

O MECANISMO PORTUGUÊS DE ANÁLISE DOS INVESTIMENTOS DIRETOS ESTRANGEIROS: MODIFICAÇÃO EM 2023? ENQUADRAMENTO E PORQUÊS

*Margarida Rosado da Fonseca**

ABSTRACT *Decree-Law nr. 138/2014, of September 15 creates a screening of foreign investment in Portugal concerning strategic assets in the energy, communications and transports sectors and has remained unchanged since then. Notwithstanding, the national, European Union and international environments have evolved substantially in the last few years.*

The EU continues to legislate in neighbouring areas of law with the aim of reinforcing its strategy for industrialization and increased resilience and autonomy as an international actor, as well as promoting a level playing field between undertakings from and outside the EU. Concomitantly, in 2023 the European Commission is to present the EU legislators a report evaluating the functioning and effectiveness of the 2019 EU's framework on Screening of Foreign Investment and eventually proposing amendments.

This second part of the contribution on the topic analyses Decree-Law nr. 138/2014 in the light of today's environment and coexisting national and EU legal frameworks. This contribution aims at stirring a legal debate on the acuteness of its update, or ultimately a substantial amendment. Moreover, foreign investment continues to be most welcomed in the EU and Portugal and legal certainty is of paramount importance for the investors.

KEY-WORDS Foreign investment, screening foreign investment, strategic assets, European Union, Decree-Law 138/2014, screening mechanism, foreign direct investment, competition

1. Considerações preliminares; 2. O Decreto-Lei n.º 138/2014 que consagra o regime de salvaguarda, 2.1. O enquadramento vigente à data da aprovação do Decreto-Lei; 2.2. As (in)definições constantes do regime, 2.2.1. Os «Ativos estratégicos» objeto do regime de salvaguarda, 2.2.2. A aquisição de “controlo”, 2.2.3. O conceito de pessoa de país terceiro; 2.3. Os pressupostos e requisitos de aplicação do regime de salvaguarda; 2.4. O procedimento de oposição; 2.5. O requerimento de confirmação e procedimento;

* Advogada Especialista em Direito Europeu e da Concorrência.

3. Relevância da evolução havida nos contextos nacional e internacional; 3.1. Enquadramento português, 3.2. Evolução na UE, 3.2.1. Notas de enquadramento, 3.2.2. O novo Regulamento de análise de IDEs, 3.2.3. Evolução em vários Estados-Membros; 4. Notas finais.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O presente texto corresponde à segunda parte de um contributo sobre o atual mecanismo português de análise de investimentos estrangeiros (“IDEs”). Mais precisamente, trata-se do Decreto-Lei n.º 138/2014, de 15 de setembro (“Decreto-Lei n.º 138/2014” ou “decreto-lei”) que *“estabelece o regime de salvaguarda de ativos estratégicos essenciais para garantir a segurança da defesa e segurança nacional e do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional, nas áreas da energia, dos transportes e comunicações”*¹.

A primeira parte do contributo foi publicada no início de 2022² na perspetiva da modificação do decreto-lei. Com efeito, considerámos a informação que a Comissão Europeia (“Comissão”) tornou pública a 23 de novembro de 2021 e que assentará em informações do Governo português. Mais precisamente, no contexto da aplicação do Regulamento (UE) 2019/452 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de março de 2019 (“Regulamento de Análise dos IDEs”)³ e do funcionamento da cooperação no seio da União Europeia (“UE”) para sua aplicação.

Assim, o 1.º relatório anual da Comissão⁴ (“1.º Relatório”) indica que Portugal é um dos *“Estados-Membros que iniciaram um processo consultivo ou legislativo que deverá resultar em alterações a um [mecanismo] existente”*⁵. Acresce que o documento de trabalho dos serviços da Comissão que acompanha o Relatório (“Documento de Trabalho”), com data de 23 de novembro de

1 Publicado no Diário da República (D.R.) n.º 177, Série I, de 15.09.2014, págs. 4937 a 4940.

2 Foi publicado no n.º 48 da Revista de Regulação e Concorrência (C&R), respeitante aos meses de Outubro/Dezembro de 2021 e está disponível em: <https://www.concorrenca.pt/pt/revista/revista-de-concorrenca-e-regulacao-48> [acedido em 20.01.2023].

3 Regulamento (UE) 2019/452 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de março de 2019.

4 Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Primeiro relatório anual sobre o escrutínio dos investimentos diretos estrangeiros na União Europeia (“1.º Relatório da Comissão”) [SWD(2021) 334 final], com data de 23.11.2021 e referência COM(2021) 714 final, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0714&from=EN> [acedido em 20.11.2023].

5 Cfr. a tabela na página 9 do 1.º Relatório da Comissão.

2021⁶ adianta que, em Portugal, no ano anterior teria sido criado um Grupo de Trabalho interministerial ao nível técnico. E refere ainda que em 2021 teria sido estabelecido um acordo de princípio sobre quais os ajustamentos a introduzir. Tal incluiria, designadamente, a articulação entre os prazos do mecanismo nacional e aquele da UE, o estabelecimento de um ponto de contacto (para a comunicação e a cooperação a nível dos Estados-Membros e da UE) e a introdução da possibilidade de imposição de medidas de mitigação. O Documento de Trabalho conclui que em Portugal permanecem “em aberto” matérias importantes, “*pelo que não seria possível antecipar o início do processo legislativo*”⁷ à data da publicação do mesmo.

Da escassa informação pública com a qual nos deparámos no plano nacional consta a menção a discussões ao nível técnico (dentro do Governo, antecipamos) e a confirmação da ponderação de modificações a introduzir ao mecanismo português na sua redação atual e do próprio processo de revisão estar em curso à data.

No âmbito das atribuições de acompanhamento, apreciação e pronúncia pela Assembleia da República (“AR”) do processo de construção da União Europeia, o Governo transmite-lhe um “Relatório Anual de Portugal na União Europeia” da autoria da Direção-Geral dos Assuntos Europeus (do Ministério dos Negócios Estrangeiros). Naquele respeitante a 2019, menciona-se que “*Durante o ano decorreu um processo de reflexão ao nível técnico, sobre as adaptações a introduzir no enquadramento nacional a fim de assegurar a sua conformidade com o mecanismo europeu [Regulamento de Análise dos IDEs] e identificar as alterações que serão necessárias*”⁸.

6 Documento de Trabalho dos serviços da Comissão (*Commission Staff Working Document*) que acompanha o seu 1.º Relatório (1.º Documento de Trabalho), {COM(2021) 714 final}, com a mesma data e referência.

7 Cfr. a pág. 42 do 1.º Documento de Trabalho.

8 Apresentado nos termos e para os efeitos do n.º 4 do artigo 5.º da Lei n.º 43/2006, de 25 de agosto – Acompanhamento, apreciação e pronúncia pela Assembleia da República no âmbito do processo de construção da União Europeia. Diploma publicado no D.R., n.º 164, Série I, de 25 de agosto e já modificado. Cfr. as págs. 343 e 344 do documento disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a793944543030764e454e425253394562324e31625756756447397a52573530615752685a47567a525868305a584a7559584d-764d324a694d445a6a5a6a49745a54566d595330304f5759314c546b354f5449744f4463334f5449314f545a6c-4f4464694c6e426b5a673d3d&fich=3bb06cf2-e5fa-49f5-9992-87792596e87b.pdf&inline=true> [acedido em 20.01.2023].

No Relatório Anual respeitante a 2020⁹ inteiramo-nos de mais detalhe quanto às implicações da aplicação do Regulamento de análise dos IDEs em Portugal. Assim, no Relatório constata-se que a partir da entrada em vigor do Regulamento de análise dos IDEs (20 dias depois da publicação em 21 de março), “começaram a ser recebidas e analisadas no Ministério dos Negócios Estrangeiros as notificações enviadas pelos demais Estados-membros”. E também que em abril de 2020 “foi acordada uma cooperação antecipada, voluntária e informal [...] no seguimento de proposta nesse sentido do então Comissário Europeu do Comércio Phil Hogan, sob pretexto das vulnerabilidades geradas ou agravadas pelo confinamento e pela gestão da pandemia e com um enfoque prioritário nas empresas do sector médico-farmacêutico, enquanto alvos potenciais de aquisições predatórias. Esta cooperação limitou-se sobretudo à partilha de informação entre a Comissão Europeia e os Estados-membros sobre tendências agregadas do IDE”.

Ainda no mesmo Relatório menciona-se que “ao nível interno, procedeu-se à criação de um Grupo de Trabalho interministerial no âmbito do qual se prepararam e discutiram ao nível técnico as alterações a promover no mecanismo nacional, estando, assim, em curso o referido processo de revisão”.

Acresce que no Relatório mais recente se menciona que “Em dezembro [de 2021], foi também concluída a negociação e assinatura do Acordo relativo à Responsabilidade Conjunta, negociado entre a Comissão Europeia e os 27 Estados-Membros, através do qual se definiram regras e procedimentos tendo em vista um adequado controlo e tratamento dos dados pessoais recolhidos no âmbito deste regime de análise. Portugal não iniciou nenhum processo de análise, mas foram verificadas as informações relativas aos processos desencadeados por outros Estados-Membros para avaliar potenciais implicações ao nível nacional”.¹⁰

9 Cfr. as páginas 373 e 374 do Relatório Anual de “Portugal na União Europeia – 2020”, da Direção Geral dos Assuntos Europeus do Ministério dos Negócios Estrangeiros. Documento disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d-356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765247396a6457316c626e52766330466a-64476c32615752685a47565159584a735957316c626e52686369396d4f4467324d44566d4f43316d4f4749304c-54526c596d59744f4751774e7930795932557a4e7a6b7a596d45304d6d51756347526d&fich=f88605f8-f8b-4-4ebf-8d07-2ce3793ba42d.pdf&inline=true> [acedido em 20.01.2023].

10 Cfr. a pág. 387 do Relatório Anual de “Portugal na União Europeia – 2021”, da Direção Geral dos Assuntos Europeus do Ministério dos Negócios Estrangeiros. Documento disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a-6158526c63793959566b786c5a79394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a564268636d786862575675644746794c324d314d7a5535597a686c4c574d354e3245744e4446694d4331684e->

O presente texto complementa aquele publicado no início de 2022 sobre este tema. E atualiza-o no que respeita às expectativas de modificação do Decreto-Lei n.º 138/2014 durante o ano de 2022. Mais precisamente, estas expectativas foram goradas perante a ausência de informação pública sobre desenvolvimentos legislativos nesta sede, sendo que a atualização da situação portuguesa tal como feita pela Comissão também não é esclarecedora, como se passa a enunciar.

Ou seja, o 2.º relatório anual da Comissão¹¹ (“2.º Relatório”) apenas menciona Portugal como um dos Estados-membros com “Mecanismo nacional de análise dos IDE em vigor”. E o Documento de Trabalho que o acompanha, com data de 1 de setembro de 2022, constata que no ano anterior não apenas não houve quaisquer desenvolvimentos legislativos, como não existem quaisquer iniciativas que possam resultar em modificações ao diploma vigente¹². Tanto quanto é do nosso conhecimento, não existe informação pública que permita contextualizar o aparente *recuo* pelo Governo quanto à modificação do regime, *ao arrepio* do que parece ser a tendência nos restantes Estados-Membros de acordo com o mesmo documento. Aguardamos com expectativa a divulgação do Relatório Anual respeitante a 2022 para se compreender as razões do aparente *recuo*¹³.

De todo o modo, é reconhecida a importância política que a análise dos IDEs assume na UE. Por um lado, o Regulamento não impõe a criação ou detenção de mecanismos de análise nacionais pelos Estados-Membros. Mas na prática, desde 2020 que a Comissão insta os Estados-Membros a criarem-nos ou a reforçarem-nos, de modo a serem “mecanismos de análise completos” (“*fully-fledged*”)¹⁴. Aliás, no 2.º Relatório a Comissão reconhece que “*está a incentivar ativamente esta evolução em todos os Estados-Membros, facilitando o*

5463304c5468685a6a686a4d5455794e44646b4e4335775a47593d&fich=c5359c8e-c97a-41b0-a574-8af-8c15247d4.pdf&inline=true [acedido em 20.01.2023].

11 Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Segundo relatório anual sobre o escrutínio dos investimentos diretos estrangeiros na União Europeia (“2.º Relatório da Comissão”). Disponível em: [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2022\)433&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2022)433&lang=en) [acedido em 20.01.2023].

12 Cfr. a pág. 35 do 2.º Relatório da Comissão.

13 Nos termos do n.º 4 do artigo 5.º da Lei n.º 43/2006, o relatório deve ser apresentado à AR no 1.º trimestre do ano seguinte aquele a que respeita. Pesquisa do relatório efetuada em 20.01.2023.

14 Cfr. a página 8 do 2.º Relatório da Comissão.

progresso e o alinhamento dos processos legislativos nacionais”, “tanto a nível político como técnico”¹⁵.

A este propósito, a Comissão elenca a adoção das Orientações de 2020 para os Estados-Membros sobre a forma de utilizar a análise de IDE no contexto de uma crise de saúde pública e de vulnerabilidade económica na UE” (no contexto da pandemia de COVID 19); a assistência prestada aos Estados-Membros em matéria de orientações técnicas e políticas, reuniões técnicas e intercâmbio de informações, incluindo o intercâmbio de boas práticas ao longo do ano de 2021; e a adoção das Orientações de 2022 destinadas aos Estados-Membros sobre IDE provenientes da Rússia e da Bielorrússia¹⁶.

Por último, recorde-se que a Lei n.º 9/2014¹⁷ autorizou o Governo a legislar atendendo a que a defesa e segurança nacional e a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional são “interesses fundamentais de segurança pública” e, na medida em que o fizesse, em observância do direito nacional, do direito da UE e do Espaço Económico Europeu (“EEE”)¹⁸.

Numa perspetiva estritamente jurídica e sem atentar à perspetiva política – que não cabe no presente âmbito –, a evolução havida quanto ao enquadramento existente à data de criação do Decreto-Lei n.º 138/2014 e igualmente em matérias relacionadas, aconselham à ponderação da modificação do Decreto-Lei n.º 138/2014. Acresce que, considerando os desenvolvimentos legislativos na UE – desde logo a adoção do Regulamento de análise dos IDEs na UE e outros atos jurídicos que refletem o novo paradigma –, o Estado Português enquanto Estado-Membro da UE terá iniciado uma reflexão ao nível técnico à qual se terá seguido o processo de modificação do diploma nacional.

É neste sentido que na segunda parte do nosso contributo, mais do que apresentar respostas, procuramos completar a sistematização de um conjunto

15 Cfr. a página 8 do 2.º Relatório da Comissão.

16 Cfr. as Orientações para os Estados-Membros relativas a investimento direto estrangeiro e livre circulação de capitais provenientes de países terceiros, e proteção dos ativos estratégicos da Europa, antes da aplicação do Regulamento (UE) 2019/452 (Regulamento Análise dos IDE); e Orientações destinadas aos Estados-Membros sobre os investimentos diretos estrangeiros provenientes da Rússia e da Bielorrússia tendo em conta a agressão militar contra a Ucrânia e as medidas restritivas estabelecidas nos recentes regulamentos do Conselho relativos a sanções.

17 Publicada no D.R. n.º 38/2014, Série I, de 24.02.2014, pág. 1624.

18 Artigo 2.º da Lei n.º 9/2014, com a epígrafe “Sentido”.

de enquadramentos e dados relevantes para auxiliar à reflexão a empreender previamente à modificação do atual regime. Com efeito, importa desde logo reforçar a certeza e segurança jurídica das entidades envolvidas, sob pena de se prejudicar as decisões de investimento no nosso país e também dos terceiros e do próprio Estado nas suas competências exclusivas sobre manutenção da ordem pública e da segurança pública.

Acresce a circunstância de o Regulamento dos IDEs prever a necessidade de articulação entre os Estados-Membros e a Comissão de modo a assegurar a sua aplicação de forma eficaz. Tal implica, designadamente, a estabilização de um conjunto de questões processuais necessárias a tal a nível interno, como aliás a própria Direção Geral dos Assuntos Europeus do Ministério dos Negócios Estrangeiros reconhece nos relatórios anuais. Por último e numa perspetiva mais alargada, a análise dos IDEs na UE constitui apenas um dos instrumentos que visam concretizar a nova abordagem da UE quanto à sua política comercial e de segurança e ordem pública, pelo que a sua evolução terá de considerar também este contexto.

2. O DECRETO-LEI N.º 138/2014 QUE CONSAGRA O REGIME DE SALVAGUARDA

Começamos por recordar o enquadramento vigente à data da aprovação do Decreto-Lei e a apreciação que a Comissão fez do mesmo no âmbito do PAEF e seguimos depois para a análise dos principais aspetos do Decreto-Lei n.º 138/2014. Ao elenco das (in)definições constantes do mesmo segue-se a menção para os pressupostos e requisitos subjacentes ao procedimento de oposição e os vários critérios para a sua aplicação. Mencionamos os aspetos processuais mais relevantes do procedimento de oposição e a ausência de previsão de “remédios” para eliminar o risco, bem como o requerimento para confirmação da ausência de decisão de oposição. Sempre que útil, fazemos uma breve referência a outras jurisdições e à legislação da UE e jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) à data da aprovação do Decreto-Lei n.º 138/2014, sendo que no ponto 3. abaixo os abordamos com mais detalhe.

2.1. O enquadramento vigente à data da aprovação do Decreto-Lei

Recuamos até às vésperas da aprovação do decreto-lei para tentarmos sistematizar o contexto da sua aprovação. Assim, em 18 de maio de 2014

finaliza-se o Programa de Assistência Económica e Financeira a Portugal¹⁹. E a 12 de junho o XIX Governo dirige uma carta aos credores internacionais em que declara prescindir do último reembolso do empréstimo.

É publicado o documento “Caminho para o Crescimento: Uma estratégia de reforma de médio prazo para Portugal” pelo Governo²⁰ e reafirmado o objetivo de promoção da competitividade da economia portuguesa e do aumento da atratividade do país como destino de investimento. Portugal passa a estar sujeito à Monitorização Pós-Programa²¹, até um mínimo de 75% do montante da assistência financeira pela UE ter sido reembolsado.

Em 31 de julho de 2014, o Conselho de Ministros aprova o projeto de regime de salvaguarda dos ativos estratégicos²² e, a 15 de setembro, é publicado o Decreto-Lei n.º 138/2014. A título de curiosidade é de notar que, dois dias depois, vários deputados do Partido Socialista (então na oposição) apresentaram uma iniciativa legislativa com o objetivo de submeter o Decreto-Lei 138/2014 a apreciação Parlamentar. A mesma iniciativa fundamentava-se na necessidade de *“proceder a uma cabal discussão sobre as consequências decorrentes dos atrasos na entrada em vigor deste diploma nos processos de privatização entretanto concretizados, bem como sobre as lacunas que se evidenciam no texto legal e que cumpre apreciar e, eventualmente, corrigir”*²³.

19 Cfr. a Decisão de Execução do Conselho de 23 de abril de 2014 que altera a Decisão de Execução 2011/344/UE relativa à concessão de assistência financeira da União a Portugal e a pág. 5 do *Occasional Paper* 202, de outubro de 2014, que avaliou o Programa na sua integralidade (a 12.ª Revisão da sua implementação não chegou a ser realizada), disponível em https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2014/pdf/ocp202_en.pdf [acedido em 20.01.2023].

20 Este documento já não se encontra disponível no sítio internet oficial do Governo, mas é mencionado no Considerando 7) da Recomendação do Conselho de 8 de julho de 2014 relativa ao Programa Nacional de Reformas de Portugal para 2014 e que formula um parecer do Conselho sobre o Programa de Estabilidade de Portugal para 2014, publicado no JO C 247, págs. 112 e seguintes, de 29.07.2014.

21 A base legal para esta monitorização é o Regulamento (UE) n.º 472/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2013, relativo ao reforço da supervisão económica e orçamental dos Estados-Membros da área do euro afetados ou ameaçados por graves dificuldades no que diz respeito à sua estabilidade financeira.

22 Nota de imprensa do Conselho de Ministros disponível em <https://www.historico.portugal.gov.pt/pt/o-governo/arquivo-historico/governos-constitucionais/gc19/comunicados-cm/2014/20140731-cm-comunicado.aspx> [acedido em 20.01.2023].

23 Cfr. a Apreciação Parlamentar N.º 103/XII, Diário da A.R. (D.A.R.), II Série B, N.º 1/XII/4, de 20 de setembro de 2014, pág. 5.

Esta iniciativa caducou em 22 de outubro de 2015²⁴. Alguns dos seus 14 subscritores vieram a integrar o XXI, XXII e XXIII governos como ministros, entre os quais o atual Ministro das Finanças e o anterior Ministro das Infraestruturas e da Habitação. Mas o diploma mantém-se inalterado até ao momento.

Os Considerandos iniciais do Decreto-Lei n.º 138/2014 sumariam a cronologia e contexto do diploma:

“A Lei 50/2011, de 13 de setembro, que procedeu à segunda alteração à Lei Quadro das Privatizações, aprovada pela Lei 11/90, de 5 de abril, incumbiu o Governo de estabelecer o regime extraordinário para salvaguarda de ativos estratégicos em setores fundamentais para o interesse nacional, em observância do direito nacional e do direito da União Europeia.

Por outro lado, a Lei 9/2014, de 24 de fevereiro, atribuiu autorização legislativa ao Governo para, de acordo com o objeto, sentido e extensão nela definidos, estabelecer o aludido regime de salvaguarda de ativos estratégicos para a defesa e segurança nacional e para a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional.

Com efeito, qualquer dificuldade, mesmo momentânea, que tenha por efeito ameaçar a defesa e segurança nacional ou a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional é suscetível de causar graves perturbações, não só na defesa e segurança e na atividade económica nacional mas na vida da população em geral, pelo que a sua proteção constitui um interesse fundamental de segurança pública que o Estado deve a todo o tempo preservar.

Sem prejuízo dos poderes de que o Estado já disponha ao abrigo do direito aplicável ao setor em causa, o interesse público impõe que o Estado possa dispor de um instrumento adicional para reagir rápida e eficazmente a qualquer operação que afete a disponibilidade das principais infraestruturas ou ativos estratégicos afetos à defesa e segurança nacional ou à prestação de serviços essenciais nas áreas da energia, transportes e comunicações.

O presente decreto-lei estabelece assim, no cumprimento dos deveres fundamentais do Estado e no respeito pelo direito nacional e pelo direito da União Europeia, um regime de salvaguarda dos ativos estratégicos essenciais para a garantia da segurança pública.”

24 Cfr. <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=38664> [acedido em 20.01.2023].

Ficam assim salvaguardada a aplicação de diplomas como sejam, por exemplo, a Lei dos Serviços Públicos Essenciais²⁵ e o enquadramento específico das infraestruturas críticas nacionais²⁶, entre outros.

A Proposta de Lei que autorizou o Governo a legislar sobre o regime de salvaguarda português foi apresentada à AR com base no pressuposto da sua “*aplicação excecional e complementar dos regimes já existentes e que visam igualmente proteger o interesse público*”²⁷.

Neste sentido, o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 138/2014 prevê que o “*disposto nos artigos anteriores [que estabelecem o regime de salvaguarda] não prejudica o exercício dos poderes do concedente ao abrigo dos contratos de concessão existentes, das respetivas bases de concessão ou dos diplomas que as aprovam, ou das entidades reguladoras ou de outros entes públicos nos termos de disposições legais ou regulamentares que respeitem aos ativos estratégicos abrangidos pelo regime estabelecido no presente decreto-lei*”.

Independentemente da bondade do legislador em querer salvaguardar o âmbito de aplicação dos regimes legais preexistentes, esta disposição suscitou-nos várias dúvidas do ponto de vista prático. A título de exemplo e tal como detalharemos abaixo em 2.2.2, o Decreto-Lei n.º 138/2014 recorre ao Regime Jurídico da Concorrência (“RJC”)²⁸ nomeadamente para definir o *controlo*. Assim, é útil compreender como articular a análise dos IDEs com o procedimento de controlo das concentrações que corre termos junto da Autoridade da Concorrência (“AdC”) e que é uma condição indispensável à concretização das aquisições de controlo sempre que um dos limiares de notificação prévia estiver preenchido. Quando uma operação de concentração

25 Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais, na sua redação atual (da Lei n.º 51/2019, de 29 de julho).

26 Quando o Decreto-Lei n.º 138/2014 foi aprovado, o regime jurídico das infraestruturas críticas nacionais encontrava-se previsto no Decreto-Lei n.º 62/2011, de 9 de maio, o qual foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 20/2022, de 28 de janeiro. Este diploma aprova os procedimentos para identificação, designação, proteção e aumento da resiliência das infraestruturas críticas nacionais e europeias.

27 Proposta de Lei n.º 190/XII(3ª) sobre o regime de salvaguarda dos ativos estratégicos, publicada como Lei n.º 9/2014 após a sua aprovação. Cfr. os considerandos da Proposta de Lei n.º 190/XII(3.ª) e a Intervenção do Secretário de Estado das Infraestruturas, Transportes e Comunicações na AR, em sede de discussão da mesma Proposta na generalidade, publicada no D.A.R., I Série, n.º 36/XII/3, de 16 de janeiro de 2014, págs. 56 e seguintes.

28 A Lei n.º 19/2012, de 8 de maio aprovou o atual RJC. Posteriormente alterada três vezes, a mais recente pela Lei n.º 17/2022, de 17 de agosto.

tem dimensão comunitária nos termos e para os efeitos da legislação aplicável, o processo corre termos junto da Comissão²⁹.

A preocupação do legislador com a instrução do processo de análise de modo completo e com a brevidade possível reflete-se na previsão expressa da obrigação de cooperação de quaisquer entidades administrativas na sequência da solicitação, “*a qualquer momento*”, pelo membro responsável pela área em que o ativo estratégico se integre, “*de prestação de informação ou a realização de quaisquer diligências que entenda necessárias para o exercício das competências previstas no presente decreto-Lei*”³⁰. Essa solicitação de informação terá de ser efetuada de modo fundamentado e haverá que assegurar “*a proteção dos dados pessoais, classificados ou do âmbito da defesa e segurança nacional*”³¹.

Acresce que a abertura do procedimento de avaliação de uma projetada transação (“procedimento de oposição”) é “*de imediato notificada aos membros do Governo responsáveis pelas áreas dos negócios estrangeiros, da defesa nacional e da segurança interna*”³².

Com o objetivo de aumentar a segurança jurídica dos potenciais adquirentes de controlo quanto à não oposição pelo Conselho de Ministros, o decreto-lei prevê um procedimento voluntário de apresentação de “requerimento de confirmação” (“procedimento voluntário”), conforme se detalha abaixo em 2.3.

No seu Documento de Trabalho respeitante à Livre Circulação de Capitais no período de 2013-2014³³, a Comissão refere o regime português de forma mais positiva quando comparado com os regimes italiano e francês – também modificados no mesmo período –, cujo âmbito de aplicação e intervenção dos Estados seriam mais amplos e também se aplicavam a investidores da UE e do EEE. Neste sentido, a Comissão realça, designadamente, a circunstância de o regime português se aplicar apenas a cidadãos de países terceiros e permitir ao Governo opor-se à aquisição apenas em caso de “*ameaça genuína e suficientemente séria à defesa nacional e à segurança ou à segurança de*

29 Cfr. o artigo 37.º do RJC e o artigo 1.º do Regulamento (UE) n.º 139/2004, de 2 de janeiro, relativo ao controlo das concentrações de empresas (“Regulamento das concentrações comunitárias”).

30 Artigo 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

31 Artigo 6.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

32 Artigo 4.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

33 Págs. 21 e 22 do Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão – A Livre Circulação de Capitais na União Europeia, com data de 5 de março de 2015, referência SWD(2015) 58 final. Note-se que o documento respeita ao ano de 2014 quando existe informação disponível.

fornecimento de serviços críticos ao interesse nacional, como sejam as situações de ligação a organizações terroristas”.

Quanto ao regime italiano, a Comissão refere que em 2014 ficara concluída a implementação do regime jurídico sobre os direitos especiais do Estado em empresas encarregadas de prosseguir atividades estratégicas ou que detenham ativos estratégicos, através da adoção de regulamentação que especifica as atividades em relação às quais o Estado pode exercer direitos especiais e que estabelecem o procedimento a seguir para exercício dos mesmos direitos³⁴.

A mencionada legislação italiana exigia a notificação (prévia) de decisões das empresas e de transações que (i) resultem na alteração de controlo ou (ii) que afetem a disponibilidade dos ativos. Isto aplicava-se a empresas que prosseguissem determinadas atividades nos setores da defesa e em setores respeitantes à segurança nacional ou quando houvesse detenção de ativos estratégicos nos setores da energia, transportes e comunicações.

A Comissão constata que a legislação francesa que fora adotada em 2014³⁵, aumentava o âmbito do mecanismo preexistente de autorização prévia de investimentos em atividades que pudessem constituir risco para os interesses da segurança pública, da ordem pública e da defesa, passando a abranger certas atividades estratégicas nas áreas da energia (incluindo gás, eletricidade e hidrocarbonetos), água, transportes, comunicações eletrónicas e saúde pública.

Mais precisamente, na perspetiva do governo francês tratar-se-ia de atividades consideradas essenciais para a integridade, a segurança e a continuidade da atividade prosseguida em cada um dos setores em causa. Os investimentos careciam da aprovação prévia do Ministro das Finanças, sendo que o mecanismo em causa se aplicava a investimentos que conduzem à aquisição de controlo ou de um terço dos direitos de voto.

34 Decretos Ministeriais n.º 35 de 19 de fevereiro de 2014, n.ºs 82, 85 (para os setores abrangidos, exceto a defesa) – Cfr. o D.P.R. de 25 de março de 2014, n.º 85 – *Regolamento per l’individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell’articolo 2, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21*, publicado na *Gazzetta Ufficiale* de 6 de junho de 2014, n.º 129 – e n.º 86 (regula a aplicação dos direitos especiais) – publicado na *Gazzetta Ufficiale* de 6 de junho de 2014, n.º 129. *Regolamento per l’individuazione delle procedure per l’attivazione dei poteri speciali nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell’articolo 2, comma 9, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21* – e n.º 108 de 6 de junho de 2014 (para o setor da defesa). Esta regulamentação detalha o disposto no *Decreto Legge* n.º 21/2012 de 15 de março de 2012, publicado na *Gazzetta Ufficiale* n.º 63, da mesma data, posteriormente, convertido em *Legge* n.º 56/2012, de 11 de maio de 2012, publicada na *Gazzetta Ufficiale* n.º 111, de 14 de maio de 2012. Estes enquadramentos já foram modificados.

35 *Decret-Loi* n.º 2014/479 de 14 de maio de 2014, que modifica o “Code Monetaire et Financier”, o qual entretanto já foi modificado.

Importa realçar que, em qualquer uma das duas referidas jurisdições, ainda existia à data um mecanismo excecional no contexto dos respetivos regimes jurídicos da concorrência que previa a intervenção do Governo na decisão final de não oposição de operações de concentração relevantes na perspetiva do interesse público.

2.2. As (in)definições constantes do regime

Para avançarmos na análise dos pressupostos e requisitos cujo preenchimento é indispensável à aplicação do procedimento de oposição, haverá que enunciar previamente as definições sobre as quais incumbe ao Governo legislar ao abrigo da Lei n.º 9/2014. Mais precisamente, o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 138/2014 estabelece o que se entende por (a) ativos estratégicos, (b) controlo e (c) pessoas de países terceiros para os mesmos efeitos, conforme se detalha abaixo.

2.2.1. Os «Ativos estratégicos» objeto do regime de salvaguarda

De acordo com o artigo 3.º da Lei n.º 9/2014, incumbe ao Governo definir como *ativos estratégicos* especificamente as principais infraestruturas e ativos – apenas estes – que estejam afetos à defesa e segurança nacional e à prestação de serviços essenciais nas áreas da energia, transportes e telecomunicações. A AR circunscreve, assim, o objeto do regime de salvaguarda ao exigir o preenchimento das duas condições que distinguem, dentro dos setores em causa, especificamente os serviços que sejam essenciais e, relativamente a estes, somente as principais infraestruturas e ativos que sejam utilizados para a prestação dos mesmos serviços.

O Decreto-Lei n.º 138/2014 repete o texto da Lei, não o concretizando nem incluindo qualquer elenco, mesmo que meramente exemplificativo. Por um lado, tal poderá acarretar insegurança jurídica, mas por outro, permite uma interpretação do âmbito do diploma em função da evolução da realidade e dos enquadramentos setoriais. Tanto mais que estão identificados os setores aos quais este regime jurídico é aplicável – energia, transportes e comunicações.

Também é útil tomar em consideração o sentido do regime jurídico italiano que serviu de inspiração ao legislador português em 2012 (não obstante a regulamentação ter sido posterior). Com efeito, dois anos depois e tal como mencionado acima em 2.1., o Governo italiano aprovou regulamentação que elenca o universo de ativos a que se aplica o regime de

salvaguarda³⁶. Assim, relativamente ao setor energético³⁷, o universo dos ativos incluía, designadamente, a rede nacional de transporte de gás natural e as respetivas estações de compressão e centros de despacho e as infraestruturas de armazenagem de gás; as infraestruturas de aprovisionamento de energia elétrica e de gás que não pertençam ao Estado, incluindo as estações de regaseificação de gás natural liquefeito *onshore* e *offshore*; e, as atividades de gestão relacionadas com a utilização das redes e infraestruturas antes mencionadas.

Relativamente ao setor dos transportes³⁸, a regulamentação italiana incluiu no elenco dos ativos estratégicos, redes e instalações de interesse nacional destinadas a garantir as ligações transeuropeias e respetivas ligações, mais precisamente, portos de interesse nacional, aeroportos de interesse nacional e a rede ferroviária nacional com relevância para as redes transeuropeias. Por último, quanto ao setor das comunicações³⁹ incluía, designadamente, redes próprias e as redes de acesso públicas para as conexões com as redes metropolitanas, os *routers* de serviço e as redes de longa distância em determinadas circunstâncias.

De todo o modo e atenta a natureza excepcional do regime de salvaguarda, haverá que proceder a uma interpretação restritiva do seu âmbito de aplicação. A este propósito note-se ainda que, em 2012, no acórdão respeitante ao processo C-244/11⁴⁰, o TJUE confirmou o entendimento crítico da Comissão quanto à insuficiente definição do conjunto dos ativos que são objeto do regime jurídico grego. Não obstante e, como se detalhará abaixo, a nosso ver o Decreto-Lei n.º 138/2014 contém critérios objetivos e um elenco taxativo dos requisitos de aplicação do regime de salvaguarda e de ponderação pelo Governo do exercício do poder de oposição – o que o TJUE considerou que não sucedia no referido processo.

36 A Comissão não clarificou o que entende por “regras detalhadas”. Cfr. o *Regolamento per l’individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, mencionado acima na nota 34.

37 Artigo 1.º do *Regolamento* mencionado na nota 34.

38 Artigo 2.º do *Regolamento* mencionado na nota 34.

39 Artigo 3.º do *Regolamento* mencionado na nota 34.

40 Acórdão do TJUE proferido no processo C-244/11, *Comissão c. Grécia* e publicado na ECLI:EU:C:2012:694.

2.2.2. *A aquisição de “controle”*

O artigo 2.º do decreto-lei define *controle* como “a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre o ativo estratégico, nos termos do n.º 3 do artigo 36.º do RJC. Esta disposição, cuja epígrafe é “Concentração de empresas”, estabelece que a concentração ocorre “quando se verifique uma mudança duradoura de controle sobre a totalidade ou parte de uma ou mais empresas, em resultado: a) Da fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; b) Da aquisição, direta ou indireta, do controle da totalidade ou de partes do capital social ou de elementos do ativo de uma ou de várias outras empresas, por uma ou mais empresas ou por uma ou mais pessoas que já detenham o controle de, pelo menos, uma empresa”⁴¹. Como tal, a natureza duradoura da alteração do controle sobre a(s) empresa(s) constitui um pressuposto de aplicação do regime, não existindo uma previsão legal para o período mínimo enquanto limiar de aplicação geral, antes dependendo das circunstâncias concretas⁴².

Neste contexto “o controle decorre de qualquer ato, independentemente da forma que este assuma, que implique a possibilidade de exercer, com caráter duradouro, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa”⁴³. Trata-se, assim, de uma definição com âmbito deveras abrangente, na medida em que basta a mera suscetibilidade de exercício do controle, não sendo necessária a existência de exercício efetivo.

A mesma disposição do RJC elenca, a título exemplificativo, três situações que podem conduzir à aquisição de controle, a saber: a) A aquisição da totalidade ou de parte do capital social; b) A aquisição de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa; c) A aquisição de direitos ou celebração de contratos que confirmam uma influência determinante na composição ou nas deliberações ou decisões dos órgãos de uma empresa.

A concentração pode operar-se por duas formas⁴⁴: através da fusão ou da aquisição de controle sobre uma empresa ou parte da mesma (ativos). Esta

41 Cfr. o artigo 36.º, n.º 1 do RJC.

42 Nos parágrafos 28 e seguintes da sua Comunicação Consolidada em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (UE) N.º 139/2004 do Conselho relativo ao controle das concentrações de empresas, a Comissão aborda as diversas circunstâncias que devem ser tomadas em consideração para a análise casuística e menciona, a título exemplificativo, prática decisória relativa a diferentes períodos de tempo.

43 Artigo 36.º, n.º 3 do RJC.

44 Artigo 36.º, n.ºs 1 e 2 do RJC.

última tanto pode ser feita por empresas, como por pessoas (singulares ou coletivas), desde que estas últimas já detenham pelo menos uma empresa. E, no caso da aquisição de controlo, inclui-se ainda a constituição de uma empresa comum, desde que a mesma desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma. Acresce que uma concentração abrange situações de controlo exclusivo e também aquelas de controlo conjunto⁴⁵.

O conceito de “controlo” é muitíssimo amplo e exige uma análise casuística. Como tal, afigura-se-nos positivo que o Decreto-Lei n.º 138/2014 remeta para um regime legal cujo âmbito tem vindo a ser concretizado e consolidado pela prática decisória da AdC desde a sua criação em 2003⁴⁶ e influenciado pela legislação europeia⁴⁷, pela extensa prática decisória e orientações⁴⁸ da Comissão e ainda pela jurisprudência do TJUE nesta matéria.

Acresce que, por exemplo no setor energético, as Diretivas 2009/72/CE⁴⁹ (“Diretiva Eletricidade”) e 2009/73/CE⁵⁰ (“Diretiva Gás”) – vigentes à data da aprovação do Decreto-Lei n.º 138/2014 – também já se inspiravam no conceito de *controlo* aplicado no procedimento de controlo das operações de concentração⁵¹, bem como a legislação nacional que transpôs o “Terceiro Pacote Energético” no âmbito do PAEF⁵².

45 Cfr. a Comunicação consolidada da Comissão sobre o conteúdo do controlo exclusivo (parágrafos 54 e seguintes) e do controlo conjunto (parágrafos 62 e seguintes).

46 Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro.

47 Cfr. o artigo 3.º do Regulamento (UE) n.º 139/2004.

48 Cfr. a Comunicação consolidada da Comissão.

49 Diretiva 2009/72/CE, de 13 de julho de 2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade. Foi revogada pela Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade, a qual mantém a definição de “controlo”.

50 Diretiva 2009/73/CE, de 13 de julho de 2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural. Esta diretiva foi posteriormente alterada, mas mantém-se a definição de “controlo” à data da aprovação do Decreto-Lei n.º 138/2014.

51 Cfr. o artigo 2.º (“Definições”), ponto 56 da Diretiva 2019/944 e artigo 2.º (“Definições”), ponto 36 da Diretiva 2009/73/CE, acima mencionadas respetivamente nas notas 49 e 50.

52 Cfr. o artigo 3.º, al. m) do Decreto-Lei n.º 29/2006, na redação do Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de outubro e o artigo 2.º, al. s) do Decreto-Lei n.º 172/2006, na redação do Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro, que remetiam a definição de *controlo* constante do Regulamento das concentrações comunitárias. Ambos os diplomas foram revogados pelo Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro, que estabelece a organização e o funcionamento do Sistema Elétrico Nacional, transpondo a Diretiva (UE) 2019/944 e a Diretiva (UE) 2018/2001. No ponto V) do artigo 3.º define-se “controlo”.

Também no setor aeroportuário, o Regulamento (CE) relativo a regras comuns de exploração dos serviços aéreos na Comunidade assentava a noção de “controlo efetivo” *“numa relação constituída por direitos, contratos ou quaisquer outros meios, que individual ou conjuntamente, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito envolvidas, conferem a possibilidade de exercer, direta ou indiretamente, uma influência determinante sobre uma empresa”*⁵³.

Poderá suceder que o procedimento de avaliação que é conduzido pelo Governo nos termos e para os efeitos do Decreto-Lei n.º 138/2014, corra termos em simultâneo com o procedimento de controlo das operações de concentração que é da competência exclusiva da AdC, caso esteja preenchida qualquer das condições alternativas do RJC que resulta na sujeição à obrigação de notificação prévia⁵⁴. Não se exclui que tal possa permitir obter uma maior eficiência na análise dos pressupostos e na coerência de posições quanto à definição de “controlo”. De todo o modo, haverá que tomar em consideração a natureza de entidade administrativa independente da AdC e as implicações jurídicas daí decorrentes quanto à ausência de “tutela” por parte do Governo⁵⁵.

De todo o modo, o decreto-lei prevê um procedimento voluntário de confirmação da não oposição a uma aquisição de controlo. Na prática, o mesmo poderá esclarecer se o projeto de transação está ou não abrangido pelo seu âmbito de aplicação – cfr. abaixo o ponto 2.3. sobre o mesmo procedimento.

Em segundo lugar, importa realçar que o Decreto-Lei n.º 138/2014 não refere expressamente se abrange apenas aquisições de controlo exclusivo ou também abrange as situações de projetada aquisição de controlo conjunto. Na medida em que se admite a aquisição por “pessoas” – cfr. abaixo em 2.3., entendemos que também abrange o controlo conjunto.

53 Cfr. o artigo 2.º, ponto 9. da redação atual do Regulamento (CE) n.º 1008/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de setembro de 2008.

54 Com efeito, o artigo 37.º, n.º 1 do RJC prevê três condições alternativas: a primeira assente no limiar da quota de mercado resultante da operação de concentração (50% ou superior); a segunda assente numa articulação dos limiares de quota de mercado e volume de negócios (30% de quota no mercado relevante do produto ou serviço no território nacional ou numa parte deste ou superior e inferior a 50% de quota de mercado – caso o volume de negócios realizado individualmente por, pelo menos, duas empresas participantes seja superior a 5 milhões de euros); e a terceira e última, assente num volume de negócios total superior a 100 milhões de euros, caso o volume de negócios realizado individualmente por, pelo menos, duas empresas participantes seja superior a 5 milhões de euros.

55 Cfr. o artigo 1.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto na sua redação atual (da Lei n.º 17/2022) e o artigo 45.º da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, “Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo”, na redação atual.

Esta distinção é da maior relevância. Mais precisamente, “*Ao invés do controlo exclusivo, que confere a um acionista específico o poder de determinar as decisões estratégicas numa empresa, o controlo conjunto caracteriza-se pela possibilidade de uma situação de impasse decorrente do poder de duas ou mais empresas-mãe rejeitarem as decisões estratégicas propostas. Daí a necessidade de esses acionistas chegarem a acordo sobre a política empresarial da empresa comum e de colaborarem entre si*”⁵⁶.

Com efeito, tratando-se de uma aquisição de controlo que implica necessariamente que os acionistas cheguem a acordo, antecipa-se que, mesmo que um acionista de um país terceiro tenha o objetivo de pôr em causa o interesse público que é salvaguardado pelo Decreto-Lei n.º 138/2014, bastará que outro(s) acionista(s) tenha(m) o poder de bloquear as hipotéticas decisões suscetíveis de produzir esse resultado para que o mesmo não seja atingido. Atendendo a que o Decreto-Lei n.º 138/2014 recorre à definição de controlo prevista no RJC e profusamente detalhada na prática decisória das autoridades de concorrência, deverá recorrer-se a estes elementos para a aplicação em concreto. Situação distinta é aquela da aquisição de controlo exclusivo, em que o acionista determina por si só as decisões estratégicas da empresa.

2.2.3. O conceito de pessoa de país terceiro

O artigo 2.º do decreto-lei define “*Pessoa de país terceiro à União Europeia e ao Espaço Económico Europeu*” como “*qualquer pessoa singular ou coletiva cujo domicílio, sede estatutária ou sede principal e efetiva da sua administração não se encontre situada num Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu*”. Na prática, excluem-se as *peessoas* pertencentes a Estados-membros da UE desde que as mesmas não sejam controladas por pessoas ou empresas sedeadas em países terceiros. Caso contrário, frustra-se o objetivo da disposição em causa.

Já noutras jurisdições, como era o caso da italiana e da francesa à data de aprovação do Decreto-Lei n.º 138/2014, abrangiam investidores oriundos da União Europeia e de países terceiros, sendo que, na francesa, os investidores de países terceiros estavam sujeitos a regras mais estritas. Note-se que em nenhuma destas jurisdições houve lugar a um Plano de Assistência Económica e Financeira (PAEF) como sucedeu com Portugal e que exigiu das autoridades públicas a assunção de um conjunto de medidas estruturais cujo cumprimento constituía uma das contrapartidas à mesma assistência.

56 Cfr. o parágrafo 62 da Comunicação Consolidada da Comissão.

2.3. Os pressupostos e requisitos de aplicação do regime de salvaguarda

Sob a epígrafe “Salvaguarda de ativos estratégicos”, o artigo 3.º elenca taxativamente os requisitos para a ponderação, pelo membro do Governo responsável pela área em que o ativo estratégico em causa esteja integrado, da apresentação ao Conselho de Ministros de uma proposta de oposição à operação. Apenas este último órgão é competente para a tomada da referida decisão. Assim, é necessário que:

- Da operação ou operações resulte, direta ou indiretamente, a *aquisição de controlo* sobre ativos estratégicos, direto ou indireto – cfr. acima as notas quanto ao conceito de *controlo*;
- A aquisição de controlo (ainda que indireto) seja feita – ainda que de modo indireto – *sobre ativos estratégicos* com o âmbito já referido, independentemente da respetiva forma jurídica;
- A aquisição seja feita *por uma pessoa ou pessoas de países terceiros* à UE e ao EEE;
- Se determine que a aquisição de controlo dos ativos estratégicos *pode pôr em causa, de forma real e suficientemente grave*, a defesa e segurança nacional ou a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional, nos termos do decreto-lei.

Remetemos para o que foi explicitado acima em 2.2.2. quanto à definição da natureza de *controlo* (conjunto ou exclusivo) e implicações jurídicas daí decorrentes e em 2.2.3. quanto ao escopo da definição de *pessoa ou pessoas de países terceiros*.

Avançando na análise do artigo 3.º, deparamo-nos com um elenco taxativo dos critérios para a apreciação da probabilidade da ameaça (*caráter real*) e da sua gravidade (*suficientemente grave à defesa e à segurança nacional ou à segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional*). Recorde-se que, à data da elaboração do Decreto-Lei n.º 138/2014, nos processos respeitantes às intervenções do Estado que seriam passíveis de restringir as liberdades fundamentais as críticas da Comissão prendem-se, designadamente com a indeterminação (e indeterminabilidade) dos critérios em que assenta a ponderação pela(s) entidade(s) competentes do Estado-Membro em causa.

Ora, a intenção do legislador português foi a de encontrar um conjunto objetivo e previsível de critérios a aplicar no procedimento em concreto

– previsto no n.º 2 do artigo 3.º –, de modo a conferir previsibilidade aos potenciais destinatários, como segue:

- a) *A segurança física e a integridade dos ativos estratégicos;*
- b) *A permanente disponibilidade e operacionalidade dos ativos estratégicos, assim como a sua capacidade para o pontual cumprimento das obrigações, em particular de serviço público, que incumbam às pessoas que os controlam, nos termos da lei;*
- c) *A continuidade, regularidade e qualidade dos serviços de interesse geral prestados pelas pessoas que controlem os ativos estratégicos;*
- d) *A preservação da confidencialidade, imposta por lei ou contrato público, dos dados e informações obtidos no exercício da sua atividade pelas pessoas que controlem os ativos estratégicos e do património tecnológico necessário à gestão dos ativos estratégicos*⁵⁷.

Não deixa de ser interessante recordar que o TJUE, por exemplo no acórdão GALP, admite que “[...] não se pode negar que o objetivo, invocado pela República Portuguesa, de garantir a segurança do abastecimento energético desse Estado-Membro, em caso de crise, de guerra ou de terrorismo, pode constituir uma razão de segurança pública [...] e justificar, eventualmente, um entrave à livre circulação de capitais”⁵⁸. O referido acórdão respeitava ao exercício de direitos especiais do Estado na empresa em causa e, no mesmo, o TJUE acabou por concluir pela incompatibilidade da legislação nacional com o Direito da UE⁵⁹.

Igualmente relevante para a compreensão do contexto do Decreto-Lei n.º 138/2014 é a circunstância de a inexistência de completa harmonização da legislação respeitante ao setor energético ter levado a que a Diretiva Eletricidade e a Diretiva Gás estabelecessem obrigações especiais no caso da

⁵⁷ Artigo 3.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

⁵⁸ Cfr. o parágrafo 82 do acórdão do TJUE de 10 de novembro de 2011, processo *Comissão Europeia c. República Portuguesa* C-212/09. O TJUE concluiu que “Ao manter na GALP Energia, SGPS SA, direitos especiais como os previstos no caso em apreço na Lei n.º 11/90, Lei Quadro das Privatizações, de 5 de Abril de 1990, no Decreto-Lei n.º 261-A/99, que aprova a 1.ª fase do processo de privatização do capital social da GALP – Petróleos e Gás de Portugal, SGPS SA, de 7 de Julho de 1999, e nos estatutos desta sociedade, a favor do Estado português e de outras entidades públicas, atribuídos em conexão com ações privilegiadas («golden shares») detidas por esse Estado no capital social da referida sociedade, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º CE”.

⁵⁹ Cfr. Rosado da Fonseca, 2021, em que o mesmo acórdão é analisado brevemente.

aquisição de controlo de uma rede de transporte ou de um operador de uma rede de transporte por uma pessoa ou pessoas de país ou países terceiros.

Neste sentido, as mesmas impunham ao regulador (setorial) o dever de informação da Comissão caso tivesse recebido um pedido de certificação (prévia à aprovação e designação como operador de transporte) por um proprietário de rede de transporte ou por um operador de rede de transporte controlado por uma pessoa ou pessoas de país ou países terceiros; ou, na ausência do pedido de certificação, a obrigação de o regulador notificar imediatamente a Comissão de quaisquer circunstâncias que pudessem resultar na referida aquisição de controlo.

Acresce que as Diretivas estabeleciam que durante a apreciação do pedido de certificação, o regulador informava a Comissão e tomava na máxima consideração o seu parecer. *“Em todo o caso, os Estados-Membros devem ter o direito de recusar a certificação sempre que a concessão da mesma ponha em risco a segurança do fornecimento energético da Comunidade ou a segurança do fornecimento energético de outro Estado-Membro”*⁶⁰.

Para além do elenco taxativo dos critérios, o n.º 3 do artigo 3.º define quais as operações que são *“suscetíveis de pôr em causa a defesa e segurança nacional ou a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional”*. Mais precisamente, são aquelas operações das quais resulte, direta ou indiretamente, a aquisição de controlo, direto ou indireto, por uma pessoa ou pessoas de países terceiros à União Europeia, quando preencherem os requisitos que se passam a elencar:

- a) *Existam indícios sérios, baseados em elementos objetivos, da existência de ligações entre a pessoa adquirente e países terceiros que não reconhecem ou respeitam os princípios fundamentais do Estado de direito democrático, que representam um risco para a comunidade internacional em resultado da natureza das suas alianças ou que mantêm relações com organizações criminosas ou terroristas ou com pessoas ligadas a tais organizações, tendo em conta as posições oficiais da União Europeia nestas matérias, se existentes;*

⁶⁰ Tratava-se do disposto no artigo 11.º, n.ºs 1, 3 e 7 das mesmas Diretivas, o que na prática permitia uma oposição, um veto ao exercício da atividade.

b) *A pessoa adquirente:*

i) *Tenha, no passado, utilizado a posição de controlo detida sobre outros ativos para criar dificuldades graves à regular prestação dos serviços públicos essenciais no país no qual estes se situavam ou dos países limítrofes;*

ii) *Não garanta a afetação principal dos ativos, assim como a sua reversão no termo das correspondentes concessões, quando existam, designadamente tendo em conta a inexistência de disposições contratuais adequadas para o efeito;*

c) *As operações em causa resultem na alteração do destino dos ativos estratégicos, quando ameacem a permanente disponibilidade e operacionalidade dos ativos para o pontual cumprimento das obrigações aplicáveis, em particular de serviço público, nos termos da lei.*

A *densificação* dos pressupostos e requisitos acima explanados encontra-se estreitamente relacionada, por um lado, com o objetivo de conferir maior segurança jurídica dos investidores; e, por outro, com o respeito pelo princípio da proporcionalidade – nas suas vertentes de adequação e proporcionalidade *stricto sensu* – cujo cumprimento era considerado à data condição indispensável pela Comissão e pelo TJUE para efeitos da admissibilidade das medidas nacionais restritivas à luz do TFUE. A mesma *densificação* visava também assegurar uma tutela jurisdicional mais efetiva das decisões de oposição que o Governo português viesse a adotar.

Realça-se a este propósito que, ao contrário do que sucedeu noutras jurisdições (como a italiana), o Decreto-Lei n.º 138/2014 não é acompanhado da previsão legal e exercício de direitos especiais pelo Estado Português que lhe permitissem intervir no processo decisório das sociedades que detêm os ativos, sendo também por essa razão, menos restritivo.

Por último, o n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 138/2014 prevê expressamente que o procedimento de oposição às operações respeita as normas e obrigações que vinculam internacionalmente o Estado Português, constantes de convenções internacionais, ou de atos, acordos e decisões da Organização Mundial de Comércio. O conteúdo desta disposição mereceria uma análise mais detalhada a qual não cabe, no entanto, no objeto do presente contributo.

2.4. O procedimento de oposição

O artigo 4.º do Decreto-Lei estabelece os prazos, requisitos e intervenientes do chamado *procedimento de oposição*. Assim, visa-se avaliar o risco da celebração dos negócios jurídicos relativos a uma transação da qual resulte

a aquisição de controlo sobre ativos estratégicos para a defesa e segurança nacional ou para a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional.

Como referido *supra*, cabe ao membro do Governo responsável pela área em que o ativo estratégico em causa se integre ponderar dar início a um procedimento de avaliação, mediante decisão fundamentada. O prazo limite é de 30 dias (úteis, atendendo a que se trata de um procedimento administrativo e nada é dito em contrário⁶¹) e conta-se a partir de um dos seguintes eventos:

- (a) da celebração dos negócios jurídicos relativos a uma operação da qual resulte, direta ou indiretamente, a aquisição de controlo, direto ou indireto, por uma pessoa ou pessoas de países terceiros à União Europeia e ao Espaço Económico Europeu, sobre ativos estratégicos, independentemente da respetiva forma jurídica, ou,
- (b) da data em que tais negócios passem a ser do conhecimento geral, caso esta seja posterior.

Caso seja iniciado o procedimento de avaliação, o(s) adquirente(s) deve(m) apresentar ao membro do Governo responsável pela área em que o ativo estratégico em causa se integre as informações e documentos relevantes sobre a operação. E prevê-se que o referido membro do Governo possa fixar, por portaria, as informações e os documentos relevantes e os termos em que os mesmos são apresentados⁶². Até ao momento, não foi publicada a portaria em causa.

Tal como referido *supra*, a abertura do procedimento deve ser notificada de imediato aos membros do Governo responsáveis pelas áreas dos negócios estrangeiros, da defesa nacional e da segurança interna⁶³, à semelhança do que ocorre noutras jurisdições, o que visa designadamente, otimizar a articulação entre ministérios.

Como também já referido, o membro do Governo responsável pela área em que se integre o ativo estratégico pode solicitar, a qualquer momento e de modo fundamentado, a quaisquer entidades administrativas a prestação de

⁶¹ Artigo 87.º do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, na sua redação atual (“Código do Procedimento Administrativo”).

⁶² Artigo 4.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

⁶³ Artigo 4.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

informação ou a realização de quaisquer diligências que entenda necessárias para o exercício das suas competências⁶⁴.

Note-se, a este propósito, que poderá suceder que, em paralelo com este procedimento, estejam a correr procedimentos de obtenção de licenças e autorizações prévias junto de outras entidades públicas (incluindo as entidades administrativas independentes), seja relativamente aos contratos de concessão – se existirem –, seja quanto ao cumprimento da legislação setorial e que também poderão constituir condições prévias à concretização da transação.

Assim, *“As entidades administrativas tomam as medidas necessárias para cooperar eficazmente com o membro do Governo [...], designadamente, a troca de informação necessária e a realização de verificações, inspeções e inquéritos, quando tal lhes seja fundamentadamente solicitado, assegurando a proteção dos dados pessoais, classificados ou do âmbito da defesa e segurança nacional a que tenham acesso, nos termos da lei”*⁶⁵.

Ora, a articulação entre entidades administrativas no que respeita à realização de diligências, obtenção de informações e reporte, em particular tendo em consideração as entidades administrativas independentes⁶⁶ necessita de uma maior clarificação e, atente a sua relevância, mereceria uma análise mais detalhada⁶⁷, a qual extravasa o âmbito do presente contributo.

Uma vez feita a entrega completa das informações e documentos relevantes pela pessoa ou pessoas adquirentes após a abertura do procedimento de avaliação, o Conselho de Ministros dispõe de 60 dias para, sob proposta do membro do Governo competente, decidir opor-se ou não à operação. A ausência de decisão no prazo referido vale como decisão de não oposição⁶⁸, à semelhança do que sucede noutras jurisdições.

A decisão de oposição do Conselho de Ministros tem como consequência que *“os atos e negócios jurídicos relativos à operação em causa são nulos e ineficazes,*

64 Artigo 6.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

65 Artigo 6.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

66 Cfr. em particular o artigo 12.º, n.º 2 e o artigo 45.º da Lei n.º 67/2013, de 28 de Agosto, “Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo”.

67 Cfr., designadamente, os artigos 4.º (“Princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos”), 5.º (“Princípio da boa administração”) e 66.º (“Auxílio administrativo”).

68 Artigo 4.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

*incluindo os respeitantes à exploração económica ou ao exercício de direitos sobre os ativos ou sobre as entidades que os controlam*⁶⁹.

A lei exige a fundamentação da decisão de oposição em conformidade com os critérios já enunciados e no respeito pelas regras e princípios legais aplicáveis, em particular o princípio da proporcionalidade⁷⁰. E a decisão é passível de recurso judicial, nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos⁷¹.

Ao contrário do que já sucedia noutras jurisdições à data de aprovação do Decreto-Lei n.º 138/2014 – como eram a italiana e a francesa⁷² –, este diploma não prevê a adoção de decisões de não oposição mediante a aceitação pelo(s) adquirente(s) de controlo de condições e obrigações (“remédios”). Esta possibilidade também existe nos procedimentos de controlo das operações de concentração.

Se essa possibilidade existisse, em determinadas situações poderia conduzir a um resultado menos gravoso para as entidades envolvidas na aquisição projetada, na medida em que pudesse constituir uma alternativa oposição ao investimento a realizar em Portugal.

Mais precisamente, nas situações de controlo conjunto em que o Governo decidisse opor-se à aquisição por considerar que é a única forma de assegurar a proteção do interesse público em causa – por contraposição à não oposição –, poderia haver uma interação com os adquirentes no sentido de serem identificadas e impostas as condições e obrigações consideradas adequadas a eliminar o risco que subjaz à tomada de decisão de oposição, sem inviabilizar a transação projetada. Reconhece-se, contudo, a dificuldade em ponderar e elaborar um conjunto de condições e obrigações num espaço de tempo tão estrito. Ainda assim, tal poderia ser resolvido caso a lei previsse a possibilidade de suspensão do prazo para essa apreciação, inspirando-se o legislador no procedimento de controlo das concentrações⁷³.

De todo o modo é de realçar que, em 2021, o Documento de Trabalho dos serviços da Comissão (“Documento de Trabalho”) refere expressamente que as autoridades portuguesas admitiram a possibilidade de introdução da

69 Cfr. o artigo 4.º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

70 Artigo 4.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

71 Artigo 4.º, n.º 8 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

72 Cfr. acima as notas 34 e 35.

73 Cfr. o artigo 51.º do RJC.

competência para imporem medidas de mitigação nos procedimentos de escrutínio dos IDEs⁷⁴.

2.5. O requerimento de confirmação e procedimento

O Decreto-Lei prevê que a confirmação de não oposição à aquisição perspectivada se considera concedida pelo Governo se, no prazo de 30 dias a contar da receção do requerimento, não for notificado aos adquirentes o início do procedimento de avaliação do risco da aquisição do(s) ativo(s) em causa para a segurança pública⁷⁵.

No contexto específico do procedimento de controlo das concentrações, o artigo 37.º, n.º 5 do RJC também prevê um procedimento de avaliação prévia que poderá ter servido de inspiração ao legislador, não obstante as várias diferenças existentes entre ambos⁷⁶.

Simplemente, a ausência de informação pública sobre o procedimento voluntário não constitui um incentivo à sua utilização por potenciais investidores de estados terceiros.

No plano interno não se conhecem quaisquer decisões de oposição nos sete anos de vigência do diploma e foram muito poucas as transações cujas entidades envolvidas tornaram pública uma hipotética aplicação do diploma às mesmas como condição precedente para a sua concretização.

3. RELEVÂNCIA DA EVOLUÇÃO HAVIDA NOS CONTEXTOS NACIONAL E INTERNACIONAL

3.1. Evolução no contexto nacional

O Decreto-Lei n.º 138/2014 foi concebido pelo legislador como um diploma de aplicação excecional e caráter residual. A apreensão das diferentes perspetivas de proteção de interesses do Estado Português como “essenciais”, “cruciais” e/ou “críticos” aconselharia a uma análise de vários diplomas em matérias relacionadas. Não sendo possível realizar esse exercício mais aprofundado neste contributo, importa ainda assim recordar a relevância que têm

74 Cfr. o Relatório da Comissão mencionado acima em 6.

75 Artigo 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 138/2014.

76 Para maior detalhe sobre o “procedimento de avaliação prévia”, cfr. as “Linhas de Orientação relativas à avaliação prévia em controlo de concentrações”, de 27 de dezembro de 2012, da Autoridade da Concorrência.

os enquadramentos jurídicos respeitantes (A) aos “serviços públicos essenciais” e (B) aos procedimentos para assegurar a resiliência das infraestruturas críticas nacionais e europeias. Assim:

A Lei n.º 23/1996, de 26 de julho (“Lei dos Serviços Públicos”)⁷⁷ elenca quais os “serviços públicos essenciais”, a saber: “a) Serviço de fornecimento de água; b) Serviço de fornecimento de energia eléctrica; c) Serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados; d) Serviço de comunicações electrónicas; e) Serviços postais; f) Serviço de recolha e tratamento de águas residuais; g) Serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos. h) Serviço de transporte de passageiros”.

Já aquele respeitante aos procedimentos para identificação, designação, proteção e aumento da resiliência das infraestruturas críticas nacionais e europeias foi recentemente atualizado com a aprovação do Decreto-Lei n.º 20/2022, de 28 de janeiro (“Decreto-Lei n.º 20/2022”)⁷⁸.

Afiguram-se-nos deveras interessantes os considerandos do Decreto-Lei n.º 20/2022 na medida em que reconhecem “o caráter holístico da proteção de infraestruturas críticas” e a utilidade em alinhar “o teor do presente decreto-lei com o disposto noutros normativos de caráter transversal”⁷⁹; também importante é a constatação de que a aprovação do mesmo visa “agilizar a aplicação do regime jurídico, alinhando o seu conteúdo com as práticas que vêm sendo adotadas por outros Estados-Membros da União Europeia. Deste modo, procura-se clarificar o âmbito de aplicação do referido enquadramento legal, enfatizando a sua natureza transectorial e conferindo às entidades representativas de cada setor um papel mais ativo no processo de identificação das respetivas infraestruturas críticas nacionais.”

Também as definições constantes do artigo 2.º merecem atenção, em particular as seguintes:

- uma «Infraestrutura crítica» corresponde a “componente, sistema ou parte deste que é essencial para a manutenção de funções vitais para a sociedade, a saúde, a segurança e o bem-estar económico ou social, e cuja perturbação do

⁷⁷ Cfr a nota 25 acima.

⁷⁸ Cfr a nota 26 acima.

⁷⁹ O elenco exemplificativo inclui “a Lei de Segurança Interna, a Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo, a Estratégia Nacional de Segurança no Ciberespaço, o Regime Jurídico da Segurança do Ciberespaço, o Conceito Estratégico de Defesa Nacional e o Sistema Nacional de Planeamento Civil de Emergência, assim como em diversa legislação setorial específica.”

funcionamento ou destruição teria um impacto significativo, dada a impossibilidade de continuar a assegurar essas funções”;

- a qualificação como «Infraestrutura crítica europeia» ou “Infraestrutura crítica nacional” depende da dimensão dos efeitos da perturbação do seu funcionamento ou da sua destruição. Assim, cabe na primeira definição quando qualquer dos dois fenómenos tivesse “*um impacto significativo em, pelo menos, mais um Estado-Membro da União Europeia*” ou, pelo contrário tivesse “*um impacto significativo à escala nacional*”.

O Decreto-lei aplica-se às Infraestruturas críticas⁸⁰:

- i. nacionais dos setores constantes do seu anexo e do qual faz parte integrante – o elenco dos Setores abrangidos inclui Energia, Transportes, Comunicações, Infraestruturas digitais e prestadores de serviços digitais, Abastecimento público de água e tratamento de resíduos, Alimentação, Saúde, Indústria, Serviços financeiros, Órgãos de Soberania e Governação, Segurança e Defesa⁸¹.
- ii. europeias dos setores da energia e dos transportes, nos termos do anexo referido na alínea anterior.

O Conselho Nacional de Planeamento Civil de Emergência (CNPCE) é a entidade competente para identificar e designar “Infraestruturas crítica nacionais”, bem como para aprovar propostas de critérios de identificação pelas entidades setoriais, podendo ouvir outras entidades que considere relevantes⁸².

Incumbe ao Secretário-Geral do Sistema de Segurança Interna criar e manter atualizada uma Plataforma de Registo de Informação de Infraestruturas Críticas (“Plataforma”), acreditada pela Autoridade Nacional de Segurança. Esta Plataforma “*compreende*:

- i. *A catalogação das infraestruturas críticas nacionais ou europeias localizadas em território nacional, incluindo a sua georreferenciação;*

⁸⁰ Artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 20/2022.

⁸¹ O anexo concretiza as als. a) e b) do artigo 3.º e o n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 20/2022. Apenas uma parte dos setores elencados tem subsectores identificados, mas o diploma estabelece uma correspondência com as respetivas entidades setoriais, várias das quais pertencentes à Administração Central.

⁸² Artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 20/2022.

ii. *Os contactos dos agentes de ligação de segurança e dos elementos de contacto da infraestrutura, relativos a cada infraestrutura crítica, nacional ou europeia*⁸³.

As informações sensíveis relacionadas com a designação, a proteção e o aumento da resiliência das infraestruturas críticas são objeto de classificação de segurança, nos termos da legislação sobre informação classificada. asseguram o cumprimento dos normativos aplicáveis à proteção e ao manuseamento da informação classificada e que as informações classificadas referidas no n.º 1 não são utilizadas para fins distintos da proteção das infraestruturas críticas⁸⁴.

3.2. Evolução no contexto da UE

3.2.1. Notas de enquadramento

Nos últimos anos assistiu-se a uma evolução das prioridades da União Europeia em função de um conjunto de circunstâncias económicas e geopolíticas no mundo, entre as quais o reforço de medidas protecionistas por parte de outros blocos económicos, as consequências da pandemia de COVID 19 e crise económica associada, a invasão da Ucrânia pela Rússia e reconhecimento da ameaça para a Europa (nomeadamente no que respeita à dependência energética e segurança), bem como a urgência em lidar com as alterações climáticas.

As três Presidências do Conselho para o período entre janeiro de 2022 e julho de 2023 – França, República Checa e Suécia (atualmente a assegurar a Presidência) estabeleceram um conjunto de prioridades⁸⁵ entre as quais se inclui “*Reforçar o mercado único e desenvolver uma política industrial assertiva, global e coordenada para fomentar o crescimento e a inovação*”, bem como “*assumir maior responsabilidade pela sua defesa*” e segurança e também “*reduzir défices de capacidades críticas e dependências estratégicas, em especial no que diz respeito às tecnologias emergentes e disruptivas e às cadeias de valor críticas*”. Em consequência, têm vindo a ser adotados um conjunto de atos legislativos que visam antecipar e ultrapassar os desafios identificados.

83 Artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 20/2022.

84 Artigo 5.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 20/2022.

85 Documento disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14441-2021-INIT/pt/pdf>.

A análise dos IDEs na UE constitui um dos três mecanismos complementares que visam assegurar a concorrência efetiva no mercado interno (da UE) relativamente a subvenções estrangeiras por parte de *peças* de países terceiros. Assim, para além da análise dos IDEs na UE e do controlo das operações de concentração entre empresas – com cerca de três décadas⁸⁶ –, a Comissão já dispõe de competência para “*investigar as contribuições financeiras concedidas por países terceiros a empresas que exercem uma atividade económica na UE e de corrigir, se necessário, os seus efeitos de distorção*”, ao abrigo do novo Regulamento sobre as subvenções estrangeiras (“RSE”)⁸⁷.

Este novo regulamento respeita a subvenções a todas as “*empresas, incluindo as empresas públicas direta ou indiretamente controladas pelo Estado, que exercem uma atividade económica no mercado interno*”. Entre outras, considera-se que exerce uma atividade económica no mercado interno “*uma empresa que adquira o controlo de uma empresa estabelecida na União ou que com ela se funda ou uma empresa que participe num procedimento de contratação pública na União*”⁸⁸. O RSE abrange “*todos os sectores económicos, incluindo os de interesse estratégico para a União, e as infraestruturas críticas*”⁸⁹.

Para efeitos do RSE, as “*contribuições financeiras concedidas por um país terceiro incluem as contribuições financeiras concedidas: (a) Pelo governo central e pelas autoridades públicas a todos os outros níveis; (b) Por uma entidade pública estrangeira cujos atos possam ser atribuídos ao país terceiro, tendo em conta elementos como as características da entidade e o enquadramento legal e económico prevalecente no Estado em que a entidade opera, incluindo o papel do governo na economia; ou (c) Por uma entidade privada cujos atos possam ser atribuídos ao país terceiro, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes*”.

Prevêm-se três instrumentos, a saber: (i) A obrigação de as empresas notificarem à Comissão as concentrações que envolvam uma contribuição financeira do governo de um país terceiro a partir de um montante

86 Iniciado com o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, revogado pelo Regulamento das concentrações comunitárias.

87 Regulamento (UE) 2022/2560 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022 relativo a subvenções estrangeiras que distorcem o mercado interno (“RSE”). Entrou em vigor em 12 de janeiro de 2023 e começará a ser aplicado a partir de 12 de julho, data em que a Comissão poderá dar início a investigações *ex officio*. A obrigação de notificação será aplicável em 12 de outubro de 2023. Cfr. a nota de imprensa sobre a entrada em vigor em 12 de janeiro de 2023 disponível em: https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/pt/ip_23_129 [acedido em 23.01.2023].

88 Artigo 1.º do RSE.

89 Considerando 3 do RSE.

estabelecido⁹⁰; (ii) A obrigação de as empresas notificarem à Comissão a participação em procedimentos de contratação pública⁹¹; e (iii) Para todas as outras situações de mercado, a Comissão pode dar início a investigações por sua própria iniciativa (*ex officio*) se suspeitar que podem estar envolvidas subvenções estrangeiras que distorcem a concorrência. Tal inclui a possibilidade de solicitar notificações *ad hoc* para procedimentos de contratação pública e concentrações de menor dimensão⁹².

A Comissão tem competência para proibir uma concentração ou a adjudicação de um contrato antes da sua realização se concluir pela distorção da concorrência nos termos previstos no RSE e a menos que a empresa investigada proponha compromissos que corrijam de forma plena e eficaz a distorção identificada⁹³. Nos casos em que a concentração já tenha sido realizada, em especial quando não tiver sido exigida notificação prévia por os limiares de notificação não terem sido atingidos, se a Comissão considerar que a distorção é tão substancial que não pode ser corrigida por medidas comportamentais ou estruturais ou pelo reembolso da subvenção. Nesses casos, a Comissão pode ordenar às empresas que dissolvam a concentração⁹⁴. O incumprimento das disposições do Regulamento confere à Comissão o poder de aplicar coimas e sanções pecuniárias periódicas⁹⁵.

A atribuição de competências à Comissão por contraposição aquelas mantidas pelos Estados-Membros leva-nos a distinguir entre: por um lado, no Regulamento das concentrações comunitárias e o RSE – muito inspirado no primeiro; e, por outro lado, no Regulamento de análise dos IDEs. Passamos agora a enunciar vários dos principais aspetos deste último Regulamento abaixo em 3.2.2., atendendo à necessária articulação do Decreto-Lei n.º 138/2014 com o mesmo, a par das obrigações do Estado português enquanto Estado-Membro da UE para assegurar uma eficaz implementação do mesmo naquilo que dele depende (como é o caso da partilha de informação sobre a análise de IDEs e a indicação do ponto de contacto, por exemplo).

90 Artigo 21.º do RSE.

91 Artigo 28.º do RSE.

92 Artigo 9.º do RSE.

93 Artigos 25.º e 31.º, n.º 2 do RSE.

94 Artigo 7.º, n.º 4, al. g), artigo 25.º, n.º 6 e artigo 31.º, n.º 2 do RSE.

95 Artigos 13.º, 17.º, 26.º, 33.º.

3.2.2 O Regulamento UE de análise dos IDEs

No nosso contributo de 2022 sistematizámos um conjunto de notas sobre a recente abordagem da União Europeia quanto à análise dos IDEs (cfr. o ponto 1.1.) e que não vamos repetir. De todo o modo, atendendo a que reflete a viragem na abordagem tradicional da UE quanto ao IDE, releva enunciar as principais novidades introduzidas pelo Regulamento de análise dos IDEs, a saber:

- estabelece determinados requisitos fundamentais para os Estados-Membros que mantêm ou adotam um mecanismo de análise de IDEs a nível nacional por razões de segurança ou de ordem pública. Tal é sem prejuízo de não impor aos Estados-Membros a adoção ou reforço dos mecanismos nacionais existentes nem substituir os mecanismos de análise nacionais existentes. Em particular, os Estados-Membros mantêm a decisão final de autorizar os investimentos no seu território e as respetivas condições⁹⁶;
- em cumprimento do Regulamento, os Estados-Membros notificaram a Comissão dos mecanismos nacionais existentes em 2019. A lista da Comissão é pública e será atualizada à medida que a Comissão receba informação sobre as modificações, que também devem ser reportadas pelos Estados-Membros⁹⁷. Acresce que lhes cabe também informar anualmente a Comissão dos IDEs realizados no seu território, bem como dos pedidos efetuados por outros Estados-Membros – informação agregada⁹⁸;
- instaura um mecanismo de cooperação para que os Estados-Membros entre eles e a Comissão troquem informações e, se necessário, manifestem eventuais preocupações relacionadas com investimentos específicos, permitindo a avaliação coletiva das potenciais ameaças transfronteiriças à segurança e à ordem pública decorrentes de IDEs, independentemente de um Estado-Membro dispor de um mecanismo de análise ou não;
- estabelece prazos para a cooperação entre a Comissão e os Estados-Membros e entre os Estados-Membros, respeitando os requisitos de não discriminação entre países terceiros e cumprindo deveres de confidencialidade rigorosos;

96 Artigo 1.º, n.º 2 do Regulamento de análise dos IDEs.

97 Artigo 4.º, n.ºs 7 e 8 do Regulamento de análise de IDEs.

98 Artigo 5.º do Regulamento de análise de IDEs.

- habilita a Comissão a pronunciar-se sempre que um investimento ameaçar a segurança ou a ordem pública de mais do que um Estado-Membro; ou, quando um investimento for “susceptível de afetar projeto ou programas de interesse” da UE⁹⁹, como é o caso do Horizonte 2020 ou do Galileo – o elenco taxativo encontra-se em anexo ao Regulamento;
- incentiva a cooperação internacional em matéria de análise dos investimentos, incluindo a partilha de experiências, boas práticas e informações sobre questões de interesse comum.

Acresce que os serviços da Comissão publicaram um texto das Perguntas Frequentes (“FAQs”) sobre o Regulamento de análise dos IDEs¹⁰⁰ e, posteriormente, uma minuta de Pedido de Informação ao Investidor para efeitos da notificação do investimento no contexto do mecanismo de cooperação entre Estados-Membros¹⁰¹ que auxiliam à interpretação do Regulamento. Também estão publicamente disponíveis dois relatórios anuais sobre a aplicação do Regulamento, enviados pela Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho¹⁰² e mencionados acima no ponto 1. Realça-se que, em 2019, apenas 11 Estados-Membros tinham mecanismos de análise dos IDEs e, neste momento, dos 26 Estados-membros, poucos são aqueles que não o têm, além de vários já terem reforçado os mecanismos nacionais no sentido da sua “completude”.

99 Nos termos do artigo 8.º, n.º 3, trata-se dos projetos e programas que envolvem “*um montante substancial ou uma parte significativa de financiamento da União, ou que estejam abrangidos pela legislação da União em matéria de infraestruturas críticas, tecnologias críticas ou fatores de produção críticos que sejam essenciais para a segurança ou a ordem pública*”.

100 O texto das Perguntas Frequentes (“*Frequently Asked Questions*” ou “FAQs”) contém a seguinte salvaguarda: “*fornece informação na perspectiva dos serviços da Comissão. Apenas o Tribunal de Justiça [da UE] tem competência para fazer uma interpretação da legislação da UE*”. Está disponível em: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157945.pdf [acedido em 23.01.2023].

101 Formulário preparado pelos Serviços da Comissão, por iniciativa da DG TRADE, na sequência dos comentários apresentados no Grupo de Peritos de Análise dos IDEs e da experiência de seis meses de aplicação do RSE, com o objetivo de agilizar as interações entre os Estados-Membros e a Comissão no contexto do mecanismo de cooperação. O documento apenas está disponível em língua inglesa e encontra-se aqui: <https://circabc.europa.eu/ui/group/be8b568f-73f3-409c-b4a4-30acfec5283/library/aac8130b-3b40-4bd1-99b5-147447189f23/details> [acedido em 23.01.2023].

102 Estes documentos incluem dados quantitativos e tendências quanto ao IDE na UE, informação sobre desenvolvimentos legislativos nos Estados-Membros, a atividade de análise de IDEs pelos Estados-Membros e uma avaliação do funcionamento do mecanismo de cooperação quanto à análise dos IDEs respeitante a 2021. O próximo relatório deverá ser enviado ao Parlamento Europeu e ao Conselho até final de março de 2023. Estes relatórios são acompanhados de documentos de trabalho dos serviços da Comissão que contêm mais dados económicos e aprofundam as alterações legislativas introduzidas pelos Estados-Membros.

Em 2017 e no seguimento da apresentação ao Parlamento Europeu e ao Conselho da proposta de Regulamento de análise dos IDEs¹⁰³, a Comissão criou um Grupo de Peritos dos Estados Membros (“Grupo”). Os objetivos deste Grupo incluíam debater as questões relacionadas com a mesma análise, partilhar melhores práticas e ensinamentos e trocar pontos de vista sobre tendências e questões de interesse comum relativas aos IDEs¹⁰⁴. Uma vez aprovado, o Regulamento de análise dos IDEs estabeleceu a continuação do Grupo e confirmou a atualidade dos objetivos fixados inicialmente, sem prejuízo de acrescentar que a “*Comissão deve também considerar recorrer ao aconselhamento desse grupo no que respeita a questões sistémicas relacionadas com a execução do presente regulamento*”¹⁰⁵. Incumbe aos Estados-Membros nomearem um representante, cuja identidade não é pública. Os trabalhos no seio desse grupo são confidenciais, incluindo para os peritos e observadores que participarem nas suas reuniões nos termos do procedimento interno¹⁰⁶.

O Regulamento também prevê que, até 12 de outubro de 2023, a Comissão avalie o seu funcionamento e a eficácia num relatório a apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Caso o relatório recomende alterações ao Regulamento, “*pode ser acompanhado de uma proposta legislativa adequada*”, o que parece provável a nosso ver e assentando nas avaliações já feitas pela Comissão. Tal implica que os Estados-Membros sejam previamente envolvidos nesse exercício e, se necessário, que facultem à Comissão as informações adicionais destinadas à elaboração do referido relatório¹⁰⁷.

103 Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um quadro para a análise dos investimentos diretos estrangeiros na União Europeia [SWD(2017) 297 final], com data de 13.9.2017 e referência COM(2017) 487 final, 2017/0224 (COD).

104 Comunicação da Comissão de 29.11.2017, que cria um Grupo de Peritos sobre a análise dos investimentos diretos estrangeiros. A sua criação foi publicada no Registo dos grupos de peritos em 5 de dezembro de 2017 e é a DG TRADE que lidera. A escassa informação que está disponível pode ser acedida aqui: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?lang=en&groupId=3569&fromMembers=true&memberType=4&memberId=67863>.

105 Artigo 12.º do Regulamento de análise dos IDEs. De acordo com a exígua informação pública sobre o grupo, a proposta de alteração da Lista dos projetos ou programas do interesse da União constante do anexo ao Regulamento de análise dos IDEs foi submetida a consulta ao Grupo de peritos em 2021. Informação disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/meetings/consult?lang=en&meetingId=28174&fromExpertGroups=true>

106 O Grupo aprovou as regras procedimentais que regem o seu funcionamento, as quais estão acessíveis em: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/core/api/front/expertGroupAdditionalInfo/37012/download>.

107 Nos termos do artigo 15.º (“Avaliação”) do Regulamento de análise dos IDEs.

Perspetivando-se a probabilidade de futuras alterações ao Decreto-Lei n.º 138/2014 e/ou adoção de outros atos necessários ao cumprimento das obrigações do Estado Português enquanto Estado-Membro da UE –, são várias as disposições do Regulamento que se revestem de interesse acrescido no momento atual, pelo que as passamos a enunciar abaixo.

Quanto às definições constantes do Regulamento:

- A definição de *Investimento direto estrangeiro* respeita a “*um investimento de qualquer natureza por um investidor estrangeiro a fim de criar ou manter relações duradouras e diretas entre o investidor estrangeiro e o empresário ou a empresa à qual o capital é disponibilizado com vista ao exercício de uma atividade económica num Estado-Membro, incluindo os investimentos que permitam uma participação efetiva na gestão ou no controlo de uma empresa que exerça uma atividade económica*”¹⁰⁸. Tal implica que a participação num procedimento de contratação pública e/ou num processo de privatização possam estar incluídos caso resultem numa aquisição ou manutenção de relações com a natureza das mencionadas acima¹⁰⁹;
- É mais abrangente a definição de *Análise* e consiste num “*procedimento que permite avaliar, investigar, autorizar, condicionar, proibir ou anular investimentos diretos estrangeiros*”¹¹⁰ – parece admitir as decisões de aprovação com “remédios”, realidade desconhecida em Portugal;
- Adota-se uma abordagem global do que é o *Mecanismo de análise*. Trata-se de “*um instrumento de aplicação geral, como uma lei ou regulamentação, e os requisitos administrativos, regras ou orientações de execução conexos, que estabelece os termos, condições e procedimentos para avaliar, investigar, autorizar, condicionar, proibir ou anular investimentos diretos estrangeiros por razões de segurança ou de ordem pública*”;
- É clara a intenção de incluir na definição de *Empresa de um país terceiro* não apenas uma empresa constituída como também “*organizada de outra*

108 Artigo 2.º, n.º 1 do Regulamento de análise dos IDEs. Para maior clarificação quanto à distinção entre “investimentos de carteira”, não abrangidos pelo Regulamento (como mencionado no Considerando 9) e os IDEs, cfr. a resposta à FAQ n.º 10.

109 Para maior detalhe, cfr. a resposta à FAQ n.º 17. Os serviços da Comissão recordam que a aplicação do Regulamento de análise de IDEs deverá ser feita segundo uma análise casuística. Caso seja aplicável num procedimento de contratação pública, o aviso do concurso e/ou documentação respeitante ao mesmo deverá mencionar que a adjudicação do contrato cai no âmbito de aplicação do Regulamento.

110 Artigo 2.º, n.º 3 do Regulamento de análise dos IDEs.

*forma nos termos da legislação de um país terceiro*¹¹¹, de forma a evitar a evasão à lei¹¹²;

Realça-se que o Regulamento não define o que constitui uma “*infraestrutura crítica*”, uma “*tecnologia crítica*” ou o “*aprovisionamento de um fator de produção crítico*”. Encontramos uma análise que parte dos fatores de risco para a segurança e ordem pública, o que permite abranger qualquer setor.

Assim, as *infraestruturas críticas* incluem a energia, os transportes, a água, a saúde, as comunicações, os meios de comunicação, o tratamento/armazenamento de dados, a infraestrutura aeroespacial, de defesa, eleitoral/financeira. As *tecnologias críticas* incluem a inteligência artificial, a robótica, os semicondutores, a cibersegurança, a indústria aeroespacial, a defesa, o armazenamento de energia, as tecnologias quântica e nuclear, bem como as nano e biotecnologias. O *aprovisionamento de fatores de produção críticos* inclui a energia, as matérias-primas e a alimentação. A liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação também são explicitamente abrangidos pelo regulamento. O acesso a informações sensíveis, incluindo os dados pessoais, ou a capacidade para controlar essas informações, e a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação também podem ser tidos em conta, independentemente do setor de atividade do investidor ou da empresa-alvo¹¹³.

Mantendo a neutralidade e não impondo a criação de mecanismos nacionais, o Regulamento estabelece o conteúdo, características essenciais e objetivos que devem presidir aos mecanismos de análise nacionais preexistentes ou que os Estados-Membros decidam criar¹¹⁴. Na sua redação vemos refletidas várias das preocupações que a Comissão considerou indispensáveis à compatibilidade com o Direito da UE à data da aprovação do Decreto-Lei n.º 138/2014. São exemplos a transparência e ausência de discriminação da

111 Artigo 2.º, n.º 7 do Regulamento de análise dos IDEs.

112 Note-se que esta salvaguarda da antievasão não se encontra especificada no Regulamento. Não obstante, o Considerando 10 menciona que “*Os Estados-Membros que dispõem de mecanismos de análise deverão estabelecer as medidas necessárias, em conformidade com o direito da União, para impedir que sejam contornados os seus mecanismos de análise e as suas decisões de análise. Essas medidas deverão visar os investimentos realizados a partir da União por meio de operações artificiais que não reflitam a realidade económica e que contornem os mecanismos de análise e as decisões de análise, caso o investidor seja, em última instância, detido ou controlado por uma pessoa singular ou por uma empresa de um país terceiro. Tal não prejudica a liberdade de estabelecimento e a livre circulação de capitais consagradas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.*”

113 Cfr. a resposta à questão n.º 16 das FAQs.

114 Artigo 3.º do Regulamento de análise dos IDEs.

análise dos IDEs, a previsibilidade das circunstâncias que a desencadeiam, as suas razões e as modalidades processuais aplicáveis. Mas a redação do Regulamento vai mais longe e estabelece por exemplo que os Estados-Membros que disponham de um mecanismo de análise “*devem manter, alterar ou adotar as medidas necessárias para identificar e impedir que sejam contornados os mecanismos de análise e as decisões de análise*”¹¹⁵.

O Regulamento estabelece um âmbito significativamente mais amplo para a determinação da “*suscetibilidade de um IDE de afetar a segurança ou a ordem pública*” do que o artigo 3.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 138/2014, para além de prever apenas um elenco exemplificativo de fatores. Assim, o Regulamento prevê que “*os Estados-Membros e a Comissão podem considerar os seus efeitos potenciais sobre, nomeadamente:*

- a) *As infraestruturas críticas, sejam elas físicas ou virtuais, incluindo a energia, os transportes, a água, a saúde, as comunicações, os media, o tratamento ou armazenamento de dados, a infraestrutura aeroespacial, de defesa, eleitoral ou financeira e as instalações sensíveis, bem como os prédios rústicos e urbanos essenciais para a utilização de tais infraestruturas;*
- b) *As tecnologias críticas e os produtos de dupla utilização*¹¹⁶, *incluindo a inteligência artificial, a robótica, os semicondutores, a cibersegurança, a indústria aeroespacial, a defesa, o armazenamento de energia, as tecnologias quântica e nuclear, bem como as nano e biotecnologias;*
- c) *O aprovisionamento de fatores de produção críticos, incluindo a energia ou as matérias-primas, bem como a segurança alimentar;*
- d) *O acesso a informações sensíveis, incluindo dados pessoais, ou a capacidade de controlar essas informações; ou*
- e) *A liberdade e o pluralismo dos media”.*

Acresce que a referida “*suscetibilidade de um IDE de afetar a segurança ou a ordem pública*” também pode ser aferida pelos Estados-Membros e pela Comissão “*tendo em conta, em especial:*

115 Artigo 3.º, n.º 6 do Regulamento de análise dos IDEs.

116 O artigo 2.º, n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 428/2009 do Conselho de 5 de maio de 2009, que cria um regime comunitário de controlo das exportações, transferências, corretagem e trânsito de produtos de dupla utilização na sua redação atual estabelece a definição de “produtos de dupla utilização”.

- a) *Se o investidor estrangeiro é controlado direta ou indiretamente pelo governo, incluindo os organismos estatais ou as forças armadas, de um país terceiro, nomeadamente através da estrutura de propriedade ou de um financiamento importante;*
- b) *Se o investidor estrangeiro já esteve envolvido em atividades que afetassem a segurança ou a ordem pública num Estado-Membro; ou*
- c) *Se existe um risco grave de o investidor estrangeiro se envolver em atividades ilegais ou criminosas.”*

Acresce que o Regulamento prevê expressamente quais as informações que devem ser partilhadas entre Estados-Membros e a Comissão ao abrigo do mecanismo de cooperação respeitante à análise de um IDE que seja suscetível de afetar a ordem ou segurança pública de mais de um Estado-Membros (“mecanismo de cooperação”)¹¹⁷. E as mesmas podem ser solicitadas ao investidor pelo Estado-Membro no qual o IDE é realizado¹¹⁸, o que é muito relevante para os investidores anteciparem a informação que devem recolher caso haja risco de os seus investimentos estarem abrangidos pelo Regulamento e/ou por mecanismos nacionais. Por exemplo em Portugal não existe um formulário publicamente disponível para os investidores considerarem quando analisam a hipotética aplicação do Decreto-Lei n.º 138/2014.

O mecanismo de cooperação não é o mesmo consoante um IDE esteja ou não a ser analisado num Estado-Membro e os detalhes estão previstos no Regulamento¹¹⁹. De todo o modo, o Estado-Membro em cujo território é realizado o IDE é que tem competência para decidir sobre o IDE, devendo tomar “*devidamente em consideração as observações dos outros Estados-Membros*” e “*o parecer da Comissão*”, quando existentes¹²⁰.

Nas situações em que estejam em causa os IDEs “suscetíveis de afetar projetos ou programas do interesse da UE”¹²¹, “*o Estado-Membro no qual está previsto ou tenha sido realizado o investimento direto estrangeiro tem na máxima conta o parecer da Comissão e fornece uma explicação à Comissão se não seguir o*

117 Artigo 9.º do Regulamento de análise dos IDEs.

118 Artigo 9.º, n.º 4 do Regulamento de análise dos IDEs.

119 Cfr. os artigos 6.º e 7.º do Regulamento de análise dos IDEs.

120 Cfr. os artigos 6.º, n.º 9 e 7.º, n.º 7 do Regulamento de análise dos IDEs.

121 Cfr. a nota 99. A Comissão mantém esta lista atualizada por meio de regulamentos delegados, sendo que o texto inicial do anexo já foi alterado.

parecer dessa instituição”¹²². Aplica-se com adaptações o disposto no Regulamento quanto aos dois mecanismos de cooperação.

A preocupação do legislador da UE com a segurança jurídica na perspetiva dos investidores levou a estabelecer um período limitado a 15 meses após a realização do investimento direto estrangeiro para os Estados-Membros terem a possibilidade de apresentar observações e a Comissão deverá ter a possibilidade de emitir um parecer em relação a investimentos realizados que não estejam a ser analisados.

A cooperação deve realizar-se através de pontos de contacto estabelecidos entre a Comissão e os Estados-Membros e estes últimos devem ser envolvidos em todas as questões relacionadas com a execução do Regulamento¹²³.

A confidencialidade das informações transmitidas implica, desde logo, que a Comissão deve estabelecer um sistema seguro e encriptado para apoiar a cooperação direta e o intercâmbio de informações entre os pontos de contacto. E constitui obrigação também dos Estados-Membros assegurar a proteção das informações confidenciais obtidas em aplicação do Regulamento “*nos termos do direito da União e do respetivo direito nacional*”¹²⁴. O Regulamento também dispõe sobre o tratamento de dados pessoais e os limites à utilização dos mesmos no contexto da análise dos IDEs.

Importa notar que tanto nos considerandos como no artigo 6.º, n.º 1 se menciona a possibilidade de coexistência do procedimento de controlo das concentrações e o procedimento de análise dos IDEs e há uma preocupação e aplicação “coerente” de ambos¹²⁵.

3.2.3. *Evolução em vários Estados-Membros*

No presente âmbito não cabe o aprofundamento de desenvolvimentos legislativos noutras jurisdições, em particular após a publicação do Regulamento de Análise dos IDEs em 2019 – para um resumo interessante vejam-se, por exemplo, os dois relatórios anuais sobre a análise dos IDE na UE e a evolução dos mecanismos de análise nacionais¹²⁶. The No âmbito da avaliação que a Comissão deverá apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho até 12 de outubro de 2023, encarregou o Secretariado da OCDE (Divisão de

122 Artigo 8.º do Regulamento de análise dos IDEs.

123 Artigo 11.º, n.º 1 do Regulamento de análise dos IDEs.

124 Artigo 10.º do Regulamento de análise dos IDEs

125 Considerando (36) do Regulamento de análise dos IDEs.

126 Cfr. acima as notas 4 e 11.

Investimento da Direção de Assuntos Financeiros e das Empresas de analisar a eficácia e eficiência do enquadramento constante do Regulamento de análise dos IDEs e que é muito útil para tentar antecipar os próximos passos¹²⁷. Tal é sem prejuízo de reconhecermos a importância e o relevo que os mesmos podem ter na análise do atual enquadramento português e perspetivas de alteração.

Da análise divulgada pela Comissão relativamente aos IDEs realizados na UE em 2021, os Estados Unidos da América (“EUA”) foram o maior investidor quanto à aquisição de participações de capital e a criação de novos projetos, seguidos do Reino Unido e da China¹²⁸. Entre os principais Estados-Membros de destino encontram-se a Alemanha, a Espanha, a França, os Países Baixos e Irlanda, sendo que todos possuem mecanismos nacionais de análise dos IDEs¹²⁹.

4. NOTAS FINAIS

O Decreto-Lei n.º 138/2014 mantém-se inalterado até ao momento apesar da significativa evolução havida desde a sua criação.

A análise dos IDEs em Portugal mantém-se da exclusiva competência do Governo português. Mas nem o seu regime jurídico pode ser considerado isoladamente e ignorando a evolução havida noutras matérias relacionadas, como é o caso das infraestruturas críticas nacionais e europeias, nem se pode ignorar as implicações que a realização de um IDE em Portugal pode ter na segurança e ordem pública noutros Estados-Membros, ou em

127 Documento disponível em: <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/oecd-eu-fdi-screening-assessment.pdf>. Os serviços da OCDE sumariaram no relatório as principais conclusões do seu trabalho de análise, o qual consistiu em pesquisa e entrevistas de inúmeros *stakeholders* envolvidos na análise de IDEs, incluindo autoridades dos Estados-Membros, a Comissão e outros *stakeholders*. O estudo foi realizado entre outubro de 2021 e junho de 2022 e inclui informação até 30 de junho de 2022.

128 Cfr. as págs. 10 e seguintes do 2.º Relatório anual da Comissão, mencionado na nota 11. Já nas págs. 10 e seguintes a Comissão identifica como principais jurisdições de origem de investimento público, a Suíça, a China, o Japão, a Coreia do Sul, a Rússia, o Reino Unido e os EUA. Na medida em que os Investidores não se encontram obrigados a transmitir os dados financeiros, a Comissão conhece apenas uma parte do valor das transações, pelo que a metodologia seguida assenta no número de transações, com as limitações que lhe são inerentes.

129 No 2.º Relatório anual da Comissão, mencionado na nota 11 e respeitante ao ano de 2011, a Irlanda era o único destes Estados-Membros que não dispunha de um mecanismo nacional de análise de IDEs. Entretanto e de acordo com informação pública, em 2022 o mesmo foi adotado e inicia a sua vigência em 2023 (<https://enterprise.gov.ie/en/legislation/legislation-files/screening-of-third-country-transactions-bill-2022.pdf>).

projetos ou programas do interesse da UE. Aliás, na atualização do regime das infraestruturas críticas o legislador terá considerado os desenvolvimentos legislativos noutros Estados-Membros para além do enquadramento da UE.

Quanto à análise dos IDEs, a cooperação com as outras jurisdições e a Comissão em casos concretos, a participação no Grupo de peritos que existe desde 2017 e as várias novidades de ordem substantiva e processual que foram introduzidas pelo Regulamento de análise dos IDEs na UE já em 2019 levaram as autoridades portuguesas a realizarem um “*processo de reflexão ao nível técnico, sobre as adaptações a introduzir no enquadramento nacional a fim de assegurar a sua conformidade*” com o mesmo e “*identificar as alterações que serão necessárias*”¹³⁰. Inexiste informação pública que permita compreender a ausência de desenvolvimentos desde então, tanto mais difícil de compreender quanto a tendência nos últimos anos tem sido a criação e reforço de regimes nacionais de análise de IDEs e a criação e reforço pela UE de instrumentos que visem a sua resiliência, industrialização e autonomia como bloco económico.

Recorde-se que, ao abrigo do princípio da cooperação leal¹³¹, a UE e os Estados-Membros “*respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados*” e “*os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações resultantes dos atos das instituições da União*”. Acresce que, no que respeita à cooperação em concreto, ao abrigo do artigo 19.º Código do Procedimento Administrativo, a Administração pública está adstrita ao “princípio da cooperação leal com a UE”. Assumimos que o Governo português tem interesse em participar de modo eficaz no mecanismo de cooperação, mesmo quando não estiver a analisar o IDE em causa, pelo que será útil prever os aspetos procedimentais internos.

Ao abrigo do Regulamento de análise de IDEs na UE, a Comissão deverá apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho o relatório sobre a eficácia da aplicação do mesmo. Com base em informação pública, não podemos excluir que a Comissão proponha uma modificação do Regulamento para aumentar a sua abrangência, reforçar os mecanismos de cooperação e procurar harmonizar os critérios e modo de funcionamento dos mecanismos nacionais. Também por esta razão se afigura premente uma reflexão aturada pelas

130 Cfr. a nota 9.

131 Artigo 4.º do Tratado da União Europeia.

autoridades portuguesas ao longo do corrente ano, beneficiando da partilha informal e confidencial de informação e experiências de outras jurisdições através da participação no Grupo de peritos criado em 2017 e otimizando a interação pelo ponto de contacto com a Comissão.

De todo o modo, identificamos abaixo alguns aspetos do Decreto-Lei n.º 138/2014 sobre os quais a reflexão a fazer poderá beneficiar da análise comparativa assente em informação pública e orientações informais da Comissão (como sejam as constantes das FAQs). A título de exemplo, a segurança jurídica que assumimos ser do agrado dos investidores e restantes *stakeholders* pode ser reforçada com:

- A formalização de uma lista de elementos sobre o Investidor e o projeto de IDE que são necessários e adequados a uma hipotética análise pelo Governo;
- A previsão da possibilidade de serem adotadas decisões de autorização do IDE mediante o cumprimento estrito de “remédios” que visem eliminar o risco para a segurança ou ordem pública, tanto mais que o princípio da proporcionalidade se aplica à decisão de oposição a um projeto de IDE;
- Uma clarificação do que é considerado “Ativo estratégico” caso a definição do âmbito de aplicação do diploma em causa continue a ser feita com base nesta definição e, se possível, prevendo remissões para os diplomas relacionados;
- Uma maior definição do evento que inicia a contagem do prazo para o membro do Governo competente dar início ao procedimento de avaliação do IDE nos termos do artigo 4.º, n.º 1;
- Se eventualmente existem vantagens em articular o procedimento respeitante ao requerimento de confirmação a decidir pelo Governo com o procedimento de controlo de concentrações pela AdC nas situações em que ambos forem aplicáveis, de modo a agilizar os procedimentos e assegurar a consistência.

Tradicionalmente, a existência de um mecanismo nacional de análise de IDEs em determinadas circunstâncias teve um significado político de menor recetividade aos mesmos. Mas, na realidade, a existência do mesmo mecanismo não significa uma tomada de posição contrária aos IDEs globalmente considerados, como têm reiterado a Comissão e inúmeros Estados-Membros, incluindo mais recentemente a Irlanda (reconhecida como jurisdição muito favorável aos IDEs). Ademais, constata-se que, de acordo com a informação

pública disponível, vários dos principais Estados-Membros de destino do IDE dispõem de mecanismos nacionais de análise muito mais abrangentes do que o Português, como é o caso do Espanhol.

Situação distinta é a opção política sobre o âmbito de aplicação do mecanismo de análise de IDEs no que respeita por exemplo:

- à tipologia dos IDEs – assim, os IDEs em projetos novos (“*greenfield investments*”) estão abrangidos pelo Regulamento ao contrário do que sucede em vários Estados-Membros, como é o caso de Portugal;
- aos setores abrangidos – avançando-se com esta ponderação, por exemplo será útil:
 - recuperar a discussão da proposta de Lei de autorização para o Governo legislar sobre a análise dos ativos estratégicos na AR em 2014 e no âmbito da qual se suscitou a hipótese de o setor das águas ser incluído¹³².
 - avaliar em que medida o disposto no Decreto-Lei n.º 20/2022 sobre o reforço das infraestruturas críticas deve influenciar o elenco dos setores abrangidos, tanto mais que a sua aprovação terá sido precedida de uma análise comparativa da situação noutras jurisdições.

Sumariámos acima um conjunto de circunstâncias que, a nosso ver, confirmam a premência de uma reflexão aturada quanto à atualização do atual mecanismo de análise dos IDEs em Portugal ou, no limite, a adoção de um novo mecanismo. Para a mesma relevam os vários atos legislativos nacionais e, no plano europeu, as experiências de determinadas outras jurisdições, os relatórios e *soft law* da Comissão sobre o Regulamento de análise dos IDEs e as perspetivas da modificação do mesmo.

132 Cfr o texto constante do ponto “3.1.1. A contextualização da Proposta de Lei e o processo legislativo” in Rosado da Fonseca, 2021.

BIBLIOGRAFIA

A. UNIÃO EUROPEIA

Tratado da União Europeia, JOUE C 202, de 7.06.2016, pp. 15 e ss

a. Atos legislativos das instituições da União Europeia

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO

Regulamento (CE) n.º 1008/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de setembro de 2008, JOUE L 293, de 31.10.2008

Regulamento (UE) n.º 472/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativo ao reforço da supervisão económica e orçamental dos Estados-Membros da área do euro afetados ou ameaçados por graves dificuldades no que diz respeito à sua estabilidade financeira, JOUE L 140, de 27.5.2013

Regulamento (UE) 2019/452 do de 19 de março de 2019 que estabelece um regime de análise dos investimentos diretos estrangeiros na União, JOUE L 79I, de 21.3.2019, pp. 1-14

Regulamento (UE) 2022/2560 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022 relativo a subvenções estrangeiras que distorcem o mercado interno, JOUE L 330, de 23.12.2022, p.1 e ss

Diretiva 2009/72/CE, de 13 de julho de 2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade, JOUE, L 211, de 14.08.2009, pp. 55 e ss (já revogada)

Diretiva 2009/73/CE, de 13 de julho de 2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural, JOUE L 211, de 14.08.2009, pp. 94 e ss

Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade, JOUE L 158, de 14.6.2019, p. 125-199

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA

Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, revogado pelo Regulamento das concentrações comunitárias – já revogado
Regulamento (UE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro, relativo ao controlo das concentrações de empresas publicado no JOUE L 24, de 29.01.2004, pp. 1 e ss

Regulamento (CE) n.º 428/2009 do Conselho, de 5 de maio de 2009, que cria um regime comunitário de controlo das exportações, transferências, corretagem e trânsito de produtos de dupla utilização na sua redação atual estabelece a definição de “produtos de dupla utilização”

Decisão de Execução do Conselho, de 23 de abril de 2014 que altera a Decisão de Execução 2011/344/UE relativa à concessão de assistência financeira da União a Portugal, publicada no JOUE L 125, 26.4.2014, pp. 75-83

b. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de novembro de 2012, *Comissão c. Grécia*, C-244/11, EU:C:2012:694

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2011, *Comissão Europeia c. República Portuguesa*, C-212/09, EU:C:2011:717

c. Outros atos e documentos

COMISSÃO EUROPEIA

Orientações para os Estados-Membros relativas a investimento direto estrangeiro e livre circulação de capitais provenientes de países terceiros, e proteção dos ativos estratégicos da Europa, antes da aplicação do Regulamento (UE) 2019/452 (Regulamento Análise dos IDE), JOUE C 99I, de 26.3.2020, pp. 1 e ss

Orientações destinadas aos Estados-Membros sobre os investimentos diretos estrangeiros provenientes da Rússia e da Bielorrússia tendo em conta a agressão militar contra a Ucrânia e as medidas restritivas estabelecidas nos recentes regulamentos do Conselho relativos a sanções, JOUE C 151 I de 6.4.2022, pp. 1 e ss

Comunicação Consolidada em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (UE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas, JOUE C 95, de 16.4.2008, pp. 1 e ss

Comunicação da Comissão de 29.11.2017, que cria um Grupo de Peritos sobre a análise dos investimentos diretos estrangeiros, C(2017) 7866 final

B. PORTUGAL

Constituição da República Portuguesa, na redação da Lei n.º 1/2005, de 12 de agosto

a. Atos legislativos

Lei n.º 23/96, de 26 de julho, que cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais

Lei n.º 43/2006, de 25 de agosto – Acompanhamento, apreciação e pronúncia pela Assembleia da República no âmbito do processo de construção da União Europeia

Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência

Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, “Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo”

Lei n.º 9/2014, de 24 de fevereiro, que autoriza o Governo a legislar sobre o regime de salvaguarda de ativos estratégicos

Lei n.º 51/2019, de 29 de julho – “Lei dos serviços públicos”

Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro

Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto

Decreto-Lei n.º 62/2011, de 9 de maio, que estabelece os procedimentos de identificação e de proteção das infraestruturas essenciais para a saúde, a segurança e o bem-estar económico e social da sociedade nos sectores da energia e transportes

Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro

Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, que aprova os Estatutos da Autoridade da Concorrência

Decreto-Lei n.º 138/2014, de 15 de setembro, que estabelece o regime de salvaguarda de ativos estratégicos essenciais para garantir a defesa e segurança nacional e a segurança do aprovisionamento do País em serviços fundamentais para o interesse nacional, nas áreas da energia, dos transportes e comunicações, enquanto interesses fundamentais de segurança pública

Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, que aprova o Código do Procedimento Administrativo

Decreto-Lei n.º 15/2022, de 14 de janeiro, que estabelece a organização e o funcionamento do Sistema Elétrico Nacional

Decreto-Lei n.º 20/2022, de 28 de janeiro, que aprova os procedimentos para identificação, designação, proteção e aumento da resiliência das infraestruturas críticas nacionais e europeias

b. Outros atos

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

“Linhas de Orientação relativas à avaliação prévia em controlo de concentrações”, de 27 de dezembro de 2012, disponíveis em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/Linhas%2520de%2520Orientacao%2520Relativas%2520a%2520Avaliacao%2520Previa.pdf> [acedido em 20.01.2023]

C. OUTROS ESTADOS-MEMBROS

FRANÇA

Decret-Loi n.º 2014/479 de 14 de maio de 2014, que modificou o “*Code Monetaire et Financier*”

ITÁLIA

Decreto Legge n.º 21, de 15 de março de 2012, publicado na *Gazzetta Ufficiale* n.º 63, da mesma data, posteriormente convertido na *Legge* n.º 56, de 11 de maio de 2012

Decretos Ministeriais n.º 35 de 19 de fevereiro de 2014, n.ºs. 82, 85 (para os setores abrangidos, exceto a defesa), D.P.R. de 25 de março de 2014, n.º 85 – *Regolamento per l’individuazione degli attivi di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell’articolo 2, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012*, n. 21, publicado na *Gazzetta Ufficiale* de 6 de junho de 2014, n.º 129 – e n.º 86 (regula a aplicação dos direitos especiais) – publicado na *Gazzetta Ufficiale* de 6 de Junho de 2014, n.º 129

Regolamento per l’individuazione delle procedure per l’attivazione dei poteri speciali nei settori dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni, a norma dell’articolo 2, comma 9, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21 – e n.º 108 de 6 de Junho de 2014 (para o setor da defesa)

C. DOUTRINA

ROSADO DA FONSECA, Margarida

2021 “O mecanismo português de análise dos investimentos diretos estrangeiros: Dos antecedentes da sua criação às perspetivas de modificação em 2022 – Parte I”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 48, pp. 13-60