

Acórdãos STA

Processo:

01240/02

Data do Acordão:

25-01-2005

Tribunal:

PLENO DA SECÇÃO DO CA

Relator:

ROSENDO JOSÉ

Descritores:

AUDIÊNCIA PRÉVIA.**CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS.****CONTRA-INTERESSADO.****CONCORRÊNCIA.**

Sumário:

I – A audiência dos requerentes do procedimento de notificação prévia obrigatória das operações de concentração de empresas regulada no n.º 6 do artigo 31.º do DL 371/93, de 29 de Outubro visa exclusivamente a possibilidade de ser junta prova ou serem requeridas diligências para a conclusão da instrução do procedimento, sem regular igual oportunidade para os contra-interessados, mas não se refere ao dever de audiência prévia dos contra-interessados e mesmo em relação aos requerentes da notificação não substitui a audiência prevista no artigo 100.º do CPA a qual tem como objectivo permitir a pronúncia sobre um projecto de decisão e não apenas sobre a suficiência e conclusão da instrução.

II – Na falta de normas no referido DL 371/93 sobre a audiência dos requerentes e dos contra-interessados nos mesmos termos que são regulados no artigo 100.º do CPA, é aplicável esta norma naquele procedimento especial, quer por força do artigo 29.º do mesmo DL, quer por força do artigo 2.º do CPA.

III – Na falta de definição de quem são os contra-interessados naquele procedimento especial é aplicável a norma do art.º 53.º do CPA que confere legitimidade para intervir no procedimento administrativo a todos os titulares de direitos ou interesses que se situem “no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas”.

Nº Convencional:

JSTA00062167

Nº do Documento:

SAP2005012501240

Data de Entrada:

10-07-2002

Recorrente:

D... E OUTROS

Recorrido 1:

A... E OUTROS

Votação:

UNANIMIDADE

Meio Processual:

REC JURISDICIONAL.

Objecto:

AC SUBSECÇÃO DO CA.

Decisão:

NEGA PROVIMENTO.

Área Temática 1:

DIR PROC ADM GRAC - PRINCÍPIOS GERAIS.

Área Temática 2:

DIR ECON - DIR CONC.

Legislação Nacional:

CPA91 ART100 ART2 N1 ART53 N1.

DL 371/93 DE 1993/10/29 ART7 ART29 ART30 N2 A ART31 N6 ART32 ART34 N1 B C.

Aditamento:

▼ Texto Integral

Texto Integral:

Acordam em conferência no Pleno da Secção de Contencioso

Administrativo do STA:**I - Relatório.**

No recurso contencioso interposto por A... do despacho conjunto dos **Ministros da Presidência e da Economia** que decidiu não se opor, com condições, à operação de aquisição de controle comum sobre as sociedades B... e C... pelos grupos empresariais, também demandados como interessados particulares :

D..., ... e ...

Foi proferido o Acórdão de fls. 739-767 que concedeu provimento ao recurso e anulou o acto por vício de falta de audiência prévia.

Inconformadas recorrem as interessadas particulares para este Pleno, alegam e apresentam as seguintes conclusões úteis:

- O DL 371/93 erigiu no artigo 29.º n.º 2 um regime especial de procedimento administrativo para o controlo prévio das concentrações, pelo que nos termos do artigo 2.º do CPA fica afastada a aplicação das normas deste Código, uma vez que não existe uma lacuna, havendo no regime especial a norma do artigo 31.º n.º 6 que regula a audiência dos interessados.

- Não era exigível ouvir a recorrente antes da decisão final, porque não é interessada no procedimento, uma vez que os seus direitos e interesses não podiam nele ser directamente lesados.

O interesse da recorrente no caso é indireto, porque a operação de concentração se situa ao nível da distribuição e a distribuição da recorrente do jornal A... é efectuada pela empresa espanhola

- É irrelevante o facto de ter sido admitida a intervir no procedimento já que nada o impõe.

A recorrida sustentou em contra alegação a manutenção do decidido.

O EMMP emitiu douto parecer no sentido de se manter a decisão da Subsecção.

Foram colhidos os vistos legais.

II – A Matéria de Facto Provada.

O Acórdão recorrido deu como provado:

1. A Recorrente é a sociedade detentora e editora do jornal diário “A...”.

2. O Grupo ... é detentor dos jornais “...”, “...” e “...”.

3. A ... é detentora do diário “...”.

4. Em 7/11/01 as empresas «D...», «...» e «...» notificaram a Direcção Geral do Comércio e Concorrência informando-a que pretendiam proceder à integração das suas actividades de distribuição de publicações e esclarecendo que essa operação se faria pela forma seguinte:

“1. — «A B...», actualmente detida em partes iguais pela D... e ... será transformada em sociedade anónima e passará a ser detida em partes iguais (33,3%) pelas três sociedades notificantes. Esta

operação concretizar-se-á mediante um aumento do capital social da B... a subscrever integralmente pela

2. — *A B... adquirirá a totalidade do capital social da «C...», actualmente detida em 79,5% pela ... Serviços e em 20,5% pela «....»*

A operação acima descrita é o objecto de um Contrato de Participação e Acordo Parassocial entre as notificantes e a ..., empresa do Grupo ..., detentora, por via indirecta, da totalidade do capital da ...”

(vd. fiz. 361 e 362 dos autos, que se dão por reproduzidas.)

5. Datado de 3/12/01, a Recorrente enviou ao Sr. Secretário de Estado da Indústria, Comércio e Serviços o requerimento que se encontra nos autos de fls. 53 a 60 - que se dá como reproduzido — informando-o ser interessada directa no resultado da operação acima descrita, solicitando que lhe fosse dado a conhecer a situação do procedimento onde a mesma seria decidida e reclamando o direito a ser ouvida ao abrigo do preceituado no art.º 100.º do CPA.

6. Em consequência da apresentação desse requerimento, e datado de 6/12/01, a Direcção Geral do Comércio e da Concorrência (doravante DGCC) enviou à Recorrente o fax junto a fls. 61, que se dá por reproduzido, onde se lê “*no uso da competência que lhe é conferida na al. b), do n.º 1, do art.º 12.º do DL 371/93, esta Direcção Geral está a proceder à instrução do procedimento relativo à operação de concentração notificada pelas empresas referidas em epígrafe, na qual estas se propõem proceder à integração das actividades de distribuição de publicações da «B...» e da «C...», a qual será concretizada através da compra desta última pela empresa B... e do controlo conjunto da B... pelas empresas notificantes. No âmbito deste procedimento solicito a V. Ex.cias, ao abrigo do n.º 5, do art.º 31.º, do DL 371/93, o envio de observações, no prazo de 8 dias, a contar da data de recepção deste fax, relativamente às repercussões que a operação de concentração eventualmente venha a produzir no mercado nacional.”*

7. Em 17/12/01 a Recorrente enviou à Sr.^a Directora Geral do Comércio e Concorrência uma exposição reclamando de não lhe terem prestado as informações solicitadas sobre a operação em causa, renovando o seu interesse nesse procedimento, enviando um Estudo sobre efeitos de tal operação e mencionando que só se poderia pronunciar devidamente sobre ela quando tivesse conhecimento efectivo dos seus principais contornos e reiterando que queria ser ouvido ao abrigo do disposto no art.º 100º do CPA e que esta sua intervenção não dispensava o cumprimento deste normativo — vd. fls. 62 a 64 dos autos e fls. 65 a 103 dos autos, que se dão como reproduzidas.

8. Em 10/1/02 e vindo da Direcção Geral do Comércio e da

Concorrência a Recorrente recebeu o fax que se encontra aos autos a fls. 104, que se dá por reproduzido, onde se lê “*na sequência da exposição de V. Ex.cia datada de 17/12/01, cumpre-me comunicar que se encontra suspenso o prazo previsto no n.º 1, do art.º 31.º, do DL 371/93 para a apreciação da operação referenciada em epígrafe, a fim de se proceder à realização de diligências de fundamental importância para a tomada de decisão sobre a concentração notificada. Mais informo que nos termos e para os efeitos do disposto no art.º 64º do CPA, o processo, expurgado de elementos considerados confidenciais, nos termos do artº 62º do CPA, poderá ser consultado nesta Direcção Geral no dia 14, 15 ou 16 do corrente mês de Janeiro, a partir das 14,30 horas. Informo, igualmente, que, em momento oportuno será assegurado o direito previsto no art.º 100.º do CPA.*”

9. Em 18/1/02 a Direcção Geral do Comércio e Concorrência notificou a Recorrente, através de fax, e nos termos do n.º 1 do art.º 101 do CPA, que “*de acordo com as conclusões provisórias desta Direcção Geral a operação de concentração em causa suscita reservas tendo em consideração o seguinte : ...*” e, depois de expor as razões dessas reservas ao longo dos 5 primeiros pontos do ofício de notificação, escreveu no 6.º e último ponto o seguinte “*Em conclusão do exposto, considera esta Direcção Geral que as operações notificadas suscitam sérias reservas, dado se entender que das mesmas resultará a criação de uma posição dominante, no mercado da distribuição de publicações, susceptível de impedir, falsear ou restringir a concorrência, cujos efeitos restritivos se repercutirão a montante, no mercado da edição de jornais e revistas, e a juzante, no mercado retalhista. Estes efeitos terão significativas consequências negativas, fundamentalmente, em termos das opções de escolha do consumidor. Deste modo, entende esta Direcção Geral que se afigura aconselhável que, sobre esta matéria, seja solicitado o parecer ao Conselho da Concorrência, nos termos do n.º 1, do art.º 32º, do DL 373/93.*” - fls. 105 a 107 que se dão por integradas.

10. Na sequência dessa notificação a Recorrente enviou, em 24/1/02, uma exposição à referida Direcção Geral protestando por não lhe terem sido facultados os elementos de facto e de direito necessários ao conhecimento de todos os aspectos relevantes do procedimento e sustentando que, por causa disso, não se encontravam reunidas as condições para um correcto exercício do seu direito de audiência - tanto mais quanto era certo que as conclusões daquela Direcção Geral vinham qualificadas como provisórias e nelas se mencionava a necessidade de colher o parecer do Conselho da Concorrência — e requerendo que lhe fornecessem os mencionados elementos, acrescentando, no entanto, que a projectada operação não traria ganhos de produtividade, eficiência e

racionalização de custos. - vd. doc. justo aos autos de fls. 108 a 113, que se dá por reproduzido.

11. Face ao teor da antecedente exposição a DGCC enviou à Recorrente ofício, datado de 29/1/02, recordando-lhe que já tinha diligenciado no sentido do cumprimento do direito à audiência dos interessados e que “*as conclusões provisórias desta Direcção Geral consubstanciavam, expressamente, o sentido provável da decisão*” e notificando-a de que “*poderá consultar o processo em questão nesta Direcção Geral no dia 30 de Janeiro próximo, entre as 14,30 e as 18 horas ou no dia 31/1, entre as 10 e as 12 horas e entre as 14,30 e as 18 horas, nos termos da lei.*” — vd. fls. 114 e 115 que se consideram integradas.

12. Data de 1/2/02 a Recorrente enviou à Direcção Geral a exposição que se encontra junta aos autos de fls. 116 a 126 - que se dá por reproduzida - onde refere que tendo sido “*notificada a 18/1/02 para se pronunciar ao abrigo do art.º 101.º do CPA vem, a esse propósito, ... contribuir com algumas reflexões quanto ao conteúdo do 2º parágrafo da vossa notificação, datada de 18/1, e acima identificada, nomeadamente quando a mesma refere que se afiguram (à DGCC) «pertinentes os argumentos apresentados pelas notificantes no sentido de ser expectável que das operações notificadas resultem importantes ganhos de eficiência e produtividade, permitindo a racionalização dos custos e a possibilidade de uma concorrência acrescida com a ...»*”.

13. As Recorridas Particulares enviaram, em 7/2/02 uma carta ao Sr. Secretário de Estado da Indústria, Comércio e Serviços. — que se encontra no dossiê n.º 7 do Instrutor e que ora se dá por reproduzida.

14. Em 16/4/02 o Conselho da Concorrência emitiu o parecer referido no antecedente ponto 9, que lhe foi solicitado ao abrigo do disposto no n.º 1, do art.º 32.º, do DL 371/92, de 29/10. - que se encontra nos autos de fls. 360 a 407 e que ora se dá por reproduzido.

15. Em 21/2/02 a Direcção Geral do Comércio e Concorrência prestou a informação n.º 253/2002/DSB2/DGCC. — que se encontra no dossiê n.º 6 do Instrutor, que se dá como reproduzida.

16. Em 3/5/02 foi proferido o acto impugnado o qual se encontra a fls. 49 a 52 dos autos, que se dá por reproduzido.

III - Apreciação. O Direito.

1. O Acórdão recorrido anulou o despacho conjunto por não cumprimento do artigo 100.º do CPA, não podendo corresponder ao cumprimento desta exigência a notificação efectuada à recorrente de que considerava conveniente solicitar o Parecer do Conselho da Concorrência, visto que obtido tal parecer é que era possível cumprir aquela norma informando, nomeadamente sobre o sentido provável da decisão final.

Discordam as recorrentes sustentando que não era aplicável o artigo 100.º do CPA porque o DL 371/93, de 29 de Outubro regula um procedimento especial em matéria de controlo das concentrações de empresas que prevê a audiência dos autores da notificação, no artigo 31.º n.º 6, nisto consistindo, em relação a este procedimento, a audiência de interessados. Considera também que de qualquer modo a recorrente não pode ser considerada contra-interessada, pelo que nunca havia vinculação à respectiva audiência.

Vejamos se lhe assiste razão.

2. O DL 371/93, de 29 de Outubro visava ser uma lei quadro da política de concorrência e entre os instrumentos de prossecução de tal política introduziu um mecanismo de notificação prévia obrigatória das operações de concentração de empresas consideradas mais importantes segundo os critérios do artigo 7.º. Entre as operações de concentração de empresas conta-se a constituição do controlo comum da B... que era objecto da notificação apreciada pelo acto administrativo em recurso perante a Subsecção, conforme decorre do n.º 2 al. a) do artigo 30.º do cit. DL.

O artigo 31.º regula a tramitação do procedimento administrativo de notificação prévia para cuja instrução é competente a Direcção Geral da Concorrência e Preços, que deve recolher os elementos necessários durante um prazo de 40 dias (n.º 1) e nos termos do n.º 6, “Até 10 dias antes do termo do prazo a que se refere o n.º 1, a Direcção Geral da Concorrência e Preços procederá à audiência escrita dos autores da notificação”.

Trata-se de norma que visa os requerentes do procedimento e não os contra-interessados.

Este diploma não contém nenhuma outra norma que seja relativa aos contra interessados nem à respectiva audiência, mas, às matérias relativas a este procedimento não reguladas especificamente no diploma manda o respectivo artigo 29.º aplicar subsidiariamente o disposto no Código do Procedimento Administrativo. De resto, o artigo 2.º n.º 1 do CPA estatui assim: “As disposições deste Código aplicam-se a todos os órgãos da Administração Pública que no desempenho da actividade administrativa de gestão pública, estabeleçam relações com os particulares...”

Da conjugação destas normas facilmente se apreende que a matéria de definição de quem são os contra interessados e da respectiva audiência prévia nos termos do artigo 100.º do CPA não são tratadas no DL 371/93, de 29 de Outubro.

Assim como, bem vistas as coisas, não trata também da audiência dos autores da notificação nos termos exigidos no artigo 100.º nem sequer em termos equiparáveis, porque o citado nº. 6 do artigo 31.º se reporta a uma audiência escrita sobre a instrução do processo,

isto é tendente aos respectivos requerentes do procedimento oferecerem prova e requererem as diligências instrutórias que julguem necessárias, como decorre do momento da diligência e do disposto nos números anteriores e no n.º 7, bem como do facto de o passo seguinte ser uma decisão favorável aos notificantes ou o prosseguimento das diligências tendentes à decisão com a obtenção de parecer de uma entidade especialmente qualificada – vd. Art.º 32 – e, se a decisão vier a apontar para as alíneas b) ou c) do n.º 1 do artigo 34.º, então é que será possível, oportuno e também indispensável cumprir o artigo 100.º do CPA quanto aos autores da notificação.

Nem se diga que o sentido da decisão já resultava do facto de ter sido comunicado pedido de parecer ao Conselho da Concorrência, porque ficava ainda em aberto um dos três tipos de decisão referidos nas alíneas do art.º 34.º n.º 1, para além de a análise do Parecer daquele Conselho poder ser decisiva para convencer a contra interessada da bondade da respectiva proposta de decisão. É certo que diversos sistemas jurídicos adoptaram uma audiência prévia tendo como escopo exclusivo ou praticamente como garantia única a intervenção dos interessados na instrução para apresentar prova e pedir a sua produção de modo a incluir todos os elementos necessários à boa decisão administrativa, provavelmente na consideração que a correcção das eventuais deficiências na apreciação e decisão sempre seria possível posteriormente ao encerramento do procedimento, designadamente através das vias do controlo da actividade administrativa, maxime a efectuada perante os tribunais administrativos.

Mas o legislador português no artigo 100.º do CPA não teve essencialmente em vista esta garantia virada para a completude e suficiência da instrução porque, embora através da exemplificação, elevou a objecto preponderante da audiência o projecto de decisão final, tendo como consequência que só depois de este existir e através da comunicação ao interessado, com oportunidade de responder ao respectivo conteúdo, se possa cumprir cabalmente a exigência contida na norma.

Portanto, como nada se apresenta nos autos, nem na tese defendida neste recurso jurisdicional, a apontar para que tenha sido cumprido o artigo 100.º do CPA como diligência antecedente da decisão final, temos de concluir, como fez o Acórdão recorrido, que se acha violada esta exigência que contém uma formalidade cujo cumprimento poderia ter influído na ponderação e decisão, uma vez que nada garante uma diferente prognose.

Flui do exposto que o argumento de que não era obrigatória audiência para além da estatuída no n.º 6 do art.º 31.º do DL 371/93 não tem consistência nem fundamento legal e improcede inteiramente.

3. Vejamos agora se a recorrente não podia ser considerada interessada no procedimento daí derivando que também não existisse vinculação ao cumprimento em relação a ela do artigo 100.º.

Como decorre do artigo 53.º do CPA, aplicável mais uma vez por remissão expressa do artigo 29.º do DL em causa e pelo disposto no n.º 1 do artigo 2.º do próprio CPA, têm legitimidade para intervir num procedimento administrativo todos aqueles que sejam titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos em relação aos quais naquele procedimento possam ser tomadas decisões.

Ora, não há dúvida de que a interveniente se apresentou no procedimento como empresa interessada no ramo da distribuição de publicações, o que bem se comprehende porque sendo editora a distribuição das suas edições é um aspecto do respectivo sector de actividade económica, como bem o demonstra o próprio facto de também as recorridas não serem distribuidoras ou apenas em pequena parte da sua actividade o serem, mas terem pedido a constituição do controlo de empresas distribuidoras.

Portanto, a decisão a proferir no procedimento tendo influência na organização do mercado de distribuição em que a requerente era interessada por ser um dos operadores cujos interesses eram afectados pelo modo de funcionamento desse mercado, era parte legítima para intervir no procedimento, logo interessada, nos termos do artigo 53.º n.º 1 do CPA e para os efeitos de audiência prévia a que se refere o artigo 100.º.

E, assim, a recorrente contenciosa foi admitida no procedimento por imposição de normas legais expressas e atenta a sua especial relação com os interesses em apreciação no procedimento de tal modo que a decisão a proferir nele podia atingir a sua esfera de interesses legítimos.

Portanto, também desta perspectiva não merece censura a decisão recorrida.

IV – Decisão.

Em conformidade com o exposto acordam em negar provimento ao recurso.

Custas pelas ora recorrentes jurisdicionais, fixando-se a cada uma a taxa de justiça de 300 €. e a procuradoria de 50%.

Lisboa, 25 de Janeiro de 2005. – Rosendo José (relator) – Angelina Domingues – País Borges – António Samagaio – Adérito Santos – Azevedo Moreira – Santos Botelho – António Madureira – Políbio Henriques.