

COMENTÁRIOS À NOVA LEI DA CONCORRÊNCIA (Decreto-Lei 371/93 de 29 de Outubro)

Pelos Dr. João de Menezes Ferreira (*)
e Dr.^a Filipa Arantes Pedroso (*)

Dez anos depois da primeira lei de defesa da concorrência — que abarcava apenas as chamadas práticas restritivas (Decreto-Lei n.º 422/83 de 3 de Dezembro de 1983) — e cinco anos depois do primeiro instrumento de controlo das concentrações — (o Decreto-Lei n.º 428/88 de 19 de Novembro de 1988) — entra em vigor em 1 de Janeiro de 1994, uma nova lei geral, aguardada com expectativa e compreensão pelos observadores e pelas empresas, a que afinal se destina.

Estas não são leis que se modifiquem frequentemente, e cada uma delas tinha como referentes inspiradores confessos as normas comunitárias correspondentes — no primeiro caso o extenso e experimentado conjunto de regras de direito derivado adoptadas em aplicação do artigo 85.º e seguintes do Tratado de Roma, no segundo caso os regulamentos então ainda em discussão na Comunidade, que dariam origem ao Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, e diplomas complementares adoptados pela Comissão C.E..

Tratando-se, antes do mais, de uma *compilação e sistematização de normas anteriores, por sua vez adaptadas de regras comu-*

(*) Advogados da Sociedade Morais Leitão, J. Galvão Teles & Associados.

nitárias, caberá indagar os motivos da expectativa e compreensão que têm rodeado a adopção desta nova lei.

É o que procuraremos ilustrar com esta simples introdução ao tema, na qual se assinalarão sem grandes desenvolvimentos as *principais ambições da nova lei e alguns mecanismos inovadores* que ela consagra, apontando aqui e ali o que desde já consideramos serem *as melhorias e as perplexidades* mais evidentes.

A — JUÍZO GLOBAL SOBRE AS LEIS ANTERIORES E OBJECTIVOS NA NOVA LEI

Sem nos alongarmos na crítica da legislação dispersa que acaba de ser revogada, poderemos dizer que ela procurava com afinco ser uma arma dissuasora das práticas restritivas da concorrência. Ao adaptar no quadro interno as regras comunitárias, desmultiplicou-se na descrição tipificada das práticas, determinou limiares de intervenção tão baixos que por eles teoricamente se atingiram operações económicas de reduzíssima dimensão, conferiu às entidades decisoras — sobretudo ao Ministro, no controlo das concentrações — poderes discricionários de julgamento prévio praticamente ilimitados.

O efeito de regras dissuasórias tão abrangentes é bem conhecido, pelo menos nos países de tradição latina. É que as leis acabam por ser pouco aplicadas e, por conseguinte, pouco respeitadas. Intervenções formais, reduzida jurisprudência em termos comparativos, fraca capacidade de orientação das estruturas do mercado e de repressão dos comportamentos anticoncorrenciais mais nefastos que nesse mercado se manifestam. Numa palavra, leis ambiciosas e ineficazes.

Perante este cenário, que o legislador tem natural tendência para edulcorar, os *objectivos da reforma* — amplamente expressos e discutidos no Parlamento durante a apreciação da lei de autorização legislativa que enquadrou a nova regulamentação governamental — *são claros, saudáveis e correctos*.

— *Em primeiro lugar*, sistematizar a disciplina das práticas anticoncorrenciais e das concentrações em obediência a

- uma só política coerente (que tenha uma ideia do mercado, diríamos).
- *Em segundo lugar*, ter em conta a evolução comunitária, que é manifesta desde 1983 e na qual Portugal hoje participa de pleno direito (o Grande Mercado Interno de 1993, lançado pelo Acto Único Europeu de 1985, a caminho de uma União Económica e Monetária).
 - *Em terceiro lugar*, centrar os esforços de intervenção nas operações de verdadeiro impacto no mercado (que nele tenham um efeito estruturante).
 - *Em quarto lugar*, clarificar inúmeras questões processuais acumuladas no tempo e designadamente a separação de poderes da Direcção Geral de Concorrência e Preços e do Conselho da Concorrência, tendencialmente a entidade administrativa e a entidade decisória, em matéria de práticas restritivas.

B — ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A nova lei da concorrência tem claramente um carácter geral pois aplica-se a «todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo» e a todas as «práticas restritivas da concorrência que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos» (Artigo 1.º, n.ºs 1 e 2).

Relativamente à lei anterior ficam assim incluídos, pela primeira vez, os sectores da electricidade (produção, transporte e distribuição), correios e telecomunicações, dos transportes, da agricultura, silvicultura, pecuária e pesca.

As instituições de crédito, sociedades financeiras e companhias de seguros continuam a ser excluídos desta disciplina, mas apenas em matéria de controlo de concentrações (ver secção D).

C — PRÁTICAS PROÍBIDAS

Muito sucintamente, a lei continua a seguir o modelo comunitário, com uma inovação importante, o *abuso de dependência económica* — Artigo 4.º. As práticas individuais foram objecto de tra-

tamento autónomo (Decreto-lei n.º 370/93 do mesmo dia 29 de Outubro).

C. 1 Práticas individuais

Ao contrário da lei anterior, que disciplinava pormenorizadamente a imposição de preços mínimos, a aplicação de preços ou de condições de venda discriminatórios relativamente a prestações equivalentes, e a recusa de venda de bens ou de prestação de serviços, *enquanto práticas individuais*, a nova lei defesa de concorrência desiste de sancionar tais práticas.

Tais práticas passam no entanto, a ser sancionadas pelo Decreto-Lei 370/93 de 29 de Outubro, que proíbe duas das práticas individuais que constavam do Decreto-Lei 422/83: preços e condições de venda discriminatórias e recusa de venda. Desaparece assim a proibição de imposição de preços mínimos, mas aparece por outro lado a figura da venda com prejuízo.

De acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei 370/93, o legislador optou por retirar as práticas individuais do âmbito da lei de defesa de concorrência, pois tais práticas «não eram ponderadas à luz dos critérios enunciados no artigo 15 do Decreto-Lei 422/83 (balanço económico) mas que de «per se» constituem comportamentos menos transparentes embora sem efeitos graves a nível de concorrência.»

Por outro lado, entendeu o mesmo legislador que tais práticas deveriam ser sancionadas como *infracções anti-económicas*, aplicando-lhes uma coima menos grave e que pode ir até 500.000\$00 (artigo 68 do Decreto-Lei 28/84 de 20 de Janeiro).

A fiscalização e instrução do processo cabe à Inspeção Geral de Actividades Económicas, e a decisão, a uma Comissão composta por um magistrado judicial, o director geral da Fiscalização Económica e o director do Instituto de Qualidade Alimentar.

Parece que a fronteira de aplicação desta lei e da lei de defesa de concorrência não está claramente demarcada, embora o contrário seja afirmado no preâmbulo do Decreto-Lei 370/93. A primeira dificuldade está em serem duas entidades totalmente diferentes a aplicarem cada uma destas regras. Assim, poderá vir a suceder, por exemplo, que um fornecedor seja condenado por recusar a venda a

um agente económico, no âmbito do Decreto-Lei de n.º 370/93 (infracção antieconómica), enquanto que, por outro lado, essa recusa é perfeitamente lícita no âmbito da lei de defesa de concorrência, por ser decidida no âmbito de um sistema de distribuição exclusiva ou selectiva.

Outra questão que se poderá levantar referente a este Diploma 370/93 diz respeito à definição de preço de compra efectivo, (artigo 5 que proíbe a venda com prejuízo), «preço constante de factura após a dedução dos descontos nela contidos». Esta definição não engloba os descontos sobre os volumes de vendas anuais, pois tais descontos não vêm nas várias facturas e só são atribuídos quando aquele volume é atingido. No entanto, estes descontos vão diminuir o preço de compra efectivo.

C. 2. Acordos, práticas concertadas e decisões de associações

Para quem está familiarizado com a interpretação e aplicação do Artigo 85.º do Tratado CEE, nenhuma alteração de fundo: a nova lei (artigo 2) tal como a anterior, segue, com a excepção abaixo identificada e já prevista na lei anterior, a norma comunitária, que beneficia de jurisprudência constante. Os princípios da afectação do comércio e de falseamento da concorrência referem-se ao mercado nacional e não ao mercado comum, naturalmente.

No respeitante aos exemplos de práticas restritivas, é de assinalar uma pequena mas significativa alteração (em termos práticos): *desapareceu a recomendação de preços*, como prática «prima facie» restritiva e surge agora, em substituição, a frase *«intervir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa»* (segundo a jurisprudência comunitária, é bem verdade que a recomendação de preços, acompanhada de «convicção de obrigatoriedade» por parte dos destinatários pode ser considerada restritiva e ser proibida. O que incomodava na lei anterior, ao equiparar «recomendação» e «fixação», era a dificuldade em salvaguardar, enquanto práticas legítimas, as verdadeiras recomendações, isto é, as que respeitam a liberdade do comportamento do destinatário).

Mantém-se a *proibição de recusar*, directamente ou indirectamente, a compra ou a venda de bens e a prestação de serviços, já prevista na lei anterior, e unica prática não prevista no artigo 85 do Tratado, embora se tenha alterado a sua redacção. Assim, enquanto na lei anterior se proibia a recusa sem justificação, nomeadamente em razão da pessoa do comprador ou do vendedor, na nova lei proibe-se pura e simplesmente a recusa de venda ou compra.

A recusa de venda é normalmente condenada pela jurisprudência comunitária, como abuso de posição dominante (condição de venda discriminatória), desde que se verifique o intuito de eliminar um concorrente do mercado, e não hajam fontes de abastecimento alternativas (caso Zoja/ICI). Pelo contrário a recusa de venda pode ser legítima e justificada, como no caso de uma encomenda ser anormalmente grande, ou no caso de a empresa vendedora não ter confiança na empresa compradora no que diz respeito aos pagamentos. A jurisprudência comunitária poderá ser importante na análise de casos futuros em Portugal.

C. 3. Abuso de posição dominante

Neste domínio imperou a ideia da continuidade, quer quanto à importação directa do conceito do Artigo 86.º do Tratado da CEE (que a lei anterior já acolhia), quer quanto à formulação de regras para determinar — ou melhor ilustrar, já que não são taxativas — uma *posição dominante* (artigo 3). Assim, mantém-se na definição de posição dominante, o conceito de autonomia de actuação no mercado sem atender à interferência de terceiros (concorrentes), inspirado na jurisprudência comunitária. Quanto às regras, mantiveram-se as presunções de existência de uma posição dominante no mercado nacional de determinado bem ou serviço: 30% de quota do mercado, quando se trata de uma empresa; 50% quando se trata de 3 ou menos empresas que actuam concertadamente no mercado; e, 65% quando se trata de 5 ou menos empresas que actuam concertadamente no mercado.

Na caracterização de posição dominante, mantém a nova lei uma concepção objectiva, na medida em que se baseia fundamentalmente num critério de estrutura de mercado, em que se tem particularmente em conta a ausência de uma concorrência significativa.

A concepção subjectiva, que privilegia o poder económico da empresa, (decorrente de certos factos tais como: a integração vertical, com total independência em todos os estádios económicos; o avanço tecnológico; e rede comercial especializada) não é referida na caracterização da posição dominante, o que não impede evolução jurisprudencial nesse sentido, como sucedeu com a jurisprudência comunitária (casos *Hoffman la Roche*, *United Brands* e *Michelin*). No entanto, cria-se a figura do abuso de dependência económica.

C. 4. Abuso de dependência económica

Reside aqui a maior inovação da lei da concorrência que agora entra em vigor, (artigo 4.º) estando por provar que esta inovação seja tecnicamente correcta e facilmente exequível. O que não oferece dúvidas é a identidade dos seus destinatários principais, embora não nomeados: os grandes distribuidores comerciais, designadamente as cadeias de hipermercados. Também é geralmente sabido que a nova regra, inspirada do direito francês, é filha da pressão das estruturas representativas do pequeno comércio de retalho — mais do que da pequena produção — na sua luta ansiosa (e legítima) pela sobrevivência. Diz o Artigo 4.º da nova lei:

«É também proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente, nomeadamente quando se traduza na adopção de qualquer dos comportamentos previstos no n.º 1 do art. 2.º (comportamentos-tipo restritivos da concorrência)».

Não cabem aqui comentários muito alongados, nem pela análise da jurisprudência na aplicação de regra equivalente do direito francês, nem através de considerações sobre os melhores meios de regulamentar a actividade das grandes superfícies comerciais (ou de quaisquer outros agentes económicos que tenham tendência a ocupar rapidamente determinados sectores do mercado, pondo em causa estruturas pré-existentes).

Mas alguma coisa se pode adiantar no estrito domínio do direito da concorrência.

Segundo o legislador, esta figura surge na exacta medida em que aquela que a precede — a do abuso de posição dominante — é insuficiente para prevenir certos comportamentos anticoncorrenciais. Ou seja, é necessário que a empresa ou empresas a atacar não preencham nenhum dos critérios indicadores de uma posição dominante.

Uma primeira questão é a de saber qual poderá ser a verdadeira força da(s) empresa(s) que fiquem abaixo desses limiares, se lhes ocorrer o desiderato de abusar da dependência alheia. Não é uma força óbvia.

Uma segunda questão é de ordem lógica e respeita à noção de abuso, em direito ou em qualquer outro domínio das ciências sociais. É que o abuso é o uso excessivo de um direito ou de uma qualidade próprios, e só relativamente a estes pode ser medido (transparente). Como medir um abuso respeitante a uma qualidade alheia? Que nexos sérios, por exemplo de conhecimento prévio de situações, pode estabelecer-se entre a força de um e a fraqueza de outro?

Uma terceira questão óbvia refere-se à situação de dependência económica. Se o ponto de partida é a não existência de uma posição dominante no mercado, qual é o exacto sentido da falta «de alternativa equivalente»? Se um fornecedor ou um cliente, num mercado não dominado, decidiu (voluntariamente) orientar-se no sentido de relações exclusivas com um único agente de outro estádio económico, em vez de conduzir a sua actividade de forma diversificada, que falta pode ser imputada a este agente?

A prática dirá como serão geridas todas estas perplexidades. A menos que, de novo, se configure a lei como mecanismo de dissuasão sem verdadeiro alcance prático, uma espécie de *ogre* imaterial ou de espantalho imóvel.

C. 5. Balanço económico

Uma política de concorrência só é verdadeiramente coerente se dispuser de um quadro normativo que lhe permita justificar comportamentos que são em princípio proibidos, depois de um *balanço*

económico das vantagens e inconvenientes (para o mercado) desses comportamentos.

Neste particular, a nova lei da concorrência (artigo 5.º) segue a orientação da lei anterior e das normas comunitárias aplicáveis, com uma inovação processual que não é destituída de significado.

É que a antiga lei previa aquilo que no jargão comunitário se denomina *a isenção por categoria* (artigo 15.º n.º 2), e *a exclusão de certos ramos de actividade* (Artigo 15.º n.º 4). Com a revogação de toda a legislação anterior e na ausência de disposições correspondentes a estas na nova lei, deve concluir-se que as entidades competentes para instruir (Direção Geral da Concorrência e Preços), e para decidir (Conselho da Concorrência) nesta matéria, não só preferem ter total liberdade de manobra na análise de casos concretos, como consideram não existir o perigo de inundação dos serviços com pedidos e questões de interpretação das novas regras.

Esta presunção, de que os agentes económicos têm uma percepção clara e estabilizada das regras de concorrência e da política da concorrência que nelas se baseia, é talvez um pouco precipitada.

No que diz respeito às certidões de legalidade e de inaplicabilidade, a Portaria 820/84 de 23 de Outubro, que regulamentava este processo de apreciação prévia não obrigatório, foi substituída pela Portaria 1097/93 de 29 de Outubro a qual é muito semelhante à anterior.

C. 6. Noção de empresa

A noção de empresa (artigo 6) — e de grupo de empresas — sofreu uma nítida melhoria de tratamento sistemático com a nova lei: unificaram-se critérios aplicáveis às concentrações e às práticas restritivas e foi estendido a todas as práticas restritivas um conceito antes unicamente definido no âmbito dos abusos de posição dominante.

Fica assim clarificada a noção de que não existem práticas restritivas no seio do mesmo grupo, mas tão só um lógico comporta-

mento de grupo. É uma noção hoje assente na jurisprudência comunitária, que a lei portuguesa acolheu expressamente.

C. 7. Órgãos de defesa da concorrência e respectivos poderes no processo

Como já foi referido, a nova lei procurou sistematizar a intervenção de todos os órgãos intervenientes na defesa da concorrência, com especial incidência na separação de poderes entre os dois órgãos mais importantes: a *Direcção Geral da Concorrência e Preços* (artigo 12) e o *Conselho de Concorrência* (artigo 13).

Não é ambição deste comentário desenvolver esta matéria, designadamente pela descrição das disposições administrativas aplicáveis a esses dois órgãos e aos restantes.

Quedar-nos-emos, pois, na enumeração de algumas questões mais sensíveis na interpretação da lei anterior, no que respeita à aplicação das regras relativas às práticas restritivas que agora nos ocupam, dando ênfase às soluções que agora foram encontradas.

C. 7. a) Poderes instrutórios da Direcção Geral da Concorrência e Preços e princípio do contraditório

Desde o já longínquo ano de 1983 muita água passou sob as pontes no domínio dos poderes instrutórios dos órgãos de defesa da concorrência, quer na Comunidade Europeia, quer em Portugal.

Enquanto se trata dos poderes genéricos de requerer às empresas (ou associações de empresas) e a outros órgãos da Administração quaisquer informações e documentos pertinentes à análise dos casos concretos, o consenso é geral.

A sensibilidade cresce quando a entidade instrutória utiliza os chamados *poderes de verificação*, que podem implicar *inquirições* dos representantes legais das empresas visadas, ou de quaisquer outras com interesses relevantes, e, em última análise, as famosas «*busca, exame e recolha de cópias ou extractos da escrita e demais documentação que se encontre em lugar reservado ou não livre-*

mente acessível ao público sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova» (Artigo 23.º n.º 1 c)).

Estas actividades, que em processos comunitários que ficaram célebres, redundaram por vezes na invasão de empresas fora das horas de serviço e no confisco de documentos tais como agendas pessoais de certos administradores de empresa, provocaram em anos recentes abundante jurisprudência do Tribunal de Justiça do Luxemburgo, que clarificou os limites de intervenção dos serviços da Comissão Europeia (cfr. casos HOECHST vs COMISSÃO n.ºs 46/87 e 227/88, casos DOW BENELUX, ALCUDIA E EMPRESA NACIONAL DEL PETROLEO n.ºs 85/87 e 97, 98 e 99/87, casos OFKEM E SOLVAY & CIE n.ºs 374/87 e 27/88, todos os casos decididos em Setembro e Outubro de 1989).

Entre outras determinações, o Tribunal mandou atender às legislações nacionais, aquando dessas *operações de verificação*.

Ora, em Portugal, como noutros países, a equiparação das brigadas de polícia de delitos económicos a verdadeiras brigadas de polícia criminal, não era evidente e só ficou expressa na presente lei (Artigo 23.º, n.º 1, proémio).

Mais, a semelhança destas situações a outros delitos económicos com implicações criminais que hoje concitam as atenções gerais (v.g. a corrupção), obrigou o legislador a redobradas cautelas. Onde na lei anterior se exigia, para o desencadear dessas acções de verificação, um simples despacho do Ministro da tutela (Artigo 19.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 422/83), é agora requerido «despacho da autoridade judiciária que autorize a sua realização, solicitado previamente pelo Director Geral da Concorrência e Preços em requerimento devidamente fundamentado, devendo a decisão ser proferida no prazo de 48 horas» (Artigo 23.º, n.º 2 da nova lei). No texto da autorização legislativa submetida ao Parlamento, ainda se fazia a distinção entre buscas nas empresas e buscas nas instalações de «agentes económicos singulares» dispensando o mandado judicial no primeiro caso, e dispensando esse mandado no segundo caso «desde que (as diligências) tenham o consentimento expreso dos visados».

Estas distinções desapareceram, e as garantias dos particulares parecem-nos agora correctas e suficientes, sendo aliás reforçados por um novo artigo (Artigo 25.º AUDIÇÃO) sobre a audição

escrita ou oral das empresas arguidas, sobre as questões pendentes, as provas e quaisquer diligências complementares. Fica assim assegurado, sem margem para dúvidas, o princípio do contraditório na instrução destes processos.

C. 7. b) **Questões processuais relativas às sanções**

Nos termos do Artigo 21.º da nova Lei, o processo relativo às práticas restritivas da concorrência regula-se pelos artigos específicos da própria lei e, subsidiariamente, pelo Decreto-Lei n.º 433/82 de 27 de Outubro.

Essa legislação infra-penal, que não tem por objectivo a regulação de ilícitos criminais mas tão somente a ordenação social, contra-ordenações e prescreve para elas, a título de sanções, a aplicação de coimas (espécies de multas) de valor mais ou menos elevado, julgadas em primeira instância pelo tribunal de círculo (em Lisboa, o Tribunal de Polícia), embora com recurso a tribunais superiores.

Não se esgota aqui a questão. Como já tínhamos afirmado, os poderes estão basicamente repartidos entre a instrução — a cargo da Direcção Geral da Concorrência e Preços — e a decisão — a cargo do Conselho da Concorrência.

Quanto às decisões do Conselho da Concorrência, elas podem traduzir-se (Artigo 27.º):

- arquivamento do processo;
- na declaração da existência de uma prática restritiva, com intimação à entidade infractora para, em certo prazo, modificar o seu comportamento;
- na aplicação de coimas

Diz a lei (Artigo 28.º) que das decisões do Conselho da Concorrência cabe recurso para o Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa.

As decisões do Conselho da Concorrência são publicadas no jornal oficial, e num jornal local, a expensas do infractor (Artigo 27.º, n.º 2).

O mesmo Artigo 28.º esclarece que esses recursos têm efeito meramente devolutivo, salvo quanto à aplicação de coimas e em matéria de publicações, em que o efeito de recurso é suspensivo.

Mas também a Direcção Geral da Concorrência e Preços pode aplicar coimas em inúmeras situações, nomeadamente quando os arguidos se recusarem a colaborar ou fornecerem informações falsas (o Artigo 37.º prevê todas as hipóteses e as coimas correspondentes). Como nada se prevê quanto a recursos, aplica-se a regra geral supletiva, acima referida.

A polémica no quadro da lei anterior, em que a separação de poderes entre Direcção Geral e o Conselho não era aliás muito clara, centrou-se na alegada incapacidade — ou indignidade hierárquica — dos tribunais de polícia (em Lisboa) ou de tribunais de círculo fora de Lisboa, para julgarem coimas que, neste domínio, podem ascender a muitos milhões de escudos (ver adiante). Em matéria de coimas, aplicava-se a lei geral.

O assunto foi amplamente ventilado no debate parlamentar sobre a actual lei, e o Governo pareceu ser sensível aos argumentos aduzidos. Mas aparentemente a solução encontrada, não resolve nada. De todas as decisões, sem distinção, do Conselho da Concorrência, cabe, como vimos, recurso para «Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa». Tratando-se de coimas, é logicamente inevitável que serão de novo os tribunais de polícia chamados a julgar em primeira instância, já que pertencem àquele Tribunal e têm competência exclusiva quanto às coimas. Quanto às decisões sobre coimas da Direcção Geral da Concorrência nada se diz e a consequência é a mesma: tribunal de polícia em Lisboa ou tribunal de círculo noutra comarca.

C. 8. Agravamento das sanções e despenalização do sistema

Considerando que as coimas previstas ao abrigo do Decreto-Lei n.º 422/83 já estavam desactualizadas e tinham perdido o seu efeito dissuasor, entendeu o legislador agravar judicialmente os montantes mínimos e máximos das coimas. Embora não se utilize em Portugal o sistema de fixar uma coima em percentagem da faturação das empresas arguidas, prática hoje comum e obviamente

eficaz no contexto comunitário, são previstas agora coimas que podem ascender a 200.000.000,00 PTE no caso de empresas, e metade desse valor no caso de pessoas singulares, o que já é bastante dissuasor.

Relativamente a *comportamentos típicos de não acatamento de decisões do Conselho da Concorrência, de recusa de envio de documentos e de prestação de esclarecimentos, de prestação de informações falsas ou de oposição a diligências legítimas*, a lei vem agora determinar aplicação de coimas — igualmente pesadas — por parte da Direcção Geral da Concorrência.

Esses comportamentos são na lei actual, como eram na lei anterior, passíveis de sanção penal, enquanto *crimes de desobediência, crime de falsas declarações ou crime de resistência*, a que podem corresponder penas de prisão, nos termos do Código Penal.

Foi alegado durante a discussão do diploma no Parlamento que, a coberto do agravamento das coimas, o Governo queria afinal proceder à despenalização do sistema — e portanto ao seu enfraquecimento. Em resposta este adiantou que a aplicação de coimas não precludia a responsabilidade penal, caso ela ocorresse.

Em obediência a este pensamento, a disposição sobre as coimas (Artigo 37.º), prescreve-as «sem prejuízo da responsabilidade penal a que houver lugar».

De referir também, como aspecto acessório, que desapareceu sem proveito a disposição da lei anterior que fornecia critérios para a graduação das coimas aplicáveis em cada caso (Artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 422/83).

D — CONCENTRAÇÕES

D. 1 Introdução

As operações de concentração vêm regulamentadas nos artigos 7.º a 10.º da nova lei e o processo nos artigos 29 a 36.

A notificação das operações de concentração continua a ser obrigatória e «a priori» pelo que deve ser efectuada «antes de concluídos os negócios jurídicos necessários à concentração» e, «antes do anúncio de qualquer oferta pública de aquisição» (artigo 7 n.º 3).

Os negócios jurídicos celebrados com o intuito de realizar a concentração são ineficazes até autorização expressa ou tácita da concentração (art. 7.º n.º 4).

Caso a operação de concentração se tenha concretizado antes de autorizada ou sem cumprimento das condições impostas, a sanção é a nulidade, para além das medidas adequadas ao restabelecimento da concorrência efectiva, nomeadamente a separação das empresas ou dos activos agrupados ou a cessação do controlo.

Ficam excluídas do âmbito de aplicação do novo diploma não só as empresas cuja actividade seja o comércio bancário e indústria de seguros, como dispunha a lei anterior, mas todas as instituições de crédito, sociedades financeiras e empresas de seguros.

D. 2 Âmbito de Aplicação

D. 2. 1 Definição de Concentração

A definição de concentração na nova lei (artigo 9.º) segue de perto o Regulamento 4064/89 da CE e abrange, como na lei anterior, as fusões, as aquisições de controlo por uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de uma empresa, ou por uma ou mais empresas, de partes de uma ou de várias outras empresas (artigo 9.º n.º 1 a) e b).

Aparece, no entanto, a figura da «joint venture», constituição por duas ou mais empresas de uma empresa comum com carácter duradouro (artigo 9.º n.º 1 c).

De acordo com o n.º 2 do mesmo artigo 9, o controlo decorre de qualquer acto, que implique a possibilidade de exercer uma *influência determinante* sobre a actividade de uma empresa, sendo a seguir enunciados algumas das manifestações de controlo, a saber: aquisição da totalidade ou de parte do capital social; a aquisição de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa; e, a aquisição de direitos ou celebração de contratos que confirmam uma acção preponderante na composição ou nas deliberações dos órgãos de uma empresa.

Por outro lado, há duas situações que são excluídas da definição de concentração de empresas: as aquisições de participações no

quadro do processo especial de recuperação, e, as aquisições de participações com funções de garantia ou satisfação de créditos (artigo 9 n.º 3 alíneas a) e b).

D.2.2 Requisitos de Aplicação

Para que uma operação de concentração esteja sujeita ao *controlo prévio* é necessário que preencha *uma* das seguintes condições:

- a) Criação ou reforço de *uma quota superior a 30%* no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste, em consequência da concentração; e/ou
- b) Realização, pelo conjunto das empresas envolvidas na concentração, de *um volume negócios em Portugal superior a 30.000.000.000,00 PTE*, no último exercício, liquidados de impostos, directamente relacionados com o volume negócios (artigo 7.º).

Os limites relativamente à lei anterior, foram pois, alargados, no que diz respeito às quotas de mercado, que passa de 20% para 30%, e, ao volume de negócios ou de vendas, de 5.000.000.000\$00 para 30.000.000.000\$00. Por outro lado, deixa de se falar em quotas de mercado na Comunidade europeia, situação que, para além de não ter qualquer efeito útil na defesa de concorrência no mercado nacional, implicava quantificar as quotas de mercado das empresas participantes nesse espaço alargado.

O artigo 8.º, define como se devem calcular as quotas de mercado e o volume de negócios ou vendas, das empresas envolvidas. Estes cálculos devem incluir as empresas directamente participantes na concentração e as empresas indirectamente participantes, ou seja as que estão em relação de domínio ou de grupo com as primeiras, à semelhança aliás, do que estava previsto na lei revogada.

O *volume de negócios* não deverá incluir as transacções efectuadas *entre as empresas directa ou indirectamente participantes na concentração*.

Uma concentração envolve sempre uma alteração de estrutura concorrencial do mercado, e enquanto que na lei anterior se proibia

simplesmente uma alteração *substancial* daquela estrutura concorrencial, a nova lei clarifica, e correctamente, que serão proibidas as concentrações que *criem ou reforçem uma posição dominante no mercado nacional* de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste, *susceptível de impedir, falsear ou restringir a concorrência* (artigo 10.º, n.º 1).

No entanto, mesmo nesta situação a concentração pode ser autorizada desde que o *balanço final seja positivo*, nos termos previstos no artigo 5.º da nova lei, (que equivale ao artigo que equivale ao artigo 85.º (3) do Tratado de Roma, e ao artigo 15.º, n.º 1 do Decreto Lei 422/83 agora revogado, o qual era também aplicável às concentrações, por força da alínea c) no n.º 1 do Dec. Lei 428/88). Por outro lado, mantém-se a possibilidade de autorizar uma concentração que reforce significativamente a *competitividade internacional* das empresas nacionais participantes na operação de concentração (art. 10.º n.º 2 a) e b)).

D. 3 O Processo

D.3.1 Forma

A decisão continua a caber ao Ministro com poderes na área do Comércio, mas a notificação deve ser dirigida à Direcção Geral de Concorrência e Preços (artigo 30.º n.º 1), entidade que tem o poder instrutório à semelhança do que se passa com os acordos, praticas concertadas, acordos de associações e abusos de posição dominante.

Enquanto que na lei anterior, qualquer empresa poderia apresentar a notificação, no actual diploma a notificação deve ser apresentada *por todas as empresas* participantes na fusão ou na constituição de controlo comum.

Nos outros casos basta a empresa ou pessoas que pretendem adquirir o controlo do conjunto ou de partes de uma ou mais empresas (art. 30.º n.º 2).

O n.º 3 do artigo 30.º enumera exaustivamente as informações que devem obrigatoriamente constar da notificação, permitindo, obviamente, informações adicionais que as empresas considerem importantes.

D.3.2 Tramitação

A tramitação do processo é bastante mais morosa na nova lei, comparativamente ao que se passava com a anterior legislação, a qual permitia ao Ministro nos casos em que considerava não haver indícios de qualquer risco de distorção da concorrência, aprovar tácitamente a operação no prazo de 15 dias.

Na nova lei a tramitação é a seguinte:

- a) *Notificação à D.G.C.P.* que instrui o processo e o remete ao Ministro responsável *no prazo de 40 dias*, após audiência escrita dos autores de notificação, a qual deverá ser efectuada 10 dias antes do termo do prazo (art. 31.º, n.º 1 e n.º 6);
- b) *Este prazo pode ser suspenso durante um período a fixar pelo D.G.C.P., em quatro situações:* quando os elementos exigidos pelo n.º 3 do artigo 30.º se revelarem incompletos; quando a D.G.C.P. considerar conveniente o fornecimento de elementos adicionais; quando sejam fornecidos elementos falsos aquando da notificação, e, quando os autores de notificação solicitarem na audiência escrita diligências complementares de prova (artigo 31.º, n.os 2, 3, 4, 7 e 8).
- c) *O Ministro da área do Comércio tem 50 dias*, contados da data de recepção de notificação pela D.G.C.P., sem contar com os dias de suspensão daquele prazo, para aprovar tácitamente a operação ou para remeter o processo ao Conselho de Concorrência, se entender que a operação de concentração em causa é susceptível de afectar negativamente a concorrência de acordo com o disposto no artigo 10.º n.º 1 (artigo 32.º, n.os 1 e 2).
- d) Caso o processo seja enviado ao *Conselho de Concorrência* este deverá pronunciar-se *no prazo de 30 dias* contados da recepção do processo enviado pelo Ministro (art. 33.º), e remeter novamente o processo ao Ministro para este se pronunciar no prazo de 15 dias.

Assim, *o prazo mínimo* para a tomada de uma decisão do Ministro relativamente a uma operação de concentração *será de 50*

dias, e no caso de ser solicitado parecer ao Conselho de Concorrência esse prazo passa a ser de 95 dias.

Este prazo poderá, ainda, ser alargado, por período a fixar pela D.G.C.P. caso se verifiquem as condições de suspensão previstas no artigo 31.º (cfr. alínea *c*) do presente).

D. 3.3 **Decisão do Ministro**

O Ministro pode tomar três tipos de decisões:

- Não se opôr à operação de concentração;
- Não se opôr à operação de concentração, mediante a imposição de condições e obrigações adequadas à manutenção de uma concorrência efectiva;
- Proibir a operação de concentração, e no caso de esta já se ter realizado, ordenar medidas adequadas ao restabelecimento de uma concorrência efectiva, nomeadamente a separação das empresas ou dos activos agrupados ou a cessação do controlo.

As duas últimas decisões são tomadas sob a forma de despacho conjunto do Ministro da área do Comércio e do Ministro da tutela das actividades económicas afectadas pela operação de concentração.

Como já se referiu os negócios jurídicos relacionados com a operação de concentração proibida, ou autorizada condicionalmente, são nulos.

D.3.4 **Recursos e Procedimento Especial**

Da decisão que proíbe a operação de concentração, ou da decisão que a autoriza condicionalmente, cabe recurso contencioso para o Supremo Tribunal Administrativo (artigo 35.º).

A nova lei prevê também um *procedimento especial* iniciado pela D.G.C.P., com vista à aplicação das medidas previstas na alínea *c*) do n.º 34 — separação das empresas, ou dos activos agrupados, ou a cessação do controlo, com o intuito de repôr a concorrência efectiva no mercado em causa, no caso de a decisão ter sido

tomada *com base em informações falsas* respeitantes a *circunstâncias essenciais para a decisão*.

Este procedimento deverá seguir, com as adaptações necessárias, os trâmites processuais da notificação de operações de concentração (art. 31.º a 34.º).

D.4 Breves conclusões sobre os aspectos positivos e negativos

Em conclusão, parece que *as melhorias* introduzidas pela nova lei, no que diz respeito ao controlo das operações de concentração, foram as seguintes:

- o *aumento dos limiares* quanto às das operações que é necessário notificar, o que permite não notificar muitas operações de concentração que nos termos da anterior legislação ficariam abrangidas;
- *melhor definição das operações de concentração que devem ser proibidas*. Assim, só são proibidas as operações de concentração que sejam susceptíveis de impedir, falsear ou restringir a concorrência, e mesmo estas, só quando o balanço final é negativo. A lei anterior preocupava-se exclusivamente com a alteração substancial da estrutura de concorrência, o que como já se referiu acontece com qualquer concentração, e por outro lado, a utilização da palavra substancial, além de ser de definição complicada, não implica que automaticamente se verifique ou venha a verificar um impedimento, restrição ou falseamento de concorrência no mercado em causa; e
- *definição mais exacta do volume de negócios* a ter em conta para o *cálculo das quotas de mercado* e do *volume de negócios* das empresas, *directa e indirectamente participantes*, na operação de concentração.

Por outro lado, *os aspectos negativos*, que mais ressaltam na nova lei, são as seguintes:

- *A exclusão deste regime de controlo das concentrações, das instituições de crédito* (que de acordo com o artigo 3.º

do Regime Geral anexo ao Decreto-Lei 298/92 de 31 de Dezembro, inclui bancos, sociedades de investimento, sociedades de locação financeira, sociedades de factoring, sociedades financeiras para aquisições de crédito e outras que como tal sejam qualificadas), *sociedades financeiras e empresas de seguros*.

A exclusão das duas primeiras, instituições de crédito e sociedades financeiras, poderá encontrar justificação parcial, no facto de a aquisição de participações qualificadas numa instituição de crédito estar a ser controlada «à priori» pelo Banco de Portugal (artigo 102 do Regime Geral anexo ao Decreto Lei já referido). No entanto, este controlo tem como objectivo principal garantir a idoneidade dos detenedores de participações qualificadas, e não a defesa da concorrência no mercado nacional.

Quanto às empresas de seguros, ainda, não está em vigor legislação que preveja um controlo deste tipo, a ser exercido pelo Instituto de Seguros de Portugal.

Recorde-se que o Regulamento 4064/89, só exclui do âmbito da sua aplicação, as transações e negociações efectuadas com fins de revenda por instituições de crédito, sociedades financeiras e empresas de seguros quando efectuadas a título temporário, ou seja, quando a alienação ocorre no prazo de um ano após a data da sua aquisição;

- *o alargamento do prazo para o Ministro proferir a sua decisão sobre a operação de concentração, que passou de 15 dias para 50 dias, e de 45 dias para 95 dias, nos casos em que se solicita o parecer do Conselho da Concorrência, sem entrar em linha de conta, com os casos de suspensão de prazo permitidos pela lei em causa.*

Este alargamento dos prazos, pode vir a criar às empresas participantes nas operações de concentração, problemas e prejuízos graves, nomeadamente às empresas nacionais, que estão actualmente num processo de reestruturação e adaptação ao mercado interno europeu.

E — AUXÍLIOS DE ESTADO

O artigo 11 da nova dispõe o seguinte:

- «1. *Os auxílios a empresas, concedidos por um Estado ou qualquer outro entre público, não poderão restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado.*
2. *A pedido de qualquer interessado, o ministro responsável pela área do comércio poderá examinar os auxílios referidos no número anterior, de forma a propor ao ministro competente as medidas conducentes à manutenção ou ao restabelecimento da concorrência.*
3. *Para efeitos do disposto no presente artigo não se consideram:*
 - a) *As indemnizações compensatórias, qualquer que seja a forma que revistam, concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público;*
 - b) *Os benefícios concedidos ao abrigo de programas de incentivos ou de quaisquer outros regimes específicos aprovados pelo Governo ou pela Assembleia da República».*

Esta passagem da Lei da Concorrência, não merece reflexões de maior, a não ser, eventualmente, para relevar a sua notória incongruência.

A figura dos auxílios de Estado, de que se ocupam os artigos 92.º e seguintes do Tratado de Roma, tem a lógica férrea de um mecanismo concebido por uma organização internacional supranacional (a Comunidade Europeia) e aplicado por uma das suas instituições (a Comissão das Comunidades Europeias). Ambas são exteriores aos Estados membros, e, por conseguinte, os podem tomar como «objecto» administrativo.

Que o Estado profba em certas circunstâncias, o seu próprio comportamento, já dá que pensar. Será que o Estado português se iliba a si próprio e só pretende atacar os auxílios dos outros Estados (n.º 1)? Ou será que o Estado defendido pelo Ministro que tutela esla lei (o Ministro do Comércio e Turismo) é diferente do

Estado — eventualmente prevaricador — defendido pelo Ministro que conceda auxílios que limitam a concorrência (n.º 2)?

No intuito de eliminar um bom número de hipóteses espinhosas, porque multiplicadoras da burocracia, o legislador houve por bem não considerar como auxílios do Estado, nem «as indemnizações compensatórias concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público» (n.º 3), nem «os benefícios concedidos ao abrigo de programas de incentivos ou de quaisquer outros regimes específicos (legalmente aprovados) (n.º 3 b)).

Quanto à primeira hipótese, se as indemnizações forem o que o seu nome indica, nunca poderiam, em qualquer caso, ser auxílios de Estado.

Quanto à segunda hipótese, só não se sugere ao legislador português a leitura da doutrina comunitária sobre o assunto, porque a própria Administração Pública lhe sofre as consequências com grande regularidade. É que os programas de incentivos e outros benefícios legais são talvez o exemplo mais típico da imensa panóplia de formas de auxílio de Estado que a Comunidade tem inventariadas. A Comissão Europeia só os admite caso a caso, após verificação da respectiva aptidão para prosseguir políticas relevantes (como é, por exemplo, a política regional comunitária).

Esta é uma mancha escusada no rigor que, de um modo geral, se concede à nova lei portuguesa da defesa da concorrência

Lisboa, 3 de Novembro de 1993