



 **VIEIRA DE ALMEIDA**
& Associados Sociedade de Advogados, R.L.

**O Novo Regime das
Práticas Individuais Restritivas do Comércio**

(Decreto-Lei n.º 166/2013)



Índice

Sumário Executivo.....	3
Antecedentes	4
Âmbito de Aplicação	6
Preços ou Condições de Venda Discriminatórios.....	7
Transparência de preços e de condições de venda	8
Venda com Prejuízo	9
Recusa de Venda ou de Prestação de Serviços	12
Práticas negociais abusivas	14
Autorregulação	16
Sanções e Medidas cautelares	17
Entrada em vigor e medidas de transição	18



Sumário Executivo

O novo regime das práticas individuais restritivas do comércio introduz um conjunto de alterações relevantes de que se destacam as seguintes.

- (a) A aplicação de preços ou condições de venda discriminatórias relativamente a prestações equivalentes apenas é proibida se estas práticas não forem conformes com o Direito da Concorrência.
- (b) Mantém-se a proibição de vendas com prejuízo, acrescentando-se agora às regras para cálculo do *preço de compra efetivo* novas regras para determinação do *preço de (re)venda*, designadamente quando estejam em causa descontos diferidos no tempo (como por exemplo “descontos em cartão”). Para este efeito, descontos diferidos no tempo devem ser imputados à quantidade vendida do produto em causa nos últimos 30 dias.
- (c) A recusa de venda ou de prestação de serviços conhece agora novas justificações, relacionadas, designadamente, com a proteção da propriedade intelectual e com as restrições vigentes no Direito da União Europeia.
- (d) Altera-se significativamente o regime das práticas comerciais abusivas, sendo agora proibida a fixação de preços de revenda mínimos e a alteração retroativa de um contrato de fornecimento. Foram ainda consagradas regras específicas para o setor agroalimentar.
- (e) O diploma é aplicável apenas às empresas estabelecidas em território nacional.
- (f) As empresas são convidadas a autorregular as suas práticas comerciais através de estruturas representativas dos respetivos setores de atividade. Este convite do legislador implica um elevado risco de incompatibilidade com as regras de Direito da Concorrência;
- (g) Dá-se um assinalável aumento das sanções aplicáveis que poderão ascender a € 2.500.000 no caso de infrações cometidas por uma grande empresa.
- (h) A competência de fiscalização e de aplicação das coimas foi transferida da Autoridade da Concorrência para a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE).



Antecedentes

O Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro (“DL 166/2013”) encontra a sua génese na legislação de defesa da concorrência do IX Governo Constitucional (Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de dezembro – “DL 422/83”) que, por inspiração francesa (cf. *Circulaire Fontanet* e outras), proibiu não apenas os acordos restritivos da concorrência e os abusos de posição dominante mas também “certas práticas individuais restritivas da concorrência”, a saber, a imposição de preços mínimos, a aplicação de preços ou condições de venda discriminatórios e a recusa de venda.

Ao abrigo do DL 422/83 a Direção-Geral de Concorrência e Preços instruiu os processos e o Conselho da Concorrência decidia-os. Cedo o Conselho concluiu que a disciplina referente a essas “práticas individuais restritivas da concorrência” era redundante (ex. a imposição de preços mínimos já era uma *hard core restriction* proibida pelas regras de concorrência) e carecia de importância jus-concorrencial, abandonando progressivamente a sua aplicação.

Decorridos 10 anos a legislação de defesa da concorrência foi revista (cf. Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro – “DL 371/93”). As “práticas individuais restritivas da concorrência” passaram a denominar-se “práticas individuais restritivas do comércio” (“PIRC”) e a ser reguladas por diploma próprio, o Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de outubro (“DL 370/93”).

A nova legislação de 1993 deixou de condenar a imposição de preços mínimos, mas manteve a proibição da aplicação de preços ou condições de venda discriminatórios e da recusa de venda. Passou também a proibir a venda com prejuízo.

Em 1998, o DL 370/93 foi alterado. O Decreto-Lei n.º 140/98, de 16 de maio, introduziu alguns ajustamentos na tipificação das infrações e proibiu ainda as práticas negociais abusivas. Além disso, dado o desapego do Conselho da Concorrência pela disciplina, a competência de fiscalização foi cometida à Inspeção Geral das Atividades Económicas (IGAE) e a instrução e aplicação de coimas confiada à Direção-Geral do Comércio e da Concorrência.

Tanto quanto é conhecido, a partir de 1998 o diploma teve uma aplicação discreta, no essencial e no que ao âmbito contraordenacional diz respeito, circunscrita à fiscalização das vendas com prejuízo.

Decorridos 10 anos surge nova legislação da concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de junho), mas o DL 370/93 não é revogado. A competência para a sua aplicação foi de novo transferida da Direção-Geral do Comércio e da Concorrência para a recém-criada Autoridade da

A legislação anterior (DL 371/93) teve uma aplicação discreta, essencialmente às vendas com prejuízo



Concorrência. Da Autoridade da Concorrência só se conhecem decisões em matéria de vendas com prejuízo.

Uma vez mais, volvidos 10 anos, a legislação da concorrência foi revista com a publicação da Lei 19/2012, de 8 de maio, tendo o DL 370/93 sido mantido em vigor.

Em 27 de dezembro de 2013, passados quase vinte anos, o DL 370/93 é revogado. Em sua substituição é publicado o DL 166/2013, contendo um novo regime para as práticas individuais restritivas do comércio. A competência de fiscalização e de aplicação de coimas é transferida da Autoridade da Concorrência para a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE).

De notar que, dadas as múltiplas interações com o direito da concorrência, em França, na Alemanha e na Itália são as autoridades de concorrência que têm competência em matéria de práticas individuais restritivas do comércio, tal como em Portugal até à entrada em vigor do DL 166/2013.

De acordo com o preâmbulo do diploma, o novo regime procura alcançar o “equilíbrio nas relações comerciais e da sã concorrência”, se necessário através de um processo complementar de autorregulação, dissuadir o incumprimento do regime jurídico das práticas individuais restritivas de comércio aumentado as penalizações e densificar alguns conceitos tais como o de “práticas negociais abusivas”.

A fiscalização e aplicação de coimas são transferidas da Autoridade da Concorrência para a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE)



Âmbito de Aplicação

O art. 1º do DL 166/2013 determina que o diploma é aplicável apenas às empresas estabelecidas em território nacional. Esta restrição não é claramente explicada. Desfavorece, sem razão aparente, desde logo, as sociedades constituídas de acordo com a lei portuguesa, condicionando a liberdade de se adaptarem às estratégias comerciais de empresas com estabelecimento noutros países em questões tão sensíveis quanto, por exemplo, a definição das políticas de preços e condições de venda e a escolha dos clientes.

O diploma é aplicável apenas às empresas estabelecidas em território nacional

Em termos práticos, e sem outras considerações, em particular de cariz jus concorrencial, um fornecedor estabelecido em Espanha pode discriminar clientes portugueses e pode recusar-lhes a venda de bens ou a prestação de serviços. Um fornecedor estabelecido em Portugal não o pode fazer, quer relativamente a clientes portugueses, quer relativamente a clientes estrangeiros. O tratamento discriminatório das “empresas nacionais” poderá suscitar no futuro dúvidas sobre a constitucionalidade do diploma.

Estão excluídos do âmbito de aplicação do DL 166/2013 a compra e a venda de bens e a prestação de serviços com origem ou destino em país não pertencente à União Europeia ou ao Espaço Económico Europeu.

Esta exclusão sugere que a revenda com prejuízo de um *smartphone* proveniente dos EUA será admissível, mas já não o será a revenda do mesmo equipamento originário do Reino Unido, ou que a recusa de venda de televisores coreanos será lícita, mas já não o será a recusa de venda de televisores alemães. A razão da exclusão não é clara e poderá implicar um tratamento mais favorável do comércio extra comunitário relativamente ao mercado interno.

Sob este ponto de vista, a implementação do DL 166/2013 poderá confrontar-se com diversos obstáculos. A menos que a necessidade e a proporcionalidade das exceções venha a ser devidamente esclarecida, as empresas estabelecidas em Portugal e as fornecedoras e distribuidoras de bens provenientes da União Europeia não deixarão de contestar o tratamento discriminatório de que são vítimas.

Por último, o DL 166/2013 não se aplica à compra e venda de bens e à prestação de serviços na medida em que estejam sujeitas a regulação setorial. Esta exclusão poderá ter de ser interpretada restritivamente, ficando circunscrita aos casos em que a observância das disposições de regulação económica é incompatível com o regime das práticas restritivas do comércio.



Preços ou Condições de Venda Discriminatórios

O artigo 3º do DL 166/2013 proíbe a aplicação de preços ou de condições de venda discriminatórios relativamente a prestações equivalentes. Tanto o conceito de “discriminação” como o “prestação equivalente” são os da legislação anterior. A única novidade nesta matéria reside na circunstância de o nº1 do artigo 3º esclarecer que não são proibidas as práticas discriminatórias conformes com o direito da concorrência.

Tudo indica que o legislador resolveu assim uma polémica que remonta ao DL 422/83, que se acentuou com a autonomização do regime das práticas individuais restritivas do comércio decorrente do DL 370/93 e que atingiu o auge quando a competência de aplicação de coimas foi atribuída à IGAE.

Não são proibidas as práticas discriminatórias conformes com o direito da concorrência.

No entanto, tal esclarecimento trará dificuldades acrescidas na aplicação deste preceito pela ASAE. As autoridades de concorrência sofisticadas na ponderação das vantagens e inconvenientes da discriminação e mostram-se, frequentemente, mais compreensivas com a discriminação praticada por empresas em posição dominante do que as autoridades de inspeção económica relativamente a situações de diferenciação irrelevantes, não raro desprovidas de racionalidade.

A admissibilidade da prática de preços ou de condições de venda discriminatórios, sempre que resulte de comportamentos conformes com o direito da concorrência, tem como consequência que tais situações apenas são censuráveis nos casos em que o direito da concorrência também é infringido, ou seja, quando o responsável tem posição dominante e a discriminação causa dano, sem ter, contudo, qualquer justificação objetiva.

Não ficando expressamente afastada a hipótese de concurso aparente, o princípio *ne bis in idem* poderá representar um obstáculo a que o DL 166/2013 e a Lei 19/2012 sejam simultaneamente aplicáveis por duas autoridades distintas.

Como não cabe no âmbito das competências da ASAE aferir a compatibilidade de uma prática discriminatória com o direito da concorrência – nem ela tem competências, nem condições para o fazer com desenvoltura e sem risco para a aplicação e interpretação uniforme do direito da concorrência – existe natural expectativa quanto ao modo como a ASAE e a Autoridade da Concorrência irão cooperar.



Transparência de preços e de condições de venda

O artigo 4º do DL 166/2013 mantém em vigor a obrigação de possuir e de facultar a qualquer revendedor ou utilizador tabelas de preços com as correspondentes condições de venda no caso de serem solicitadas.

Continua a não existir, portanto, qualquer obrigação de afixação de tabelas de preços e de condições de transação.

A divulgação da tabela pode fazer-se por qualquer meio conforme com os usos do comércio. O nº2 é meramente indicativo relativamente ao que deve ser referenciado nas tabelas ou condições gerais de venda.

As tabelas de preços podem variar em função do tipo de cliente (ex. tipo de grossista ou de retalhista) e cada cliente apenas tem direito a conhecer as condições gerais de venda que são aplicáveis à categoria a que pertence.

As condições concretas de venda podem diferir das constantes da tabela. Este é o regime do direito francês, implicitamente aceite no nº2 do artigo 4º do DL 166/2013, que proíbe que sejam dadas a conhecer aos clientes as condições de venda abrangidas por segredo comercial.

As empresas conservam, assim, o direito de negociar e praticar condições diversas das indicadas na tabela e de não divulgar essas condições especiais quando as acordem com os respetivos clientes. A divulgação das condições comerciais concretamente aplicadas pode, aliás, infringir o direito da concorrência.

O nº3 do artigo 4º mantém a obrigação de serem reduzidas a escrito quaisquer contrapartidas especiais que uma empresa obtenha do fornecedor como retribuição da prestação de serviços específicos. As disposições não escritas são nulas.

Como sucede no direito francês, semelhante disposição pode desempenhar um papel importante na identificação e fiscalização de situações de falsa cooperação comercial e de obtenção de condições comerciais abusivas.

A existência de uma ou várias tabelas de preços é obrigatória mas as condições concretas de venda podem diferir



Venda com Prejuízo

A proibição da venda (revenda) com prejuízo mantém-se e o conceito foi clarificado em vários aspectos. A disposição continua a aplicar-se às revendas a empresas e a consumidores e o ónus da prova do preço de compra efetivo cabe ao (re)vendedor.

O preço efetivo de cada unidade vendida tem de ser determinável a partir da fatura ou de remissão nela contida

Resulta claro do nº2 do artigo 5º que a determinação do preço de compra efetivo se faz com base no preço unitário constante da fatura, líquido de pagamentos ou descontos que se relacionem direta e exclusivamente com a transação, e que se encontrem identificados na própria fatura ou, por remissão desta, em contratos de fornecimento ou tabelas de preços que estejam em vigor no momento da transação e que sejam determináveis no momento em que a fatura foi emitida.

A referência ao “preço unitário” é importante uma vez que, em linha com alguma jurisprudência, confirma que, a partir da própria fatura ou de outros documentos para a qual esta remeta, tem de ser possível determinar o preço de compra efetivo de cada unidade vendida.

Este princípio implica que certos descontos, pela sua natureza, dificilmente possam ser levados em linha de conta no apuramento do preço de compra efetivo. Poderá ser o caso, por exemplo, dos descontos relacionados com a aquisição de um conjunto mais ou menos amplo de produtos (*multiproduct rebates*), dos descontos de suporte a campanhas do revendedor, dos descontos de promoção da marca e, em geral, dos descontos que apresentam um carácter condicional (ex. um *rappel* dependente do nível de compras em determinado período ou um desconto financeiro variável consoante os prazos de pagamento).

Descontos relevantes:

- a) quantitativos, financeiros ou promocionais;*
- b) referenciados na fatura;*
- c) relacionados com a transação;*
- d) determináveis quando a fatura é emitida.*

O nº3 do artigo 5º, refere-se apenas a três tipos de descontos relacionados direta e exclusivamente com a transação:

- (i) os descontos de quantidade;
- (ii) os descontos financeiros; e
- (iii) os descontos promocionais, que devem ser identificáveis quanto ao produto, respetiva quantidade e período durante o qual irão vigorar.

Aparentemente a lista é exaustiva, e, nesse sentido, se têm pronunciado alguns tribunais. Mas não é decisiva já que há descontos de quantidade, financeiros ou promocionais que, por serem condicionais, não são determináveis no momento em que a fatura é emitida.



Se os descontos não figurarem na fatura nos moldes prescritos, deverá o adquirente do produto reclamar junto do fornecedor.

A jurisprudência tem, em muitas situações, colocado a ênfase na circunstância de o desconto, independentemente do seu objetivo, permitir relacionar o produto, o preço e a transação, viabilizando o apuramento do preço unitário. Desde que esta relação seja possível, todos os descontos indicados direta ou indiretamente na própria fatura por referência a determinado produto poderiam considerar-se descontos de quantidade, independentemente do objetivo com que são pedidos ou concedidos.

Continua, no entanto, a ser prudente qualificar os vulgares “descontos comerciais” genéricos, ainda que identificados na fatura, como um dos tipos indicados na lei ou, pura e simplesmente, eliminá-los, descontando-os no preço base, consoante for permitido pelas circunstâncias¹.

Em síntese, os descontos relevantes para o cálculo do preço de *compra* efetivo deverão reunir, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- (i) devem estar expressamente indicados na fatura ou em acordos e/ou condições para os quais remeta;
- (ii) devem poder ser reconduzidos a uma de três categorias - descontos de quantidade, descontos financeiros ou descontos promocionais;
- (iii) devem permitir estabelecer uma relação direta com a transação em causa; e
- (iv) devem poder ser determináveis no momento da emissão da fatura de compra.

Descontos diferidos devem ser imputados à quantidade vendida do produto em causa nos últimos 30 dias.

Se os descontos não figurarem na fatura nos moldes descritos, deverá o adquirente do produto reclamar junto do fornecedor no prazo de 25 dias a contar da respetiva receção. Este ónus surge agora consagrado no nº6 do artigo 5º. A sanção do vício deve ocorrer no prazo de 20 dias após a reclamação.

Uma novidade introduzida pelo DL 166/2013, prende-se com a consagração de regras nos nºs 4 e 5 do artigo 5º para determinar o preço de *venda* nos casos em que sejam atribuídos descontos diferidos no tempo, como é o caso dos denominados “descontos em cartão”.

Em princípio, todos os descontos concedidos num determinado produto são considerados para o apuramento do respetivo preço de venda (cf. nº4 do artigo 5º). No caso dos descontos diferidos no tempo, o cliente não beneficia do desconto na aquisição do produto que dá direito ao desconto mas ganha a possibilidade de deduzir o valor do desconto em compra futura.

De acordo com o DL 166/2013, os descontos concedidos num produto de determinado fornecedor e que consistam na atribuição de um direito de compensação em aquisições

¹ Note-se que os tribunais têm entendido que a natureza dos descontos relevantes para efeitos do cálculo de compra efetivo não tem de estar identificada nas respetivas faturas e que semelhante exigência não decorre da lei, bastando que seja possível estabelecê-la por referência a condições acordadas e/ou atendendo às suas características (cf. Acórdão da Relação de Évora, de 2.7.2013, no Processo nº 21/12.0YUSTR.E1).



posteriores desse ou de outros produtos devem ser imputados à quantidade vendida do referido produto e fornecedor nos últimos 30 dias.

Uma vez que se trata de apurar se a venda do produto que dá lugar ao desconto em aquisição posterior foi feita com prejuízo, não se permite, aparentemente, nem a diluição do direito de compensação no passado por mais tempo, nem a imputação do desconto aos produtos que beneficiam do desconto no futuro.

O nº10 do artigo 5º indica os casos em que ao regime da venda com prejuízo não é aplicável. A lista parece ser exaustiva e não meramente indicativa, como sucede por exemplo no direito alemão.

Este preceito excluiu a possibilidade de se recorrer à “*meeting the competition defence*”. A necessidade de alinhar o preço de revenda com o de um concorrente deixou de poder ser invocada como justificação da revenda com prejuízo.

Não se conhece a razão de ser desta modificação, tanto mais que a razoabilidade do alinhamento do preço por ofertas mais competitivas continua a ser admitida em legislações deste tipo, como é o caso da legislação francesa, mesmo quando implica uma revenda com prejuízo.



Recusa de Venda ou de Prestação de Serviços

Os termos da proibição da recusa de venda ou de prestação de serviços mantêm-se essencialmente os mesmos no nº1 do artigo 6º. A proibição é independente do carácter mais ou menos essencial da prestação e do facto de prejudicar, ou não, o regular abastecimento do mercado.

A disposição continua a abranger apenas as relações entre empresas e a considerar as vendas e os serviços subordinadas ou *tying* como uma forma de recusa. Na nova legislação sai reforçada a ideia de que a recusa de venda ou de prestação de serviços pode ser justificada, desde logo, pelos usos normais da respetiva atividade ou por disposições legais ou regulamentares.

O nº2 do artigo 6º lista as causas justificativas da recusa que cabe sempre ao vendedor comprovar. O rol parece ser exaustivo, diferentemente do que sucede, por exemplo, no direito francês.

Na realidade, porém, as causas justificativas previstas no nº2 do artigo 6º podem ser interpretadas de modo a abranger a larga maioria das situações em que o vendedor tem um interesse atendível na recusa de venda ou de prestação do serviço.

O novo diploma mantém as justificações anteriores e acrescenta algumas novas razões que relevam do domínio da coerência dos sistemas de distribuição, da proteção da propriedade intelectual, do direito internacional público e dos casos de força maior.

Em primeiro lugar, continua a justificar-se a recusa de venda com vista a assegurar a satisfação das exigências normais da exploração industrial ou comercial do vendedor, designadamente a manutenção dos seus *stocks* de segurança ou a satisfação das suas necessidades de consumo próprio, bem como a satisfação de compromissos anteriormente assumidos pelo vendedor (cf. alíneas a) e b) do nº1 do artigo 6º).

O fornecedor pode ainda recusar a venda em caso de desproporção manifesta da encomenda face às quantidades normais de consumo do adquirente ou aos volumes habituais das entregas do vendedor, ou perante a falta de capacidade do adquirente para, face às características do bem ou serviço, assegurar a sua revenda em condições técnicas satisfatórias ou manter um adequado serviço de pós-venda (cf. alíneas c) e d) do nº1 do artigo 6º).

As alíneas a) a d) do nº1 do artigo 6º permitem justificar as recusas de venda inerentes à organização dos sistemas de distribuição do fornecedor, quer no que toca à limitação do número

Novas justificações relativas à coerência dos sistemas de distribuição, proteção da propriedade intelectual, direito internacional público e casos de força maior.



de revendedores quer à implementação de sistemas de distribuição seletiva que assegurem que os bens e serviços apenas são colocados e mantidos no mercado por entidades que reúnam certas características.

A alínea g) reconhece expressamente a legalidade da recusa de venda decorrente dos regimes de distribuição exclusiva conformes ao direito da concorrência. Tipicamente, quando alguém se compromete a só vender a um determinado revendedor tem de recusar a venda aos demais. Não parece, aliás, aceitável que a recusa de venda possa ser lícita para o direito da concorrência e censurável para o DL 166/2013.

Existem, efetivamente, várias situações compatíveis com o direito da concorrência em que o fornecedor tem o direito de recusar a venda ou a prestação de serviços, não obstante deter uma posição de domínio de mercado. É o caso, por exemplo, da recusa de acesso a infraestruturas essenciais e a bens e serviços replicáveis ou para os quais existem alternativas. É também o caso de reorganização da empresa destinada a promover a sua integração vertical.

No direito da concorrência a recusa de venda só é proibida quando a empresa que a pratica tem posição dominante e quando se traduz na interrupção não justificada de uma relação comercial já existente ou quando implica a recusa de acesso a um fator de produção de que o cliente necessita para concorrer com o fornecedor noutra mercado.

A apreciação das causas justificativas consagradas nas alíneas a) a d), e na alínea g), pressupõe que a ASAE se pronuncie sobre matérias que não são da sua competência. Sob esta perspetiva existe natural expectativa quanto ao modo como a ASAE e a Autoridade da Concorrência irão cooperar.

Como não podia deixar de ser, a venda ou a prestação de serviços continua a poder ser negada em virtude da fundada falta de confiança do vendedor quanto à pontualidade do pagamento pelo adquirente, tratando-se de vendas a crédito, ou da existência de débitos vencidos e não liquidados relativos a fornecimentos anteriores (cf. alíneas e) e f) do n.º1 do artigo 6.º).

O DL 166/2013 admite ainda outras causas justificativas da recusa de venda tais como a proteção da propriedade intelectual, as restrições vigentes no Direito da União Europeia e no Direito Internacional, nomeadamente para a repressão e combate da criminalidade e terrorismo, e a dificuldade anormal de venda ou da prestação de serviços por razões de força maior (cf. alíneas h), i) e j) do n.º1 do artigo 6.º).

A apreciação das causas justificativas exige que a ASAE interprete a lei de acordo com o direito da concorrência.



Práticas negociais abusivas

O artigo 7º alterou significativamente o anterior regime das práticas negociais abusivas proibindo:

- (i) a fixação de preços de revenda mínimos;
- (ii) a obtenção de preços, condições de pagamento, modalidades de venda ou condições de cooperação comercial exorbitantes relativamente às condições gerais de venda praticadas pelo fornecedor;
- (iii) a imposição unilateral, direta ou indireta de realização de uma promoção de um determinado produto ou de quaisquer pagamentos enquanto contrapartida de uma promoção;
- (iv) a obtenção de contrapartidas por promoções em curso ou já ocorridas, incluindo os descontos que consistirem na atribuição de um direito de compensação em aquisição posterior de bens equivalentes ou de outra natureza;
- (v) a alteração retroativa de um contrato de fornecimento.

Este conjunto de proibições suscita várias questões.

O artigo 7º alterou significativamente o anterior regime das práticas negociais abusivas.

Por exemplo, o direito da concorrência proíbe já a fixação de preços de revenda e, portanto, a fixação de preços de revenda mínimos em geral. Na realidade, porém, não é de excluir que a fixação direta ou indireta dos preços de revenda seja, em casos excepcionais, lícita face ao direito da concorrência. Por outro lado, são frequentes as situações em que é usual a uniformização dos preços ao nível da distribuição, em especial da venda a retalho, como sucede em alguns sistemas de franquia.

No que toca à obtenção de preços, condições de pagamento, modalidades de venda ou condições de cooperação comercial exorbitantes relativamente às condições gerais de venda praticadas pelo fornecedor, o DL 166/2013 considera exorbitantes os preços, condições de pagamento, modalidades de venda ou condições de cooperação comercial que se traduzam na concessão de um benefício ao comprador, ou ao vendedor, não proporcional ao volume de compras ou vendas ou, se for caso disso, ao valor dos serviços prestados. Não é contudo indicado qualquer critério que permita aferir a referida proporcionalidade.

Por último são ainda proibidas, no setor agroalimentar, as práticas negociais do comprador quando o fornecedor seja uma micro ou pequena empresa, organização de produtores ou cooperativa, e que se traduzam em:



- (i) rejeitar ou devolver os produtos entregues, com fundamento na menor qualidade de parte ou da totalidade da encomenda ou no atraso da entrega, sem que seja demonstrada, pelo comprador, a responsabilidade do fornecedor por esse facto;
- (ii) impor, em certas circunstâncias, um pagamento, diretamente ou sob a forma de desconto.

A melhor forma de prevenir o incumprimento da lei nas diversas situações descritas no artigo 7º é a conclusão de um acordo relativamente às condições a praticar, que traduza também a razão pela qual tais condições são por ambas as partes consideradas razoáveis e aceites atentas as circunstâncias da relação comercial existente, evitando-se a consequência de nulidade prevista no nº4 do artigo 7º. Excetua-se, naturalmente, a fixação de preços de revenda mínimos na medida em que decorra de um acordo, em regra proibido pela Lei 19/2012.



Autorregulação

O DL 166/2013 convida as empresas interessadas – clientes e fornecedores – a autorregularem as práticas comerciais não proibidas (cf. artigo 7º, nº5 e artigo 16º) através das estruturas representativas dos respetivos setores de atividade.

Prevê inclusivamente que os instrumentos de autorregulação sejam sujeitos a homologação pelos membros do Governo responsáveis pela área da economia e pelos setores de atividade representados, que podem instituir mecanismos de acompanhamento das decisões nesse domínio.

Em geral, existe um elevado risco de que a autorregulação seja incompatível com as regras de concorrência.

O preâmbulo do DL 166/2013 dá especial ênfase ao papel da autorregulação, observando que o esforço para alcançar eficazmente os objetivos de equilíbrio nas relações comerciais e da “sã concorrência” não depende unicamente da aprovação de regulamentação pela Administração, devendo ser privilegiadas soluções de índole consensual, que envolvam o compromisso dos agentes económicos representados pelas suas estruturas associativas, designadamente o compromisso de respeito por determinadas condutas e por condições básicas de negociação.

Em geral, existe um elevado risco de que esta autorregulação seja incompatível com as regras de concorrência, em especial com a Lei 19/2013 e com os artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Há que escrutinar efetivamente os seus objetivos, o seu âmbito e os respetivos efeitos.

Semelhante tipo de coordenação corporativa tem sido censurado pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça, tal como o tem sido o papel do Estado na promoção e validação de entendimentos dentro do mesmo sector económico e entre setores económicos.



Sanções e Medidas cautelares

As sanções pela violação do disposto em matéria de PIRC foram sensivelmente reforçadas no novo regime jurídico. Os montantes máximos das coimas foram aumentados e a ASAE pode aplicar medidas cautelares e sanções pecuniárias compulsórias destinadas a torná-las efetivas (cf. artigos 9º, 10º, 8º e 11º).

As coimas podem atingir € 2,5 milhões no caso de infrações cometidas por grandes empresas.

Tal como previsto no DL 166/2013, as coimas podem agora atingir € 20.000 caso as contraordenações sejam cometidas por pessoas singulares, € 50.000 se praticadas por microempresas, € 150.000 se perpetradas por pequenas empresas, € 450.000 se executadas por médias empresas e € 2.500.000 se levadas a cabo por grandes empresas.

A ASAE pode ainda determinar, com carácter de urgência e sem dependência de audiência de interessados, a suspensão da execução de uma prática restritiva suscetível de provocar prejuízo grave, de difícil ou impossível reparação, a outras empresas, sempre que constate que existem indícios fortes da sua verificação, ainda que na forma tentada.

A ASAE pode igualmente aplicar uma sanção pecuniária compulsória no caso de o agente não cumprir a decisão que impõe a adoção de medidas cautelares.

Esta sanção compulsória é fixada segundo critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, atendendo ao volume de negócios do transgressor realizado no ano civil anterior e ao impacto negativo causado no mercado e nos utilizadores pelo incumprimento, podendo o seu montante diário atingir os € 50.000 por um máximo de 30 dias ou de € 1.500.000.

A circunstância de 20% a 30% do produto das coimas reverter para ASAE, entidade que controla o cumprimento da nova legislação, pode incentivar adicionalmente a fiscalização, instrução e decisão dos processos.



Entrada em vigor e medidas de transição

O DL 166/2013 entrou em vigor a 25 de fevereiro de 2014.

O DL 166/2013 entrou em vigor a 25 de fevereiro de 2014 e, nos termos do seu artigo 17º, todos os contratos de fornecimento vigentes nessa data cessam no prazo máximo de 12 meses (25 de fevereiro de 2015), salvo se, dentro daquele prazo, forem revistos e compatibilizados com o novo regime jurídico aplicável às PIRC. As cláusulas dos novos contratos que estejam em desconformidade com o DL 166/2013 são nulas.

Os processos pendentes ou em fase de instrução na Autoridade da Concorrência são remetidos oficiosamente para a ASAE e os prazos processuais ou substantivos suspendem-se no 30º dia anterior à data de entrada em vigor do DL 166/2013, reiniciando-se a contagem no 30º dia posterior à mencionada data.

Esclarecimentos adicionais podem ser solicitados a:

Nuno Ruiz (nr@vda.pt)

Miguel Mendes Pereira (mig@vda.pt)

Isabel Gião de Andrade (iga@vda.pt)

Porto, 02 de abril de 2014

Vieira de Almeida & Associados, Sociedade de Advogados, RL