

ANÁLISE DO D.L. 428/88 DE 19-2 — CONCENTRAÇÕES

Pela Dr.^a Filipa Arantes Pedroso ()*

1 — INTRODUÇÃO

O D.L. 428/88 de 19-2 pôs em prática, pela primeira vez em Portugal, um mecanismo que permite «a apreciação preventiva das concentrações de empresas em sede de verificação de previsíveis efeitos nocivos sobre a concorrência». Por outro lado, o mesmo D.L. dispõe, ainda, no seu preâmbulo, que a orientação seguida nos respectivos trabalhos preparatórios, acompanhou de perto o sentido global da proposta de regulamento, em discussão na CEE, sobre o mesmo assunto.

O objectivo fundamental de qualquer legislação de controlo de operações de concentração é evitar a criação ou o reforço de uma posição dominante no mercado nacional, por se presumir que este tipo de situações tem efeitos nocivos sobre a concorrência, impedindo a realização dos objectivos fundamentais da Lei da Defesa da Concorrência, consagrados no artigo 1.º do D.L. 422/83 de 3-12, e a nível Comunitário a realização dos objectivos fundamentais do Tratado CEE, enunciados nos seus artigos 2.º e 3.º.

O conceito de concentração é, porém, diferente dos conceitos de coligação e de abuso de posição dominante definidos nos

(*) Da Sociedade de Advogados *João Morais Leitão e Associados*.

artigos 13.º e 14.º do D.L. 422/83 acima referido e artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE: o primeiro, «concentração», abrange as operações que levam a uma modificação substancial da estrutura concorrencial num dado mercado, enquanto que o segundo, «coligação», abrange as operações que têm como principal objecto ou efeito a coordenação do comportamento no mercado de empresas independentes, e o terceiro, «abuso de posição dominante», refere-se à actuação em si mesma da empresa que detém aquela posição.

Embora distintos tais conceitos todos eles se referem, porém, à *defesa da concorrência*, pelo que é essencial, para uma visão global, analisar em conjunto, aqueles dois Decretos-Leis, 422/83 de 3-12 e 428/88 de 19-2. Aliás, o objectivo deste segundo diploma foi o de completar o primeiro, que não previa o controlo das concentrações, como se refere no seu preâmbulo.

A legislação de defesa da concorrência deve funcionar como um meio para atingir determinados objectivos que vêm enunciados, como se referiu, no artigo 1.º do D.L. 422/83 de 3-12. Nestes termos, as práticas proibidas — concentrações, coligações ou abusos de posição dominante — devem ser analisadas e justificadas tendo em vista esses objectivos e uma política de concorrência dinâmica, útil e eficaz, adaptada à estrutura da economia nacional ou comunitária, conforme o caso. Daí que seja impensável uma lei de defesa da concorrência proibitiva de determinadas práticas restritivas sem que, simultaneamente, preveja a possibilidade de considerar algumas dessas práticas como justificadas, sempre que sejam susceptíveis de produzir, em última análise, um efeito benéfico, isto é, vantagens económicas superiores aos riscos que criam para a concorrência. É neste sentido que importa interpretar o novo regime jurídico de *controlo das concentrações*, assegurando que as proibições e a discricionariedade no controlo nele estipulados sejam interpretados e aplicados de acordo com os objectivos superiores da citada lei de defesa da concorrência. Como exemplo desse critério geral bastará pensar na necessidade de autorizar uma concentração sempre que ocorra uma das situações que corresponda a um dos objectivos enunciados no art. 1.º do D.L. 422/83: nomeadamente «o reforço da competitividade dos agentes económicos face à economia internacional».

Pelo exposto, se conclui que a análise do D.L. 428/88 deve ser necessariamente completada com a do disposto no D.L. 422/83 e na proposta de regulamento da CEE, não só para que seja aplicada uma política de concorrência uniforme e coerente, como para suprir algumas lacunas daquele primeiro diploma.

2 — DEFINIÇÃO DE CONCENTRAÇÃO

O conceito legal de concentração consta do n.º 1 do artigo 2.º do D.L. 428/88. Considera-se que há concentração de empresas em dois casos:

- no caso de fusão ou de cisão-fusão de duas ou mais sociedades; e
- no caso de uma pessoa singular ou de uma sociedade obter influência determinante sobre outra empresa.

2.1 — No primeiro caso, fusão e cisão-fusão, é no Código das Sociedades Comerciais que se obtém a definição de tais conceitos.

- a) A noção de *fusão* vem definida no artigo 97.º do Código das Sociedades Comerciais, que dispõe que «duas ou mais sociedades, ainda que de tipo diverso, podem fundir-se mediante a sua reunião numa só», seja por «transferência global do património de uma ou mais sociedades para a outra» (fusão *por incorporação*), seja «mediante a constituição de uma nova sociedade, para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas» (fusão *por constituição de nova sociedade*).
- b) A *cisão-fusão* vem definida na alínea c) do n.º 1 do artigo 118.º do mesmo Código, que dispõe que uma sociedade pode «destacar parte(s) do seu património ou dissolver-se, dividindo o seu património em duas ou mais partes, para as fundir com sociedades já existentes ou com partes do património de outras sociedades, separadas por idênticos processos e com igual finalidade».

2.2 — Quanto à segunda hipótese de concentração o Decreto-Lei 428/88 define, no n.º 2 do artigo 1.º, o que se deve entender por influência determinante.

Assim, haverá *influência determinante* quando:

2.2.1 — Entre as sociedades for criada uma relação *de domínio* ou *de grupo*, nos termos do C.S.C.;

Também, neste caso, se deve recorrer ao C.S.C. para se obter a definição destes conceitos, como aliás o próprio Decreto o indica.

- a) A relação de *domínio* ocorre, nos termos do artigo 486.º do C.S.C., quando uma sociedade dita dominante, «pode exercer, directamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483.º, n.º 2, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante.»

Tal *influência dominante* presume-se (art. 486.º, n.º 2) quando uma sociedade, relativamente a outra, directa ou indirectamente:

- detém uma participação maioritária no capital;
- dispõe de mais de metade dos votos;
- tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização.

- b) Quanto às sociedades em relação de *grupo* podem ser de três tipos:

1.º — Grupos constituídos por *domínio total*, que pode ser:

- * *inicial*, isto é, quando uma sociedade constitui, mediante escritura por ela outorgada, uma sociedade anónima de cujas acções ela é inicialmente a única titular (art. 488.º n.º 1 do C.S.C.);
- * *superveniente* quando uma sociedade directa ou indirectamente domine, totalmente, em 100 %, uma outra sociedade e assim delibere continuar (dentro dos 6 meses seguintes àquele domínio total) — art. 489.º do C.S.C.; ou

quando uma sociedade atinja a titularidade, directa ou indirectamente, de 90 % do capital de outra, caso em que tem o direito ou o dever (se os outros accionistas assim o exigirem) de fazer oferta de aquisição dos restantes 10 % (art. 490.º do C.S.C.).

2.º — Grupos formados por *contrato de grupo paritário*: quando duas ou mais sociedades que não sejam dependentes, nem entre si nem de outras sociedades, constituem um grupo de sociedades, mediante contrato pelo qual aceitam submeter-se a uma direcção unitária e comum (artigo 492.º do C.S.C.).

3.º — Grupos formados por *contrato de subordinação*: quando uma sociedade subordina, por contrato, a gestão da sua própria actividade à direcção de uma outra sociedade, quer esta seja sua dominante, quer não (artigo 493.º do C.S.C.). «A sociedade directora forma um grupo com todas as sociedades por ela dirigidas, mediante contrato de subordinação, e com todas as sociedades por ela integralmente dominadas, directa ou indirectamente».

2.2.2 — Há ainda influência determinante para efeitos do citado regime de concentração de empresas, quando uma pessoa singular ou uma sociedade adquira pelo menos 10 % dos activos sociais de outra sociedade; e também:

- 2.2.3 — Quando uma pessoa singular ou uma sociedade:
- adquira uma *participação*, com direito a voto, superior a 10 % do capital social de outra sociedade, e
 - por meio de *cláusulas do contrato de sociedade* ou de *acordos parassociais* possa fazer, tomar ou impedir que sejam tomadas deliberações da Assembleia Geral ou do Órgão da Administração: ou
 - por meio de *contratos entre sociedades*, possa determinar ou impedir a política comercial ou de investimentos, a utilização de tecnologias ou de matérias-primas, ou a distribuição de produtos da sociedade participada.

3 — REQUISITOS DE APLICAÇÃO

3.1 — Para que qualquer dos referidos tipos de concentração esteja sujeita ao *controlo prévio* estipulado no Dec. Lei 422/83 é necessário que se verifique *uma* das seguintes *condições* (artigos 1.º e 2.º):

- a) O volume anual de vendas resultante da concentração ficar igual ou superior a Esc. 5 000 000 000;
- b) A quota de mercado para o respectivo produto predominante, ou para o conjunto ponderado de produtos afins, resultar igual ou superior a 20%, em consequência da concentração quanto ao mercado português, ou a 5 % quanto ao mercado comunitário;
- c) Em consequência da concentração se alterar substancialmente a estrutura concorrencial do mercado do tipo de bens ou serviços em causa sem que se verifiquem as condições previstas no n.º 1 do artigo 15.º do D.L. 422/83 de 3-12 (caso de justificação legal da prática restritiva da concorrência).

Do âmbito de aplicação do referido diploma, ficam, porém, sempre excluídas as concentrações relativas

- a sociedades cujo objecto seja o comércio bancário ou a indústria de seguros; e
- à reorganização de sociedades que já se encontrem entre si em relação de domínio ou de grupo, nos termos do Códigos das Sociedades Comerciais.

Por outro lado, importa notar que se aplica às concentrações a teoria conhecida, em direito da concorrência, por *teoria dos efeitos*. Esta teoria dispõe que a legislação da concorrência é aplicável a todas as práticas restritivas da concorrência que produzam efeitos num determinado mercado, neste caso no mercado português, independentemente do local onde sejam realizadas. Quer isto dizer, que uma concentração, embora realizada fora do território português, se em si mesmo tiver efeitos nesse território ficará sujeita à legislação nacional. O que é importante em

matéria de concorrência é o local onde se produzem os efeitos de uma concentração, coligação ou abuso de posição dominante, e só quando os efeitos se produzam no mercado português é que a legislação portuguesa é aplicável. Assim, uma concentração de empresas realizadas fora de Portugal, entre duas empresas estrangeiras, é abrangida pela legislação nacional se produzir efeitos em Portugal, isto é, se alguma das empresas estrangeiras participantes tiver influência determinante relativamente a uma empresa portuguesa.

Nestes termos, o Dec.-Lei 428/88 aplica-se unicamente às concentrações em que se verifique, por um lado, uma das condições acima referidas (artigo 1.º), e por outro, que produzam efeitos no mercado português, independentemente do local onde ela se realiza ou efectua.

3.2 — Antes de analisar cada um dos requisitos de aplicação acima enunciados, é essencial definir o que se entende por empresas participantes na concentração, para se poder achar o volume de vendas e as quotas de mercado resultantes da concentração. Para melhor se compreender far-se-á, ainda, a distinção entre empresas directa e indirectamente participantes.

3.2.1 — Empresas directamente participantes:

- a) No caso da fusão ou fusão-cisão e quando é criada uma relação de domínio ou de grupo, são consideradas directamente participantes as empresas que são partes contratantes.
- b) No caso de aquisição de activos, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º, são consideradas empresas directamente participantes o comprador e o vendedor, mas este último só até ao limite dos activos vendidos.
- c) Na aquisição de participações, nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 2.º, só o comprador e a empresa cuja participação é adquirida são empresas directamente participantes; a empresa vendedora da participação é só parte contratante e não é, por isso, atendida para a apreciação da ocorrência dos citados requisitos legais de aplicação.

3.2.2 — Empresas indirectamente participantes

São empresas indirectamente participantes todas as sociedades dependentes ou em relação de grupo com as empresas directamente participantes, conforme se depreende do disposto no n.º 3 do artigo 2.º do Dec.-Lei em causa (veja-se ponto 2.2.1).

3.3 — O *volume anual de vendas* resultante da concentração será portanto, a soma do volume anual de vendas de todas as empresas directa e indirectamente participantes na concentração, sejam elas nacionais ou estrangeiras. Se o montante resultante dessa soma for igual ou superior a Esc. 5 000 000 000 (cinco mil milhões de escudos) a concentração é abrangida pelo diploma em causa.

Relativamente à definição do ano, relevante para o apuramento do volume de vendas, como o diploma nada refere presume-se dever ser o último exercício completo de cada uma das empresas envolvidas na concentração, ainda que seja diferente a data do respectivo encerramento em tais empresas.

3.4 — A segunda das condições referidas é de determinação mais difícil. Entende-se por *quota de mercado* de uma empresa a percentagem das respectivas vendas nas vendas totais no mercado relevante, deduzindo-se as exportações e somando as importações. O mercado relevante ou de referência, em relação ao qual é calculada a quota de uma empresa, terá de ser delimitado em função dos aspectos geográfico e material. O *mercado geográfico* é fácil de delimitar: num caso serão as fronteiras geográficas do mercado português, e noutro caso as da Comunidade. O *mercado material* é constituído pelo produto principal ou predominante e pelo conjunto dos produtos afins, isto é, idênticos ou intersubstituíveis. A possibilidade de intersubstituição é apreciada normalmente em função de considerações económicas válidas para os utilizadores, e não em função das propriedades físicas ou técnicas dos bens e serviços (na CEE o mercado relevante é constituído pelos produtos idênticos ou produtos que devido às suas características, aos seus preços e ao fim a que se destinam, podem ser considerados similares pelo utilizador). Ora, quando o diploma em análise se refere a um produto, seja ele o predominante ou o conjunto ponderado de produtos afins, considera-se que se

refere, por um lado, ao produto principal produzido pelas empresas participantes na concentração e, por outro, aos produtos afins ou similares dos primeiros, do ponto de vista do utilizador.

Nestes termos, para obter a quota de mercado resultante da concentração, deve-se em primeiro lugar definir qual é o principal produto produzido pelas empresas participantes, definir depois quais os produtos que são similares ou podem substituir o primeiro aos olhos do utilizador e, uma vez assim obtido o total do mercado relevante, calcular-se-á a quota de mercado do conjunto desses produtos para cada uma das empresas participantes, relativamente como é óbvio a um mercado geográfico definido, Portugal ou CEE. Às quotas assim obtidas devem ser abatidas as exportações e somadas as importações; somando-se, então, as quotas de todas as empresas participantes, obter-se-á a quota de mercado resultante da concentração. Se esta for superior a 20 % no mercado português ou a 5 % no mercado Comunitário, a concentração em causa estará sujeita ao Dec.-Lei 428/88.

3.5 — A última das condições dispõe que uma concentração ficará sujeita ao controlo prévio se dela resultar uma *alteração substancial da estrutura concorrencial do mercado* no tipo de bens ou serviços em causa, e será proibida se não se verificarem as condições de justificação previstas no n.º 1 do artigo 15.º do Dec.-Lei 422/83 de 3 de Dezembro.

Como já se referiu, qualquer prática restritiva da concorrência deve, em última análise, poder ser autorizada se for susceptível de produzir um efeito benéfico; quer isto dizer se as vantagens económicas forem superiores ao risco das restrições de concorrência que cria.

Ora, é o controlo desse condicionalismo que se visa realizar com este requisito de aplicação. Na verdade, como se deixou dito na introdução e na definição de concentração (ponto 2), uma concentração não é mais do que uma alteração da estrutura da concorrência. Assim, enquanto as outras duas condições (volume de vendas superior a Esc. 5 000 000 000 e quota de mercado superior a 20 % no mercado português e 5 % no da CEE) são simples *presunções* quanto à possibilidade de uma concentração vir a alterar substancialmente a estrutura da concorrência, esta última

condição, ao contrário, refere-se a todos os casos em que se verifique, em concreto, aquela alteração substancial. O que se entende por *alteração substancial da estrutura da concorrência* é matéria que resulta da compreensão dos mecanismos legais vigentes em Portugal (nomeadamente artigo 14.º do Dec.-Lei 422/83) e na CEE, mas que não cabe desenvolver aqui.

Importante, por agora, é saber que às concentrações que impliquem uma alteração substancial da estrutura da concorrência, são aplicáveis as *condições de justificação* previstas no n.º 1 do artigo 15.º do Dec.-Lei 422/83, a saber:

- melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços, ou promover o desenvolvimento técnico ou económico;
- reservar aos utilizadores uma parte equitativa do benefício daí resultante;
- não impor às empresas interessadas restrições que não sejam indispensáveis para atingir aqueles objectivos; e
- não dar às empresas envolvidas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens e serviços em causa.

Se estas condições se verificarem, considera-se que a concentração traz mais benefícios à concorrência no mercado do que prejuízos, pelo que será, em princípio tal concentração autorizada.

4 — NOTIFICAÇÃO PRÉVIA E SANÇÕES

A nossa lei consagra o princípio do *controlo obrigatório e «a priori»* das concentrações previstas no n.º 1 do artigo 1.º (veja-se ponto 3). Assim, as concentrações que caem no âmbito deste diploma, têm de ser obrigatoriamente notificadas, ao Ministro do Comércio e Turismo, antes de serem concretizadas (artigo 3.º n.º 1), sob pena de nulidade absoluta, invocável a todo o tempo e por qualquer interessado, dos actos de concentração praticados sem notificação prévia (artigo 8.º).

Quanto às empresas que devem efectuar a notificação, a lei não é clara, falando simplesmente em entidade promotora e em empresas intervenientes.

Por outro lado, o artigo 7.º, dispõe que todos os serviços e organismos públicos, e os revisores oficiais de contas das empresas portuguesas envolvidas, devem dar conhecimento ao Gabinete do Ministro de todas as concentrações abrangidas pelo presente diploma, de que tenham conhecimento, no caso de a notificação não ter sido efectuada pelas empresas.

Quanto ao conteúdo da notificação, o diploma limita-se a dispor que deve ser instruída com os necessários elementos identificativos da entidade promotora da concentração, bem como de todos os que nela intervêm, devendo o objectivo desta e a modalidade por que se efectua ser claramente discriminado.

Assim, a notificação pode ser efectuada pela entidade promotora ou por qualquer das outras empresas intervenientes, isto é, por qualquer das empresas directamente participantes, desde que contenha os elementos identificativos de todas elas e o objectivo e modalidade da concentração.

A notificação deve ser efectuada ao Ministro do Comércio e Turismo e é também esta a entidade que decide.

5 — O PROCESSO

5.1 — Cabe ao Ministro do Comércio e Turismo autorizar ou não uma concentração abrangida pelo diploma em causa.

O Ministro na sua apreciação, deve ter especialmente em conta dois aspectos essenciais:

1.º — A compatibilidade das concentrações com a política económica, incluindo a apreciação dos seguintes aspectos, na medida em que possam afectar a livre concorrência em Portugal ou na CEE:

- a) impacto no emprego, especialmente em zonas de alto desemprego;
- b) compatibilização com a política de desenvolvimento regional;
- c) contributo para o avanço da tecnologia, desenvolvimento, formação e investimento em Portugal.

2.º — Possibilidade de efeitos adversos no ambiente, na saúde pública e na prudente utilização dos recursos naturais.

O único ponto, neste capítulo, para o qual é importante chamar a atenção, é para o facto de o Ministro português se reivindicar o controlo da livre concorrência na CEE. Na verdade, uma autoridade portuguesa só pode proibir concentrações que afectem a concorrência em Portugal, isto é, que produzam efeitos no território português (ver ponto 3.1); nunca deveria poder proibir uma concentração que não afecte a concorrência em Portugal mas afecte a concorrência na CEE. A Comissão das Comunidades Europeias é a única entidade com poderes para aplicar a lei da concorrência na CEE, inclusive no projecto de regulamento sobre concentrações, e como a lei comunitária prevalece sobre a nacional (veja-se neste sentido relatório do Conselho da Concorrência nacional publicado na II série do Diário da República de 24-7-87), não há razão para aquela disposição, que se afigura violadora da competência exclusiva da Comissão Europeia.

Por outro lado, o contrário é verdadeiro, isto é, se uma prática restritiva da concorrência for autorizada especificamente pela CEE, por ser considerada benéfica nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado de Roma, ou nos termos do n.º 4 do artigo 2.º do Regulamento, nunca poderá ser proibida pela lei portuguesa.

5.2 — Na sua decisão e com base nos elementos constantes do processo, o Ministro pode (artigo 4.º):

5.2.1 — Não manifestar qualquer posição, caso entenda não haver indícios de qualquer risco de distorção da concorrência.

O Ministro tem 15 dias para se manifestar; se nada disser nesse espaço de tempo considera-se que nada há a opor à concentração, pelo que ela fica autorizada.

5.2.2 — Submeter a questão à apreciação do Conselho da Concorrência, devendo informar desse facto as empresas e, assim, interrompendo automaticamente o prazo acima referido.

O Ministro pode solicitar o parecer do Cons. da Conc., e deve definir no seu pedido o âmbito das questões concretas que suscitaram dúvidas, quando entenda que a concentração é susceptível de afectar de forma negativa a concorrência em Portugal, especialmente quando dela indirectamente resulte:

- redução do número ou gama de fornecedores ou consumidores;
- criação de condições conducentes à situação de monopólio ou quase monopólio;
- prejuízo à liberdade de escolha dos consumidores em matéria de concorrência, preço ou fontes alternativas de abastecimento;
- criação de condições de redução ou eliminação de concorrência, designadamente pela eliminação de redes de distribuição;
- distorção das estruturas de preços, por fixação discriminatória ou abusiva de preços;
- infracção às regras da concorrência da CEE ou de Portugal.

O Conselho de Concorrência terá de se pronunciar no prazo de 30 dias, excepto se necessitar de solicitar elementos adicionais para se poder pronunciar.

Por outro lado, o Ministro pode por sua iniciativa ou a pedido do Conselho da Concorrência, solicitar esclarecimentos, diligências julgadas necessárias ou uma investigação aprofundada à Direcção Geral de Concorrência e Preços (DGCP). A DGCP tem de se pronunciar no prazo máximo de 6 meses e enviar novamente o processo ao Ministro para decisão (também esta solicitação interrompe o prazo para a decisão).

Após o processo ser enviado ao Ministro, pelo Conselho ou pela DGCP, este tem 15 dias úteis para proferir a decisão.

5.2.3 — O Ministro do Comércio, pode, ainda, opor-se liminarmente à concentração se for patente ser a mesma geradora de distorções da concorrência, nomeadamente quando permita ao respectivo promotor, por si só ou através do grupo econó-

mico a que se encontre ligado, o abuso da posição dominante no mercado do bem ou serviço respectivo, nomeadamente quando configurar qualquer das situações previstas nos artigos 13.º e 14.º do Dec.-Lei 422/83 de 3 de Dezembro.

O que se pretende dizer com o acima exposto, é que uma concentração deve ser proibida quando dá origem a que as empresas participantes fiquem numa posição dominante, sem sofrerem uma concorrência efectiva ou significativa, podendo portanto, facilmente ter um comportamento abusivo no mercado e restringir a concorrência nos termos previstos nos artigos 13.º e 14.º.

Esta decisão de oposição deve revestir a forma de despacho conjunto do Ministro do Comércio e Turismo e do Ministro competente em razão da actividade desenvolvida pelas empresas em causa, e acarreta a nulidade dos negócios jurídicos que tenham tais concentrações por objecto.

5.3 — Do despacho conjunto de oposição cabe recurso para o Supremo Tribunal Administrativo nos termos gerais.

O processo de notificação que contenha falsas declarações será transcrito ao Ministério Público para os efeitos adequados.

O processo é gratuito.

Todos os intervenientes no processo têm dever de sigilo profissional, independentemente do sentido da decisão final do processo.

Estes os aspectos mais relevantes do novo regime jurídico português do controlo das concentrações de empresas. Só a sua aplicação prática resolverá da sua utilidade, sendo certo que, numa primeira análise, é evidente o exagero de casos que o Governo Português quer passar a controlar.

Filipa Arantes Pedroso

Lisboa, 13 de Fevereiro de 1989.