

PC 1230/05.4TYLSB

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Conclusão
Em 22/11/05



*

I - Nos termos do disposto no art. 304º nº5 do Código de Processo Civil, aplicável *ex vi* art. 384º nº3 do mesmo diploma (aplicáveis por força do disposto no art. 1º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e 53º a 54º da Lei nº 18/03 de 11/06), considero indiciariamente provados os seguintes factos com interesse para a decisão do presente procedimento cautelar:

1 – A requerente detinha, até 28/06/05, 99,99% do capital social da sociedade Alliance Unichem Farmacêutica, SA, sendo a restante percentagem detida por uma empresa do mesmo grupo da requerente, a Unichem Warehousing, Ltd.

2 – O grupo em que a requerente se insere decidiu desinvestir parcialmente na percentagem de participação detida no comércio grossista de medicamentos em Portugal, pelo que a requerente foi instruída para aceitar propostas de eventuais investidores interessados na aquisição de participações sociais minoritárias na Alliance Unichem Farmacêutica, SA.

3 – Em 04/06/05 foram celebrados entre a requerente e a Unichem Warehousing, Ltd, e Farmindústria – Investimentos, Participações e Gestão, SA, e José de Mello Participações II, SGPS, SA, acordos nos termos dos quais a primeira e segunda prometeram vender à terceira uma participação correspondente a 49% do capital social da Alliance Unichem Farmacêutica, SA e à quarta, uma participação correspondente a 2% do capital social da mesma e estas prometeram comprar as mesmas participações sociais.

4 – Em 28 de Junho de 2005 as sociedades Farmindústria – Investimentos, Participações e Gestão, SA, José de Mello Participações II, SGPS, SA, Alliance Santé Europe, SA 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

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

transmitir para as duas primeiras, definitivamente, as acções prometidas vender nos termos referidos em "3".

5 – Por força da transmissão referida em "4", a Alliance Unichem Farmacêutica, SA passou a ter a seguinte estrutura accionista:

Farmindústria – 49% do capital social

Alliance Santé – 49% do capital social

José de Mello – 2% do capital social

6 – Na mesma data referida em "3", as sociedades Farmindústria – Investimentos, Participações e Gestão, SA, José de Mello Participações II, SGPS, SA e Alliance Santé Europe, SA celebraram entre si um acordo parassocial nos termos constantes de fls. 260 a 312 dos autos, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

7 – No dia Em 22 de Julho de 2005 o Conselho da Autoridade da Concorrência proferiu a seguinte decisão (documento 1 do apenso):

«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.

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

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

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.

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

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

J

concentração sujeita a notificação prévia, nos termos do artigo 9.º, do mesmo normativo legal, constitui ainda contra-ordenação punível com coima que não pode exceder 1% do volume de negócios do ano anterior .»

*

II – Não existe matéria de facto não provada, com interesse para a decisão da causa (excluindo matéria de direito e conclusiva).

*

III – Fundamentação

A convicção do tribunal relativamente à matéria de facto dada como provada fundou-se na análise crítica e global dos documentos juntos aos autos, quer no processo principal, quer dos documentos juntos ao apenso (processo instrutor) bem como no acordo das partes relativamente à maioria dos factos.

*

1. Relatório

Alliance Santé Europe, SA, com sede em 5, Boulevard Royal, L-2449, Luxemburgo, vieram intentar a presente providência cautelar de suspensão da eficácia de decisão de 22/07/05 do **Conselho da Autoridade da Concorrência**, com sede na Rua Laura Alves nº4, 7º, nos termos da qual foi intimada a proceder a notificação de uma operação de concentração.

Para tanto alega, em síntese:

A requerente era, até 28/06/05, accionista da sociedade Alliance Unichem Farmacêutica, SA, detendo directamente 99,99% do respectivo capital social.

Tal sociedade dedica-se em exclusivo ao comércio grossista de medicamentos em Portugal, detendo uma quota de mercado de 21%. O grupo a que pertence decidiu desinvestir em Portugal, instruindo a requerente para aceitar propostas de alienação de participações minoritárias na referida sociedade, tendo, em 4 de Junho de 2005 sido celebrados contratos promessa de alienação de acções representativas do capital social com duas interessadas, a Farmindústria – Investimentos, Participações e Gestão, SA, que prometeu comprar o correspondente a 49% do capital social e a José de Mello Participações II, SGPS, SA que prometeu comprar o equivalente a 2% do capital social.

Nenhuma das promitentes compradoras intervém no mercado grossista de distribuição de medicamentos, sendo a Farmindústria detida pela Associação Nacional de Farmácias, que não pode ser considerada uma empresa, sendo a José de Mello II uma sociedade gestora de participações sociais.

Porque a requerente passaria a deter uma participação minoritária na Alliance Unichem Farmacêutica, SA foi celebrado um acordo de accionistas

PC 1230/05.4TYLSB

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

nos termos do qual manterá a requerente o controlo exclusivo de todos os aspectos estratégicos da actividade da empresa, razão pela qual não entendeu estar 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.

Não só poderá a requerente ser sujeita às sanções correspondentes a ilícito contra-ordenacional como a existência deste comando tem como consequência a suspensão da alegada operação de concentração, ou seja, até à decisão tácita ou expressa de não oposição da AdC.

Tal implica a incerteza sobre o futuro da sociedade por vários meses, com riscos financeiros de contornos difíceis de prever para a requerente e para a Alliance Unichem Farmacêutica, SA, incluindo os seus mais de 400 trabalhadores e a distribuição de medicamentos no mercado, com prejuízos para a saúde pública.

O acto em crise é manifestamente ilegal, desde logo pela substancial falta de fundamentação da sua posição, nos termos do art. 125º n.os 1 e 2 do Código do Procedimento Administrativo e também porque nitidamente, por via do acordo de accionistas celebrado, não se passa de uma situação de controlo exclusivo para uma situação de controlo exclusivo, antes continua a ter o controlo a requerente, inexistindo claramente qualquer operação de concentração e tendo a AdC incorrido também em erro de direito sobre os pressupostos.

Conclui que está em causa a impugnação de um acto manifestamente ilegal, quer por falta de fundamentação, quer por errada imposição de um preceito legal inaplicável à situação em concreto, que a não ser decretada a suspensão, e face ao regime do art. 11º do RJC, é imprevisível e irreparável o tipo e extensão dos prejuízos que serão causados à requerente e à sua controlada, que do decretamento da providência não decorrerá qualquer lesão para o interesse público, evitando-se uma situação de facto consumada.

Juntou documentos.

*

Regularmente citada veio a Autoridade da Concorrência deduzir oposição, pedindo o indeferimento da providência.

Alega, em síntese:

Analisados 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.

Agia 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.

A presente providência corresponde a uma providência conservatória, sendo que, à luz do disposto no art. 120º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, deve ser indeferida quando seja manifesta a falta de fundamento da pretensão a formular na acção principal.

Resulta que a requerente assacou à decisão do Conselho um carácter definitivo que ela não tem.

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.

Este 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.

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*.

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

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 que se podem traduzir na eliminação dos concorrentes existentes no mercado e criação de barreiras à entrada de novos concorrentes, limitando a liberdade de escolha e actuação de fornecedores, compradores e consumidores, excedendo claramente o interesse público os direitos ou interesses susceptíveis de serem lesados, não devendo pois ser suspensa a eficácia do acto.

Juntou documentos e cópia certificada do processo instrutor.

*

2. Saneamento

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

Não há nulidades que invalidem todo o processado.

As partes são dotadas de personalidade e capacidade judiciárias e são legítimas.

Inexistem outras excepções ou questões prévias que cumpra conhecer e que impeçam o conhecimento do mérito.

*

3. Fundamentos**A – De facto:**

PC 1230/05.4TYLSB

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Mostram-se provados, com interesse para a decisão da providência, os seguintes factos:

1 – A requerente detinha, até 28/06/05, 99,99% do capital social da sociedade Alliance Unichem Farmacêutica, SA, sendo a restante percentagem detida por uma empresa do mesmo grupo da requerente, a Unichem Warehousing, Ltd.

2 – O grupo em que a requerente se insere decidiu desinvestir parcialmente na percentagem de participação detida no comércio grossista de medicamentos em Portugal, pelo que a requerente foi instruída para aceitar propostas de eventuais investidores interessados na aquisição de participações sociais minoritárias na Alliance Unichem Farmacêutica, SA.

3 – Em 04/06/05 foram celebrados entre a requerente e a Unichem Warehousing, Ltd, e Farmindústria – Investimentos, Participações e Gestão, SA, e José de Mello Participações II, SGPS, SA, acordos nos termos dos quais a primeira e segunda prometeram vender à terceira uma participação correspondente a 49% do capital social da Alliance Unichem Farmacêutica, SA e à quarta, uma participação correspondente a 2% do capital social da mesma e estas prometeram comprar as mesmas participações sociais.

4 – Em 28 de Junho de 2005 as sociedades Farmindústria – Investimentos, Participações e Gestão, SA, José de Mello Participações II, SGPS, SA, Alliance Santé Europe, SA 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 para as duas primeiras, definitivamente, as acções prometidas vender nos termos referidos em “3”.

5 – Por força da transmissão referida em “4”, a Alliance Unichem Farmacêutica, SA passou a ter a seguinte estrutura accionista:

Farmindústria – 49% do capital social

Alliance Santé – 49% do capital social

José de Mello – 2% do capital social

6 – Na mesma data referida em “3”, as sociedades Farmindústria – Investimentos, Participações e Gestão, SA, José de Mello Participações II, SGPS, SA e Alliance Santé Europe, SA celebraram entre si um acordo parassocial nos termos constantes de fls. 260 a 312 dos autos, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

7 – No dia Em 22 de Julho de 2005 o Conselho da Autoridade da Concorrência proferiu a seguinte decisão (documento 1 do apenso):

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

9-

«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.

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.

PC 1230/05.4TYLSB

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 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 ..»

*

B – De direito:

A presente providênciа cautelar, de índole conservatória, foi intentada ao abrigo do disposto no art. 120º nº1 do CPTA (Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

A requerente assaca ao acto impugnado os seguintes vícios: o acto é ilegal por falta de fundamentação, erro de direito sobre os pressupostos ou errada imposição de preceito legal inaplicável à situação em concreto.

Invoca, por outro lado, que, dado o regime previsto no art. 11º da Lei da Concorrência, a não ser decretada a suspensão do acto é imprevisível e irreparável o tipo e extensão de prejuízos que serão causados à requerente e sua controlada.

PC 1230/05.4TYLSB

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

J

Alega, finalmente que, do decretamento da providência não resulta lesão para o interesse público e que o mesmo evita uma situação de facto consumado.

Estamos, assim, perante fundamentos invocados enquadráveis no disposto nas alíneas a) e b) do nº1 do art. 120º do CPTA.

*

Nos termos do disposto no art. 120º nº1 al. a) do CPTA, «...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...».

Em síntese, alega a requerente, quanto à manifesta ilegalidade do acto, a existência de substancial falta de fundamentação, nos termos do art. 125º nºs 1 e 2 do Código do Procedimento Administrativo e também porque nitidamente, por via do acordo de accionistas celebrado, não se passa de uma situação de controlo exclusivo para uma situação de controlo exclusivo, antes continua a ter o controlo a requerente, inexistindo claramente qualquer operação de concentração e tendo a AdC incorrido também em erro de direito sobre os pressupostos.

Trata-se, este, de um preceito que só intervém em situações de especial evidência “que seja manifesta, a todas as luzes e sem necessidade de grandes indagações.” – Mário Aroso de Almeida *in* O Novo Regime de Processo nos Tribunais Administrativos, 4ª edição, pg. 306.

E de tal modo que, verificada a sua previsão não há que atender ao nº 2 do art. 120º nem, à luz de uma interpretação literal, sequer à existência de *periculum in mora*, por se tratar de situações de máxima intensidade da aparência do direito¹.

Vejamos, pois, se estamos perante uma situação de especial evidência face aos argumentos da requerente.

*

Falta de fundamentação:

Nos termos do disposto no art. 124º nº1, al. a) do Código de Procedimento Administrativo, devem ser fundamentados os actos administrativos que neguem, restrinjam ou afectem por qualquer modo direitos

¹ Mário Aroso de Almeida levanta a questão que surge problemática com esta previsão, referindo a estranheza da concessão de tutela cautelar sem que exista *periculum in mora*, que só a *law in action* virá a resolver, num de dois sentidos, ou estendendo o requisito do *periculum in mora* a estes casos, alicerçando-se esta orientação no interesse em agir, ou não atendendo a tal critério, havendo válidos argumentos para qualquer uma das duas opções.

PC 1230/05.4TYLSB

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

9

ou interesses legalmente protegidos, imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções.

Tal fundamentação, prescreve o art. 125º nº1 do mesmo diploma, 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 (justificar e motivar) 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.

Devem também ser sucintamente expressos na decisão as razões de facto e de direito determinantes da prática do acto e do conteúdo da decisão – cfr. Código de Procedimento Administrativo Comentado, Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, 2ª edição, pg. 602.

No caso concreto, da decisão posta em crise resultam claro para um qualquer destinatário normal do acto recorrido as razões e a motivação do Conselho da Autoridade da Concorrência para chegar à decisão final – abertura de procedimento administrativo e notificação da requerente e demais intervenientes na operação para procederem à notificação da operação através da qual foram adquiridas acções representativas do capital social da sociedade Alliance Unichem.

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

A recorrente pode 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 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

PC 1230/05.4TYLSB

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

9

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 – cfr. neste sentido, entre muitos outros, os Acs. STA de 20/01/05 e de 12/07/05, ambos disponíveis *in* <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/>.

E tal sucede no caso concreto. 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, o qual se limita a dar início a um procedimento administrativo, é 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, assim, o alegado vício de forma por falta de fundamentação da deliberação recorrida.

*

Erro de direito sobre os pressupostos ou errada imposição de preceito legal inaplicável à situação em concreto:

A decisão cuja suspensão se requer foi proferida ao abrigo do disposto no art. 40º nº1, al. a) da Lei 18/2003 de 11/06, que dispõe que «...são objecto de procedimento oficioso: a) 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 ainda do nº 2 do mesmo artigo que estabelece que neste caso «...a Autoridade notifica as empresas em situação de incumprimento para que procedam à notificação da operação nos termos previstos na presente lei, num prazo razoável fixado pela Autoridade(...).».

Do disposto nas citadas disposições legais resulta perfeitamente evidente que a Autoridade, tomando conhecimento da realização de uma operação de

PC 1230/05.4TYLSB

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

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.

A requerente entende ser óbvio 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, aqui alicerçando a sua alegação de erro de direito sobre os pressupostos.

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 e nesse procedimento que ora se inicia 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 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. 35º e segs. da Lei 18/2003, em especial as três alíneas do nº1 do art. 35º, estando expressamente prevista a possibilidade de a Autoridade entender que a operação não se encontra (encontrava, no caso concreto), abrangida pela obrigação de notificação prévia.

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, pois só através dessa notificação 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, à quota de mercado adquirida, etc.) que lhe permitirão concluir se houve ou não operação de concentração de empresas e, em caso afirmativo, a mesma deve ser autorizada (cfr. arts. 30º e ss. 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 a certeza da sua ocorrência, não instaurava um procedimento oficioso de averiguações mas sim

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

9

um processo contra-ordenacional por falta de notificação prévia, ao abrigo do disposto no art. 43º nº3, al. a), da Lei 18/2003).

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 o que fez através do acto cuja suspensão de eficácia ora se requer.

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

Tendo em consideração a referida aquisição mostra-se indiciariamente preenchida a condição prevista no art. 8º nº1, al. b) e nº3, 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 voto 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 notificação das sociedades envolvidas na aquisição das acções 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

PC 1230/05.4TYLSB

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

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 oficiosa 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.

*

Vejamos agora a aplicabilidade do disposto no art. 120º nº1, al. b), do CPTA.

Dispõe este preceito legal que «...as providências cautelares são adoptadas: b) 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 visa 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 obstem ao conhecimento de mérito;»

Neste preceito torna-se necessária, sem qualquer dúvida, a análise do *periculum in mora*, sendo que, verificados os demais requisitos, se se verificar que a recusa da providência tornará impossível a posterior reintegração ou, não sendo o caso, quando existam factos que inspirem concreto receio da produção de prejuízos de difícil reparação².

Verificado o requisito *periculum in mora* e ponderado o disposto no nº2 do mesmo artigo 120º, ponderação obrigatória nestes casos, a providência é concedida a menos que seja manifesta a falta de fundamento da pretensão formulada ou a formular no processo principal ou a existência de circunstâncias que obstem ao conhecimento de mérito. Manda, assim, a lei ponderar, após o *periculum*, o *fumus bonus iuris*, de forma bastante mais mitigada que na alínea a) – cfr. Mário Aroso, loc. Cit., pg. 310.

Entende 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.

A presente providência visa a suspensão da eficácia da decisão da Autoridade que determinou a abertura de um procedimento administrativo

² A notar aqui as diferenças de redacção para o disposto no art. 381º nº1 do Código de Processo Civil, que se mostra mais exigente, falando de lesão grave e dificilmente reparável – cfr. Mário Aroso de Almeida, loc. Cit., pgs. 309 e 310.

PC 1230/05.4TYLSB

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

89

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.

No que toca ao primeiro requisito – 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, alega a recorrente que poderá ser sujeita às sanções correspondentes a ilícito contra-ordenacional e que a existência do comando tem como consequência a suspensão da alegada operação de concentração, ou seja, até à decisão tácita ou expressa de não oposição da AdC.

Tal implica a incerteza sobre o futuro da sociedade por vários meses, com riscos financeiros de contornos difíceis de prever para a requerente e para a Alliance Unichem Farmacêutica, SA, incluindo os seus mais de 400 trabalhadores e a distribuição de medicamentos no mercado, com prejuízos para a saúde pública.

Dispõe o art. 11º, nº1 da Lei da Concorrência que uma operação de concentração sujeita a notificação prévia não pode realizar-se antes de ter sido notificada e antes de ter sido objecto de uma decisão, expressa ou tácita.

Parecendo um lugar comum, a verdade é que esta concreta operação já se realizou, pelo que apenas a suspensão dos seus efeitos não concretizados se pode dar – trata-se de uma situação fáctica, pois a propriedade das acções transmitiu-se já, nos termos legais, em 28/06/05.

Então apenas poderemos estar a falar da suspensão dos direitos sociais inerentes às participações transmitidas.

Saltar daqui para uma incerteza sobre o futuro da empresa e sobre a distribuição de medicamentos, quando a gestão corrente não é afectada, é um salto que nos parece demasiado grande em termos de raciocínio para que o possamos acompanhar.

Também a alegação se mostra demasiado vaga para sequer suportar prova.

PC 1230/05.4TYLSB

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Não negamos que é previsível, num juízo de normalidade, que vão decorrer prejuízos (de difícil quantificação) para a requerente derivadas do não exercício dos seus direitos sociais durante determinado espaço de tempo.

Tal espaço de tempo poderá mesmo ser mais lato que os 30 dias previstos no art. 34º da Lei da Concorrência, dada a previsão do art. 40º nº3 (o que bem se entende pois não tendo havido notificação prévia só ora a Autoridade vai começar a reunir elementos) e chegar ao prazo geral previsto no art. 58º do Código de Procedimento Administrativo.

Ou seja, algum prejuízo haverá, mas ele terá que ser ponderado à luz do nº2 do art. 120º, o que será feito infra.

Cabe, aliás, aqui referir, que a própria Lei da Concorrência contém uma disposição que permite obviar a prejuízos decorrentes da situação de suspensão da operação de concentração, aplicável expressamente ao exercício dos direitos de voto, no nº4 do art. 11º, no qual se estabelece que, mediante pedido fundamentado, pode a AdC conceder uma derrogação ao cumprimento das obrigações derivadas da suspensão, eventualmente acompanhando-a de condições ou obrigações.

Por outro lado, afigura-se ao tribunal ser manifesta a falta de fundamento da pretensão a formular na acção principal.

Uma das funções da Autoridade é, precisamente, zelar pelo cumprimento das regras da concorrência (cfr. art. 6º, nº1, als. a) e b) dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto Lei nº 10/03 de 18/01.

A apreciação das operações de concentração é feita «...com o objectivo de determinar os seus efeitos sobre a estrutura da concorrência, tendo em conta a necessidade de preservar e desenvolver, no interesse dos consumidores intermédios e finais, uma concorrência efectiva no mercado nacional.» - art. 12º nº1 da Lei da Concorrência.

A apreciação de operações de concentração surge assim, inserida nas funções prioritárias da AdC.

Se, revogando, se não permitir à AdC faça averiguações para determinar se está perante uma operação de concentração notificável e que tem que ser analisada para estes efeitos, quando existem indícios de uma operação de concentração, veda-se a Autoridade de cumprir uma das suas funções essenciais, se não a primordial.

Se existiu uma operação de concentração e se não foi notificada, a Autoridade está obrigada, nos termos do disposto no art. 40º, a abrir um procedimento oficioso de averiguações que pode, volta-se a frisar, vir a concluir

PC 1230/05.4TYLSB

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

9

pela não submissão da operação à obrigação de notificação prévia e logo, insusceptível de ser proibida.

Ínsito, claro ao raciocínio que vimos desenvolvendo é a compreensão de que a obrigação de notificação prévia existe para que a AdC possa avaliar os seus efeitos na estrutura da concorrência. Sem a informação fornecida ao abrigo da notificação não é possível fazer qualquer avaliação.

A revogação desta decisão implicaria o incumprimento, por parte da AdC de uma obrigação prescrita por lei – art. 40º nº1 da Lei da Concorrência.

Entendemos, pois, que não se encontra preenchida a al. b) do nº1 do art. 120º do CPTA.

*

Mesmo que assim se não entendesse, como referimos supra, no caso da alínea b) do nº1 do art. 120º (tal como no caso da al. c), que regula, porém as providências antecipatórias), há ainda que proceder à ponderação de interesses estabelecida no nº2 do mesmo art. 120º

Estabelece este preceito «*Nas situações previstas nas alíneas b) e c) do número anterior, a adopção da providência ou das providências será recusada quando, devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa, sem que possam ser evitados ou atenuados pela adopção de outras providências.*

Nesta parte alega a requerente que o decretamento da providência não decorrerá qualquer lesão para o interesse público (que refere não ser a confundir com qualquer lesão ao “ego” da Autoridade).

Não podemos concordar com esta afirmação: sem possibilitar a investigação à Autoridade desta operação nunca esta poderá analisar quais os efeitos desta sobre a estrutura da concorrência, não sendo demais aqui recordar que o mercado da distribuição farmacêutica é um mercado extraordinariamente importante, sensível e específico.

Por outro lado, e em abstracto, 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. E criou também a “válvula de escape” do art. 11º nº4 para determinadas situações, deixando clara a prevalência do interesse público em matéria de concorrência e criando uma ponderação própria dos interesses provados em jogo.

A adoptar-se o entendimento propugnado pela requerente, as empresas deixariam de proceder às notificações prévias e, quando fossem notificados pela

PC 1230/05.4TYLSB

TRIBUNAL DE COMÉRCIO DE LISBOA

Autoridade nos termos do art. 40º, invocavam 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 a quaisquer danos ou prejuízos (que se admite em abstracto existam) que para a requerente possam advir da abertura do processo administrativo, mesmo tendo em conta do disposto no art. 11º da Lei 18/2003.

*

Concluindo, a presente providência é, pelos fundamentos expostos, integralmente 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 22/07/05 que intimou a requerente para proceder à notificação de uma operação de concentração.

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

Registe e Notifique.

*

Lisboa, 15/12/05 (24/11/05 a 11/12/05 atestado médico)
(processado por meios informáticos - art. 138º nº5 do Código de Processo Civil)

