assim quanto a uma questão técnico-jurídica fundamental.

(...)

Considerando esta factualidade e considerando que a Notificante entende inclusivamente que se terá formado um ato de deferimento tácito em momento anterior à decisão de passagem a investigação aprofundada, em divergência com a Autoridade da Concorrência, que decidiu prosseguir para segunda fase do procedimento, a Lactogal vem respeitosamente, nos termos do artº 110º do Código do Procedimento Administrativo, desistir do procedimento de controlo de concentrações ainda em curso para que o mesmo termine”.

17. A R., em 26/04/2012, deliberou então:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

“Decisão da autoridade da concorrência de arquivamento – Processo Ccent.31/2011 – Lactogal/Renoldy

1. A 5 de Agosto de 2011, com produção de efeitos a 17 de outubro de 2011, foi notificada à Autoridade da Concorrência, nos termos dos artºs 9º e 31º da Lei nº 18/2003, de 11 de junho (doravante Lei da Concorrência), uma operação de concentração que consiste na aquisição da Renoldy – Produção e Comercialização de Leite e produtos Lácteos, S.A. (“Renoldy”) pela Lactogal Produtos Alimentares, S.A., (“Lactogal”).

(...)

4. A 20 de Abril de 2012, a Notificante apresentou um requerimento vinculativo de desistência do procedimento acima referido, nos termos do artº 110º do Código do Procedimento Administrativo, ex vi artº 30º da Lei da Concorrência.

5. Nestes termos, e em face do requerimento apresentado pela Lactogal, o Conselho da Autoridade da Concorrência, no uso da competência que lhe é conferida (...) declara extinto o procedimento correspondente à análise da operação de Ccent. Nº 31/2011 – Lactogal/Renoldy, nos termos do artº 110º do Código do Procedimento Administrativo, aplicável ex vi artº 30º da Lei da Concorrência”.

4.5. Motivação da matéria de facto



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

O número 1. decorre do documento de fls. 66, junto pela A..

O número 2. decorre do documento de fls. 258, junto pela A..

O número 3. decorre dos documentos de fls. 265 e 267 e 270 e 272.

O número 4. decorre do documento de fls. 274, junto pela A..

O número 5. decorre do documento de fls. 310, junto pela A..

O número 6. decorre do documento de fls. 318, junto pela A..

O número 7. decorre dos documentos de fls. 320 e 321, junto pela A..

Os números 7A. e 7B. decorrem do documento de fls. 1462/1463, do processo administrativo nº *Processo Ccent.31/2011 – Lactogal/Renoldy*.

O número 7C. decorre do documento de fls. 2326 do *Processo Ccent.31/2011 – Lactogal/Renoldy*.

O número 7D. decorre do documento de fls. 2851 do *Processo Ccent.31/2011 – Lactogal/Renoldy*.

O número 7E. decorre do documento de fls. 488, junto pela A..

O número 8. decorre do documento de fls. 342, junto pela A..

O número 9. decorre do documento de fls. 340, junto pela A..

O número 10. decorre do documento de fls. 383, junto pela A..

O número 11. decorre do documento de fls. 386, junto pela A..



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

O número 12. decorre do documento de fls. 391, junto pela A..

O número 13. decorre do documento de fls. 195, junto pela A..

O número 14. decorre da posição assumida pela A. na réplica (cfr. artº 105º, de fls. 664) e do documento de fls. 727.

O número 15. decorre do documento de fls. 451, junto pela A..

O número 16. decorre do documento de fls. 460, junto pela A..

O número 17. decorre do documento de fls. 464, junto pela A..

*

4.6. Fundamentação de Direito

Neste processo, veio a A. peticionar que seja reconhecido a formação de um ato administrativo tácito de não oposição a uma operação de concentração.

O segundo pedido – referente à condenação de abstenção de comportamentos que contrariem esse pedido, em caso de procedência – trata-se tão somente de um pedido subsidiário e implícito no primeiro, não se devendo dar relevância enquanto pedido autónomo.

Tal como a A. configurou a ação, toda a controvérsia estaria na contagem dos prazos para a formação do ato administrativo tácito de não oposição.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Vejamos mais detalhadamente.

Em Agosto de 2011, a A. notificou (notificação prévia) a R. de uma operação de concentração, nos termos e para os efeitos do artº 30º e ss, da Lei nº 18/2003, de 11/06 (Lei da Concorrência, entretanto revogada pela Lei nº 19/2012, de 08 de Maio) – cfr. número 1. dos factos provados.

Uma vez que a notificação (cfr. artº 31º, nº 1, al. b), da Lei da Concorrência) estava incompleta, a A. voltou a submeter novo pedido em Outubro de 2011 (cfr. número 2. dos factos provados).

Existe controvérsia, neste processo, em determinar se a notificação ocorreu em 16/10/2011 (como defende a A.) ou em 17/10/2011 (como defende a R.).

É uma questão, no entanto, irrelevante.

Encontrando-se a notificação incompleta, a A. apenas juntou a notificação completa a 20/10/2011 – cfr. números 7A e 7B dos factos provados.

Tanto os particulares (como a A.) como as entidades administrativas, estão vinculados ao princípio da boa-fé – cfr. artº 6º-A, do Cód. Proc. Administrativo. Não pode a A. pretender beneficiar do facto da R. ter anunciado (em determinado momento) que os factos produziam efeitos a partir do dia 17/10/2011, quando sabe perfeitamente que a versão enviada a 16/10/2011 não estava completa.

Portanto, e como muito bem referiu a R., a notificação produziu efeitos em 20/10/2011.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Essa notificação prévia deu origem a um processo administrativo que correu termos na R. AdC: o Processo Ccent.31/2011 – Lactogal/Renoldy (cfr. número 16. dos factos provados).

O que pretendia a requerente, nesse processo administrativo, era, evidentemente, a decisão de não oposição por parte da AdC, à operação de concentração (ora R.).

A A. entende que, com o decurso do tempo, se formou uma decisão administrativa tácita de não oposição.

Com efeito, estipula o artº 35º da Lei da Concorrência que:

“ *Decisão*

1 - Até ao termo do prazo referido no n.º 1 do artigo 34.º, a Autoridade decide:

a) Não se encontrar a operação abrangida pela obrigação de notificação prévia a que se refere o artigo 9.º; ou b) Não se opor à operação de concentração; ou c) Dar início a uma investigação aprofundada, quando considere que a operação de concentração em causa é susceptível, à luz dos elementos recolhidos, de criar ou reforçar uma posição dominante da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, à luz dos critérios definidos no artigo 12.º

2 - A decisão a que se refere a alínea b) do n.º 1 será tomada sempre que a Autoridade conclua que a operação, tal como foi notificada ou na sequência de alterações introduzidas pelos autores da notificação, não é susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

da qual possam resultar entraves significativos à concorrência efectiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste.

3 - As decisões tomadas pela Autoridade ao abrigo da alínea b) do n.º 1 podem ser acompanhadas da imposição de condições e obrigações destinadas a garantir o cumprimento de compromissos assumidos pelos autores da notificação com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva.

4 - A ausência de decisão no prazo a que se refere o n.º 1 vale como decisão de não oposição à operação de concentração”.

O prazo a que se refere o artº 35º, nºs 1 e 4, da Lei da Concorrência é o prazo de 30 dias – artº 34º, nº 1, da Lei da Concorrência.

A A. e a R. divergem num conjunto de elementos, a saber:

- como se efetua a contagem do prazo (em dias corridos; ou apenas os dias úteis);
- e que períodos de suspensão de devem considerar (o não envio da versão confidencial não é impeditivo da cessação da suspensão do prazo; é impeditivo da cessação da suspensão do prazo).

Vejamos.

A Autoridade da Concorrência é uma pessoa coletiva pública dotada de autonomia administrativa e financeira, atualmente com a natureza de entidade administrativa independente (conferir artigo 2.º, do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro e artigo 1.º, do Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Neste conspecto, eram-lhe aplicáveis, e continuam a ser, as normas plasmadas no Código de Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, sendo este o aplicável *in casu*), conforme se afere pelo artigo 30.º, do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro e pelo atual artigo 42.º, do Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.

Neste conspecto, e com respeito devido por opinião contrária, os prazos aplicáveis ao procedimento de controlo das operações de concentração de empresas são os prazos calculados nos termos do procedimento administrativo, não só pela remissão operada pelo Regime Jurídico da Concorrência e âmbito de aplicação do Código de Procedimento Administrativo (conferir artigo 2.º), como também pelo já invocado princípio da boa-fé, ditando que se durante o processo vertente os prazos concedidos à Autora foram os determinados pelas regras administrativas (conferir facto provado enunciado a 6), não se afigura razoável que aos atos da competência da Autoridade da Concorrência se viessem a aplicar prazos de natureza distinta.

Por conseguinte, conclui-se que os prazos atendíveis haverão de ser calculados nos termos do disposto no artigo 72.º, do Código de Procedimento Administrativo, que dispõe:

“1 – À contagem dos prazos são aplicáveis as seguintes regras:

- a) Não se inclui na contagem o dia em que ocorrer o evento a partir do qual o prazo começa a correr;
- b) O prazo começa a correr independentemente de quaisquer formalidades e suspende-se nos sábados, domingos e feriados;
- c) O termo do prazo que caia em dia em que o serviço perante o qual deva ser praticado o ato não esteja aberto ao público, ou não funcione durante o período normal, transfere-se para o primeiro dia útil seguinte.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

2 – Na contagem dos prazos legalmente fixados em mais de seis meses incluem-se os sábados, domingos e feriados.”.

Como já atrás se referiu e pelas razões invocadas, importa considerar que a notificação prévia produziu efeitos em 20 de outubro de 2011 – conferir factos provados enunciados a 7A e 7B.

Por outro lado, olhando os factos enunciados a 7C, 7D e 7E, constata-se que resulta provado que a Autoridade da Concorrência solicitou à Autora um conjunto de elementos, primeiramente a 16 de novembro de 2011 e posteriormente a 30 de novembro de 2011 e 22 de dezembro de 2011, visando a completa instrução do processo, tendo a Autora juntado resposta à solicitação a 13 de janeiro de 2012, e protestando juntar versão não confidencial, acabou por fazê-lo a 17 de janeiro de 2012.

A este propósito, a Autora impetra pela suspensão do prazo entre 17 de novembro de 2011 e 13 de janeiro de 2012 e a Autoridade da Concorrência sustenta que o processo esteve suspenso entre os dias 17 de novembro de 2011 e 17 de janeiro de 2012.

Afora tal dissenso, é ponto assente que o início da suspensão do prazo se iniciou, quer na visão da Autora quer na visão da Ré, em 17 de novembro de 2011.

Desde já se adiante que a posição da Autora não nos parece defensável, pois se é a própria Autora que protesta juntar documentação em período posterior, é então expectável que, enquanto o não fizer, o prazo que estava suspenso continue a estar, porquanto e para todos os efeitos, impõe-se a certeza de existir documentação em falta, tanto mais que é a própria Autoridade da Concorrência que em 25 de janeiro de 2012 o esclarece junto



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

da Autora (conferir facto enunciado a 7E), sem que tal manifestação tenha oferecido qualquer discordância explícita por parte desta.

Neste conspecto, e ainda que, por mera hipótese de raciocínio, se conceda o decurso do prazo de suspensão como cessado em 13 de janeiro de 2012, afigura-se como cristalina a evidência que no dia 26 de janeiro de 2012 (conferir facto enunciado a 8) não se havia formado ato tácito de não oposição à operação de concentração, visto que, e ressalvado o período de suspensão, não estava decorrido o prazo de trinta dias úteis para ser proferida decisão, tudo nos termos conjugados dos artigos 34.º, n.º 1 e 3 e 35.º, n.º 1 e 4, ambos do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro.

Ora, se assim é, quando no dia 26 de janeiro de 2012, a Autoridade da Concorrência decide dar início a uma investigação aprofundada, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 35.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, e desta forma abrir o período da audiência de interessados, respeita o prazo concedido legalmente para o efeito, impedindo a formação de ato tácito.

Em face do exposto, terá de improceder o pedido da Autora, ficando prejudicado o segundo pedido formulado.

* * *

VI. Dispositivo

Face ao exposto, o Tribunal julga a presente ação não procedente, por não provada e, em consequência, absolve a R. Autoridade da Concorrência dos pedidos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/14.8YQSTR

Custas a cargo da A.

Valor: 30.000,01.

Registe e notifique.

Sérgio Martins P. de Sousa

(Texto processado em computador e integralmente revisto pelo signatário – Juiz de Direito)

Santarém, 19 de novembro de 2015

(6 de outubro a 4 de novembro de 2015 – impedimento do Tribunal; 13 de novembro de 2015 – dispensa de serviço)