



2 de Abril 2014

O NOVO REGIME DAS PRÁTICAS RESTRITIVAS DO COMÉRCIO E A SUA PRIMEIRA LEITURA PELA ASAE

O novo regime aplicável às práticas restritivas do comércio, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de Dezembro, e que se encontra em vigor desde o passado dia 25 de Fevereiro, tem suscitado várias dúvidas de interpretação, em resultado das suas deficiências técnico-legislativas. Por essa razão, importa analisar qual o entendimento que a ASAE tenderá a adotar na aplicação deste diploma, e cuja primeira leitura consta de documento recentemente publicado na sua página eletrónica. No entanto, não é demais sublinhar que a interpretação competirá sempre, em última instância e em cada caso, aos tribunais.

Comece-se por salientar o facto de este diploma não ter por propósito a tutela da concorrência. Sinais disso são as referências preambulares quer à remoção da AdC como autoridade competente, quer aos objetivos de proteção dos concorrentes e da transparência sempre que “não esteja em causa uma afetação sensível da concorrência” (*sic*). Por outro lado, vem prever um extraordinário agravamento das coimas. Com efeito, é curioso verificar que, entre 2008 e 2012, a AdC aplicou um total de € 1,9 milhões em coimas por violações do diploma anterior e que, durante o mesmo período, em comparação com o quadriénio de 2003 a 2007, a ASAE havia transmitido menos 33% de processos contraordenacionais à AdC para decisão (fonte: AdC, 2013). Ora, no novo diploma, a coima que pode ser aplicada por uma única infração é de 2,5 milhões de euros, o que traduz um brutal aumento de 16666,66%, como já foi notado (Miguel Gorjão-Henriques: Jornal de Negócios, de 10 de Fevereiro de 2014).

Acresce que o diploma mantém a proibição da «venda com prejuízo» e, conseqüentemente, a artificialidade que tal proibição gera face à realidade económica. Por essa razão, a modelação dos conceitos usados certamente colocará à ASAE especiais dificuldades. Recorde-se que no conceito de “preço de compra efetivo” (que, em abono



da verdade, se mantém uma *ficção jurídica* sem aderência à realidade) são agora introduzidas menções expressas ao preço unitário e também a um conceito de “pagamentos” que a lei não esclarece. A este respeito, no entanto, a ASAE veio já dizer que estão aqui englobados “todos os serviços prestados pelo distribuidor ao fornecedor que estejam relacionados com a transação dos produtos adquiridos deverão ser tidos em conta na determinação do preço líquido de venda dos bens”, tais como exemplo, (i) logística integrada (nomeadamente o transporte), (ii) animação promocional; (iii) desenvolvimento de *marketing*, (iv) bónus, (v) taxa de distribuição, (vi) incentivo ao aumento de vendas, (vii) carga completa.»

Por outro lado, relativamente ao critério de aceitação dos descontos para determinação do “preço de compra efetivo”, o novo diploma suscita dificuldades adicionais, nomeadamente quando o legislador refere que, para o cálculo do preço de venda, se conta com os descontos praticados pela empresa vendedora relativamente a um “determinado produto”. Segundo a ASAE, estes têm “necessariamente de se prender com a transação dos produtos em causa e só poderão ser tidos em conta caso estejam devidamente identificados na fatura (diretamente ou mediante remissão para contratos ou tabelas de preços ali devidamente identificados) e desde que sejam determináveis à data da respetiva emissão”. No que concerne aos descontos que consistem na atribuição de um crédito *a posteriori*, a ASAE vem esclarecer que, nestes casos de desconto diferido, o mesmo é “imputado à quantidade vendida do mesmo produto e do mesmo fornecedor nos últimos 30 dias [contados a partir da data do ato inspetivo da ASAE]” pelo que, conseqüentemente, “para apurar o preço efetivo de venda daqueles bens, será necessário proceder a uma média ponderada das quantidades vendidas naquele período e dos preços a que os bens foram vendidos, considerando-se para o seu cálculo efetivo os créditos que foram efetivamente atribuídos aos portadores, por exemplo, de cartões ou talões de desconto.”

Já na parte relativa às denominadas *práticas negociais abusivas*, o Decreto-Lei n.º 166/2013 introduz uma especificidade relativamente ao sector agroalimentar, em particular quando estejam em causa relações comerciais com “micro ou pequenas empresas, organizações de produtores ou cooperativa”. A este respeito, importa porém sublinhar que o legislador proíbe e sanciona como nula a estipulação de um conjunto de práticas que, em alguns casos, são certamente do interesse do “micro ou pequeno” fornecedor. Ao fazê-lo, questiona-se se este regime - originalmente concebido para proteger este tipo de empresas - é verdadeiramente favorável ou se o excesso de protecionismo não terá antes um efeito perverso não só pelo facto de ser apto a reduzir a atratividade da contratualização por parte das grandes cadeias de distribuição, como também pelo facto de tal proteção poder ser vista como discriminatória em detrimento das próprias PME's, nomeadamente quando estejam em causa produtos que venham de empresas situadas em países terceiros à União Europeia (e que, por



consequente, se encontram afastadas do âmbito de aplicação deste regime). Tal perversidade acentua-se se pensarmos no que poderá acontecer se os produtores tiverem de colocar os seus produtos em cada loja, agora que não é possível cobrar por esses ou outros serviços que lhes são prestados no interesse de ambas as partes?

Uma outra dúvida surge relativamente à obrigatoriedade de os contratos de fornecimento em vigor terem de ser “revidos e compatibilizados” dentro de um prazo máximo de um ano, sob pena de se extinguirem *ope legis*. Quanto a este último aspeto, a ASAE apenas refere que esta norma “[não] implica a necessidade de alteração dos contratos que não incluam disposições contrárias ao novo regime jurídico”. Mas... e no que concerne aos restantes contratos? Extinguem-se por mero efeito da lei? E se assim for, será que tal é sequer aceitável do ponto de vista constitucional, tendo em conta os princípios da liberdade contratual, livre iniciativa económica privada e liberdade de empresa e propriedade? E, noutra vertente, será que uma entidade administrativa como a ASAE pode interpretar uma lei contra a sua própria letra?

Não obstante o esforço de esclarecimento por parte da ASAE, que se saúda, a verdade é que algumas destas questões continuam a gerar muitas dúvidas, mostrando que será extremamente complexo monitorizar o respeito pelo disposto nestas normas, reforçando até a ideia de que o Decreto-Lei n.º 166/2013 pode vir a ser mais prejudicial do que benéfico não só para as empresas, e dentro destas, em especial as PME, como inclusivamente para os próprios consumidores. Por ora, não nos resta outra alternativa senão aguardar pelo entendimento que as autoridades administrativas e judiciais irão, na prática, assumir e de que modo os tribunais lidarão com as normas em causa.

Luís Bordalo e Sá
lbs@servulo.com

Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

A presente publicação da Sérvulo & Associados tem fins exclusivamente informativos. O seu conteúdo não constitui aconselhamento jurídico nem implica a existência de relação entre advogado cliente. A reprodução total ou parcial do conteúdo depende da autorização expressa da Sérvulo & Associados.

Rua Garrett, n.º 64 1200-204 Lisboa - Portugal Tel: (+351) 21 093 30 00 Fax: (+351) 21 093 30 01/02

Rua Pedro Homem de Mello, n.º 55, 5º andar 4150-599 Porto - Portugal Tel: (+351) 22 093 56 45 Fax: (+351) 22 099 23 75

Rua Ernesto do Canto, n.º 54 9500-312 Ponta Delgada - Portugal Tel: (+351) 296 30 43 40 Fax: (+351) 296 30 43 41

geral@servulo.com www.servulo.com