

SOBRE A OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS NEGÓCIOS DE TRANSMISSÃO DE EMPRESA*

Rui Cardinal Carvalho

*Estudante do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-empresariais,
Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal*

Resumo: A observação atenta da prática negocial permite concluir que a transmissão da empresa se pode processar, ou de forma direta - através da celebração de negócios como o *trespasse* - ou de forma indireta - geralmente através da compra e venda de participações sociais na sociedade proprietária do estabelecimento em número suficiente para imitar o adquirente numa posição de controlo naquela.

É com os olhos postos nesta realidade que, no texto que agora se apresenta, procuraremos tomar partido numa questão fraturante que é a de saber se é possível equiparar os negócios de compra e venda de participações de uma sociedade (*share deals*) aos negócios de transmissão direta do estabelecimento (*asset deals*) para efeitos de transmissão daquele. A assunção de uma posição nesta questão é pressuposto essencial para que possamos cumprir o nosso principal desiderato que consiste em averiguar se, à semelhança do que sucede ao *trespassante* por força da realização de um *trespasse*, também nos *share deals* é possível afirmar que o transmitente das participações sociais fica implicitamente vinculado a não concorrer com o transmissário. Atendendo à posição que defenderemos a propósito deste problema, tornar-se-á necessário ensaiar a definição dos limites daquela obrigação, tarefa que nos propomos a realizar tomando como ponto de apoio o direito da concorrência da UE. Aquando da sua realização, procuraremos tomar posição em relação aos diversos problemas que geralmente se colocam, tanto no

* O presente estudo corresponde ao Relatório apresentado para a disciplina de Direito da Concorrência (Competition Law) do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

plano doutrinal como na prática jurídica, a propósito daqueles mesmos limites.

Palavras-chave: *Trespasse, share deal, asset deal*, obrigação implícita de não concorrência.

Introdução

Numa economia rudimentar como a que precedeu o capitalismo industrial do século XIX, cujas limitações em termos de produção, procura e possibilidades de desenvolvimento tecnológico, promoviam a existência de pequenos mercados, povoados por pequenos empresários que exploravam empresas que eram parte integrante do seu património pessoal, é natural, quase inevitável, que o único modo de transmissão da empresa conhecido e praticado fosse a transmissão direta, também designada por *asset deal*. Os modos de transmissão indireta - *share deals* - mais complexos, estão associados a economias mais desenvolvidas, com mercados estruturalmente mais intrincados, em que os atores principais e proprietários das empresas são sociedades de maior ou menor dimensão e não pequenos empresários individualmente considerados. Nestes mercados, o controlo da atividade empresarial exerce-se de modo indireto, através da detenção de participações sociais em número bastante na sociedade proprietária.

O mercado interno da União Europeia insere-se, sem dúvida, na categoria de economias desenvolvidas e, pelas suas dimensões geográfica e económica, intensidade concorrencial e nível médio de desenvolvimento tecnológico apresenta-se, em geral, como um lugar hostil ao pequeno empresário, mas é o “habitat” ideal para os empresários que consigam aproveitar as vantagens decorrentes do exercício de atividades económicas através do veículo societário, associadas à limitação da responsabilidade e ao corresponsivo potencial de desenvolvimento.

É com os olhos postos nesta realidade que, no texto que agora se apresenta, procuraremos tomar partido numa questão fraturante que é a de saber se é possível equiparar os negócios de compra e venda de participações de uma sociedade aos negócios de transmissão direta do estabelecimento para efeitos de transmissão daquele. A assunção de uma posição nesta questão é pressuposto essencial para que possamos cumprir o nosso principal desiderato que consiste em averiguar se, à semelhança do que sucede ao trespasante por força da realização de um trespasse, também nos *share deals* é possível afirmar que o transmitente das participações sociais fica implicitamente vinculado a não concorrer com o transmissário. Atendendo à posição que defenderemos a propósito deste problema, tornar-se-á necessário ensaiar a definição dos limites daquela obrigação, tarefa que nos propomos a realizar tomando como ponto de apoio o direito da concorrência da UE. Aquando da sua realização, procuraremos tomar posição em relação aos diversos problemas que geralmente se colocam, tanto no plano doutrinal

como na prática jurídica, a propósito daqueles mesmos limites.

Antes de terminar, não deixaremos de fazer uma breve alusão às cláusulas contratuais de não concorrência e a um específico problema que a propósito destas se pode colocar.

Salvaguardando desde já que apesar de tudo o que ficar dito, muito mais haveria a dizer, damos início à nossa exposição.

I. Negócios de transmissão do estabelecimento comercial – Modalidades

1. Considerações introdutórias

São inúmeras as razões que podem motivar os sujeitos a alienar/adquirir um estabelecimento pela via negocial. Do lado do adquirente, por exemplo, pode existir uma vontade de expandir a sua presença num determinado mercado e a aquisição de uma empresa¹ funcional que opere eficazmente neste pode ser uma boa alternativa à promoção do crescimento interno da sua própria empresa ou à criação, de raiz, de uma nova. O alienante, por seu turno, pode ter o desejo oposto de diminuir a sua presença no mercado em causa e a venda da empresa como um todo pode representar uma via de saída mais lucrativa do que a alienação de cada um dos seus componentes individualmente considerados².

Compreende-se, assim, a feliz expressão de Engrácia Antunes, segundo quem “pode dizer-se que a empresa nasceu, de um certo modo, condenada a circular e a mudar de mãos”³.

A observação atenta da prática negocial permite concluir que a transmissão da empresa se pode processar, ou de forma direta - através da celebração de negócios como o *trespasse*⁴ - ou de forma indireta - geralmente através da compra e venda de

1 Quando encarada como veículo idóneo à intervenção no mercado, desenvolvido por um sujeito que se deseja estabelecer e ocupar um particular espaço na atividade produtiva, a empresa revela-se no seu perfil objetivo e aparece-nos como o objeto suscetível de apropriação que é vulgarmente designado por estabelecimento comercial. Deste ponto de vista, os conceitos de “empresa” e “estabelecimento” podem ser usados indiferentemente para referir a mesma realidade - aquele perfil objetivo da empresa - sem que tal se traduza num dano considerável à coerência e rigor da exposição. Por ser assim, ao longo das próximas páginas ambos os termos irão ser empregues indistintamente.

2 Muitas outras razões existirão na prática e poderiam ser aqui indicadas, não apenas de índole económica, mas também de natureza pessoal. Para um elenco de exemplos mais desenvolvido, Antunes, José A. Engrácia, “A Empresa como Objeto de Negócios – “Asset Deals” Versus “Share Deals”, *ROA*, 2008, p.716.

3 Antunes, José A. Engrácia, op. cit., cit. P. 715.

4 Para facilitar a exposição, associaremos a transmissão direta/*asset deal* ao contrato de *trespasse*. Todavia, cabe dizer que são inúmeros os negócios que em concreto se podem reconduzir a esta

participações sociais na sociedade proprietária do estabelecimento⁵ em número suficiente para imitar o adquirente numa posição de controlo naquela.

2. *Share deal e asset deal* – condições de equiparação

Sendo inegável a existência de diferenças fundamentais entre as duas modalidades de transmissão enunciadas, pode colocar-se a questão de saber se, em boa verdade, se pode equiparar a transmissão direta de uma empresa explorada por uma sociedade à compra e venda de participações sociais na sociedade em causa para efeitos de transmissão do estabelecimento⁶. Em caso de resposta afirmativa a esta primeira questão, importa definir então em que condições é que se pode aceitar a equiparação.

Adiantando desde já que consideramos admissível que em determinadas circunstâncias se sustente aquela equiparação, importa analisar em que argumentos assenta a nossa posição e o porquê de repudiarmos outras soluções, também elas dignas de consideração⁷.

forma de transmissão. Desde logo, poder-se-ia fazer a distinção entre as transmissões diretas definitivas e as temporárias. Além disso, poderiam ainda ser identificadas formas híbridas, concebidas pelas partes ao abrigo da liberdade contratual. Sobre a figura jurídica do *trespass*, a literatura é abundante. Para uma panorâmica da figura, veja-se, por exemplo, Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial, Volume I*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 283 a 300.

- 5 Ao longo da exposição, por motivos de simplificação, associaremos a transmissão indireta/*share deal* a este contrato. Isto não significa que se ignore a existência de uma miríade de contratos que se poderiam reconduzir à forma de transmissão indireta, significa, apenas, que vemos naquele o principal instrumento de transmissão indireta da empresa o que justifica que nele nos concentremos. Para uma descrição das modalidades especiais de transmissão indireta, veja-se Antunes, José A. Engrácia, op. cit. pp. 734 a 744.
- 6 É possível encontrar na doutrina nacional algumas linhas interessantes dedicadas a esta questão, por exemplo: Antunes, José A. Engrácia, op. cit., Monteiro, António Pinto, “Compra e venda de empresa – A venda de participações sociais como venda de empresa (“*share deal*”)”, *RLJ*, ano 137, em coautoria com Pinto, Paulo Mota, pp. 76 e ss., Silva, João Calvão da, “Compra e venda de empresas”, *CJ*, ano 18, tomo II, pp. 205 a 222, Correia, A. Ferrer e Sá, Almeno de, “Oferta pública de venda de acções e compra e venda de empresa”, *CJ*, ano 18, pp. 257 a 302. Todavia, é na doutrina e jurisprudência estrangeiras que nos deparamos com os mais acalorados debates, em que se esgrimem as mais variadas posições e se obtêm respostas que são tudo menos coincidentes. A título de exemplo ilustrativo, veja-se a lista de bibliografia germânica indicada por Monteiro, A. Pinto, op. cit., p. 79, nota 14.
- 7 No elenco de outras soluções possíveis podemos equacionar duas soluções absolutas e apriorísticas que se reconduzem, respetivamente, à equiparação em qualquer caso e, no polo oposto, à negação absoluta da equiparação. A primeira destas posições é, quanto a nós, meramente teórica na medida em que a sua afirmação redundaria numa negação frontal de dados tão óbvios como a diferença do objeto direto de cada um dos negócios – estabelecimento comercial no *asset deal*, participações sociais no *share deal* - o facto de a aquisição do controlo da sociedade

Passando em revista as posições defendidas por alguns dos juristas mais ilustres do panorama jurídico português, podemos concluir que são essencialmente dois os critérios avançados – um critério quantitativo e um critério de interpretação do contrato – cujo preenchimento se exige para que se possa aceitar a equiparação.

Ferrer Correia, por exemplo, defendeu, numa primeira análise do assunto em 1948, que seria de equiparar o negócio de compra e venda de participações sociais ao trespasse apenas quando através da sua interpretação pudesse “considerar-se envolvida a própria transmissão da empresa (trespasse)”⁸, isto mesmo que ocorresse a transmissão da totalidade das participações sociais. Desta forma o autor dava ênfase ao critério da interpretação do contrato, em detrimento de um simples critério quantitativo. Mais tarde, este mesmo jurista renovou a sua posição, defendendo, uma vez mais, a primazia dos critérios gerais de interpretação dos contratos sobre o critério quantitativo⁹.

Parece-nos salutar esta orientação do pensamento jurídico do insigne jurista. De facto, o critério numérico padece de determinadas insuficiências congénitas que determinam a sua inelegibilidade como critério principal, como o são, desde logo, a impossibilidade de encontrar um número concreto que marque, em abstrato e com segurança, a barreira que separa os negócios equiparáveis dos que não o sejam¹⁰, ou o

estar dependente de inúmeros fatores que não apenas o número de participações sociais detidas, a circunstância de no *share deal* não existir qualquer modificação subjetiva na titularidade do direito de propriedade sobre a empresa, ao contrário do que sucede no *asset deal*, e, por fim, o facto de inúmeros negócios de transmissão de participações sociais serem, tão-somente, isso mesmo, não existindo da parte dos contraentes qualquer vontade de transmitir uma empresa da sociedade. Quanto à segunda posição, oferece-nos dizer que apesar de todas as diferenças manifestas entre o *asset deal* e o *share deal* supramencionadas e que depõem no sentido da negação da equiparação, parece que sufragá-la seria adotar uma postura que mesmo sendo sustentada por um raciocínio correto do ponto de vista de uma estrita lógica assente na ciência jurídica, entraria em confronto direto com o que na prática negocial do dia-a-dia se verifica. Acabariamos, portanto, por ter uma solução “geometricamente” agradável e perfeitamente enquadrável no sistema num puro plano teórico, mas manifestamente imprestável para dar guarida às reais necessidades criadas pela prática negocial. Repare-se que perante a realidade concreta do tráfego, muitas vezes pode afirmar-se que o *share deal* está para a transmissão do estabelecimento como o caminho está para o destino, ao ponto de se poder dizer com Ricardo Costa: “Sabe-se que que hoje em dia praticamente não se trespasam empresas. Antes se transmitem as participações de domínio ou controlo das sociedades que exploram as empresas” em “O Novo Regime do Arrendamento Urbano e os Negócios sobre a Empresa” in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, cit., p. 511.

8 Correia, A. Ferrer, *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Coimbra, Atlântida, 1948, cit. p. 304.

9 Correia, A. Ferrer e Sá, *Almeno de*, op.cit., pp. 269 a 271.

10 De facto, não nos parece possível estabelecer que, em qualquer caso e apesar de tudo, a transmissão de, por exemplo, 50%, ou 80%, ou até 99.9% - porque não? - equivalha à transmissão do estabelecimento. Basta recordar aqueles casos em que ocorre uma “compra de capa”/ *mantelkauf*, em que se adquirem participações em sociedades desprovidas de empresa e também as aquisições em bolsa, com intuito puramente especulativo.

seu potencial para deixar na sombra da injustiça todas as situações em que através do negócio sejam transmitidas participações em número bastante próximo, mas ainda assim inferior, ao número limite selecionado¹¹. Também na nossa perspetiva é precisamente o critério da interpretação do contrato que deve assumir maior peso no juízo de equiparação, reservando-se para o critério quantitativo um papel instrumental, indiciário, não devendo, tão-pouco, ser exigida a transmissão de uma grande percentagem do capital social.

De facto, se aquilo que se exige é que através do negócio sobre as participações se faculte ao adquirente a possibilidade de controlar o estabelecimento comercial – ainda que de forma indireta – então parece que será suficiente a transmissão de uma percentagem que determine a imissão deste numa posição de controlo da sociedade. Tal sucederá, em princípio, nas situações em que seja adquirida uma maioria absoluta da percentagem do capital. Nestas situações, o adquirente agora sócio maioritário, pode, à partida, impor os seus desígnios no âmbito dos órgãos sociais¹². Contraria-se desta forma a corrente doutrinária que exige a transmissão de todas, ou, pelo menos, quase todas as participações sociais¹³.

Para terminar, cabe referir que o artigo 486º do CSC parece depor no sentido da posição apresentada em texto na medida em que considera que “(...) duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer, diretamente 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” e que a referida dependência se presume, não só mas também, quando a sociedade dita dominante detenha uma participação maioritária no capital¹⁴.

Analisado o critério quantitativo no que ao seu conteúdo e relevância diz respeito, importa agora examinar aquele critério da interpretação do contrato que, como já declarámos, assume para nós importância primacial. A sua verificação pressupõe que

11 Para críticas formuladas em termos semelhantes, veja-se Monteiro, A. Pinto, op. cit., pp. 85 e 86.

12 Dizemos à partida dado que sempre será necessário averiguar da existência, em cada caso, de circunstâncias como a alteração da regra de proporção entre capital e voto (arts. 250º, n.º 2, 341º e 384º, todos do CSC), de acordos parassociais de voto (artigo 17º CSC), entre outras, que impeçam a referida imposição. De forma bastante semelhante, com mais exemplos, Antunes, José A. Engrácia, op. cit, p. 731 em nota.

13 No sentido apresentado em texto, Antunes, José A. Engrácia., op. cit., p. 730. Tanto quanto conseguimos perceber pela análise de Monteiro, A. Pinto, op. cit., pp. 85 e 86, a generalidade da doutrina germânica parece colocar a fasquia numérica num nível muito elevado, exigindo, pelo menos, a transmissão de 80% das participações. Neste mesmo sentido vai o último autor indicado.

14 Precisamente neste sentido, declarando que “As participações maioritárias de capital (ou seja, superiores a 50%) constituem, por via da regra, um instrumento privilegiado do domínio entre sociedades.” e ainda que “a participação maioritária assegura à sociedade participante um poder maioritário de voto (...) permitindo-lhe assim, desse modo, impor o cunho da sua vontade”, Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2002, cit. p. 487.

no contrato se possam detetar indícios de que as partes quiseram, através da compra e venda de participações sociais, transmitir a empresa, sendo esta transmissão o verdadeiro objetivo do contrato ainda que o objeto imediato tenham sido as ações ou quotas, por exemplo.

Para verificar se a vontade das partes foi, de facto, naquele sentido, há que recorrer aos vários índices interpretativos disponíveis, desde logo, as negociações preliminares¹⁵ – caso tenham tido lugar – o próprio texto do contrato – tanto de uma perspectiva literal como sistemática¹⁶⁻¹⁷ – e ainda o específico modo de formação do preço¹⁸. O tratamento da informação recolhida deve ser orientado segundo as regras gerais de interpretação civilística definidas em várias normas relevantes, nomeadamente os artigos 236º e ss. do CC¹⁹.

Em suma, defendemos que a possibilidade de equiparação do *asset deal* ao *share deal* só poderá ser averiguada casuisticamente e dependerá sempre da verificação cumulativa de ambos os critérios enunciados, entendidos tal como ficou exposto²⁰.

-
- 15 Quando nestas negociações forem detetáveis referências recorrentes à empresa como um todo ou a aspetos relevantes daquela como o sejam a sua situação financeira, o volume de clientes, etc..., existirão bons indícios de que as partes tomaram aquela como objeto mediato do negócio.
- 16 Será especialmente relevante a existência de cláusulas que, de acordo com Antunes, José A. Engrácia, “A Empresa como Objeto de Negócios...”, cit. pp.732 e 734, “tomem expressamente a empresa como ponto de referência da regulação contratual (v.g., cláusulas de garantias sobre a consistência patrimonial da empresa societária, sobre a actividade e gestão empresarial, sobre a conformidade substancial do balanço e demais demonstrações contabilísticas, etc.)”.
- 17 Haverá que atender não apenas ao “valor facial” consubstanciado na letra do contrato, mas também ao específico significado subjacente a cada uma das cláusulas, consideradas tanto na sua individualidade como também enquanto peça enquadrada no complexo sistema contratual, de modo a que se seja possível traçar com o máximo de rigor uma imagem da vontade das partes contraentes vertida naquele contrato. Falando da necessidade de atender à “globalidade do contrato”, veja-se Cordeiro, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, tomo I, Almedina, Coimbra, 1999, cit. p. 483.
- 18 Será de grande relevância detetar que o preço foi definido não apenas através de uma simples referência ao valor das participações sociais (por exemplo, por remissão direta para a cotação em bolsa), mas sim por referência à empresa societária e aos seus concretos valores externos, de organização e de exploração.
- 19 Monteiro, A. Pinto, op. cit., p. 87, conclui, e bem em nosso ver, que o “critério decisivo é, portanto, o da *qualificação* do contrato, tendo como base os elementos obtidos pela sua *interpretação* (...) para, com base neles, se apurar se se pode qualificar o negócio (além de como venda de participações sociais) como venda de estabelecimento”.
- 20 E nem será – parece-nos – necessário tratar a questão no quadro da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, dado que o problema se reconduz, afinal, a uma questão de interpretação e qualificação do contrato. Em termos quase idênticos, Monteiro, A. Pinto, op. cit., p. 88.

3. Equiparação para outros feitos

Até este momento, temos vindo a falar de equiparação no que ao efeito de transmissão do estabelecimento diz respeito. Aqui chegados, importa dizer que a posição assumida em relação a este problema não condiciona aquela que se possa vir a assumir em relação à questão de saber se também é possível defender a equiparação entre os negócios sob análise para outros efeitos – para aplicação do regime de garantia do comprador dos artigos 913º e ss. do CC, ou para afirmação da existência de uma obrigação implícita de não concorrência, por exemplo²¹. A resposta a esta questão implica, desde logo, a consideração da *ratio legis* dos preceitos legais aplicandos e dos fundamentos subjacentes a determinada solução no âmbito do *trespasse* para que se possa aferir a sua adequação ao caso concreto do *share deal*.

No âmbito deste nosso breve escrito, interessa-nos apenas a questão relativa à possibilidade de afirmação da obrigação implícita de não concorrência nos *share deals*. Por nos parecer que esta questão só pode ser razoavelmente resolvida se primeiro se compreender cabalmente o que é esta obrigação e qual o seu fundamento, a sua análise será adiada para o próximo capítulo da exposição.

II. A obrigação implícita de não concorrência

1. Considerações gerais

Resumidamente, pode dizer-se que a obrigação implícita de não concorrência se traduz no vínculo do *trespassante* a, durante um determinado período de tempo e num certo espaço, não concorrer com o *trespassário*, mais especificamente, a não exercer qualquer atividade que, por ser semelhante àquela exercida por via do estabelecimento *trespassado*, possa desfalcar o bem transmitido de valores importantes que o caracterizam, como o seja a clientela²², quando nenhuma obrigação de não concorrência tenha sido

21 Como bem sublinha Monteiro, A. Pinto, op. cit., cit. p. 99, “Há, com efeito, que notar que o problema de aplicação do regime do *trespasse* do estabelecimento aos casos de venda de participações não deve ser resolvido simplesmente pela afirmação ou negação, *para todos os efeitos*, de tal equiparação.”

22 É comum associar-se ao *trespassante* a capacidade de exercer uma força atrativa intensa sobre a clientela devido à relação que se estabeleceu entre aquele e esta antes de ocorrer o *trespasse*. Esta capacidade, associada ao conhecimento pormenorizado da concreta organização da empresa *trespassada*, permite qualificar o *trespassante* como um concorrente diferenciado, especialmente perigoso. Parece-nos fundamentalmente correta esta orientação, a tal ponto de acompanharmos aqueles autores como Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., p. 301, nota 742 e Santos, Filipe Cassiano dos, *Direito Comercial Português, Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 304 e 305 e 331, que entendem que será de defender a não vinculação à obrigação de não concorrência do *trespassante* em relação a quem não estejam reunidas as condições que permitam

prevista no contrato de trespasse.

Atendendo a que não existe qualquer disposição legal que preveja diretamente a referida obrigação, a determinação da sua fonte não dispensa uma consideração sobre qual seja o seu fundamento, além de que esta deve ser levada a cabo para que melhor se compreenda esta limitação à liberdade de iniciativa económica do trespasante²³⁻²⁴.

concluir pela sua capacidade para exercer uma concorrência diferenciada.

23 Ao contrário do que se verifica no direito português, em algumas ordens jurídicas a obrigação de não concorrência do trespasante está inequivocamente prevista na lei. Tal é o caso, por exemplo, da ordem jurídica de Macau, onde o artigo 108.º do Código Comercial prevê e regula, nos seus vários números, aspetos essenciais da referida obrigação. Esta disciplina, é apenas um dos vários pontos em que o referido diploma se mostra marcadamente inovador. De facto, ela insere-se num contexto mais amplo de regulação legal específica da empresa comercial e dos negócios dos quais ela pode ser objeto, onde se estabelece, por exemplo, e com meridiana clareza, que sobre a empresa incide um direito de propriedade, de onde decorrem, nas palavras do coordenador do Código Comercial de Macau, Garcia, Augusto Teixeira, “O Novo Código Comercial de Macau”, in *BFDUM*, n.º 9, 2000, “toda uma série de outros preceitos que representam seus lógicos desenvolvimentos” e que consubstanciam soluções que “congregam as opiniões da doutrina pátria mais autorizada em matéria de empresa”. Opiniões que, em Portugal, nunca chegaram a ser positivadas mas que, como ficou claro, exerceram uma poderosa influência nas soluções eleitas pelo legislador macaense. Por este motivo, arriscamos dizer que, pelo menos em matéria de empresa, o Código Comercial de Macau representa uma imagem relativamente fiel daquilo que o Código Comercial Português poderia ter sido, mas nunca foi, razão que nos leva a considerá-lo como um ponto de comparação privilegiado. Por ser assim, não deixaremos de fazer referência às soluções previstas no artigo 108.º do Código Comercial de Macau em matéria de obrigação de não concorrência, quando a comparação se afigurar oportuna. Para uma panorâmica da estrutura e soluções do Código Comercial de Macau, além da obra anteriormente referida, recomenda-se a leitura de Garcia, Augusto Teixeira, “Da Reforma do Código Comercial”, in *BFDUM*, n.º 7, 1999. *Vide* também, a propósito de uma caracterização geral, “O Código Comercial de Macau é um legado da ciência jurídica Portuguesa (tributária da tradição da ciência jurídica europeia continental), que adopta a matriz empresarial do direito comercial, codifica diversos modelos doutrinários e segue de perto vários instrumentos da nossa legislação comercial. Com efeito, este Código inspira-se na matriz empresarial do direito comercial e, salvo em alguns aspectos, corresponde ao moderno direito comercial português (...). Na verdade, o Código macaense coloca em forma de lei boa parte do direito comercial que vigora em Portugal, ainda que de elaboração doutrinária e jurisprudencial. Exemplos disto são o regime da empresa enquanto objecto de direitos e de negócios (e.g., trespasse e locação de empresa), a possibilidade de desconsideração da personalidade societária em certas situações e, ainda, o dever dos sócios de respeitarem o interesse social, em especial no que respeita aos sócios dominantes”, Pereira, Alexandre Dias, Propriedade Intelectual e Concorrência Desleal em Macau (Breve Apontamento), *Administração*, n.º 76, vol. XX, 2007, pp. 573 e 574.

24 Nas ordens jurídicas em que a obrigação de não concorrência do trespasante esteja inequivocamente prevista na lei, a questão desenvolvida em texto perde, naturalmente, o seu interesse, dado ser indubitável a sua fonte. Não obstante, entendemos que tal circunstância não importa uma perda total da utilidade das linhas que se seguem. De facto, elas podem constituir subsídios, ainda que sintéticos, para a tarefa de determinação do fundamento da norma que

São vários os fundamentos avançados pela doutrina e jurisprudência para justificar a obrigação supra descrita. Dado que não temos neste ponto qualquer pretensão de exaustividade, limitamo-nos a referir aqueles que mais se destacam e que são a obrigação de entregar a coisa vendida e assegurar o gozo pacífico dela, a concorrência leal no tráfico mercantil e, por fim, a boa-fé no cumprimento dos contratos²⁵. De entre eles preferimos, tal como a generalidade da doutrina, o primeiro. Não só porque é um fundamento “com alguma tradição entre nós”²⁶, mas também porque sendo o estabelecimento a coisa objeto direto do contrato de compra e venda, a solução de obrigar o alienante a “não exercer actividade análoga que pela sua localização lhe permita manter ou requisitar a (anterior) clientela”²⁷ é uma simples consequência do “princípio de entrega da coisa vendida e de não perturbação da sua posse e fruição”, não sendo, por isso, necessário recorrer a justificações mais complexas²⁸.

preveja a referida obrigação, tarefa esta a que nenhum jurista que aspire a uma justa e correta interpretação/aplicação da lei se pode, hoje, furtar.

- 25 Outros fundamentos possíveis seriam a equidade e os usos do comércio. Para uma interessante descrição pormenorizada dos vários fundamentos, veja-se o artigo do único autor que, na doutrina portuguesa, e tanto quanto conseguimos apurar, nega a existência da obrigação implícita, Aureliano, Nuno, “A Obrigação de não Concorrência do Trespasante de estabelecimento comercial no Direito Português” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – Volume IV*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 748 a 762.
- 26 A expressão é de Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., cit. p. 300 e quadra bem com a realidade dado que já pelo menos desde 1919/1920, data em terá sido publicada a *RLJ* em que a questão da obrigação implícita de não concorrência foi primeiramente abordada entre nós, este fundamento é avançado por largo setor da doutrina.
- 27 Correia, A. Ferrer, *Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa*, separata da *ROA*, ano 44, cit. pp. 36 e 37.
- 28 A defesa deste fundamento conjugada com a constatação de que a clientela (ou o dito aviamento) não é elemento constitutivo do bem complexo que é a empresa, poderia levar a que se defendesse que um seu desvio não se traduziria numa afetação do bem estabelecimento, não sendo, por isso mesmo, violada a obrigação de entregar a coisa vendida e de assegurar a sua posse pacífica. Por outras palavras, dado que o âmbito da obrigação de garantia abrange somente a coisa trespasada, o que se impediria com a obrigação de não concorrência seria tão-só a reprodução, total ou parcial, do estabelecimento e já não o exercício de qualquer atividade concorrente que, mesmo sendo suscetível de desviar a clientela, não implicasse aquela reprodução. Parece-nos ser esta a posição sustentada por Santos, Filipe Cassiano dos, op. cit., pp. 325 e 326. Salvo o devido respeito pela opinião deste professor, não podemos deixar de discordar frontalmente pois entendemos que mesmo que seja claro, citando Aureliano, Nuno, op. cit., p. 767., que “a clientela não é elemento do estabelecimento nem sobre ela incidem direitos, é negar o óbvio afirmar que a mesma, *máxime* o valor que ela representa, não é tomado (...) em conta no momento da negociação do estabelecimento”. Assim, mesmo tendo presente que a clientela não é a “única concretização do valor de projecção externa do estabelecimento”, sendo necessário tomar em consideração as demais situações de facto relevantes e o próprio valor da concreta organização de fatores produtivos, é manifesto que ela é um dado relevante no processo de

Verificamos então que a fonte desta obrigação parece advir de princípios gerais do nosso ordenamento jurídico - dotados, enquanto tal, da característica da imperatividade - em matéria de cumprimento das obrigações²⁹, não sendo, no entanto, despidendo a importância da sua admissão doutrinal e jurisprudencial.

De uma perspectiva do direito da concorrência, a obrigação implícita de não concorrência parece justificar-se na medida em que a manutenção de uma situação de concorrência praticável pressupõe a existência de condições que permitam aos sujeitos entrar e sair tão livremente quanto possível dos mercados³⁰ e essa liberdade implica, entre outras coisas, que estejam garantidas as condições que possibilitem ao sujeito adquirente a consolidação da sua aquisição, efetivando assim a sua entrada no mercado. Se assim não for, a insegurança será tal que os atores económicos tenderão a abster-se de negociar estabelecimentos e o sistema concorrencial como um todo será afetado³¹. A limitação da concorrência que se efetiva através desta obrigação é, portanto, como que o preço a pagar para que o sistema concorrencial desejado tenha condições para existir.

2. O alienante das participações sociais num *share deal* também pode ficar obrigado a não concorrer

Nos negócios de compra e venda de participações sociais por força dos quais se realize uma transmissão jurídica e indireta³² do estabelecimento, parece também ser de afirmar a existência de uma obrigação implícita de não concorrência que vincula o trespassante em termos muito semelhantes ao que vimos suceder nos casos de trespasso do estabelecimento. Com efeito, também nestes negócios é patente a necessidade de proteger os interesses de quem adquire o estabelecimento, pelo que importa garantir que o alienante não é livre para, através do exercício de uma atividade semelhante à exercida através da empresa trespassada, desfalcado o estabelecimento daqueles valores

formação do preço a pagar pelo estabelecimento e que conferir ao trespassante a possibilidade de a desviar posteriormente seria uma desconsideração violenta das legítimas expectativas do trespassário.

29 Em termos muito semelhantes, Santos, Filipe Cassiano dos, op. cit, p. 324.

30 Neste sentido, veja-se Cunha, Carolina, *Controlo das Concentrações de Empresas — Direito Comunitário e Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2005, p.28.

31 Também assim, Korah, Valentine, *An introductory guide to EC competition law and practice*, 9ª edição, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 289 “No one would pay for goodwill if next day the former proprietor could legally canvass his former customers”.

32 A expressão é de Carvalho, Orlando, *Crítério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, I—O problema da empresa como objecto de negócios*, 1967, p. 207.

característicos essenciais³³.

Saber se nesta particular situação o fundamento da obrigação de não concorrência é também o referido dever de entrega da coisa ou um outro é questão secundária³⁴. Contudo, não podemos deixar de lembrar que existe uma diferença crucial entre o *share deal* e o *asset deal* no que ao seu objeto direto diz respeito e por isso, se neste último a coisa que deve ser entregue é o estabelecimento, pelo que se compreende que se avance o dever de entrega da coisa como fundamento da obrigação, já naquele primeiro o objeto direto são as participações sociais e são elas o objeto do dever de entrega. Não parece, portanto, desrazoável procurar um outro fundamento para a obrigação implícita de não concorrência no *share deal*³⁵.

3. Dos limites da obrigação implícita de não concorrência no *share deal*. Perspetiva integrada pela consideração do direito da concorrência da União Europeia

Como é óbvio, não basta afirmar a existência da obrigação implícita de não concorrência nos *share deals*, é também necessário densificar essa obrigação e determinar quais são os seus limites, ou seja, quem exatamente fica obrigado a não concorrer, por quanto tempo dura essa obrigação, em que espaço é ela válida e que atividades estão concretamente vedadas ao alienante das participações. Na realização desta tarefa haverá sempre que ter em conta “que a obrigação implícita de não concorrência constitui uma *excepção* e um *limite ao princípio da liberdade de concorrência*”³⁶, admitidos somente “por

33 Com a mesma opinião, Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., pp. 302 e 303 e Carvalho, Orlando de, op. cit., pp. 209 e 210 em nota. Este último autor faz uma ampla referência à postura dos tribunais de diversos países em relação a esta questão específica. Dela se retira que o tribunal de cúpula italiano é reticente em afirmar a obrigação de não concorrência no caso de negócios de transmissão de participações sociais. Curiosamente, uma análise da jurisprudência mais recente daquele tribunal demonstra uma inversão da posição que se traduz na defesa da aplicação analógica do artigo 2557º CCivIt aos casos de *share deal*, que merece o nosso aplauso. A título de exemplo, consulte-se o Acórdão nº 14471 de 25/06/14 da *Corte Suprema di Cassazione*, disponível em <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/> e os acórdãos para os quais nele se remete.

34 De facto, como bem sublinha Carvalho, Orlando, op. cit., cit. p. 204, na nota 21, “a matéria da obrigação de não concorrência é uma daquelas em que, mais do que a transmissão *jurídica* do estabelecimento, se afigura pesar a sua transmissão *empírica*, a protecção dos interesses da aquisição do estabelecimento, para lá de ocorrer ou não ocorrer uma alienação em sentido próprio”

35 Não dispomos no presente texto do espaço necessário para abordar satisfatoriamente este problema. Por ser assim, remetemos a sua análise para uma próxima incursão nesta matéria.

36 Serens, M. Nogueira, “Trespasse de Estabelecimento Comercial – Dever de não concorrência

se mostrarem *indispensáveis* para a negociação do estabelecimento”, isto independentemente de estarmos perante um *asset deal* ou um *share deal*, pelo que o seu conteúdo não poderá nunca ultrapassar o limite dado pela função de garantia de entrega do estabelecimento que se atribui a essa obrigação. Deteta-se assim o carácter minimalista da obrigação, consequência da sua funcionalização, a determinar que - como bem escreve Nogueira Serens - “[q]ualquer extensão daquele conteúdo, tido como essencial à transmissão do estabelecimento, deverá ser encarada como uma restrição (em princípio) proibida de concorrência”³⁷.

3.1. O *share deal* como operação de concentração

Tendo em conta o concreto tipo de negócios que aqui estão em causa, parece que podemos encontrar um apoio importante na disciplina concorrencial das operações de concentração para concretizar a densificação a que nos propusemos.

De facto, se recordarmos que (1) estamos perante negócios de compra e venda de participações sociais que cumprem um critério quantitativo que implica a transmissão de uma percentagem daquelas que permita ao adquirente assumir uma posição de controlo na sociedade e ainda que (2) na esmagadora maioria destes negócios encontramos como partes sociedades que já exploravam uma ou mais empresas, concluímos que a generalidade destes negócios consubstancia uma operação de concentração à luz do RegCCT. Neste sentido, veja-se o artigo 3º do regulamento, onde é dada a definição de concentração para efeitos da sua aplicação. Da sua análise, conclui-se que existirá uma operação de concentração, não só mas também, quando (1) ocorra uma mudança duradoura do controlo de uma sociedade decorrente (2) da aquisição de partes do capital por via contratual por alguém que já detenha o controlo de pelo menos uma empresa em moldes que (3) lhe seja conferida a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a sociedade, nomeadamente através da influência da composição, nas deliberações ou decisões dos órgãos desta³⁸.

pelo trespassário” in *CJ* (STJ), 2001, Tomo II, cit. p.7.

37 À luz dos artigos 101º TFUE e 9º da Lei nº19/2012 de 8 maio (doravante LC).

38 Atendendo à dimensão e complexidade do artigo e à necessidade de economizar o espaço disponível, optámos por evitar uma sua reprodução integral, bem como uma análise exaustiva. De todo o modo, cabe referir que subjacente ao artigo em causa está a intenção de abarcar todas as situações que redundem numa alteração duradoura da estrutura das empresas, quer estas tenham origem em situações de direito, quer em situações de facto. Para uma explicação desenvolvida do preceito, consulte-se Cunha, Carolina, op. cit. pp. 75 a 85.

O artigo 36º da LC define as operações de concentração em termos praticamente idênticos aos do artigo 3º do RegCCT, pelo que, também à luz do direito da concorrência nacional se identificará nos *share deals* uma operação de concentração.

O facto de a aplicação do RegCCT estar dependente não só da existência de uma concentração mas também da verificação da sua dimensão comunitária, como logo se percebe com a leitura do seu artigo 1º, não prejudica a conclusão obtida acerca da qualificação da generalidade dos *share deals* como operações de concentração, dado que a não verificação do duplo requisito apenas determina a não submissão do negócio ao controlo previsto no regulamento³⁹.

3.2. A Comunicação 2005/C 56/03: ponto de apoio na definição dos limites da obrigação

A deteção nos *share deals* de uma operação de concentração justifica, por seu turno, a mobilização da ComRA⁴⁰. O facto de a obrigação implícita de não concorrência não poder ser considerada um acordo⁴¹ para efeitos da aplicação desta comunicação não determina a sua imprestabilidade, apenas exige que sejam encontrados pontos comuns entre os fundamentos subjacentes à afirmação da obrigação implícita de não concorrência e os fundamentos subjacentes às soluções previstas na comunicação.

Ora, uma contemplação geral daquela permite inferir que são visadas aquelas restrições que, segundo critérios objetivos, possam ser consideradas como diretamente relacionadas⁴² e necessárias à realização de uma operação de concentração no sentido de que, sem elas, a operação não poderia em princípio realizar-se, ou realizar-se-ia acarretando custos muito mais elevados. Ainda

39 Sobre o que deve entender-se por “dimensão comunitária” consulte-se o nº 2 do artigo 1º em conjunto com a Comunicação da Comissão relativa ao cálculo do volume de negócios. Atendendo aos valores exigidos para o preenchimento deste requisito é fácil de ver que muitas concentrações escaparão ao controlo previsto do regulamento. Sobre esta matéria também pode consultar-se, com proveito, Cunha, Carolina, op. cit., pp. 85 a 91.

Quando a operação de concentração não tenha a referida dimensão comunitária, pode, em alternativa, ficar sujeita ao escrutínio com base nas normas nacionais sobre concentrações, nomeadamente os artigos 36º e ss. da LC. Precisamente neste sentido, Slaughter and May, *An overview of the EU competition rules*, 2011, disponível em <https://www.slaughterandmay.com>.

40 Esta comunicação fornece orientações relevantes acerca da interpretação do conceito de restrições acessórias tendo por base a prática da Comissão e esclarece também quando e dentro de que limites é que os vários tipos de acordos mais comuns neste âmbito podem ser considerados restrições acessórias automaticamente abrangidas pela decisão da Comissão que declare compatível com o mercado comum a operação de concentração em que se integram.

41 Como se disse anteriormente, ela tem fundamento no dever de entrega da coisa, que é conatural ao contrato de compra e venda de estabelecimento e que existe mesmo no caso de *share deal*. Por isso ela não carece - antes pressupõe a falta - de um acordo entre as partes.

42 Está perfeitamente exposto no considerando 11 da comunicação que não é o juízo que as partes possam ter realizado em relação à necessidade ou relação direta da restrição que releva. Sobre o que se deve entender por restrição “diretamente relacionada” veja-se o considerando 12.

sobre o que se deve entender por “restrições necessárias”, no considerando 13 da comunicação esclarece-se que, entre outras coisas, os “acordos necessários à realização de uma concentração destinam-se normalmente a proteger o valor transferido”⁴³ e que uma restrição será necessária apenas se e na medida em que “a sua duração e alcance material e geográfico” não ultrapassem “o exigido razoavelmente para a realização da operação de concentração”.

Verifica-se assim que também nesta comunicação impera a ideia de que as restrições acessórias desempenham uma função de garantia de realização da operação de concentração e que, por isso mesmo, deverão ter um carácter minimalista na medida em que os seus limites corresponderão sempre ao estritamente necessário à realização da sua função. Ora, é precisamente isto que vimos acontecer com a obrigação implícita de não concorrência pelo que, da nossa perspectiva, está encontrada aquela similitude em termos teleológicos de que falámos supra, que torna viável o recurso à ComRA como ponto de referência na determinação dos limites daquela obrigação.

3.3. Âmbitos da obrigação

3.3.1. Âmbito temporal

Atendendo à função da obrigação implícita de não concorrência, faz sentido afirmar que ela deverá durar apenas “pelo tempo necessário à consolidação dos valores de posição no mercado nas mãos do adquirente”⁴⁴. Isto dito, cabe averiguar de que forma se deve concretizar esta afirmação geral.

A ausência de uma disposição legal específica nesta matéria parece ser indicadora de que na perspectiva do legislador nacional, mais importante do que uma solução pré-fixada, promotora da certeza jurídica, foi a obtenção da solução mais justa em cada caso, promovendo-se assim uma ideia de justiça material⁴⁵⁻⁴⁶. Parece, por conseguinte, correto afirmar que o legislador pátrio

43 Esta mesma ideia esteve presente nas Decisões da Comissão de 30 de Julho de 1998 (ponto 59), de 3 de Março de 1999 (ponto 17), de 9 de Março de 2001 (ponto 30) e de 20 de Março de 2001 (ponto 11). Todas disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/>, números do CELEX, respetivamente, IV/M.1245; IV/M.1442; COMP/M.2330; COMP/M.2227.

44 Era esta a posição sufragada pelo Professor Orlando de Carvalho no seu ensino oral segundo o testemunho de Serens, M. Nogueira, op. cit., p. 7.

45 Noutros ordenamentos jurídicos a duração da obrigação está expressamente prevista na lei. A título de exemplo, ambos consagrando um prazo máximo de 5 anos, vejam-se os artigos 108º, n.º1, e 2557º, do Código Comercial de Macau e do CCvIt, respetivamente.

46 Valoração inversa parece ter sido feita pelo legislador da RAEM, assim se explicando a previsão legal expressa, no artigo 108.º, n.º1, de um prazo máximo de duração da obrigação de 5 anos. De qualquer modo, não se pode dizer que no *trade-off* entre a certeza e segurança jurídicas e a

remeteu a tarefa de concretização da duração da obrigação para a doutrina e para a jurisprudência. Dizer isto não significa, no entanto, que se defenda uma total discricionariedade judicial na determinação do prazo por que deverá durar obrigação. Antes pelo contrário, defende-se que deverá ser feito um esforço para encontrar critérios que permitam orientar tal tarefa e que se devem procurar disposições que, ainda que indiretamente, sustentem as soluções encontradas.

No âmbito da doutrina, gostaríamos de salientar aqui a posição de Nogueira Serens, que no âmbito do trespassse defende que a obrigação deverá

adequação da solução ao caso concreto, aquelas prevaleceram em termos absolutos. De facto, como bem notou a Comissão Eventual Destinada a Acompanhar e Participar na Elaboração dos Projetos Relativos aos Códigos Civil, Processual Civil e Comercial no parecer n.º 1/99, considerando 22, “[d]o preceito parece decorrer uma obrigação de não concorrência por um período máximo, não se concretizando, por seu turno, um «período mínimo»”, sendo que à questão de saber como se determinaria, na ausência de previsão legal, o referido período mínimo, foi respondido que “não se procedeu à estipulação de um período mínimo (...) por forma a permitir que, pela *praxis*, este fosse sendo delineado ou delimitado”. Na nossa perspectiva, a opção de fixação de um teto legal máximo de duração é legítima e compreensível, fazendo eco da posição de insígnis juristas como Correia, A. Ferrer, *Sobre a projectada reforma...*, cit. p. 36, para quem “quanto aos limites temporais é de desejar que o legislador intervenha, definindo o período dentro do qual o alienante está sujeito à dita obrigação de não-concorrência”. Não obstante, não podemos deixar de apontar, em coerência com as conclusões que serão apresentadas neste ponto, que o prazo de 5 anos consagrado se apresentará, quanto a nós e via de regra, como excessivo e, na medida do excesso, injustificado. De facto, de uma interpretação literal do n.º 1 do artigo 108.º resultará que, na ausência de pactuação expressa de uma duração inferior a 5 anos, o trespassante ficará impedido de concorrer durante todo um quinquénio, mesmo que ao fim, p. ex., de 3 anos, o trespassário já tenha consolidado a sua aquisição, como, de resto, seria expectável. Será assim uma vez que a exploração de uma empresa comercial concorrente será sempre idónea, pelo menos em abstrato, a desviar a clientela da empresa transmitida, pelo que preenchida estará a hipótese do preceito. Neste caso, parece-nos claro que nos últimos 2 anos a obrigação de não concorrência estará a dispensar uma proteção imerecida e desnecessária ao trespassário, à custa de uma restrição injustificada dos direitos do trespassante. Afinal, consolidada a aquisição pelo primeiro, a concorrência feita pelo segundo não será mais intensa do que a exercida por outro qualquer concorrente. Pelo que vem de ser dito, entendemos que existe uma patente dessintonia entre o texto da norma sob análise e o seu espírito, uma vez que não parece ter sido intenção do legislador proteger o trespassário de uma qualquer concorrência, mas sim da concorrência diferencial que o trespassante poderá, em princípio, exercer devido à especial força atrativa que exerce sobre a clientela, desviando-a do estabelecimento trespassado. Se o que vem de ser dito estiver correto, justificar-se-á, então, uma interpretação restritiva do preceito sob análise, de modo reconduzir à hipótese da norma não toda e qualquer exploração de empresa comercial idónea a desviar a clientela da empresa transmitida, mas apenas a exploração particularmente idónea a produzir tal efeito de desvio, ou seja, aquela que for levada a cabo por um sujeito capaz de exercer uma concorrência diferencial enquanto a aquisição da empresa não se consolidar nas mãos do trespassário.

durar por um tempo “objetivamente necessário e suficiente”⁴⁷, que variará de caso para caso, “consoante o tipo de estabelecimento em causa (se a relação é ou não constante” mas que nunca dependerá da concreta “aptidão (ou inaptidão) que o trespassário revele para consolidar nas suas mãos o aviamento da empresa”. Apesar de todo o seu potencial, consideramos que o critério avançado pelo nosso Professor poderá tornar-se ainda mais útil se for complementado com algumas indicações, tanto do direito pátrio como do direito da União Europeia, que permitam lançar alguma luz sobre quais devam ser os tetos máximos de duração em qualquer caso.

No direito pátrio, podemos colher algum apoio no artigo 9º do Decreto-Lei nº 178/86, que estabelece o limite contratual de 2 anos para a duração da obrigação de não concorrência no contrato de agência⁴⁸.

Mais importante ainda, da nossa perspectiva, são as orientações que podemos colher na ComRa. Nela procede-se à distinção entre as situações em que a cessão da empresa “inclui a transferência da fidelidade dos clientes sob a forma de *goodwill* e saber-fazer⁴⁹” e aquelas situações em que na transmissão da empresa está apenas incluído o *goodwill*, permitindo que as cláusulas de não concorrência tenham uma maior extensão temporal no primeiro caso do que no segundo, sendo que os prazos estabelecidos - 3 e 2 anos, respetivamente – são relativamente curtos.

Mesmo tendo em mente que os limites temporais indicados não são absolutos⁵⁰, eles parecem-nos adequados à generalidade das situações. Subjacente

47 Serens, M. Nogueira, op. cit., cit. pp 7 e 19.

48 Neste sentido, sobre o trespasse, Aureliano, Nuno, op. cit. p. 795. A situação pressuposta no artigo é substancialmente distinta daquela que analisamos. No entanto, é possível encontrar algumas similitudes que justificam que a ela se recorra para obter um apoio legal indireto: Logo à partida, temos o facto de em ambas as situações estar em causa uma obrigação de não concorrência, além disso, não é de desconsiderar a possibilidade de estabelecer uma correspondência entre a “compensação” prevista no artigo e o preço pago pelo transmissário no *share deal*.

49 Cit. cons. 20. Sobre o que se deve entender por “saber fazer” para efeitos da interpretação desta comunicação, consulte-se o Regulamento nº 772/2004, artigo 1º, nº1 al. i), onde aquele conceito é definido como “um conjunto de informações práticas não patenteadas, decorrentes da experiência e de ensaios, que é: i) secreto, ou seja, que não é geralmente conhecido nem de fácil obtenção, ii) substancial, ou seja, importante e útil para o fabrico dos produtos contratuais, e iii) identificado, ou seja, descrito de forma suficientemente completa, de maneira a permitir concluir que o saber-fazer preenche os critérios de carácter secreto e substancial”.

50 A prática da Comissão – sempre por referência a cláusulas contratuais - demonstra que em determinadas circunstâncias e atendendo aos contornos concretos de cada caso concreto se podem justificar períodos de duração mais longos. A título de exemplo vejam-se as Decisões da Comissão de 23 de Outubro de 1998 (ponto 73), de 1 de Setembro de 2000 (ponto 56) e de 27 de Julho de 1995 (ponto 37), todas disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/>, números do CELEX,

a estas soluções parece estar a ideia de que o empresário médio é dotado das competências necessárias para, num curto espaço de tempo, consolidar as suas aquisições, promovendo uma rápida substituição da imagem do transmitente pela sua própria aos olhos do público e, em especial, da clientela⁵¹. Por isso mesmo, o prazo de dois anos será perfeitamente suficiente, a não ser naquelas situações em que a transmissão da empresa envolva também a transmissão de informações não patenteadas que, pelo seu valor, carecem de uma proteção extra contra uma eventual reprodução por parte do transmitente.

3.3.2. Âmbito geográfico

Compreende-se perfeitamente que a obrigação sob análise não possa valer para todo o espaço dado que a concorrência exercida pelo transmitente só poderá afetar a consolidação do valor adquirido pelo transmissário se for realizada no “raio de acção do estabelecimento”⁵² transmitido, pelo que só aí fará sentido a sua afirmação. Também neste ponto em particular consideramos ser de grande valia a ComRa dado que aquela ideia está perfeitamente exposta quando se estabelece, no considerando 22, que o “âmbito geográfico de uma cláusula de não concorrência deve limitar-se à área em que o cedente oferecia os produtos ou serviços relevantes antes da cessão, uma vez que o adquirente não precisa de proteção contra a concorrência do cedente nos territórios onde este não havia penetrado anteriormente”.

De uma assentada ficam assim definidos os limites geográficos da obrigação e o seu fundamento, pelo que nos abstermos de mais desenvolvimentos. Cabe só acrescentar que a determinação em concreto destes limites só poderá ser levada a cabo atendendo às vicissitudes de cada caso concreto e implicará uma complexa análise de mercado, que se funda mais em dados económicos do que propriamente jurídicos.

3.3.3. Âmbito pessoal ou subjetivo

Pretende-se agora determinar com precisão quem fica obrigado a não concorrer com o adquirente da empresa por força da realização do negócio de transmissão das participações sociais.

À partida, e atendendo aos princípios gerais da contratação, mais concretamente ao princípio da eficácia *inter partes* dos negócios jurídicos patente no artigo 406º nº 2 do CC, é de afirmar que só o alienante das participações

IV/M.1298, COMP/M.1980 e IV/M.612, respetivamente, em que se admite a duração de uma cláusula de não concorrência por 5 anos.

51 Neste sentido, Santos, Filipe Cassiano dos, op. cit., pp. 330-331.

52 A expressão é de Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit. cit. p. 305.

ficará vinculado⁵³⁻⁵⁴. Parece ser esta a posição vertida na ComRa pois nela se dispõe, no considerando 24, que “[o] cedente pode vincular-se ele próprio, as suas filiais e os seus agentes comerciais. No entanto, uma obrigação de impor restrições similares a terceiros não será considerada directamente relacionada e necessária à realização da concentração”⁵⁵.

53 Em matéria de trespasse de um estabelecimento, alguns autores como Carvalho, Orlando, op. cit. pp. 492 a 496, Ramos, Maria Elisabete, “Trespasse de Estabelecimento Comercial – Obrigação de Não Concorrência”, *RJUM*, Lisboa, Ano 1º, p. 352 e Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., pp. 303 a 304, recorrem ao conceito de “perigosidade” e estendem o âmbito subjetivo potencial da obrigação de modo a abranger, além do trespasante, outros sujeitos como o seu cônjuge e filhos. Tanto quanto conseguimos perceber, a “perigosidade” daqueles sujeitos decorre do facto de eles poderem ter um conhecimento íntimo da organização e de outros elementos relevantes do estabelecimento, o que os coloca numa posição que lhes permite exercer uma “concorrência diferencial” (Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., pp. 303), em tudo semelhante à do transmitente.

Salvo o devido respeito pela opinião dos referidos autores, não podemos deixar de perguntar: Será a característica da “perigosidade” *de per si* suficiente para justificar uma restrição da liberdade de iniciativa económica daqueles sujeitos – terceiros em relação ao contrato - restrição essa que, de modo indireto afeta também o sistema concorrencial que se pretende defender? A nosso ver, uma inclusão dos sujeitos supramencionados no elenco de sujeitos passivos da obrigação é de difícil aceitação.

Não obstante, o recurso ao conceito de interposta pessoa - definido no artigo 579º n.º2 do CC – poderá ser uma via utilizável para limitar o exercício de atividades concorrentes por parte daquelas pessoas, desde que se demonstre que elas atuaram, nesse exercício, como “testas de ferro” do efetivo obrigado. Também Aureliano, Nuno, op. cit. pp. 787 a 789 bem como, Morais, Fernando de Gravato, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 118, partilham esta posição.

54 No ordem jurídica da RAEM a questão analisada na nota anterior é resolvida no n.º 2 do artigo 108.º do Código Comercial de Macau, segundo o qual ficarão sujeitos à obrigação de não concorrência “aqueles que, por força das suas relações pessoais com o alienante, possam desviar a clientela da empresa transmitida” - cônjuge e filhos estarão, por conseguinte, naturalmente incluídos. Esta solução, na medida em que alarga exponencialmente o âmbito potencial de sujeitos passivos da obrigação, confere um tutela mais intensa da aquisição do trespasário, o que é, certamente, um fator que facilita e incentiva a celebração de negócios sobre o estabelecimento. Todavia, temos sérias dúvidas de que seja uma solução desejável por duas ordens de razões. Primeiro, porque o preço a pagar pela sua afirmação se cifra na limitação de direitos de sujeitos que são terceiros em relação às partes do negócio de trespasse (sublinhando também este aspeto, Santos, Filipe Cassiano dos, op. cit., p. 330, nota 321). Depois, porque o elemento central e dinamizador da hipótese da norma, o conceito de “relações pessoais”, sendo um conceito indeterminado, poderá ser interpretado de várias formas, variando significativamente a amplitude do círculo de sujeitos potencialmente abrangidos pela norma consoante a interpretação sufragada. Assim, e por exemplo, adotando-se uma interpretação jus-civilística do conceito, o elenco de sujeitos passivos potenciais será certamente menos amplo do que se atribuirmos ao conceito o seu significado mundano de relação social de proximidade.

55 A vinculação das filiais parece ser admitida atendendo à ausência de autonomia jurídica destas

Visto que nos *share deals* a situação paradigmática é aquela em que uma sociedade aliena as participações sociais que detém numa outra a uma terceira sociedade, a questão que mais comumente se colocará em matéria de definição dos sujeitos passivos da obrigação, será a de saber se, à semelhança do que acontece com a sociedade alienante, também os seus sócios ficarão vinculados a não concorrer com a sociedade adquirente.

Também aqui o princípio da eficácia *inter partes* dos negócios jurídicos determina que a resposta seja, à partida, em sentido negativo. Defender uma outra posição de princípio seria, a nosso ver, ignorar que a personalidade jurídica da sociedade implica que seja ela o centro de imputação dos direitos e obrigações que decorrem dos contratos por ela celebrados e que só em casos excecionais se deve olhar através dessa personalidade para imputar direitos e obrigações aos seus sócios⁵⁶.

Nas sociedades anónimas, o próprio esquema de distribuição de competências em matéria de administração entre os sócios e o órgão de administração parece corroborar a posição sustentada. Analisando-se o artigo 406º em contraposição com o 373º n.º 2 e 3, ambos do CSC, percebe-se claramente que existe uma concentração daquelas competências no órgão de administração⁵⁷. Este esquema distributivo determina que numa situação normal os sócios não tenham qualquer intervenção direta nos negócios de transmissão de empresas da sociedade através de *share deals*⁵⁸, pelo que se torna ainda mais difícil entender que fiquem vinculados por força deles.

Nas sociedades por quotas o quadro de distribuição já é um pouco diferente. Com efeito, o artigo 246º do CSC, que dispõe sobre a competência da coletividade dos sócios nestas sociedades, já considera, na al. d) do seu n.º 2, que a alienação ou oneração de participações noutras sociedades é, em princípio, matéria da competência

em relação ao cedente. Já a vinculação dos agentes parece assentar na sua dependência económica em relação àquele.

56 De facto, a admissão deste “levantar do véu” da personalidade jurídica da sociedade - que pressupõe um afastamento de posições formalistas e absolutizadoras daquela - só poderá ser aceite quando se verifique um abuso da personalidade coletiva ou outra razão igualmente ponderosa. Para uma exposição sobre a matéria da desconsideração da personalidade jurídica acompanhada de exemplos ilustrativos, entres os quais se contam dois casos de imputação dos efeitos de um contrato aos sócios relacionados com a questão analisada em texto, veja-se Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial, Volume II, Das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 5ª edição, 2015, pp. 166 a 177.

57 Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Governança das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2ª edição, 2010, cit. p. 42, depois de elencar as várias tarefas que integram a competência do órgão de administração, considera que “[a] administração que mais releva é a *da(s) empresa(s)* da sociedade”, que engloba, precisamente, as decisões quanto ao modo de funcionamento daquelas, relativas à sua dimensão e número e à sua aquisição e alienação.

58 Os artigos 319º e 320º, ambos do CSC, incluem a aquisição e alienação de ações no âmbito das competências do órgão deliberativo-interno, mas referem-se tão-só a ações da própria sociedade.

daqueles⁵⁹. De qualquer forma, atendendo à forma colegial das deliberações dos sócios, compreende-se mal, principalmente naquelas situações em que, atenta a distribuição da percentagem de quotas, nenhum deles poderia, só por si, impor a sua vontade, que todos eles fiquem vinculados a não concorrer por força da aprovação de uma deliberação de alienação de participações sociais detidas numa outra sociedade.

Não obstante o que vem sendo dito, certos casos existirão em que, na nossa perspectiva, será de admitir que um ou alguns sócios fiquem obrigados a não concorrer por força da celebração de um *share deal*. Será assim, por exemplo, quando numa sociedade por quotas um dos sócios for detentor de uma participação social tão expressiva que lhe permita impor a sua vontade no seio do órgão deliberativo-interno da sociedade, de tal modo que se possa reconduzir a ele a decisão de alienação das participações⁶⁰, desde que se possa qualificá-lo como um concorrente diferenciado. Além disso, pode ainda equacionar-se a vinculação do sócio de uma sociedade anónima⁶¹⁻⁶².

59 Competência legal dispositiva, no sentido de que pode ser afastada pelo estatuto social. Sobre esta matéria, mais desenvolvidamente, Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, “Anotação ao artigo 246º” in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário – Volume IV*, coord. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 13 a 22. Isto implica que quando o estatuto social atribua aquela competência ao órgão de administração, os sócios – desde que não sejam também gerentes – sejam em princípio alheios aos negócios de alienação de participações sociais.

60 Este será, por conseguinte, um daqueles casos em que existem ponderosos motivos a justificar a imputação dos efeitos do negócio também à pessoa do sócio. Na verdade, é a sua vontade que é expressada na deliberação social, sendo a sociedade como que o instrumento da concretização daquela.

61 Na situação particular das sociedades anónimas a possibilidade de imputação parece-nos ser bem menor. De facto, atendendo à sua natureza tendencialmente capitalística que se reflete, como vimos, na forma de distribuição dos poderes de administração, será mais difícil encontrar uma situação que ocorra a necessária confusão entre a vontade do sócio e a da sociedade. Por falta de espaço não iremos aqui abordar esta matéria complexa. De todo o modo, parece-nos ser de exigir, pelo menos, que o sócio desempenhe funções de administração dado que será essa a circunstância em que com mais probabilidade se poderá detetar uma intervenção direta da vontade daquele no negócio.

62 Questão distinta da que ficou analisada em texto é a de saber se o sócio dominante pessoa humana, quando ocupe a posição substancialmente equiparável à do trespassante por força da alienação da sua participação social, ficará, ou não, vinculado a não concorrer com o adquirente daquela. Neste ponto particular parece-nos de aplaudir a solução vertida no n.º 3 do artigo 108.º do Código Comercial de Macau, que responde claramente à questão em sentido afirmativo, destarte eliminando qualquer incerteza que pudesse existir. Todavia, também aqui entendemos ser importante proceder a uma interpretação restritiva da norma, de modo a excluir do seu âmbito o sócio dominante em relação a quem não estejam reunidas as condições que permitam concluir pela sua capacidade para exercer uma concorrência diferenciada.

3.3.4. Âmbito objetivo

Pretende-se agora determinar com exatidão quais as atividades cujo exercício fica vedado ao transmitente das participações sociais por força da obrigação implícita de não concorrência.

À semelhança do que sucede nos casos de *trespasse*⁶³, também para os casos de *share deals* entendemos que será de afirmar que o alienante só ficará impedido de exercer atividades total ou parcialmente idênticas àquela que era exercida através da empresa da sociedade cujas participações sociais foram objeto do negócio⁶⁴. O considerando 23 da ComRa vai claramente neste sentido quando dispõe que “[d]o mesmo modo, as cláusulas de não concorrência devem limitar-se aos produtos (incluindo versões melhoradas ou actualizações de produtos, bem como os modelos que lhes sucedem) e serviços que constituem a actividade económica da empresa cedida.”

Uma questão particularmente interessante que se pode aqui suscitar é a de saber se o alienante fica impedido, por força do *share deal*, de adquirir participações numa outra sociedade com objeto semelhante ao da empresa transmitida.

Na nossa perspectiva, uma correta análise deste problema implica que se faça, logo à partida, uma distinção entre as aquisições a que esteja subjacente um puro intuito de investimento financeiro e aquelas que, pelo contrário, tenham como fim ou efeito a imissão do adquirente numa posição que lhe permita exercer uma influência efetiva na sociedade com objeto idêntico ou semelhante ao da empresa transmitida. Neste mesmo sentido vai a ComRa, no seu considerando 25, quando determina que só as aquisições subsumíveis na segunda situação deverão poder ser objeto de uma cláusula considerada como restrição diretamente relacionada e necessária à concentração. De facto, seria difícil compreender que o alienante das participações sociais se visse impedido, por exemplo, de adquirir ações numa sociedade que, pelo seu bom funcionamento e capacidade de gerar lucros, justificasse a aquisição de uma perspectiva estritamente financeira. Neste tipo de situações a atividade que se exerce é uma atividade especulativa que, por isso mesmo, também não prejudica as condições

63 Em matéria de *trespasse*, a generalidade doutrina entende que o âmbito objetivo da obrigação se restringe, citando Morais, Fernando de Gravato, op. cit., p. 116, “ao exercício de uma atividade (total ou parcial) estritamente semelhante ou intimamente ligada à do estabelecimento transmitido”. Parece-nos correto este entendimento dado que defender uma maior amplitude da obrigação redundaria na inclusão de atividades cujo exercício, pela ausência da referida semelhança, não poderia prejudicar as condições de consolidação da posição de mercado adquirida pelo *trespassário*, pelo que representaria uma restrição injustificada do direito à liberdade de iniciativa económica do *trespassante*.

64 Cabe dizer que se o transmitente já exercia atividade semelhante através de outra ou outras empresas, não fica impedido de continuar a fazê-lo. Para conclusão semelhante no âmbito do *trespasse*, Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., p. 304, nota 752.

objetivas de consolidação da aquisição do transmissário.

Antes de encerrar este ponto, parece-nos ser interessante averiguar se, por força da celebração de um *share deal*, o alienante das participações sociais pode ficar impedido de exercer funções de administração numa outra sociedade que exerça atividade concorrente.

Em primeiro lugar, cabe dizer que esta questão não se colocará naqueles casos paradigmáticos em que ambas as partes do contrato são sociedades. Isto porque, da nossa perspetiva, no nosso ordenamento jurídico está vedada às pessoas coletivas a possibilidade de assumirem cargos de administração numa outra sociedade.⁶⁵

No entanto, quando o alienante das participações seja uma pessoa humana, o problema enunciado já pode ser colocado e, por isso mesmo, não pode ser ignorado.

Como já ficou esclarecido, a afirmação da obrigação de não concorrência visa evitar que o transmitente das participações sociais possa prejudicar as possibilidades de o transmissário consolidar a sua aquisição através do exercício de uma atividade concorrencial. O que através daquela obrigação se limita, portanto, é a possibilidade de o transmitente se restabelecer no mercado dentro dos limites já mencionados, ou, por outras palavras, restringe-se a sua liberdade de iniciativa económica na sua dimensão de liberdade de entrada no mercado. Outros direitos fundamentais que assistem ao transmitente, nomeadamente o direito ao trabalho e à livre escolha de profissão previstos, respetivamente, nos artigos 58º nº 1 e 47º da CRP, permanecem intocados, sendo a sua extensão completamente alheia à circunstância de o transmitente ter realizado o *share deal*. Por ser assim, conclui-se que o transmitente deve permanecer livre para exercer as funções de administrador ou gerente numa sociedade concorrente pois esse exercício não é mais do que uma manifestação daqueles dois direitos fundamentais⁶⁶.

III. Breves considerações sobre a obrigação contratual de não concorrência

Até este ponto dedicámos a nossa atenção à obrigação implícita de não concorrência. Não obstante, tendo em conta que na prática negocial no âmbito dos *share deals* a situação mais comum parece ser aquela em que as partes preveem

65 A situação não é líquida e a posição assumida em texto é apenas uma de entre as várias que se podem assumir. Não obstante, e acompanhando Serens, M. Nogueira, op. cit., p. 10, nota 25, parece-nos determinante a clareza das disposições dos artigos 191º nº 3, 252º nº 1 e 390º nº 3, todos eles do CSC no sentido apresentado em texto.

66 Para a mesma conclusão mas com maior desenvolvimento e extensa justificação confira-se Serens, M. Nogueira, op. cit. pp. 11 a 13, cujas conclusões subscrevemos.

expressamente cláusulas de não concorrência⁶⁷, importa dedicar algumas linhas, ainda que breves, às questões que nesta matéria se podem colocar, nomeadamente ao problema de saber se a existência de uma declaração expressa pode justificar uma restrição do direito à liberdade de iniciativa económica do cedente das participações numa medida superior àquela que seria de considerar estritamente necessária atendendo à função da obrigação de não concorrência.

Na resolução desta questão será de grande valia a ComRa e as indicações nela presentes⁶⁸, não só para estabelecermos o ponto a partir do qual se pode considerar que foram excedidos os limites em princípio admissíveis⁶⁹, como também para colher orientações acerca do caminho a seguir em tal circunstância.

Como ponto de partida, parece ser de considerar que “[q]ualquer extensão daquele conteúdo, tido como essencial à transmissão do estabelecimento, deverá ser encarada como uma restrição (em princípio) proibida de concorrência”⁷⁰. Com efeito, a restrição acessória que esteja nessas condições poderá ser considerada directamente relacionada com a operação de transmissão das participações⁷¹ mas já não poderá reputar-se como necessária na parte em que exceda os limites tidos como estritamente necessários. No mesmo sentido depõe a ComRa, quando indica que “os artigos 81.º e 82.º do Tratado CE [atuais 101º e 102º do TFUE] continuam a ser potencialmente aplicáveis às restrições não directamente relacionadas e necessárias à realização da concentração”⁷². Daqui se

67 De facto, segundo o testemunho de Antunes, José A. Engrácia, op. cit. p. 746 e 747, no setor da negociação mercantil é fundamental a distinção entre aquilo que se pode designar por modelos sintéticos e modelos analíticos de negociação de empresa. Estes últimos “vêm assumindo um relevo crescente nos negócios de transmissão empresarial indirecta, mormente nos casos de aquisição de participações sociais de controlo, de fusões e de cisões” na medida em que, ao contrário dos modelos sintéticos, permitem uma regulação contratual exaustiva tanto de aspetos fundamentais como secundários do negócio, entre os quais se conta, precisamente, a obrigação de não concorrência.

68 As dificuldades com que nos deparamos supra em relação à possibilidade de recorrer a esta comunicação para definir os limites da obrigação implícita de não concorrência não se verificarão agora na medida em que esta situação é precisamente aquela a que a ComRa se pretende aplicar: estaremos perante um acordo restritivo da concorrência que se pretende acessório “isto é, “*subordinado e colateral*” a uma outra transacção legítima (v.g., trespasse do estabelecimento ...), e necessário para tornar essa transacção efectiva”, Serens, M. Nogueira, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, Coimbra, 2007, cit. p. 349.

69 Sobre estes vejam-se as considerações expendidas acerca dos âmbitos da obrigação implícita de não concorrência, em particular as referências feitas aos considerandos da ComRa.

70 Cit. p. 10.

71 Recorde-se que a característica da relação direta da restrição se afere pela sua relação económica com a transacção principal e pelo facto de a sua previsão se destinar a possibilitar uma transacção “harmoniosa” da empresa.

72 Citação do considerando 7, onde se indica ainda que “o simples facto de um acordo ou disposições

retira que a consequência da ultrapassagem daqueles limites é a submissão daquelas restrições ao crivo do artigo 101^{o73}. Isto significa, por um lado, que aquela restrição de um direito disponível terá de se compatibilizar com os interesses superiores que este último artigo pretende proteger sob pena de ser considerada nula⁷⁴, mas, por outro, que poderá ser válida se passar no seu crivo.

Dado que a exposição já vai longa, não podemos encetar uma análise exaustiva do funcionamento do artigo 101^o TFUE. Por isso, limitar-nos-emos a expor as linhas gerais que consideramos essenciais para que se perceba de que forma se deve proceder para avaliar se uma cláusula de não concorrência contida num contrato pode ser admitida à luz desse artigo, ou, pelo contrário, sofrer a sanção de nulidade prevista no seu n^o 2.

Em primeiro lugar, e seguindo a ordem prevista no artigo 101^o n^o1 do TFUE, há que verificar se o contrato em que está prevista a prática restritiva pode afetar, ou não, o comércio entre os Estados-Membros. Na realização desta tarefa são essenciais as Orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio entre os EM⁷⁵. Além disso, há que atender à jurisprudência do TJUE, que desde muito cedo definiu que nem toda a afetação do comércio entre EM seria relevante para efeitos da aplicação do artigo 101^o, consagrando uma regra *de minimis* que limita a aplicação do artigo aos acordos que tenham por efeito uma afetação sensível do comércio⁷⁶.

Saber se o acordo produz uma afetação sensível implica uma análise do mercado

não serem considerados acessórios a uma concentração não prejudica, enquanto tal, o respectivo estatuto jurídico.”.

73 Aparentemente neste sentido, vejam-se as conclusões apresentadas a propósito do Acórdão *REMIA v Comissão*, Processo 42/84, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>, onde o Advogado Geral, a p.inas 13, dispõe que a seu ver, “a não aplicação da proibição dos acordos restritivos é possível onde as restrições sejam indispensáveis para a prossecução de objetivos contratuais legalmente permitidos, tais como a consolidação dos efeitos de um acordo de venda de empresa” (tradução nossa), pelo que se pode concluir que quando não exista “indispensabilidade”, será de aplicar o artigo 101^o.

74 É esta a sanção prevista no artigo 101^o n^o 2 e que segundo a jurisprudência do TJUE consolidada nos Acórdãos *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm* e *Consten and Grundig*, respetivamente, processos 56/57 de 1966 e 56 e 56/64 de 1966, disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/>, se aplicará apenas à disposição em causa, permanecendo válido o resto do contrato. Saber se o contrato “amputado” pode ou não continuar a vincular as partes é uma questão que deve ser apreciada à luz da legislação nacional.

75 Nas quais não só não é afastada a possibilidade de um acordo em que todas as partes se situem num mesmo EM afetar o comércio entre os EM, como também é considerado relevante o efeito meramente potencial sobre o comércio. Neste sentido, veja-se o cons. 23 da comunicação inserido no ponto 2.3 onde se pretende dar a noção de “suscetível de afetar”.

76 A título de exemplo, vejam-se os acórdãos *Tepea*, Processo 28/77 de 1978 e *Bagnasco*, Processos apensos C-215/96 e C-216/96, disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu>. Sobre o conceito de “afetação sensível”, consulte-se a Comunicação *de minimis* da Comissão (2001/ C 368/ 07).

relevante dado que “é esta a realidade na qual deve ser aferido o impacto de uma prática anti-concorrencial e determinado o carácter sensível dos seus efeitos”⁷⁷. O mercado relevante “deve ser definido na sua dupla vertente do (i) produto (ou material) e (ii) geográfico”⁷⁸.

Um outro pressuposto de aplicação do artigo 101º nº 1, é que o acordo tenha por efeito ou objeto impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Quando o objeto do acordo não seja iminentemente anti concorrencial⁷⁹, haverá que averiguar dos seus efeitos atendendo ao caso concreto e ao contexto económico em que ele é realizado⁸⁰.

De todo o modo, atendendo à prática do TJUE⁸¹ parece-nos difícil conceber uma situação em que seja prevista uma obrigação de não concorrência que ultrapasse os limites do que possa ser considerado estritamente necessário para a consolidação da aquisição pelo adquirente sem que estejam preenchidos os requisitos do nº 3 do artigo 101º⁸², que não seja declarada nula na parte excedente, quanto mais não seja, por força

77 Anastácio, Gonçalo, “Comentário ao Artigo 101º do TFUE”, in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, coord. Gonçalo Anastácio e Manuel Lopes Porto, Almedina, Coimbra, 2012, cit. p. 498.

78 O processo de definição do mercado relevante é deveras complexo e implica a mobilização de conhecimentos jurídicos e económicos. O carácter multidisciplinar desta tarefa torna impossível que realizemos uma análise exaustiva da questão. Por isso, limitamo-nos a esta breve referência e à indicação da Comunicação da Comissão 97/C 372/03, relativa à definição do mercado relevante.

79 Sobre este tipo de acordos, também designados por *hard-core restrictions*, consulte-se Korah, Valentine, op. cit., pp. 287 e ss.

80 Também esta operação tem uma vertente marcadamente económica que requer conhecimentos relativamente profundos dessa ciência, pelo que nos abtemos de tecer mais considerações.

81 A título de exemplo, vejam-se os Acórdãos *Nungesser v Commission*, processo 258/78 de 1982 (§56-58), *Coditel (II)*, processo 261/81 de 1982 (§15-19), e o já referido *REMLA v Commission* (§20), todos disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/>, em que o Tribunal procurou averiguar a situação hipotética que existiria na ausência da restrição, de modo a verificar se seria possível a produção dos efeitos pretendidos pelo acordo sem aquela e concluiu que só seriam de admitir as restrições quando aquela possibilidade não existisse e o âmbito das restrições não fosse mais extenso que o estritamente necessário. Sobre a (complexa) doutrina do counterfactual, veja-se Korah, Valentine, op. cit., pp. 80-83.

82 Atendendo ao rigor do teste realizado pelo TJUE nestas situações, parece que só a verificação dos requisitos deste nº 3 poderá salvar uma cláusula de não concorrência mais extensa que o devido, sendo esta uma das consequências negativas da admissão de um conceito de restrição acessória tão restrito. De facto, os sujeitos que pretendam beneficiar da isenção do nº3 terão de arcar com o pesado ónus da prova da legalidade da restrição. Neste mesmo sentido, Korah, Valentine, op. cit., p. 83. A prática dos tribunais estadunidenses revela a utilização de um conceito mais amplo de restrição acessória na medida em que se exige apenas que a prática restritiva em causa seja “razoavelmente necessária” e “razoavelmente relacionada” com a operação principal. Esta prática foi cunhada pelo ilustre juiz Taft, logo no acórdão *U.S.v. Addyston Pipe & Steel Co.*,

da aplicação das normas, no caso nacional, da LC, em relação às práticas restritivas da concorrência⁸³.

Conclusão

Aqui chegados, cumpre apresentar uma resenha das conclusões que ao longo do texto se foram sucedendo.

Assim, concluímos pela possibilidade de equiparação do *share deal* ao *asset deal* naquelas situações em que seja detetável uma vontade das partes nesse sentido, e quando tal vontade esteja alicerçada numa transmissão de participações em percentagem suficiente para imitar o transmissário numa posição de controlo da sociedade. Quando assim for, será de qualificar o contrato de compra e venda de participações (também) como contrato de compra e venda de empresa. Esta qualificação acarretará a aplicação das normas destinadas à regulação do contrato de *trespasse*, assim como outras soluções que no seu âmbito se afirmem, desde que exista uma afinidade teleológica que a justifique. Assim, por exemplo, onde a transmissão de uma empresa não seja possível pela via do *trespasse*, v.g., porque a atividade exercida carece de uma licença especial que é atribuída ao titular e, como tal, não pode sem mais ser transmitida, também não será admissível pela via indireta pois as razões que justificam aquela proibição na primeira situação mantêm-se perfeitamente válidas na segunda. Destarte, parece-nos injustificado o receio de utilização do *share deal* como mecanismo de fraude à lei, pelo menos para as situações mais gravosas.

Além disto, concluímos também pela possibilidade, *rectius*, necessidade, de afirmar – tal como se faz geralmente para o *trespasse* – a existência de uma obrigação de não concorrência no âmbito dos negócios de transmissão de participações àquele equiparáveis, de modo a garantir que estão reunidas as condições necessárias à consolidação da aquisição empresarial na esfera económica e jurídica do transmissário.

Quando curámos da densificação daquela obrigação concluímos que estão essencialmente corretos os limites previstos na ComRa, na medida em que, como vimos, corresponderão àquilo que deverá ser considerado, na generalidade dos casos, como estritamente necessário ao cumprimento da função de garantia da obrigação implícita de não concorrência.

Por fim, constatámos que é possível a previsão expressa de cláusulas de não concorrência cujos limites excedam aquele “mínimo necessário”, sendo que a consequência desta ultrapassagem é a submissão dessas restrições da concorrência ao

de 1898, disponível em <https://supreme.justia.com>. Para uma análise comparativa do sistema do artigo 101º com o sistema estadunidense, consulte-se Jebelli, Kayvan Hazemi, *EU Ancillary Restraints: a reasoned approach to Article 101(1)*, disponível em <http://www.ssrn.com/en/>.

83 Vejam-se os artigos 9º e 10º da LC.

teste do artigo 101º nº 1 do TFUE.

De todo o modo, verificou-se que, atendendo à conceção estrita do conceito de “restrição acessória” adotada pelo TJUE, dificilmente encontraremos uma cláusula naquelas condições que, não sendo abrangida pela isenção do nº 3 do artigo 101º TFUE, escape à declaração de nulidade.

Bibliografia

Anastácio, Gonçalo, “Comentário ao Artigo 101º do TFUE”, in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, coord. Gonçalo Anastácio e Manuel Lopes Porto, Almedina, Coimbra, 2012

Antunes, José A. Engrácia, “A Empresa como Objecto de Negócios – “Asset Deals” Versus “Share Deals””, *ROA* 2008, p.716

Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2002

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial, Volume I*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2013

Curso de Direito Comercial, Volume II, Das Sociedades, Almedina, Coimbra, 5ª edição, 2015

Governança das Sociedades, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010

“Anotação ao artigo 246º” in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário – Volume IV*, coord. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2012

Aureliano, Nuno, “A Obrigação de não Concorrência do Trespasante de estabelecimento comercial no Direito Português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – Volume IV*, Coimbra, Almedina, 2003

Carvalho, Orlando, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, I – O problema da empresa como objecto de negócios*, 1967

Costa, Ricardo “O Novo Regime do Arrendamento Urbano e os Negócios sobre a Empresa” in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

Correia, A. Ferrer, *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Coimbra, Atlântida, 1948
Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa, separata da *ROA*, ano 44

Correia, A. Ferrer e Sá, Almeno de, “Oferta pública de venda de acções e compra e venda de empresa”, *CJ*, ano 18

Cordeiro, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, tomo I, Almedina, Coimbra, 1999

Cunha, Carolina, *Controlo das Concentrações de Empresas – Direito Comunitário*

e *Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2005

Garcia, Augusto Teixeira, “O Novo Código Comercial de Macau”, in *BFDUM*, n.º 9, 2000

“Da Reforma do Código Comercial”, in *BFDUM*, n.º 7, 1999

Jebelli, Kayvan Hazemi, *EU Ancillary Restraints: a reasoned approach to Article 101(1)*, disponível em <http://www.ssm.com/en/>

Korah, Valentine, *An introductory guide to EC competition law and practice*, 9ª edição, Hart Publishing, Oxford, 2007

Monteiro, António Pinto, e Pinto, Paulo Mota “Compra e venda de empresa – A venda de participações sociais como venda de empresa (“share deal”)", *RLJ*, ano 137

Morais, Fernando de Gravato, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Coimbra, Almedina, 2005

Pereira, Alexandre Dias, Propriedade Intelectual e Concorrência Desleal em Macau (Breve Apontamento), *Administração*, n.º 76, vol. XX, 2007

Ramos, Maria Elisabete, “Trespasse de Estabelecimento Comercial – Obrigação de Não Concorrência”, *RJUM*, Lisboa, Ano 1º

Santos, Filipe Cassiano dos, *Direito Comercial Português, Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

Serens, M. Nogueira, “Trespasse de Estabelecimento Comercial – Dever de não concorrência pelo trespassário” in *CJ (STJ)*, 2001, Tomo II

A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca, Almedina, Coimbra, 2007

Slaughter and May, *An overview of the EU competition rules*, 2011, disponível em <https://www.slaughterandmay.com>.

Jurisprudência

Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão *REMLA v Comissão*, Processo 42/84, de 1985

Acórdão *Tepea BV v Commission*, Processo 28/77, de 1978

Acórdão *Carlo Bagnasco and Others v Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP)*, Processos apensos C-215/96 e C-216/96, de 1999

Acórdão *Nungesser v Commission*, Processo 258/78, de 1982

Coditel (II), Processo 261/81 de 1982

Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm Processo 56/57, de 1966

Consten and Grundig Processos 56 e 56/64, de 1966

***Supreme Court* Estadunidense**

U.S.v. Addyston Pipe & Steel Co., de 1898

***Corte Suprema di Cassazione* Italiana**

Acórdão nº 14471 de 25/06/14