

Comentários da AdC à Proposta de Lei n.º 21/XV/1.ª (GOV) que procede à transposição das Diretivas (UE) 2019/878 (CRD V) e 2019/879 (BRRD II), relativas ao setor bancário, procedendo à alteração, entre outros, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras

1. Enquadramento

1. Nos termos dos seus Estatutos, entre as atribuições da AdC inclui-se a de “contribuir para o aperfeiçoamento do sistema normativo português em todos os domínios que possam afetar a livre concorrência, por sua iniciativa ou a pedido da Assembleia da República ou do Governo”, podendo “formular sugestões ou propostas com vista à criação ou revisão do quadro legal e regulatório”¹.
2. Nesse contexto, releva mencionar que foi submetida pelo Governo, à Assembleia da República, a Proposta de Lei n.º 21/XV/1ª (GOV), aprovada na generalidade e, em discussão na especialidade, na Comissão de Orçamento e Finanças (COF)².
3. A Proposta de Lei n.º 21/XV/1.ª (GOV) procede à transposição da Diretiva (UE) 2019/878 (CRD V, *Capital Requirements Directive*), relativa ao acesso à atividade bancária e supervisão prudencial³, e da Diretiva (UE) 2019/879 (BRRD II - *Bank Recovery and Resolution Directive*), relativa à recuperação e resolução de instituições de crédito e empresas de investimento⁴, relativas ao *Banking Package*⁵.
4. A transposição das duas Diretivas constava do Anteprojeto de Código da Atividade Bancária (CAB), elaborado pelo Banco de Portugal (BdP), que esteve em consulta pública, até 15 de janeiro de 2021, tendo sido, entretanto, publicado o relatório dessa consulta, em abril de 2021⁶. Na sequência dessa consulta pública, o BdP enviou ao Ministério das Finanças uma versão revista do Anteprojeto de CAB, à consideração do decisor público⁷.
5. O Anteprojeto de CAB visava três principais objetivos: (i) a substituição do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF)⁸, em vigor desde 1993, revogando-o; (ii) a agregação, num único texto legislativo, de vários regimes especiais dispersos; (iii) e apresentava uma proposta de transposição de três Diretivas⁹, de entre as quais, as duas Diretivas objeto da presente Proposta de Lei n.º 21/XV/1.ª (GOV).
6. O Governo continua a analisar a *proposta* para um novo CAB, tendo antecipado a transposição das duas Diretivas em referência¹⁰.

¹ Vide [Estatutos da AdC](#), Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18.08.2014, artigo 5.º, al. g), e artigo 6.º, n.º 4, al. d).

² Vide [Proposta de Lei n.º 21/XV/1.ª \(GOV\)](#), aprovada em Conselho de Ministros, de 23.06.2022; aprovada na generalidade, na Assembleia da República, em 21.07.2022; e em [discussão na especialidade](#), na COF.

³ Vide [Diretiva \(UE\) 2019/878](#), de 20.05.2019, que altera a Diretiva (EU) 2013/36/EU, no que se refere às entidades isentas, às companhias financeiras, às companhias financeiras mistas, à remuneração, às medidas e poderes de supervisão e às medidas de conservação de fundos próprios (CRD V; versão consolidada).

⁴ Vide [Diretiva \(UE\) 2019/879](#), de 20.05.2019, que altera a Diretiva (UE) 2014/59/EU, no respeitante à capacidade de absorção de perdas e de recapitalização das instituições de crédito e empresas de investimento, e a Diretiva 98/26/CE, de 19.05.1998 (BRRD II; versão consolidada).

⁵ Vide página da Comissão Europeia, [Banking Package \(2019 e update 2021\)](#).

⁶ Vide [consulta pública](#) do BdP n.º 6/2020, que decorreu entre 29.10.2020 a 15.01.2021, relativa ao [anteprojeto](#) de CAB, e [relatório da consulta pública](#), de 16.04.2021.

⁷ Vide [página do BdP](#) relativa ao relatório da consulta pública ao Anteprojeto de CAB, de 16.04.2021.

⁸ Vide [Decreto-Lei n.º 298/92](#), de 31.12.1992, sucessivamente alterado (versão consolidada).

⁹ I.e., visava, adicionalmente, proceder à transposição, parcial, da [Diretiva \(UE\) 2019/2034](#), de 27.11.2019, relativa à supervisão prudencial das empresas de investimento. A sua [transposição](#) encontra-se, entretanto, assegurada.

¹⁰ Vide [“Intervenção do Sec. Est. Tesouro na AR sobre transposição de diretivas no setor bancário”](#), de 21.07.2022.

7. A transposição das duas Diretivas, constante da Proposta de Lei n.º 21/XV/1.^a (GOV), pressupõe alterações a vários diplomas, de entre os quais, procede à alteração e republicação do RGICSF.
8. O RGICSF é, recorde-se, o diploma enquadrador do acesso à atividade e respetivo exercício por parte das instituições de crédito e das sociedades financeiras, bem como da supervisão das mesmas, ao nível comportamental e prudencial.
9. Neste contexto, releva mencionar que, em 11.03.2021, a AdC emitiu comentários ao Anteprojeto de CAB, elaborado pelo BdP¹¹. O Anteprojeto de CAB incluía normas que, ao proporem alterações ao RGICSF (revogando-o e substituindo-o pelas normas do CAB), incidiam sobre a política de concorrência, designadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e de controlo de concentrações de empresas. Nesse contexto, a AdC emitiu recomendações, por um lado, visando contribuir para garantir a conformidade do Anteprojeto de CAB com o direito da União Europeia (UE) e, por outro lado, para criar condições de concorrência efetiva no setor.
10. A Proposta de Lei n.º 21/XV/1.^a (GOV) em apreço, como se vem de referir, também propõe alterações ao RGICSF. Ainda que as propostas de alteração ao RGICSF não versem sobre os quatro artigos que motivaram, a título principal, os anteriores comentários da AdC, com respeito às propostas de alteração constantes do Anteprojeto de CAB, identifica-se a oportunidade e a pertinência, em a AdC renovar um conjunto dos seus anteriores comentários.
11. Com efeito, o RGICSF mantém um artigo em vigência, cuja redação data da sua versão inicial, que incide sobre a política de concorrência, designadamente, em matéria de práticas restritivas da concorrência (*in casu*, o artigo 87.º, n.ºs 2 e 3 do RGICSF).
12. Adicionalmente, por via de alterações legislativas introduzidas, ao RGICSF, com vista a acomodar as medidas de resolução passíveis de serem adotadas pelo BdP, este diploma contém três artigos em vigência, que incidem em matéria de controlo de concentrações de empresas (*in casu*, os artigos 145.º-N, n.º 14, 145.º-P, n.º 14 e 145.º-S, n.º 17 do RGICSF).
13. Neste contexto, nos termos dos seus Estatutos, considera-se da oportunidade e da pertinência, em a AdC renovar um conjunto de comentários, com relação à Proposta de Lei n.º 21/XV/1.^a (GOV), em particular, com respeito às quatro normas jurídicas do RGICSF que se veem de destacar, que incidem sobre a política de concorrência, cuja redação se considera passível de beneficiar de uma reflexão e análise, numa perspetiva de concorrência, com vista à sua ponderação, pelo legislador, em benefício da economia e dos consumidores.

2. Comentários quanto a aspetos relacionados com a aplicação do regime jurídico da concorrência

2.1. Matérias relacionadas com práticas restritivas da concorrência

2.1.1. Quanto ao artigo 87.º, n.ºs 2 e 3 do RGICSF, sob a epígrafe “Defesa da Concorrência”

14. A Proposta de Lei n.º 21/XV/1.^a (GOV) mantém a denominação do Título VI do RGICSF “*Supervisão Comportamental*”, assim como, sob o Capítulo V, das normas relativas a “*Defesa da concorrência*”.
15. Em particular, a Proposta de Lei n.º 21/XV/1.^a (GOV) não propõe a alteração do artigo 87.º, n.ºs 2 e 3 do RGICSF, normativo que dispõe, em particular, sobre a “*Defesa da concorrência*”.
16. No artigo 87.º, n.º 1 do RGICSF, é afirmado o princípio de que “*A atividade das instituições de crédito, bem como a das suas associações empresariais, está sujeita à legislação da defesa da concorrência*”.

¹¹ Vide “[Comentários da AdC ao Anteprojeto de “Código da Atividade Bancária” do Banco de Portugal](#)”, de 11.03.2021.

17. Este princípio é concordante com o disposto, entre outros, em sede do artigo 2.º, n.º 1, da Lei da Concorrência¹², segundo o qual esta lei é *“aplicável a todas as atividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo”*, assim como, em particular, em sede do artigo 9.º, n.º 1 da Lei da Concorrência (e, se aplicável, em sede do artigo 101.º do TFUE¹³), que dispõe que: *“São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional (...)”*¹⁴.
18. Porém, a norma vigente do artigo 87.º, n.º 2 do RGICSF dispõe que: ***“Não se consideram restritivos da concorrência os acordos legítimos entre instituições de crédito e as práticas concertadas que tenham por objeto as seguintes operações: a) Participação em emissão e colocação de instrumentos financeiros; b) Concessão de crédito ou outros apoios financeiros de elevado montante a uma empresa ou a um conjunto de empresas.”***¹⁵
19. Acresce que, a norma vigente do artigo 87.º, n.º 3 do RGICSF dispõe que: ***“Na aplicação da legislação da defesa da concorrência às instituições de crédito e suas associações empresariais ter-se-ão sempre em conta os bons usos da respetiva atividade, nomeadamente no que respeite às circunstâncias de risco ou solvabilidade.”***¹⁶
20. A este respeito, releva mencionar que o Anteprojeto de CAB¹⁷ propunha a manutenção da letra e do espírito destas normas, **alterando apenas, em sede do n.º 3, a palavra “bons usos” para “boas práticas”**.
21. Neste contexto, identifica-se a oportunidade e a pertinência em a AdC renovar um conjunto de comentários.
22. Com efeito, **no que respeita ao vigente artigo 87.º, n.º 2 do RGICSF**, note-se que, **por força do primado do direito da UE sobre a legislação nacional**, este regime não é aplicável a práticas suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-membros abrangidas pelo artigo 101.º, n.º 1 do TFUE (e que não sejam isentas pelo n.º 3 do mesmo artigo), o que sucederá em regra no que respeita a práticas que abrangem a totalidade do território nacional. Em todo o caso, a apreciação da legalidade de um acordo e prática concertada entre empresas por não restringirem de forma sensível a concorrência serão valorações a tecer pela AdC, em aplicação da Lei da Concorrência¹⁸, nomeadamente, em sede dos seus artigos 9.º e 10.º e, se aplicável, do artigo 101.º do TFUE¹⁹.

¹² Vide [Lei n.º 19/2012](#), de 08.05.2012, que aprova o regime jurídico da concorrência (versão consolidada).

¹³ Vide [Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia](#) (TFUE).

¹⁴ O artigo 9.º, n.º 1 da Lei da Concorrência apresenta uma natureza exemplificativa, *i.e.*, acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito: *“a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.”*

¹⁵ A letra vigente do artigo 87.º, n.º 2 do RGICSF mantém-se desde a 1.ª versão do RGICSF, em vigor desde 1993.

¹⁶ A letra vigente do artigo 87.º, n.º 3 do RGICSF mantém-se desde a 1.ª versão do RGICSF, em vigor desde 1993.

¹⁷ Vide artigo 115.º, n.ºs 2 e 3 do Anteprojeto de CAB.

¹⁸ Vide artigo 5.º, n.º 1 da Lei da Concorrência e artigos 5.º e 6.º dos Estatutos da AdC. O respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência é assegurado pela AdC que dispõe de poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação.

¹⁹ Vide artigo 7.º, n.º 2 da Lei da Concorrência.

23. Mais se refere que, em sede do direito da UE, certos acordos, decisões de associação de empresas e práticas concertadas poderão beneficiar da aplicação de um Regulamento de isenção por categoria, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, a certas categorias de acordos verticais ou horizontais e práticas concertadas, assim como a setores específicos. Estes normativos determinam em que condições aquele tipo de acordos e práticas concertadas se consideram ao abrigo da isenção e, dessa forma, em que condições podem beneficiar de uma presunção de conformidade com o direito da UE (também designados por *block exemptions*)²⁰. Porém, este contexto não é o que resulta do artigo 87.º, n.º 2 do RGICSF.
24. Adicionalmente, **no que respeita ao vigente artigo 87.º, n.º 3 do RGICSF**, note-se que, **por força do primado do direito da UE sobre a legislação nacional**, este regime não é aplicável a práticas suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-membros abrangidas pelo artigo 101.º TFUE, n.º 1 (e que não sejam isentas pelo n.º 3 do mesmo artigo. Cumpre salientar que, por força da jurisprudência estabilizada da UE²¹, na apreciação sobre se um dado comportamento empresarial deve ser considerado anticoncorrencial e proibido em razão do seu objeto ou efeito, importa sempre atentar no respetivo contexto factual e económico-jurídico, qualquer que seja o setor de atividade em que o mesmo ocorre. Acresce que, a determinação, apreciação e valoração de elementos factuais relevantes, no contexto da aplicação da Lei da Concorrência, em particular, no que concerne à licitude de certos “*bons usos*” [ou *boas práticas*] numa determinada atividade, em sede do seu artigo 9.º e, se aplicável, do artigo 101.º do TFUE, cabe naturalmente à AdC e aos tribunais.
25. A este respeito, referem-se, a título ilustrativo, duas decisões da AdC, de arquivamento do inquérito mediante a aceitação de compromissos e a imposição de condições²², dirigidas a duas associações de empresas e suas associadas²³, representativas de atividades do setor bancário. Ambas tiveram por base os sistemas institucionalizados de divulgação de informação às associadas. Do ponto de vista das associações, estes sistemas poderiam ter sido percecionados como *bons usos* [ou *boas práticas*] e ou de reporte de informação às associadas. Porém, com o objetivo de responder às preocupações jusconcorrenciais manifestadas pela AdC, as associações de empresas comprometeram-se a introduzir alterações nos seus sistemas de divulgação de informação²⁴. A intervenção da AdC conduziu à introdução de alterações nos referidos sistemas de divulgação de informação, através da imposição de condições, tendo em vista repor a concorrência no mercado, em prol dos consumidores.

Recomendação

26. Face ao exposto, **considera-se que o disposto vigente no artigo 87.º, n.º 2 do RGICSF, não é consentâneo com as regras de concorrência, nomeadamente com a Lei da Concorrência e o artigo 101.º do TFUE, sendo passível de introduzir incerteza jurídica.**
27. **No que respeita ao disposto vigente no artigo 87.º, n.º 3 do RGICSF**, na análise da conduta das empresas, importa sempre atentar no respetivo contexto factual e económico-jurídico, qualquer que seja o setor de atividade em que o mesmo ocorre, sendo que a determinação, apreciação e valoração de elementos factuais relevantes, no contexto da aplicação da Lei da Concorrência, em

²⁰ Vide página da Comissão Europeia, “*Antitrust Legislation*”, disponível [aqui](#).

²¹ Vide, entre outros, Acórdão do TJUE, de 11.09.2014, no processo [C-67/13 P, Groupement des cartes bancaires](#).

²² Vide n.º 6 do artigo 23.º e alínea d) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei da Concorrência.

²³ Vide [PRC/2015/8 - ALF e as suas associadas](#); e [PRC/2015/9 - ASFAC e as suas associadas](#).

²⁴ Nomeadamente, através do aumento da antiguidade dos dados individualizados que colocavam à disposição das associadas, bem como introduzindo alterações às regras de reciprocidade na recolha e divulgação da informação.

particular, **no que concerne à licitude de certos “bons usos” [ou boas práticas] numa determinada atividade, em sede do seu artigo 9.º e, se aplicável, do artigo 101.º do TFUE, cabe naturalmente à AdC e aos tribunais.**

28. Nestes termos, considera-se da oportunidade e da pertinência, em a AdC **reiterar a sua recomendação de eliminação do artigo 87.º, n.ºs 2 e 3 do RGICSF.**

2.2. Matérias relacionadas com o controlo de concentrações de empresas

2.2.1. Quanto ao artigo 145.º-N, n.º 14 do RGICSF, relativo à medida de alienação da atividade, enquanto medida de resolução do BdP

29. A Proposta de Lei n.º 21/XV/1.^a (GOV), que prevê a red denominação do Título VIII do RGICSF para “*Intervenção corretiva, administração provisória e resolução*”, mantém sob o Capítulo III, as medidas de “*Resolução*”^{25,26} passíveis de ser adotadas pelo BdP, de entre as quais, a de alienação parcial ou total da atividade.

30. Em particular, a Proposta de Lei n.º 21/XV/1.^a (GOV) não propõe a alteração do estatuído em sede do artigo 145.º-N, n.º 14, do RGICSF, normativo que dispõe sobre os *efeitos da “Aplicação da medida de alienação parcial ou total da atividade”*.

31. A norma em destaque dispõe que: “*Se da alienação decorrer uma operação de concentração nos termos da legislação aplicável em matéria de concorrência, esta operação pode realizar-se antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição por parte da [AdC], sem prejuízo das medidas que sejam posteriormente determinadas por esta Autoridade.*”²⁷

32. A este respeito, releva mencionar que o Anteprojeto de CAB²⁸ propunha a manutenção da letra e do espírito desta norma, **alterando apenas a palavra “medidas” para “condições ou obrigações”, i.e.,** em linha com a terminologia da Lei da Concorrência.

33. Neste contexto, identifica-se a oportunidade e a pertinência em a AdC renovar um conjunto de comentários.

34. Assim, e a título prévio, **importa referir que, em sede de regime de controlo de operações de concentração, a competência para analisar a operação recairá sobre a AdC** (em aplicação da Lei da Concorrência) **ou sobre a Comissão Europeia (CE)** (em aplicação do Regulamento (CE) n.º 139/2004²⁹), em função dos volumes de negócios das empresas participantes.

35. Tendo por contexto o acima descrito, importa referir que **a letra vigente do artigo 145.º-N, n.º 14, do RGICSF é desconforme quer com o artigo 7.º do Regulamento (CE) n.º 139/2004, quer com o artigo 40.º, n.º 1, da Lei da Concorrência**, que dispõem que é proibida a realização de

²⁵ Vide artigo vigente 145.º-E, n.º 1, do RGICSF: *a)* alienação parcial ou total da atividade; *b)* transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição; *c)* segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos; *d)* recapitalização interna.

²⁶ Vide artigo vigente 145.º-L, n.º 1, do RGICSF: no sentido de que qualquer medida de resolução pode ser aplicada isolada ou cumulativamente, exceto a medida de segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos, que apenas pode ser aplicada conjuntamente com outra medida de resolução, imediatamente antes, em simultâneo ou em momento posterior.

²⁷ A letra vigente do artigo em destaque foi aditada pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10.02.2012 (com a anterior numeração de artigo 145.º-F, n.º 17). O RGICSF foi, entretanto, alterado pela Lei n.º 23-A/2015, de 26.03.2015, que alterou a numeração do artigo para a atual referência, i.e., atual artigo 145.º-N, n.º 14, do RGICSF.

²⁸ Vide artigo 502.º, n.º 5 do Anteprojeto de CAB.

²⁹ Vide [Regulamento \(CE\) n.º 139/2004](#), de 20.01.2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas.

uma operação de concentração sujeita a notificação prévia antes de notificada ou, tendo-o sido, antes de decisão da Comissão Europeia ou da AdC, de não oposição.

36. Nessa medida, a manutenção do artigo 145.º-N, n.º 14, do RGICSF coloca em causa o fundamento de uma avaliação *ex-ante* do controlo de concentrações: avaliar o impacto que determinada operação de concentração é suscetível de vir a provocar na estrutura de determinado mercado. A obrigação de suspensão de implementação serve para assegurar o cumprimento desse propósito e evitar que uma operação que se venha a revelar suscetível de criar entraves significativos à concorrência possa provocar esses efeitos antes de decisão da AdC ou da Comissão Europeia.
37. Note-se que, de acordo com o artigo 40.º, n.º 3 da Lei da Concorrência (e, de forma equivalente, com o artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 139/2004, quando a competência seja da Comissão Europeia), a AdC poderá, mediante pedido fundamentado, apresentado antes ou depois da notificação, conceder uma derrogação ao cumprimento da obrigação de suspensão, desde que ponderadas as consequências da suspensão da operação ou do exercício dos direitos de voto para as empresas em causa e os efeitos negativos da derrogação para a concorrência, podendo, se necessário, acompanhar a derrogação de condições ou de obrigações destinadas a assegurar uma concorrência efetiva.
38. Adicionalmente, a norma do artigo 145.º-N, n.º 14 do RGICSF não parece incluir a possibilidade de a AdC (e, de forma equivalente, a Comissão Europeia, quando a competência seja da UE), vir a adotar uma decisão de oposição à concentração. No entanto, a Lei da Concorrência prevê a possibilidade da AdC adotar decisões de proibição, sempre que uma operação, tal como foi notificada, ou na sequência de alterações introduzidas pela notificante (nomeadamente perante a apresentação de compromissos) for *"suscetível de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste"* (vide artigo 53.º, n.º 1, al. b) da Lei da Concorrência e, de forma equivalente, artigo 8.º, n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 139/2004).
39. Na decisão de proibição, caso a concentração já se tenha realizado, a AdC (e, de forma equivalente, a Comissão Europeia, sendo a competência da UE), ordena medidas adequadas ao restabelecimento da concorrência efetiva, nomeadamente a separação das empresas ou dos ativos agrupados, incluindo a reversão da operação, ou a cessação do controlo (vide artigo 53.º, n.º 2 da Lei da Concorrência e, de forma equivalente, o artigo 8.º, n.º 4 do Regulamento (CE) n.º 139/2004). Os negócios jurídicos entretanto realizados são nulos, sem prejuízo de sanções contraordenacionais (vide artigo 53.º, n.º 4, e artigo 68.º, al. f) da Lei da Concorrência)³⁰.
40. Acresce que, no cenário vigente, em sede do artigo 145.º-N, n.º 14 do RGICSF, não se exclui da possibilidade de poderem resultar limitações ao desenho das condições ou obrigações que a AdC (ou a Comissão Europeia, sendo a entidade competente) possa vir a impor numa decisão de não oposição com condições e obrigações.
41. Mais se nota que, de acordo com o artigo 51.º da Lei da Concorrência, são as empresas autoras da notificação que oferecem compromissos à AdC que, se aceites, se convolam em condições e obrigações, constantes da própria decisão de não oposição, destinadas a garantir o cumprimento dos compromissos assumidos e com vista a assegurar a manutenção da concorrência efetiva (vide

³⁰ Uma operação de concentração de empresas, proibida por decisão da AdC, pode excecionalmente ser autorizada, pelo Conselho de Ministros, mediante proposta do membro do Governo responsável pela área da economia, em face de recurso extraordinário (vide artigo 41.º, dos Estatutos da AdC). Esta será uma decisão do Governo, quando os benefícios resultantes da mesma para a prossecução de interesses estratégicos da economia nacional superem, em concreto, as desvantagens para a concorrência, devendo ser acompanhada de condições e obrigações, tendentes a minorar o impacto sobre a concorrência.

artigos 50.º, n.º 1, b) e n.º 2, e 53.º, n.º 1, b) e n.º 2, da Lei da Concorrência e, de forma equivalente, artigos 6.º, n.º 2, e 8.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 139/2004, quando a competência seja da Comissão Europeia). Ora, o mecanismo vigente no RGICSF não parece prever este impulso procedimental de apresentação de compromissos pelas autoras da notificação. Tal é sugerido na medida em que se refere *“sem prejuízo das medidas [leia-se condições ou obrigações] que sejam posteriormente determinadas por esta Autoridade.”*

42. Nota-se que as decisões do BdP que determinam a alienação da atividade, assim como a reaquisição da atividade, são passíveis de consubstanciar operações de concentração de empresas, passíveis de notificação prévia, junto da Comissão Europeia ou da AdC.

Recomendação

43. Face ao exposto, **considera-se que o disposto vigente no artigo 145.º-N, n.º 14 do RGICSF não é consentâneo com as regras de concorrência, nomeadamente com a Lei da Concorrência e com o Regulamento (CE) n.º 139/2004, em matéria de controlo de concentrações de empresas.**
44. Em particular, **coloca em causa o fundamento de uma avaliação *ex-ante* do controlo de concentrações, i.e.,** o de evitar que uma operação que se venha a revelar suscetível de criar entraves significativos à concorrência possa provocar esses efeitos antes de decisão da AdC, ou da Comissão Europeia, sendo a entidade competente, e **parece não considerar a possibilidade de a AdC, ou a Comissão Europeia, virem a adotar uma decisão de oposição à concentração** por considerarem que a mesma é suscetível de criar entraves significativos à concorrência no mercado.
45. Acresce, ainda, que do mesmo não se exclui a possibilidade de poderem resultar limitações ao desenho das condições ou obrigações que a AdC, ou a Comissão Europeia, possam vir a impor numa decisão de não oposição com condições e obrigações.
46. Nessa medida, considera-se da oportunidade e da pertinência, em a AdC **reiterar a sua recomendação de eliminação do artigo 145.º, n.º 14 do RGICSF.**

2.2.2. Quanto ao artigo 145.º-P, n.º 14 do RGICSF, relativo à medida de transferência da atividade para instituições de transição, enquanto medida de resolução do BdP

47. Como se vem de referir, a Proposta de Lei n.º 21/XV/1.ª (GOV), mantém sob o Capítulo III, do Título VIII do RGICSF, as medidas de *“Resolução”*³¹ passíveis de ser adotadas pelo BdP, de entre as quais, a que visa a transferência da atividade para instituições de transição.
48. Em particular, destaca-se, positivamente, o facto de a Proposta de Lei n.º 21/XV/1.ª (GOV) não visar a alteração do estatuído em sede do artigo 145.º-P, n.º 14, do RGICSF, normativo que dispõe sobre os *efeitos da “Constituição da instituição de transição”*.
49. A norma em destaque dispõe que: *“A decisão de transferência [total ou parcial da atividade para instituição de transição (...)], bem como a eventual decisão de prorrogação do prazo prevista no n.º 11 [32], é comunicada à [AdC], mas atendendo à sua transitoriedade não consubstancia uma*

³¹ Vide notas-de-rodapé n.ºs 25 e 26.

³² Vide artigo 145.º-P, n.ºs 10 e 11 do RGICSF. Encontra-se previsto que a decisão de transferência da atividade para uma instituição de transição tenha, em regra, uma duração máxima de dois anos, sem prejuízo da sua prorrogação, por períodos de um ano, limitada a objetivos relacionados com o propósito da sua constituição.

operação de concentração de empresas para efeitos da legislação aplicável em matéria de concorrência.³³

50. A este respeito releva mencionar que o Anteprojeto de CAB³⁴ propunha a alteração do disposto no artigo 145.º-P, n.º 14 do RGICSF, no sentido de que: “A transferência da atividade para instituições de transição **não consubstancia uma operação de concentração de empresas nos termos e para os efeitos da legislação aplicável em matéria de concorrência.**”
51. Neste contexto, identifica-se a oportunidade e a pertinência em a AdC renovar um conjunto de comentários.
52. Assinalam-se duas diferenças face à opção pela manutenção do regime vigente e pela proposta que constava no Anteprojeto de CAB. **O normativo vigente consagra um dever de comunicação à AdC, aquando da decisão de transferência, assim como, aquando da eventual decisão de prorrogação do prazo constante daquela decisão de transferência.** Está previsto que esse prazo terá, em regra, uma duração máxima de dois anos, ainda que seja possível a sua prorrogação, por períodos de um ano³⁵. Adicionalmente, **o normativo vigente faz referência à transitoriedade para fundamentar o tratamento de tal operação como não consubstanciando uma operação de concentração de empresas**, para efeitos do regime jurídico da concorrência.
53. A título prévio, e como nota de contexto, importa considerar que, nos termos artigo 36.º, n.ºs 1 a 3 da Lei da Concorrência (e, de forma equivalente, nos termos do artigo 3.º, n.ºs 1 a 4 do Regulamento (CE) n.º 139/2004 quando a competência seja da Comissão Europeia), entende-se haver uma concentração de empresas, quando se verifique uma **mudança duradoura de controlo** sobre a totalidade ou parte de uma ou mais empresas³⁶.
54. Adicionalmente, importa considerar o facto de que, em sede do artigo 36.º, n.º 4 da Lei da Concorrência³⁷ (e, de forma equivalente, nos termos do artigo 3.º, n.º 5 do Regulamento (CE) n.º 139/2004, quando a competência seja da Comissão Europeia³⁸), **são excecionadas três situações**

³³ A letra vigente do artigo em destaque foi aditada pelo Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10.02.2012 (com a anterior numeração de artigo 145.º-G, n.º 14). O RGICSF foi, entretanto, alterado pela Lei n.º 23-A/2015, de 26.03.2015, que alterou a numeração do artigo para a atual referência, *i.e.*, atual artigo 145.º-P, n.º 14, do RGICSF.

³⁴ *Vide* artigo 510.º, n.º 3 do Anteprojeto de CAB.

³⁵ *Vide* nota-de-rodapé n.º [3234](#).

³⁶ *I.e.*, tal sucederá em resultado de uma fusão de empresas ou partes de empresas anteriormente independentes, ou de uma aquisição, direta ou indireta, do controlo da totalidade ou de partes do capital social ou de elementos do ativo de uma ou de várias outras empresas, por uma ou mais empresas ou por uma ou mais pessoas que já detenham o controlo de, pelo menos, uma empresa, ou, ainda, da constituição de uma empresa comum, que desempenhe de forma duradoura as funções de uma entidade económica autónoma.

³⁷ *I.e.*, “Não é havida como concentração de empresas: a) A aquisição de participações ou de ativos pelo administrador de insolvência no âmbito de um processo de insolvência; b) A aquisição de participações com meras funções de garantia; c) A aquisição de participações por instituições de crédito, sociedades financeiras ou empresas de seguros em empresas com objeto distinto do objeto de qualquer um destes três tipos de empresas, com caráter meramente temporário e para efeitos de revenda, desde que tal aquisição não seja realizada numa base duradoura, [...], e desde que tal alienação ocorra no prazo de um ano a contar da data da aquisição, podendo o prazo ser prorrogado pela [AdC] se as adquirentes demonstrarem que a alienação não foi possível, por motivo atendível (...).”

³⁸ *I.e.*, “Não é realizada uma concentração: a) Quando quaisquer instituições de crédito, outras instituições financeiras ou companhias de seguros, cuja atividade normal englobe a transação e negociação de títulos por conta própria ou de outrem, detenham, a título temporário, participações que tenham adquirido numa empresa para fins de revenda, desde que tal aquisição não seja realizada numa base duradoura, desde que não exerçam os direitos de voto inerentes a essas participações com o objetivo de determinar o comportamento concorrencial da referida empresa ou que apenas exerçam tais direitos de voto com o objetivo de preparar a alienação total ou parcial da referida empresa ou

ao controlo de concentrações, tipificadas na lei, não contemplando medidas de resolução adotadas pelo BdP. Acresce o facto de que as Diretivas objeto de transposição não incluem exceções ou isenções em matéria de controlo de concentrações.

55. É, neste contexto e, adicionalmente, tendo em consideração um conjunto de elementos que decorrem das normas constantes dos artigos vigentes 145.º-O a 145.º-R do RGICSF, **que se considera da existência de um conjunto de elementos que contribuem para que, tendencialmente, a transferência da atividade para uma instituição de transição não consubstancie uma operação de concentração de empresas, para efeitos da Lei da Concorrência.** Nesse contexto, destaca-se, em particular:

- **O facto de que a instituição de transição é passível de não beneficiar de autonomia suficiente para ser qualificada como uma empresa, para efeitos da Lei da Concorrência**³⁹. Tal sucede, em particular, na medida em que o BdP aprova os seus estatutos; e tem poderes sobre os seus órgãos sociais de administração e fiscalização, nomeadamente designando os seus membros; podendo emitir recomendações e determinações específicas relativas à execução das medidas de resolução, bem como à gestão, à estratégia e ao perfil de risco da instituição de transição⁴⁰.
- **Ao que acresce o facto de que o propósito da instituição de transição se aproxima de uma atividade de realização de meros atos de gestão de um determinado património tendente a uma não desvalorização do mesmo com o fim de alienação.** O seu propósito visa “assegurar a continuidade da prestação de serviços (...)” com o fito de permitir “a sua posterior alienação”⁴¹.
- E, ainda, ao que acresce o facto de que a instituição de transição está prevista existir por um período máximo, em regra, de 2 anos (ainda que sejam possíveis prorrogações associadas à necessidade de prossecução do objetivo que determinou a intervenção)⁴². **Esta característica, verificando-se, é passível de determinar o carácter não duradouro da aquisição.**

56. Contudo, como referido anteriormente (*vide* § 54 *supra*), as exceções ao controlo de concentração de empresas não contemplam medidas de resolução adotadas pelo BdP.

57. Adicionalmente, a conclusão sobre se determinada situação consubstancia, ou não, uma operação de concentração pode depender das circunstâncias específicas. Veja-se, por exemplo, que o carácter duradouro poderá depender da existência de prorrogações ao prazo-regra.

do seu ativo ou a alienação dessas participações e desde que tal alienação ocorra no prazo de um ano a contar da data da aquisição; tal prazo pode, a pedido, ser prolongado pela Comissão, sempre que as referidas instituições ou companhias provem que aquela alienação não foi razoavelmente possível no prazo concedido; b) Quando o controlo for adquirido por uma pessoa mandatada pela autoridade pública por força da legislação de um Estado-Membro sobre liquidação, falência, insolvência, cessação de pagamentos, concordata ou qualquer outro processo análogo; c) Quando as operações referidas na alínea b) do n.º 1 forem realizadas por sociedades de participação financeira (...), relativa às contas anuais de certas formas de sociedades, sob reserva, no entanto, de que o direito de voto correspondente às partes detidas, exercido designadamente através de nomeação dos membros dos órgãos de direção e fiscalização das empresas em que detêm participações, o seja exclusivamente para manter o valor integral desses investimentos e não para determinar direta ou indiretamente o comportamento concorrencial dessas empresas.”

³⁹ Vide artigos 2.º e 3.º da Lei da Concorrência.

⁴⁰ Vide artigo 145.º-P, n.ºs 1, 7, 8, 9 do RGICSF.

⁴¹ Vide artigo 145.º-O, n.ºs 1, 2, 4 do RGICSF.

⁴² Vide artigo 145.º-P, n.ºs 10 e 11 do RGICSF.

Recomendação

58. Atento o exposto, **recomenda-se que se mantenha o dever de comunicação à AdC**, previsto no artigo 145.º-P, n.º 14 do RGICSF, quer da decisão inicial, quer da eventual decisão de prorrogação do prazo da decisão que decidiu da transferência para uma instituição de transição.
59. O dever de comunicação assegurará um **mecanismo que permitirá à AdC acompanhar as circunstâncias específicas, à luz das condições estatuídas na Lei da Concorrência**, e assegurará a certeza jurídica junto das empresas.

2.2.3. Quanto ao artigo 145.º-S, n.º 17 do RGICSF, relativo à medida de segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos, enquanto medida de resolução do BdP

60. Como se vem de referir, a Proposta de Lei n.º 21/XV/1.^a (GOV) mantém sob o Capítulo III, do Título VIII do RGICSF, as medidas de “*Resolução*”⁴³ passíveis de ser adotadas pelo BdP, de entre as quais, a que visa a segregação e transferência de direitos e obrigações para veículos de gestão de ativos.
61. Em particular, destaca-se, positivamente, o facto de a Proposta de Lei n.º 21/XV/1.^a (GOV) não visar a alteração do estatuído em sede do artigo 145.º-S, n.º 17, do RGICSF, normativo que dispõe sobre os efeitos da “*Segregação de ativos*”.
62. A norma em destaque dispõe que: “*A transferência parcial ou total de direitos e obrigações de uma instituição de crédito objeto de resolução ou de uma instituição de transição para veículos de gestão de ativos para o efeito constituídos é comunicada à [AdC], mas atendendo à sua transitoriedade não consubstancia uma operação de concentração de empresas para efeitos da legislação aplicável em matéria de concorrência.*”⁴⁴.
63. Esta medida de resolução apenas pode ser aplicada com outra medida de resolução (previamente, em simultâneo ou posteriormente), *i.e.*, que vise: a alienação da atividade; a transferência da atividade para instituições de transição; e ou a recapitalização interna⁴⁵.
64. A este respeito releva mencionar que o Anteprojeto de CAB⁴⁶ propunha a alteração do disposto no artigo 145.º-S, n.º 17 do RGICSF, no sentido de que: “*A transmissão de direitos e obrigações para um veículo de gestão de ativos não consubstancia uma operação de concentração de empresas nos termos e para os efeitos da legislação aplicável em matéria de concorrência.*”
65. Neste contexto, e em face da oportunidade legislativa em causa, considera-se da oportunidade e da pertinência, em a AdC renovar os comentários anteriormente tecidos.
66. De forma semelhante com a análise acima efetuada (*vide* § 52 *supra*), assinalam-se duas diferenças face à opção pela manutenção do regime vigente e pela proposta que constava no Anteprojeto de CAB. **O normativo vigente consagra um dever de comunicação à AdC, aquando da decisão de resolução em causa.** Adicionalmente, **o normativo vigente faz referência à transitoriedade para fundamentar o tratamento de tal operação como não**

⁴³ Vide notas-de-rodapé n.ºs 25 e 26.

⁴⁴ Artigo aditado ao RGICSF pela Lei n.º 23-A/2015, de 26.03.2015.

⁴⁵ Vide artigo 145.º-L, n.º 1 do RGICSF; e Considerando 72 do [Regulamento \(EU\) n.º 806/2014](#), de 15.07.2014, que estabelece regras e procedimento uniformes para a resolução de instituições de crédito e certas empresas de investimento no quadro do Mecanismo Único de Resolução e do Fundo Único de Resolução (versão consolidada), que dispõe que “*Este instrumento só deverá ser utilizado em conjunto com outros instrumentos para evitar uma vantagem concorrencial indevida para a entidade em situação de insolvência.*”

⁴⁶ Vide artigo 520.º, n.º 3 do Anteprojeto de CAB.

consubstanciando uma operação de concentração de empresas, para efeitos do regime jurídico da concorrência.

67. Assim, em face do exposto, e de forma semelhante com a análise efetuada acima (§§ 53 a 57 *supra*), e, adicionalmente, *in casu*, conjuntamente com um conjunto de elementos que decorrem das normas constantes dos artigos vigentes 145.º-S e 145.º-T do RGICSF⁴⁷, **também se verifica que um conjunto de fatores contribuem para que, tendencialmente, a segregação e transferência da atividade para veículos de gestão de ativos não consubstancie uma operação de concentração de empresas, para efeitos da Lei da Concorrência.**

68. Contudo, como referido anteriormente (*vide* § 54 *supra*), as exceções ao controlo de concentração de empresas não contemplam medidas de resolução adotadas pelo BdP.

69. Adicionalmente, a conclusão sobre se determinada situação consubstancia, ou não, uma operação de concentração pode depender das circunstâncias específicas. Veja-se, por exemplo, que o carácter duradouro poderá depender da existência de prorrogações ao prazo-regra.

Recomendação

70. Atento o exposto, **recomenda-se que se mantenha o dever de comunicação à AdC**, previsto no artigo 145.º-S, n.º 17 do RGICSF, quer da decisão inicial, quer da eventual decisão de prorrogação do prazo da decisão que decidiu da segregação e transferência da atividade para veículos de gestão de ativos.

71. O dever de comunicação assegurará um **mecanismo que permitirá à AdC acompanhar as circunstâncias específicas, à luz das condições estatuídas na Lei da Concorrência**, e assegurará a certeza jurídica junto das empresas.

3. Comentários e recomendações

72. Nos termos dos seus Estatutos e, em face da oportunidade legislativa em causa, identifica-se da pertinência em a AdC renovar um conjunto de comentários, com relação à Proposta de Lei n.º 21/XV/1.^a (GOV), que procede, entre outros, à alteração do RGICSF, quanto a normas que incidem sobre a política de concorrência, com vista à sua ponderação, pelo legislador, em benefício da economia e dos consumidores.

⁴⁷ Nesse contexto, destaca-se, em particular: (i) os poderes que o BdP tem sobre os estatutos e órgãos sociais de administração e fiscalização dos veículos de gestão de ativos, designadamente, o de aprovar os seus estatutos; tendo poderes de designação; podendo emitir recomendações e determinações específicas, nomeadamente relativas à execução das medidas de resolução, bem como à gestão, à estratégia e ao perfil de risco do veículo de gestão de ativos; (ii) ao que acresce o facto do seu propósito final consistir em maximizar o valor dos direitos e obrigações de uma instituição de crédito objeto de resolução ou de uma instituição de transição “*com vista a uma posterior alienação ou liquidação*”; e assegurada a finalidade da resolução, o BdP cessa a atividade do veículo de gestão de ativos, promovendo a alienação dos direitos e obrigações do veículo de gestão de ativos; (iii) e, ainda, ao que acresce o facto de que, em termos da sua duração, sendo prevista a remissão para o regime das instituições de transição, terão, em regra, uma duração máxima de dois anos, sem prejuízo da sua prorrogação, por períodos de um ano, limitada a objetivos relacionados com o propósito da sua constituição, característica que, verificando-se, é passível de determinar o seu carácter não duradouro.

Caixa 1. Comentários da AdC à Proposta de Lei n.º 21/XV/1.^a (GOV) que procede à transposição das Diretivas (UE) 2019/878 (CRD V) e 2019/879 (BRRD II), relativas ao setor bancário, procedendo à alteração, entre outros, do RGICSF

Normas que abordam matéria de práticas restritivas da concorrência:

1. Quanto ao vigente artigo 87.º, n.ºs 2 e 3 do RGICSF, sob a epígrafe “Defesa da concorrência”

É disposto que **“acordos legítimos” e “práticas concertadas”** que tenham por objeto *“a) Participação em emissão e colocação de instrumentos financeiros; b) Concessão de crédito ou outros apoios financeiros de elevado montante a uma empresa ou a um conjunto de empresas”*, **não constituem práticas restritivas da concorrência. Esta disposição é desconforme com as regras de concorrência, nomeadamente com a Lei da Concorrência e o artigo 101.º do TFUE.**

Mais dispõe que, na aplicação da Lei da Concorrência às instituições de crédito e suas associações empresariais, são tidas em conta os “bons usos”, i.e., boas práticas da atividade.

Recomenda-se a eliminação destas disposições, desconformes com as regras de concorrência, nomeadamente com a Lei da Concorrência e o artigo 101.º do TFUE, passíveis de introduzir incerteza jurídica e limitar a normal concorrência entre empresas.

Normas que abordam matéria de controlo de concentrações de empresas:

2. Quanto ao vigente artigo 145.º-N, n.º 14 do RGICSF, sobre os efeitos da decisão do BdP, relativa a uma medida de alienação da atividade, no contexto de medidas de resolução

É disposto que *“Se da alienação decorrer uma operação de concentração nos termos da legislação aplicável em matéria de concorrência, esta operação pode realizar-se antes de ter sido objeto de uma decisão de não oposição por parte da [AdC], sem prejuízo das medidas que sejam posteriormente determinadas por esta Autoridade.”*

Esta disposição coloca em causa o fundamento de uma avaliação *ex-ante* do controlo de concentrações e parece não considerar a possibilidade de a AdC, ou da Comissão Europeia, sendo a entidade competente, virem a adotar uma decisão de oposição à concentração por considerarem que a mesma é suscetível de criar entraves significativos à concorrência no mercado. Acresce que dela poderiam resultar limitações ao desenho das *“medidas”, i.e., condições ou obrigações* que a AdC, ou a Comissão Europeia, poderiam vir a impor, numa decisão de não oposição com condições e obrigações.

Recomenda-se a eliminação desta disposição por ser desconforme com a Lei da Concorrência e com o Regulamento (CE) n.º 139/2004, sendo passível de introduzir incerteza jurídica.

3. Quanto ao vigente artigo 145.º-P, n.º 14 do RGICSF, sobre os efeitos da decisão do BdP, relativa a uma medida de transferência da atividade para uma instituição de transição, no contexto de medidas de resolução

É disposto que *“A decisão de transferência (...), bem como a eventual decisão de prorrogação do prazo (...), é comunicada à [AdC], mas atendendo à sua transitoriedade não consubstancia uma operação de concentração de empresas para efeitos da legislação em matéria de concorrência.”*

Recomenda-se que se mantenha o dever de comunicação à AdC, quer da decisão inicial, quer da eventual decisão de prorrogação do prazo da decisão que decidiu da transferência para uma instituição de transição.

4. Quanto ao vigente artigo 145.º-S, n.º 17 do RGICSF, que estatui sobre os efeitos da decisão do BdP, relativa a uma medida de segregação e transferência da atividade para um veículo de gestão de ativos, no contexto de medidas de resolução

É disposto que *“A transferência (...) para veículos de gestão de ativos para o efeito constituídos, é comunicada à [AdC], mas atendendo à sua transitoriedade não consubstancia uma operação de concentração de empresas para efeitos da legislação em matéria de concorrência.”*

Recomenda-se que se mantenha o dever de comunicação à AdC, quer da decisão inicial, quer da eventual decisão de prorrogação do prazo da decisão que decidiu da segregação e transferência da atividade para veículos de gestão de ativos.

10 de agosto de 2022