

ECKHARD BREMER

RECURSO PARA O MINISTRO EM CONTROLO
DE CONCENTRAÇÕES

COMENTÁRIO AO ARTIGO 42.º DA LEI ALEMÃ
DA CONCORRÊNCIA

Separata da

Revista "Temas de Integração"

1.º e 2.º SEMESTRES DE 2010 • N.ºs 29 e 30

RECURSO PARA O MINISTRO EM CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

COMENTÁRIO AO ARTIGO 42.º DA LEI ALEMÃ
DA CONCORRÊNCIA*

por *Eckhard Bremer***

Sumário: Nota da Tradução. § 42 Autorização Ministerial. I. Finalidade da norma. II. Benefícios para a economia nacional e interesses públicos predominantes. – 1. Geral. – 2. Segurança no abastecimento de energia. – 3. Garantia de postos de trabalho. – 4. Privatização. – 5. Equilíbrio das contas públicas. – 6. Competitividade internacional. – 7. Eficiência. – 8. Reestruturação de empresa. – 9. Preservação do know-how tecnológico. – 10. Domínio por capital estrangeiro. – 11. Protecção climático-ambiental. – 12. Pluralismo de imprensa. 13. Saúde pública. – 14. Investigação científica. – III. A Autorização. – 1. Conteúdo da autorização. – 2. Condições e Obrigações. – (a) Finalidade da

* Este texto é a tradução do comentário ao artigo 42.º da lei alemã da concorrência, incluído na obra "*Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Band 2" [Comentário de Munique ao Direito da Concorrência (Direito dos Cartéis) Europeu e Alemão, 2.º Volume], publicado em 2008 pela C.H. Beck. A tradução foi efectuada por MARTA FLORES DA SILVA, LEON KEEN, JOANA SCHMID MOURA, ANA CATARINA KLEBA e FRANCISCO MENDONÇA E MOURA e revista por GONÇALO ANASTÁCIO e MARIA JOÃO DUARTE, todos do Departamento de Concorrência da **SRS Advogados**. Agradece-se a gentil colaboração do autor – ECKHARD BREMER – e da editora – C.H. Beck.

** Dr. Iur. (Göttingen), LL.M. (Harvard), Sócio da Hogan Lovells International LLP, Berlim (Alemanha), onde exerce advocacia na área do Direito da Concorrência, Auxílios de Estado, Contratação Pública e Regulação.

norma e das "Condições e Obrigações". – (b) Base legal para previsão de Condições e Obrigações. – (c) Relevância do âmbito do requerimento relativamente à adopção de Condições e Obrigações – (d) Proibição de controlos comportamentais. – 3. Limites da autorização ministerial. – 4. Revogação e alteração da autorização. – IV. O processo de autorização. – 1. Requerimento. – 2. Tramitação do recurso e da autorização. – 3. Procedimentos de recurso e de autorização ministerial em paralelo. – 4. Carácter vinculativo da decisão de oposição. – (a) Exclusão de controlo das restrições à concorrência. – (b) Vinculação às conclusões efectivas. – 5. Parecer da Monopolkommission e das autoridades de concorrência estaduais. – 6. Audiências públicas. – 7. Sanação de vícios processuais. – 8. Prazo para decisão. – 9. Fundamentação escrita. – V. Medidas cautelares. – 1. Enquadramento. – 2. Direitos de terceiros em medidas cautelares. – 3. Desnecessidade de violação de direitos subjectivos. – VI. Recursos. – 1. Recorribilidade. – 2. Limites do controlo judicial. – (a) Jurisprudência sobre o artigo 71.º, n.º 5, parte final, da GWB. – (b) Limites constitucionais. – (c) Inaplicabilidade da autorização ministerial. – aa) Ausência de circunstâncias excepcionais. – bb) Dupla Função do Ministro. – cc) Direitos fundamentais dos concorrentes. – VII. Questões de Direito Europeu. – 1. Relação entre as leis alemã e europeia de controlo de concentrações. – (a) Primado do Direito Europeu. – (b). Momento relevante para a determinação da competência. – 2. Relação entre a autorização ministerial e o Direito Europeu da Concorrência. – 3. Significado do artigo 21.º, n.º 4 do RCE para as autorizações ministeriais. – VIII. Processos de autorização ministerial até à data. Bibliografia. Abreviaturas.

Nota da Tradução:

O direito alemão foi a fonte directa dos artigos de concorrência do Tratado de Roma, de 1957, que mais tarde influenciaram o normativo português. Não obstante o seu relevo intrínseco e enorme interesse comparativo, a inacessibilidade do idioma tem constituído um evidente obstáculo ao seu benefício, pelo que se pretendeu, com esta tradução, prestar um pequeno contributo para a respectiva divulgação.

O tema escolhido (o artigo 42.º da GWB) pareceu-nos particularmente relevante pela inspiração assumidamente germânica da norma paralela do direito português de concentrações: recurso extraordinário para o Ministro da Economia de uma decisão de Oposição da Autoridade da Concorrência (previsto no artigo 34.º dos respectivos Estatutos). Afigura-se, também, oportuno por nos encontrarmos em pleno debate relativo à revisão da Lei da Concorrência, o qual poderá beneficiar da experiência da Alemanha, que dispõe deste mecanismo há cerca de quarenta anos.

Tal experiência conta com a riqueza de 21 precedentes, profundamente fundamentados e comentados, incluindo 8 autorizações (*i.e.* revertendo proibições da autoridade alemã de concorrência), metade das quais sujeitas a condições. Será também interessante observar que, nas últimas duas décadas, apenas ocorreram duas das referidas 8 autorizações políticas, ou seja, um registo de intensidade próximo da experiência nacional, em que, desde a criação da norma em causa, em 2003, apenas no caso da concentração Brisa/Auto-estradas do Atlântico (Ccent. n.º 22/2005) foi utilizado este instrumento.

De entre as várias excelentes anotações disponíveis à lei alemã de concorrência, o comentário do Dr. Eckhard Bremer ao artigo 42.º foi o que nos pareceu mais adequado pela riqueza da análise e de elementos complementares, bem como pelo potencial de apoio à interpretação da norma portuguesa. Acresce que este comentário se encontra integralmente actualizado à data da publicação portuguesa (Setembro de 2011) na medida em que não ocorreu entretanto qualquer alteração à lei alemã da concorrência e não foi emitida qualquer outra decisão do Ministro alemão da Economia em sede de concentrações.

A tradução respeita, naturalmente, o texto original (datado de 2008), apenas operando ligeiros ajustes de natureza prática, tais como a actualização da numeração dos artigos do actual TFUE em função do Tratado de Lisboa. Para apoio adicional ao leitor, e para facilitar uma eventual pesquisa bibliográfica, para além do texto do comentário procedeu-se, também, à tradução do próprio artigo 42.º (inserido imediatamente antes do comentário), bem como dos vários títulos alemães identificados na bibliografia.