

Cartéis e Direito: o exemplo da Alemanha na segunda metade do século XIX

Manuel Couceiro Nogueira Serens*

I

A abolição do sistema corporativo no espaço geo-político que, a partir de 1871, passou a constituir o império alemão realizou-se de forma gradual. Iniciou-se na Prússia, em 1810 (Reforma *Stein / Hardenberg*), com a promulgação do *Gewerbestedikts*, que fazia depender a competência para o exercício do comércio e da indústria (*Befugnis zur Ausübung eines Gewerbes*) apenas do pagamento do imposto profissional (*Gewerbesteuer*); a nenhuma corporação ou indivíduo – acrescentava o mesmo diploma – cabe o direito de oposição contra a empresa / exploração industrial ou comercial (*Gewerbebetrieb*) legitimada por via de um imposto profissional¹. As dúvidas que a seguir se puseram sobre o âmbito do princípio da liberdade de comércio e indústria (*Gewerbefreiheit*), assim tão laconicamente afirmado², e que tinham fundamentalmente a ver com as restrições contratuais a essa liberdade – a liberdade de comércio e indústria valia apenas nas relações entre os cidadãos e o Estado (relações verticais, *dimensão objectiva*, diríamos) ou também conformaria as relações entre os sujeitos (privados) que dela beneficiavam (relações horizontais, *dimensão subjectiva*, diríamos agora)? –, foram desfeitas pela *Kabinettsordre* de 19 de Abril de 1813. Fazendo uma interpretação autêntica do *Gewerbestedikts*, afirmava-se nesse documento a nulidade de todos os contratos, celebrados depois de 2 de Novembro de 1810 (data do referido édito), que restrin-

* Professor da Universidade de Coimbra

1 Cfr., W. FROMM, *Die Konkurrenzklausele des Handlungsgehilfen*, 1905, p. 25 s., e M. FIEDLER, *Die Bestimmungen der §§ 74, 75 des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 über die Konkurrenzklausele des Handlungsgehilfen*, Leipzig, 1907, p. 17.

2 Vide W. FROMM, *ob. cit.*, p. 26.

gissessem ou impedissem a liberdade de comércio e indústria e, em consequência, os tribunais não podiam aceitar qualquer acção intentada pelos contraentes que acreditassem ter adquirido quaisquer direitos emergentes desses contratos³.

Seguindo o exemplo da Prússia, vários *Länder* foram progressivamente acolhendo o princípio da liberdade de comércio e indústria, tendo esse processo culminado na promulgação, em 2 de Junho de 1869, da *Gewerbeordnung des Nordeutschen Bundes* (doravante, GewO). Nas palavras de D. Reimer, esta lei, acolhida como direito do *Reich* em 1871 (e, apesar de várias vezes alterada, ainda hoje em vigor), “permitiu o instauração de uma concorrência verdadeiramente livre”⁴. Terá sido realmente assim? Redondamente, não. Teremos oportunidade, mais adiante, ao analisarmos a jurisprudência alemã sobre os cartéis, de evidenciar as razões que nos levam a discordar da asserção daquele conceituado autor teutónico. Por agora, limitar-nos-emos a chamar a atenção para as palavras de um outro autor alemão, e que são as seguintes: “Na Alemanha, a ‘fase do capitalismo de concorrência’ (*Konkurrenzkapitalistische Phase*) restringiu-se a um período de sete anos (!) (1866-1873), que vai da fundação da *nordeutschen Bundes* até à segunda crise económica mundial dos tempos modernos, a chamada Grande Depressão”⁵

II

Ao contrário dos seus congéneres francês e português, o Código penal alemão (1871) não continha qualquer disposição sobre as co-

3 Cfr., W. FROMM, *ob. cit.*, *últ. loc. cit.*, M. FIEDLER, *ob. cit.*, p. 18, W. STRAUB, “Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit”, in: *Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag* (Herg.: Heinz Sauer mann und Ernst-Joachim Mestmäcker), Tübingen, 1975, p.605, e B. GROSSFELD, “Zur Kartellrechtsdiskussion vor dem Ersten Weltkrieg”, in: *Wissenschaft und Kodifikation*, (Hrg.: Helmut Coing und Walter Wilhelm), Bd. IV, Frankfurt am Main, 1979, p. 255.

4 Cfr. *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la Communauté Économique Européenne*, tome III, *Allemagne* (trad.), Paris, 1978, p. 87.

5 Cfr. G. BRUGGEMEIER, “Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts”, in: *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, 1980, p. 41.

alizões entre empresários⁶. No que respeita ao Código civil (BGB), a história do seu § 138 é deveras elucidativa⁷. O primeiro projecto (1888) cominava a nulidade do negócio jurídico cujo conteúdo violasse os bons costumes ou a ordem pública⁸, dizendo-se (na respectiva exposição de motivos) que a indicação da “ordem pública”, ao lado dos “bons costumes”, colhia justificação no facto de o conteúdo de um negócio jurídico poder violar, não apenas interesses morais, mas também os gerais interesses do Estado, não tendo a violação deste últimos de significar sempre a violação dos primeiros. Estariam neste caso – exemplificava-se – os contratos celebrados em contrariedade com o princípio da liberdade de comércio e indústria (*Gewerbefreiheit*)⁹. A vontade *anti-cartelista*, assim manifestada, rapidamente se esvaneceu. Promulgada que fora já uma nova lei de marcas (a *Reichsgesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen* de 12 de Maio de 1894), que “alargou e melhorou [em relação à *Reichsgesetz über Markenschutz* de 30 de Novembro de 1874], pelo menos parcialmente, a protecção dos sinais distintivos”¹⁰, e nas vésperas da promulgação da primeira lei sobre a concorrência desleal (a *Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs* de 27 de Maio de 1896), em cuja elaboração as Câmaras de comércio e indústria e outras instâncias corporativo-profissionais influíram conspícuamente.

6 Cfr. A. MENZEL, *Die Kartelle und die Rechtsordnung*, 2. Aufl., Leipzig, 1902, p. 16.

7 Vide, entre outros, A. MENZEL, *ob. cit.*, p. 34 s., G. BRUGGMEIER, *ob. cit.*, p. 59 s., e K. W. NÖRR, *Die Leiden des Privatrechts*, Tübingem, 1994, p. 15 s.; na literatura portuguesa, sobre a história do § 138 BGB, vide J. J. SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato – As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra, 1999, p. 531 s.

8 “Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten *oder die öffentliche Ordnung* verstößt, ist nichtig” – assim rezava o § 106 do referido anteprojecto.

9 Cfr. A. MENZEL, *ob. cit.*, p. 135.

10 D. REIMER, *ob. cit.*, p. 89. Essa lei, além de alargar o espectro dos sinais susceptíveis de constituírem marcas (a lei de 1884 não admitia do registo de marcas nominativas...) – e assim se superava uma das insuficiências que os “círculos interessados” apontavam à lei de 1874 (cfr. H. HUBMANN / H.-P. GÖTTING / H. FORKEL, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 6. Aufl., München, 1998, p. 28) – também concedia protecção a qualquer meio distintivo dos produtos que se tivesse imposto no tráfico (*Ausstattung*). Numa palavra, a lei de marcas de 1894 alargava as “zonas de proibição” (ou “espaços monopolísticos”) e, por isso, se considerava melhor do que a de 1874.

mente¹¹, a referência à *öffentliche Ordnung* desaparece do § 103 do segundo projecto do BGB, apresentado em 1895, acabando o § 138 do Código por só cominar a nulidade dos negócios jurídicos contrários aos bons costumes, o que – seria escusado dizê-lo – se entendia não ser o caso das coalizões entre empresários (que a doutrina e a jurisprudência alemãs apelidaram de cartéis)¹².

11 Cfr., por exemplo, SCHULER, *Die "concurrance déloyale"*, Zürich, 1895, p. 51 s., e WASSERMAN, *Der unlautere Wettbewerb nach deutschen Recht*, Leipzig, 1911, p. 11 s.

12 Como escrevia A. MENZEL, *ob. cit.*, p. 17, “a circunstância de os contratos de cartel poderem lesar gravemente os interesses do público, pondo em perigo o bem comum, não bastava para os qualificar como contratos imorais, já que não se podia daí deduzir uma atitude individual reprovável. Tratava-se, no caso, de uma perniciosidade objectiva, e não de uma imoralidade subjectiva” (no original: “Daß Kartellverträge unter Umständen die Interessen des Publikums schwer verletzen und das allgemeine Wohl gefährden, stempelt sie noch nicht zu unsittlichen Verträgen, weil hieraus noch nicht eine individuelle verwerfliche Gesinnung zu entnehmen ist. Es handelt sich hier um eine objektive Schädlichkeit, nicht um eine subjektive Immoralität”). No mesmo sentido, já depois da entrada em vigor do BGB, e com referência não só ao § 138, mas também ao § 826 (cfr. a seguir, nesta nota), poder-se-á ver, por exemplo, F. BAUMGARTEN e A. MESZLÉNY, *Kartelle und Trusts – Ihre Stellung im Wirtschafts- und Rechtssystem der wichtigsten Kulturstaaten*, Berlin, 1906, p. 202: o “contrato de cartel” (*Kartellvertrag*) – escreviam estes dois Autores – não poderia ser havido como contrário aos bons costumes, porquanto o principal “dever de qualquer homem de negócios prudente é proteger-se contra a depreciação dos seus produtos e, em particular, contra os inconvenientes decorrentes dos aviltamentos de preços. A eliminação e a atenuação das nefastas consequências de uma concorrência intensa, através de acordos dos empresários de um sector de actividade, não era, por isso, *kein unsittlicher, sondern ein rechtlich erlaubter Zweck*”. Sobre a posição do RG, cfr. *infra*, n.º IV.

Não invocáveis para impedir limites à liberdade de concorrência que, por efeito dos cartéis, sempre advinham, em maior ou menor medida, para os respectivos membros, os “bons costumes” prestaram-se, isso sim, para legitimar as restrições à liberdade de concorrência não contratualmente assumidas. Até à entrada em vigor do BGB (1900), a jurisprudência alemã, fazendo aplicação do princípio “*qui iure suo utitur [no caso, a Gewerbefreiheit] neminem laedit*”, entendia que, em matéria de concorrência, *só não seria permitido o que fosse legalmente proibido*. Segundo alguns autores, terá sido mesmo essa *atitude liberal* dos tribunais alemães (RG, incluído: cfr. o nosso *A “vulgarização” da marca na Directiva 89/104/CEE, de 21 de Dezembro de 1988*, separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia”, vol. IV, Coimbra, 1995, p. 151 s., nota 89), veementemente criticada pelos muito ilustres O. von Gierke e J. Kohler (cfr. G. SCHRICKER, “Möglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher und des funktionsfähigen Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs”, *ZHR*, 1975, p. 212), que justificou a intervenção, relativamente temporã, do legislador em matéria

III

Com a promulgação da GewO, que se seguiu, já o dissemos, a leis do mesmo tipo promulgados em vários *Länders*, almejava-se, é claro, libertar a economia do *Reich* dos entraves corporativos e do controlo

de concorrência desleal (*Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, de 27 de Maio de 1896), é dizer, na proibição de certas formas de concorrência, que eram *taxativamente* enumeradas. Sendo já alguma coisa, essas *novas* proibições não tardaram, porém, a ser consideradas insuficientes – cfr., por exemplo, V. EMMERICH, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 5. Aufl., München, 1998, p. s., p. 7 s. e H. HUBMANN, *ob. cit.*, p. 26 –, e eis assim que, de novo, se punha o problema de os tribunais se recusarem a admitir quaisquer outras que não estivessem legalmente previstas. Este “impasse”, que era afinal o resultado do “sistema de enumeração”, adoptado pelo legislador de 1896 (sobre as *boas* razões invocadas para a opção por esse sistema em detrimento da introdução de uma “cláusula geral”, vide S. LAMMEL, “Recht zur Ordnung des Wettbewerbs”, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/3, München, 1986, p. 3809), só veio a ser ultrapassado com a entrada em vigor do BGB. A partir de então, a jurisprudência deixou de se sentir impedida de recorrer às cláusulas gerais desse diploma para *alargar as proibições de concorrência*, suprimindo assim as “insuficiências” que eram apontadas à lei sobre a concorrência desleal. Em primeiro lugar, à cláusula do § 826, que preceitua o seguinte: “Quem, de uma forma que atente contra os bons costumes, inflija *dolosamente* um dano a outrem, fica obrigado à indemnização do dano”. Eis agora clara a razão por que afirmámos, ainda há pouco, que os bons costumes, não sendo invocáveis para afirmar a ilicitude dos cartéis ou, dito de outro modo, para defesa da liberdade de comércio e indústria (e da própria liberdade de concorrência), se prestaram para legitimar as restrições à liberdade de concorrência não contratualmente assumidas: a circunstância de uma determinada conduta concorrencial não estar expressamente proibida (num dos preceitos da lei de 27 de Maio de 1896) já não significava necessariamente a sua licitude – essa conduta poderia agora ser considerada ilícita (ou melhor, *desleal*) por contrariedade aos bons costumes (fundamental, nesta matéria, foi a decisão do RG de 11 de Abril de 1901, que reconheceu o § 826 BGB como cláusula geral *complementar* em relação às proibições específicas das leis especiais: a lei sobre a concorrência desleal e a lei de marcas seriam os exemplos mais marcantes). Útil, por certo, o preceito era, ainda assim, demasiado restritivo: a sua aplicação supõe a *inflicção dolosa de um dano a outrem*, o que, não sendo de fácil prova, constituía um obstáculo à consecução do objectivo, que se tinha por primacial, de garantir “uma ampla protecção da concorrência [nós diríamos *dos concorrentes*] contra as maquinações desleais” (V. EMMERICH, *ob. cit.*, p. 8; na doutrina portuguesa, sobre o § 826 BGB, vide A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, vol. II, Coimbra, 1985, p. 694). Confrontadas com esta “insuficiência, a doutrina e a jurisprudência alemãs lançaram mão da outra norma do BGB sobre a responsabilidade civil – § 823 Abs. 1 –, que oferecia desde logo a vantagem (em relação ao § 826, já se vê) de permitir o recurso à acção inibitória, prevista no § 1004, e que é de capital importância em matéria

estadual. Tendo tido esse mérito, essa lei não deixou, porém, de produzir um duplo e contraditório efeito: permitiu a afirmação da liberdade de concorrência e potenciou, do mesmo passo, as mais diversas restrições a essa mesma liberdade. Na verdade, sendo *livres de concorrer*, os

de concorrência desleal. Mas, no quadro desse outro preceito, que se refere a direitos subjectivos “típicos” (a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade) e que apenas deixa aberto o “respiradouro” da identificação de um “direito similar”, era indispensável afirmar a existência de um direito que apresentasse esses mesmos requisitos, e que fosse susceptível de ser violado pelos actos de concorrência desleal – “o direito à empresa” ou, mais circunstanciadamente, o “o direito à empresa organizada e explorada” (*Recht an dem bereits eingerichtet und ausgeübten Gewerbebetrieb*), pois claro, cuja invocação legitimava mais proibições à concorrência (a afirmação desse direito, que já aflorava no acórdão do RG de 25 de Junho de 1890, consolidou-se no acórdão do mesmo tribunal de 27 de Fevereiro de 1904; criticamente, vide R. WIETHÖLTER, “Zur politischen Funktion des Recht am Gewerbebetrieb”, *KJ*, 1970, p. 121 s.). Sobre o § 823 Abs. 1 BGB, na doutrina portuguesa, cfr., por exemplo, o saudoso Mestre de Coimbra, Professor ORLANDO DE CARVALHO, “Para uma teoria da pessoa humana”, in: *O Homem e o Tempo – Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira* (coord.: J. A. Pinto Ribeiro), Porto, 1999, p. 531, nota 14, e, mais desenvolvidamente no que respeita ao “direito à empresa”, J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, p. 206 s., com múltiplas referências doutriniais e jurisprudenciais.

Esse *alargamento do âmbito* da disciplina da concorrência desleal, potenciado pela aplicação dos referidos preceitos do BGB sobre a responsabilidade civil extracontratual, abriu caminho para a promulgação, em 7 de Junho de 1909 de uma *nova* lei sobre a concorrência desleal (a *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), encimada por *uma cláusula geral*, que reza assim: “Quem, no âmbito da actividade económica, pratica actos de concorrência contrários aos bons costumes pode ser condenado à cessação de tais actos e em perdas e danos”. Aplicada com alguma parcimónia nos primeiros tempos, essa norma – note-se que ao contrário do § 826 BGB, a proibição de uma conduta concorrencial, por contrariedade aos bons costumes, já não depende da prova de dolo, nem da existência de dano –, acabou por se tornar na “*norma rainha*” (a expressão é de V. EMMERICH, *ob. cit.*, p. 9) de todo o direito da concorrência desleal. [Os efeitos desta crescente importância (*quantitativa e qualitativa*) da cláusula geral da UWG de 1909, que vigorou quase cem anos (foi revogada e substituída pela *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, de 3 de Julho de 2004), são óbvios: as condutas concorrenciais, que se dizem contrárias aos bons costumes, tornaram-se cada vez mais numerosas, sendo certo que esse *crescente rigor* na repressão da concorrência desleal, que se diz inspirado pela preocupação com a defesa da liberdade de concorrência (!), foi acompanhado de uma (igualmente) *crescente permissividade* face aos cartéis (cfr. *infra*, n.º IV), eles sim, inequivocamente inspirados pela preocupação de restringir a liberdade de concorrência. Significa isto, afinal, que *a concorrência não se deslealiza quando pode ser livre, mas quando (já) não pode ser livre, ou seja, quando se monopoliza.*

empresários (os empresários teutónicos, no caso) rapidamente *preferiram não concorrer livremente* – e é bem mais difícil *obrigar* os homens a serem *livres* do que *obrigá-los* a serem *não-livres*, mormente quando a *não-liberdade lhes aproveita economicamente mais do que a liberdade...* –, manifestando essa vontade através da constituição de sindicatos industriais ou, usando já a terminologia alemã, através da constituição de *cartéis*¹³ (e não só). A emergência deste fenómeno, quase em simultâneo com a *Gewerbefreiheit*, confirma, afinal, o desenvolvido espírito associativo do povo alemão, que A. Collietz sintetiza do seguinte modo: “Abandonai três alemães em qualquer lado, e eles começam por formar alguma associação”¹⁴. Ora, bem pode dizer-se (num modo de falar figurado) que a afirmação da liberdade de comércio e indústria significava abandonar, não três, mas todos os empresários alemães no “*mar da concorrência*”, ou seja, abandoná-los num *lugar* – que é o local ideal da intercomunicação produtiva (o mercado)¹⁵ – onde sem a constituição de associações (de cartéis, no caso) corriam o risco de “afogamento”, o que fazia com que o falado espírito associativo deixasse de ser apenas uma “questão idiossincrática” para se tornar numa questão vital¹⁶.

a) Em relação ao período anterior à primeira guerra mundial, a doutrina alemã divide o processo de *cartelização* da indústria do seu país em três fases. Na primeira fase, caracterizada pela “*solidariedade*

13 O uso do termo “cartel” – etimologicamente, segundo K. BÜCHER, “Les syndicats industriels”, *Revue d'Économie Politique*, 1894, p. 413, nota 1, um diminutivo de “*cartellus*” (palavra latina da Idade Média que significava “documento”) –, para referir os “sindicatos industriais de grau inferior” e os “sindicatos industriais de grau superior”, generalizou-se na Alemanha depois da obra de F. KLEINWÄCHTER, *Die Kartelle – Ein Beitrag zur Frage der Organization der Volkswirtschaft*, Innsbruck, 1883; cfr. B. GROSSFELD, “Zur Kartellrechtsdiskussion...”, cit., in: *Wissenschaft und Kodifikation...*, cit., p. 259.

14 *Les coalitions industrielles et commerciales d'aujourd'hui*, Paris, 1904, p. 115.

15 Essa definição de mercado deu-a o Professor ORLANDO DE CARVALHO, *Empresa e lógica empresarial*, separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* – “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia” – vol. IV, Coimbra, 1995, p. 6.

16 Segundo H. POHL, “Die Entwicklung der Kartelle in Deutschland und die Diskussionen im Verein für Socialpolitik”, in: *Wissenschaft und Kodifikation...*, cit., Bd. IV, p. 209, o aparecimento dos cartéis, logo após a erecção do princípio da liberdade de comércio e indústria a princípio de ordem pública (económica) significou que os empresários alemães, não obstante as condições políticas liberais, se mostraram menos afeiçoados aos princípios de uma pura economia de concorrência do que os seus congéneres de outros países europeus.

*liberal*¹⁷, e que é a anterior à *Grande Depressão*, os cartéis apresentavam-se como agrupamentos / coligações (*Zusammenschlüsse*) que integravam empresários do mesmo sector de produção (*concorrentes directos*, portanto), tendo base regional; a adesão fazia-se sem qualquer tipo de pressão (económica ou de outra ordem), sendo certo que, por força desse “carácter liberal”, a coligação abarcava, em regra, apenas uma parte dos empresários do sector, o que representava um risco para a sua subsistência – os *outsiders* proliferavam e, através dos seus comportamentos excessivamente concorrenciais, à luz, é claro, da medida da (não-)concorrência pactuada pelos empresários cartelizados, provocavam amiúde o colapso da coligação. A par do seu carácter liberal, no sentido exposto, os cartéis desses primeiros tempos tinham uma forte *dimensão social* (ou *elitista*); com efeito, muitos deles eram constituídos como *clubes*, e, assim, importantes interesses económico-empresariais apareciam envolvidos numa *ideia de honorabilidade*. Especialmente nos sectores de actividade mais pequenos, quer em termos espaciais, quer em termos merceológicos, a ideia de *status* era, muitas vezes, não só o pressuposto da constituição dos cartéis, mas também o fundamento para a falta de qualquer organização ou, existindo esta, para a sua extrema incipiência – os chamados “*Frühstückskartelle*” (acordos tácitos) representavam o exemplo mais típico desta última situação. Pode assim dizer-se que os primeiros cartéis, cujos protagonistas foram os empresários “*vieux style*”¹⁸, reflectiam o “modo-de-ser corporativo”, mesclado com o princípio (*liberal*) da liberdade de associação¹⁹.

b) A segunda fase do referido processo teve início com a *Grande Depressão*²⁰, e prolongou-se até meados da década de noventa.

17 A expressão é de H. Pohl, *últ. ob. cit.*, p. 208.

18 Cfr. W. SOMBART, *Le bourgeois*, (trad.), Paris, 1926, p. 183 s.

19 Desenvolvidamente, *vd.* E. MASCHKE, *Grundzüge der deutschen Kartellgeschichte bis 1914*, Heidelberg, 1964, p. 10 s.

20 Na conhecida asserção de Schönlank (que foi presidente do Partido Social Democrata Alemão), “quando, em Viena, em 9 de Maio de 1873, soava o toque de finados do crescimento económico, era anunciado por repiques o nascimento do tempo dos cartéis” (no original: “Am 9. Mai 1873, als in Wien die Sterbeglocke des ‘wirtschaftlichen Aufschwungs’ gellte, wurde die Geburtsstunde der Kartelle eingeläutet”); *cf.* K. HIRSCH, *Die rechtliche Behandlung der Kartelle*, Jena, 1903, p. 11, nota 3, G. BRÜGGEMEIER, *ob. cit.*, p. 46, e E. MASCHKE, *ob. cit.*, p. 16.

Nesta outra fase, diríamos, de *consolidação* dos cartéis, estes passaram a apresentar formas mais sofisticadas de organização jurídico-económica – aos “acordos de cavalheiros”, que se inspiravam, como há pouco vimos, numa ideia elitista (de honorabilidade e mesmo de *casta*), sucederam-se verdadeiros contratos, muitas vezes de *sociedade* (civil ou comercial)²¹, ou, numa outra terminologia, aos “sindicatos de grau inferior” sobrevieram os “sindicatos de grau superior”, que eram, afinal, uma consequência do alargamento do seu objecto: aos cartéis de preço, predominantes na primeira fase, juntavam-se os cartéis de limitação da produção, de limitação de venda, de repartição dos lucros, de especialização, de repartição da clientela, etc. Esta mudança, diríamos, qualitativa dos cartéis foi, aliás, acompanhada da sua proliferação na generalidade dos sectores industriais. Por outro lado, foi também nesta fase – e, mais concretamente, nos começos da década de oitenta – que a “*imagem social*” dos cartéis se alterou. A uma atitude de *geral indiferença*, seguiu-se uma onda de *generalizada simpatia*, quer da doutrina (económica e jurídica), quer da jurisprudência, em relação a essas auto-organizações empresariais. As razões dessa mudança, pela qual se patenteava a *descrença* (é o mínimo que se pode dizer) nas virtualidades da liberdade de concorrência, foram decerto muitas, e muito diversas, mas entre elas esteve seguramente a publicação da já referida obra de F. Kleinwächter. Os cartéis eram aí apresentados como uma inevitabilidade dos “tempos modernos”, e as suas funções não diferiam daquelas que haviam sido as das corporações medievais²². Por um lado, introduziam “*Ordnung in das Chaos*” – no caos que a liberdade da concorrência havia gerado, é claro – e, por outro lado, adaptavam a produção à procura. Os cartéis eram, afinal, “filhos da necessidade” (*Kinder der Not*)²³ – da “*necessidade*” de lutar con-

21 Cfr., por exemplo, F. BAUCH, *Die Rechtsform der Kartelle*, Jena, 1908, p. 3 s.

22 “Und ich glaube (...) dass die Kartelle, die ja das Ziel verfolgen Ordnung in das Chaos zu bringen und die Produktion dem Bedarfe anzupassen, berufen sein könnten für die Gegenwart und nächste Zukunft Dasjenige zu werden, was die mittelalterlichen Zünfte für ihre Zeit waren” (*ob. cit.*, Prefácio, p. VI). Cfr. ainda *supra*, n.º 3.

23 “Die meisten Kartelle seien Kinder der Noth und werden geschlossen wenn die Preise niedrig stehen, das Angebot also ein relativ grosses ist (...)” – *ob. cit.*, p. 157; sublinhado nosso.

tra a sobreprodução, o sub-emprego e o declínio dos preços, numa palavra, da “*necessidade*” de eliminar a “*concorrência ruinosa*” (*ruinöser Wettbewerb*) – e a sua constituição devia ser encarada, não como uma perversidade, mas antes como uma louvável medida de *auto-defesa* ou, nas palavras que depois foram usadas por E. Maschke, como uma “*Reaktion der Unternehmer auf die konjunkturellen Wechsellagen*”²⁴.

No período que estamos agora a considerar (1875-1895), e por influência de F. Kleinwächter (e também de L. Brentano)²⁵, predominou, pois, a ideia de que os cartéis (ajudando a resolver a chamada “questão social”) remediavam os males da (*liberdade* de) concorrência. E não iam além disso, isto é, não visavam alcandorar os seus membros a uma posição de monopólio (colectivo). Se vários empresários de um determinado sector industrial se coligavam, e, assim fazendo, limitavam a produção e fixavam o preço dos respectivos produtos, era para adaptar a produção ao consumo e obstar ao aviltamento dos preços, o que lhes permitiria salvar as respectivas empresas de uma concorrência ruinosa: era para isso, e não para, controlando a oferta do produto em causa e fixando o seu preço, lograrem uma posição de monopólio (colectivo) no mercado, como depois – mais concretamente, na terceira fase do “processo de sindicalização” da indústria alemã (1895-1914) – se passou a entender.

Aquele primeiro modo (*comprazido*) de olhar os cartéis não pode, é claro, ser dissociado das condições sócio-económicas prevalecentes na Alemanha, nas décadas de setenta e oitenta. A “liberalização” da sociedade anónima (sociedade por acções, na terminologia alemã), isto é, a substituição do “*sistema de concessão*” pelo “*sistema normativo*”, que ocorreu em 1870 (primeira *Aktienrechtsnovelle*)²⁶ teve uma imediata consequência: a constituição, entre 1871 e 1873, de cerca de 840

24 *Ob. cit.*, p. 23.

25 Cfr. *Über die Ursachen der heutigen sozialen Noth*, Leipzig, 1889, *passim*.

26 “Gesetz betreffend die Kommandigesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften”, de 11 de Junho de 1870, que revogou o art. 208 Abs. 1 do *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (ou ADHGB) de 1861; esse preceito rezava assim: “Aktiengesellschaften können nur mit staatlicher Genehmigung errichtet werden”.

sociedades desse tipo²⁷. Este incremento da grande empresa, que se traduziu na expansão da capacidade produtiva, não foi, porém, acompanhado de um correspondente aumento da procura. Sobrevieram, pois, as crises de (sobre)produção e, com elas, o abaixamento brusco dos preços, sendo certo que este ciclo depressivo se manteve durante cerca de duas décadas (1875-1895). O carácter internacional que a crise então assumiu, dificultando o escoamento da sobreprodução para os mercados estrangeiros²⁸, contribuiu, outrossim, para a contracção do mercado interno, por via das importações²⁹. Neste quadro, aqui descrito a traço (muito) grosso, os grandes empresários alemães, que se sentiam *vítimas* dos princípios liberais: (*liberdade de concorrência*, no plano interno, e *livre-cambismo*, no plano internacional)³⁰, passaram a recorrer cada vez mais à constituição de cartéis, reivindicando do mesmo passo o retorno ao *proteccionismo* (consumado, como é sabido, em 1879)³¹; ambas as medidas prosseguiram (complementarmente) o mesmo objectivo: a restrição da concorrência no mercado interno.

27 Esse é o número (assim repartido: 1871: 200; 1872: 480; 1873: 160) avançado por N. REICH, "Die Entwicklung des deutschen Aktienrechtes im neunzehnten Jahrhundert", *Ius Commune*, II, 1969, p. 268, nota 109, e também por N. HORN, "Aktienrechtliche Unternehmensorganisation in der Hochindustrialisierung (1860-1920)" in: *Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, Göttingen, 1979, p. 136. R. LIEFMANN, *Les formes d'entreprise* (trad.), Paris, 1924, por sua vez, refere a constituição de 928 sociedades anónimas durante esse mesmo período (1871: 207; 1872: 479; 1873: 242). Importará também dizer que, na Prússia, antes de 1871, existiam 200 sociedades anónimas...

28 E assim nasceu uma "estrela": a indicação (geográfica) "*Made in Germany*". Uma lei inglesa de 1887 obrigava os produtos importados a ostentarem o nome do país da sua produção. Para além de permitir a escolha de produtos nacionais pelos consumidores ingleses, essa medida procurava evidenciar as excelências desses mesmos produtos em relação àqueles que eram produzidos pelos empresários (*-arrivistas*) dos outros países europeus, incluindo, é claro, os produtos dos empresários alemães... (sobre a história da referida indicação geográfica, *vd.* E. DICHTL, "Grundidee, Varianten und Funktionen der Markierung von Waren und Dienstleistungen", in: *Marke und Markenartikel als Instrumente des Wettbewerbs*, München, 1992, p. 5 s.)

29 Cfr. H. POHL, "Die Entwicklung der Kartelle in Deutschland und die Diskussion im Verein für Socialpolitik", in: *Wissenschaft und Kodifikation...*, *cit.*, p. 211.

30 Sobre a história do (*episódio* do) livre-cambismo no século XIX, *vd.*, entre nós, AVELAS NUNES, *Economia Política*, ed. polic., vol. I, Coimbra, 1988-89, p. 364 s.

31 *Vd.*, por todos, W. FIKENSTSCHER, *Wirtschaftsrecht*, Bd. II, *Deutsches Wirtschaftsrecht*, München, 1983, p. 28 s.

É claro que as crises de sobreprodução, cujos males os cartéis procuraram remediar, não atingiam todos os empresários em igual medida. Os mais afectados eram os grandes empresários, e isto por causa da preponderância dos *capitais fixos* na composição das respectivas empresas. Nos sectores económicos em que havia um maior grau de concentração, os cartéis foram, por isso mesmo, mais numerosos. O exemplo que, a este propósito, costuma ser apontado é o do sector da produção de matérias-primas (carvão, ferro, potassa, etc.); desde cedo dominado por (relativamente) grandes empresas, a cartelização nesse sector foi quase completa e bastante temporã. Este facto viria, aliás, a assumir grande relevância em todo o “processo da sindicalização” da indústria alemã. Com a *Grundstoffindustrie* quase completamente cartelizada, os empresários que actuavam a jusante dessa indústria, e que eram consumidores dos respectivos produtos, viam a sua liberdade, no que respeita nomeadamente à política de preços, fortemente restringida: o preço das matérias-primas, fixado pelos cartéis, funcionava como *preço base* para (os produtos d)aqueles outros empresários (... compravam todos “caro”, não sendo seguro que não fossem todos forçados a vender “barato”). Para contrariar essa posição de *supremacia(-na-concorrência)*, que, através da constituição de cartéis, os produtores de matérias-primas haviam adquirido ou, vendo as coisas pelo seu outro lado, para superar a *situação-de-dependência(-na-concorrência)* em que a constituição desses cartéis os havia colocado, os empresários, consumidores dessas matérias-primas, constituíram os seus próprios cartéis (*de compra*, já se vê). Inspirados pela necessidade de obtenção de (*monopsony*) *bargaining power* (na lógica da máxima de H. Thorelli: “*One monopoly breeds another*”)³², esses cartéis não tardaram, porém, a prosseguir também outro objectivo: o *controlo dos cartéis de limitação da produção*, entretanto constituídos, e que tiveram como protagonistas os mesmos empresários, ou seja, os empresários consumidores de matérias-primas, não já nesta qualidade, mas na de produtores de bens(-acabados) para o mercado (centralizando no cartel a compra das matérias-primas, adquiria-se *bargaining power* e, concomitantemente, *controlava-se* a quantidade desses produtos posta ao dispor dos vários empresários cartelizados). Tendo sido importante, a

32 Cfr. *The Federal Antitrust Policy – Organisation of an American Tradition*, Baltimore, 1955, p. 72.

constituição de *cartéis de compra* não foi, porém, o único meio de que os empresários, que actuavam a jusante da indústria de matérias-primas, se socorreram para reagir contra o poder de mercado, obtido pelos fornecedores desses bens por meio dos cartéis em que participavam. Para além desse meio foi, na verdade, utilizado um outro, ao tempo ainda pouco frequente: a chamada *integração vertical* (cujos efeitos eram, a um tempo, *concentracionistas e anti-concorrenciais*)³³. Os modos por que esta integração se realizou foram os (ainda hoje) mais típicos: a *fusão* (concentração absoluta ou concentração na unidade) e os *Konzerne* (concentração não-absoluta ou concentração na pluralidade)³⁴, constituídos por via de um contrato adrede celebrado ou na base do direito societário – comumente, na base do direito das sociedades anónimas. Obviamente que os *Konzerne* deste último tipo só foram possíveis porque se passara entretanto a admitir que uma sociedade comercial fosse sócia de outra ou, dizendo de uma maneira mais restritiva (e também mais chegada à prática), que uma sociedade anónima fosse sócia de uma sociedade do mesmo tipo. Mas deste ponto não curaremos aqui.

c) As duas décadas imediatamente anteriores à primeira guerra mundial – e estamos já a referir-nos à terceira fase “do processo de cartelização” da indústria alemã – ficaram marcadas por duas decisões do RG (de 1890 e 1897)³⁵, nas quais se afirmou a *licitude* dos cartéis, à luz do princípio da *Gewerbefreiheit*, considerando-se, por conseguinte,

33 “La fusion sert à agrandir une entreprise par l’annexion d’autres entreprises. On peut obtenir par là des avantages techniques et commerciaux: emploi plus étendu des machines, meilleure utilisation de celles-ci, diminution des frais généraux, accroissement du capital, etc. Ce sont surtout des avantages financiers qu’entraîne très fréquemment une fusion; mais celle-ci peut également être opérée pour évincer la concurrence. L’entreprise ainsi accrue peut ensuite ou bien mener la concurrence avec une force plus grande et un capital plus considérable contre celles qui sont encore indépendantes, ou bien mettre un terme définitif à la concurrence par la fusion au moins dans un certain domaine d’activité (*fusion en vue d’un monopole*) (R. LIEFMANN, *Les formes...*, cit., p. 59-60; sublinhados nossos).

34 Sobre essas duas formas de concentração, *vd.*, entre nós, ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial*, vol. I, Coimbra, 1967, p. 195, nota 15, e J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, Coimbra, 1993, p. 21 s., e *Liability of Corporate Groups*, Boston, 1, p. 22 s.; na doutrina alemã, *cfr.*, por todos, V.EMMERICH/J. SONNENSCHIN, *Konzernecht*, 5. Aufl., München, 1993, p. 11 s.

35 *Cfr. infra*, n.º IV.

que as obrigações que advinham para os empresários, na sua qualidade de membros dessas (auto-)organizações, eram juridicamente vinculantes. Ademais, segundo o RG, era mesmo *legítimo* que os empresários se coligassem para fazer subir os preços quando estes atingissem um nível excessivamente baixo. Ambas as decisões deram, diríamos, naturalmente, um grande impulso ao movimento de cartelização³⁶.

O aumento do número de cartéis, no período que estamos agora a considerar (1895-1914), foi acompanhado da emergência de um novo entendimento sobre os seus fins. Os cartéis deixaram de ser considerados (apenas) como uma forma de os empresários, restringindo a concorrência, *adaptarem* a produção à procura e obstarem, assim, ao aviltamento dos preços; a esta concepção, que, implicitamente, imputava aos cartéis o (*inestimável*) mérito de substituírem a “produção anárquica” pela “produção organizada”, sucedeu então uma outra, diríamos, *menos benigna* (à luz das concepções hoje *teoricamente* dominantes): ao coligarem-se, os empresários visavam, primacialmente, obter uma *posição de monopólio no mercado*. Esta mudança está bem patente na diferença entre a definição de cartel de F. Kleinwächter (1883) e as definições de K. Bücher (1894), L. Pohle (1898) e R. Liefmann (1899). Comparemos essas definições. Segundo F. Kleinwächter, os cartéis eram “convenções / acordos (*Übereinkommen*) entre produtores e, de um modo mais geral, entre empresários do mesmo ramo, que tinham

36 Segundo K. BÜCHER, em 1890, existiam na Alemanha 137 cartéis (cfr. “Les syndicats industriels”, cit., *Revue d'Économie Politique*, 1894, p. 910). Em 1905, um inquérito promovido pelas autoridades do *Reich* revelava a existência de 385 cartéis, assim repartidos: indústria cerâmica (telha, tijolo), 132; indústria pesada, 92 (62 na indústria do ferro, 19 na indústria do carvão, 11 na indústria dos metais não ferrosos); indústria química, 46; indústria têxtil, 31; indústria da pedra e da terra, 27; indústria alimentar, 17; indústria do vidro, 10; indústria do papel, 6; indústria dos produtos em couro e em *caoutchouc*, 6; indústria da madeira, 5; indústria dos objectos em argila, 4; indústria eléctrica, 2; outras indústrias, 7 (vd. E. MASCHKE, *ob. cit.*, p. 29; o Autor refere que “o número real era consideravelmente mais elevado”). A estes cartéis industriais, que envolviam cerca de 12 000 estabelecimentos (*Betriebe*), haveria ainda que juntar os muitos cartéis existentes no sector da distribuição – *maxime*, no sector do comércio por grosso (vd. H. POHL, “Die Entwicklung der Kartelle in Deutschland und die Diskussionen in Verein für Socialpolitik”, in: *Wissenschaft und Kodifikation...*, cit., p. 216). Depois de 1905, até 1914, não se conhecem números oficiais. Há, porém, estimativas que apontam para a existência de 495 cartéis, em 1910, e 600, em 1911 (Números referidos por G. SPINDLER, *Recht und Konzern*, Tübingen, 1993, p. 41).

por fim *eliminar a concorrência ilimitada (die schrankenlose Konkurrenz) entre esses mesmos empresários e regular a produção de modo a que esta se fosse aproximando tanto quanto possível do consumo*; os cartéis visavam sobretudo evitar uma eventual sobreprodução³⁷. Por sua vez, K. Bücher definia os cartéis do seguinte jeito: “associações (de base voluntária) de empresários independentes, que se propunham realizar o maior lucro possível, *dominando o mercado por via de um monopólio colectivo*”³⁸. Neste mesmo sentido apontavam as definições dos outros dois autores referidos. Ei-las: (i) “associações de sujeitos económicos (*Wirtschaftssubjekte*), que desenvolvem a sua actividade no mesmo ramo ou em ramos conexos, os quais, sob um regime económico fundado na livre concorrência, se esforçam por limitar essa concorrência entre os seus aderentes e, visando uma maior vantagem destes, *por exercer sobre as condições de mercado uma influência que tem o carácter de um monopólio*” (L. Pohle)³⁹; (ii) “coligação livre e (de base) convencional estabelecida entre empresários do mesmo sector de actividade, os quais mantêm, porém, a sua independência, *e que visam monopolizar em comum o mercado*” (R. Liefmann)⁴⁰. Este outro entendimento sobre os fins dos cartéis⁴¹ retirava-lhes o cunho da *transitoriedade* que, originariamente, e de uma forma mais ou menos explícita, se lhes havia atribuído, ajudando também a perceber a razão por que os empresários se coligavam mesmo em períodos de conjuntura favorável.

Igualmente relevante na terceira fase do “processo de cartelização” da indústria alemã foi, por um lado, o incremento da integração vertical e, por outro lado, a emergência da integração horizontal. Na década de oitenta, e como atrás foi referido, a integração vertical havia despontado como uma resposta à cartelização da *Grundstoffindustrie*, por parte

37 *Ob. cit.*, p. 126-127.

38 “*Les syndicats industriels*”, *cit.*, *Revue d'Économie Politique*, 1894, p. 913.

39 *Die Kartelle der gewerblichen Unternehmer*, Leipzig, 1898.

40 “*Les caractères et les modalités des cartels*”, *Revue d'Économie Politique*, 1899, p. 655.

41 Desenvolvidamente, *vd.* E. MASCHKE, *ob. cit.*, p. 31 s., U. WENGENROTH, “*Die Entwicklung der Kartellbewegung bis 1914*”, in: *Kartell und Kartellgesetzgebung in Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Stuttgart, 1985, p. 15 s., e K.-H. FEZER, “*Die Haltung der Rechtswissenschaften zu den Kartellen bis 1914*”, in: *Kartell und Kartellgesetzgebung...*, *cit.*, p. 51 s.

dos empresários que actuavam a jusante dessa mesma indústria. Assim fazendo, esses empresários vieram a ganhar dimensão e, com esta, tornou-se-lhes mais fácil satisfazer as suas necessidades de capital, o que, por sua vez, lhes possibilitava a integração de novas empresas, recorrendo, para o efeito, primordialmente às vias já nossas conhecidas: as fusões e os *Konzerne*. Associadas a essa crescente dimensão empresarial estavam ainda outras vantagens, que eram, afinal, outros tantos estímulos à integração vertical: controlo do abastecimento das matérias-primas e(ou) das matérias-subsidiárias e diminuição dos custos de produção com o conseqüente reforço do poder de mercado. Os estímulos para a *integração horizontal* começaram por ser de outra ordem. Antes de lhes fazermos alusão, importa observar que essa forma de concentração se foi desenvolvendo a par dos cartéis, mas sem nunca lhes tomar a dianteira, pelo menos no período anterior à primeira guerra mundial. Acresce que a constituição de uma grande empresa (... ou de um “grupo de empresas”) que, num primeiro momento, funcionava como alternativa à participação nos cartéis, acabava por potenciar a constituição destes. Com efeito, essa grande empresa nunca conseguia integrar todas as empresas existentes no respectivo sector: permanecendo muitas delas independentes, poderia acontecer que os titulares de algumas destas, mais cedo ou mais tarde, decidissem constituir um cartel (... ou integrar um cartel já existente) ou mesmo uma (outra) grande empresa (... ou um “grupo de empresas”) – e isto para poderem enfrentar a concorrência que aquela outra grande empresa (a grande empresa que primeiramente se constituíra no sector, entenda-se) lhes passara a (poder) fazer. Na segunda hipótese, isto é, se fosse constituída uma grande empresa, passando esta a concorrer com outra grande empresa (a que fora primeiramente constituída), seria então natural que os titulares dessas mesmas empresas procurassem *equilibrar as suas relações-na-(não-)concorrência*. E o meio mais expedito – desde logo, porque menos oneroso – para o fazerem seria precisamente a constituição de um cartel, integrando as suas empresas e muitas das outras de menor dimensão que tinham continuado a existir no sector. Assim fazendo, teríamos um *novo estímulo* para a integração horizontal. Aliás, foi assim que esta começou. Os cartéis, quando se generalizaram, haviam passado a integrar empresários de dimensão diferente. E a verdade é que eram os empresários de menor dimensão que acabavam por ter

uma influência determinante – *maxime*, nos cartéis de preço e(ou) de limitação da produção (que eram, já o sabemos, os mais numerosos) –; por um lado, produzindo a custos de produção mais elevados, determinavam o preço do cartel, e, por outro lado, obtinham quotas de produção, íamos a dizer, à custa dos empresários de maior dimensão. “Engolir” (“*schluckten*”)⁴² alguns dos *partners* de menor dimensão podia, pois, ser altamente vantajoso para esses grandes empresários: aumentavam as suas quotas de produção e, concomitantemente, punham cobro à “tirania”, no seio do cartel, dos *partners* de menor dimensão que eram “engolidos”. Iniciada na década de noventa, essa prática, que Brentano apelidava de “*Morphiumtod*”⁴³, começou por suscitar a aversão de alguns *expoentes* do mundo dos negócios – e esses eram os empresários com *memória empresarial*, para os quais a empresa, sendo um negócio, era (também) o negócio que sempre fora o da *família*, mesmo no período do mercantilismo –, mas com a passagem do século acabaria por se intensificar⁴⁴.

Em regra, essa prática, é dizer, a *integração horizontal* – é dela, é claro, que temos estado a falar – consumava-se através de fusões e da constituição de “grupos de sociedades”. Ou seja, pelos mesmos meios que eram usados para a realização da *integração vertical*⁴⁵. A fusão de sociedades anónimas era já admitida no ADHGB (1861), mas dependia de *deliberação unânime* dos sócios das sociedades a fundir e de uma *autorização estadual*⁴⁶. Com a *Aktienrechtsnovelle* de 1884, esse regime foi profundamente alterado. Nos termos do novo texto do § 215 AHGB, que depois foi recebido no § 303 HGB (1897), a fusão deixou de estar condicionada a autorização do Estado e podia ser deliberada por uma maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital da sociedade absorvenda⁴⁷; esta era, aliás, a única deliberação exigida,

42 A expressão é usada por H. POHL, “Die Entwicklung der Kartelle in Deutschland und die Diskussion im Verein für Socialpolitik”, in: *Wissenschaft und Kodifikation...*, cit., p. 218.

43 Cfr. H. POHL, *últ. loc. cit.*

44 Cfr., por todos, E. MASCHKE, *ob. cit.*, p. 36 s.

45 Cfr. *supra*, neste número.

46 Cfr. G. SPINDLER, *ob. cit.*, p. 61 s.

47 Cfr. G. SPINDLER, *ob. cit.*, *últ. loc. cit.*

dispensando-se, por conseguinte, a assembleia geral da sociedade incorporante de deliberar sobre a fusão. Na hipótese de de fusão envolver duas sociedades em “relação de domínio”, a sociedade dominante estava impedida de votar na deliberação de fusão, que devia ser tomada pela assembleia geral da sociedade absorvenda (a sociedade dominada, no caso) (§ 252 HGB). Com esta restrição, o legislador *autonomizava* a vontade da sociedade dominada da da sociedade dominante, pondo a sorte daquela, no que respeita à sua eventual dissolução por via de fusão, apenas nas mãos dos restantes accionistas – “accionistas-investidores” e “accionistas-empresários” –, cujos interesses não tinham que coincidir, longe disso, com os da sociedade dominante. Esta boa intenção do legislador não passou, porém, disso mesmo. Se uma sociedade dominante decidisse integrar uma sociedade por si dominada, bastar-lhe-ia “transmitir” as suas acções a um “Banco amigo”, sendo este a votar no sentido por ela desejado⁴⁸; traduzindo uma clara violação da lei (do seu *espírito*, quando menos), o RG não hesitou em conceder o seu beneplácito a essa prática⁴⁹.

A evolução do regime legal da fusão e a própria orientação jurisprudencial acabada de referir apontavam num sentido bem definido: facilitar as operações de concentração económica, realizadas por essa via. Servindo os interesses de alguns concorrentes, é dizer, de alguns empresários – concretamente, dos empresários de maior dimensão que integravam os cartéis e também daqueles (igualmente grandes) que, começando por recusar a sua integração nessas *organizações monopolistas*, procuravam uma alternativa para a consolidação do seu poder de mercado –, essa opção (legislativa e jurisprudencial) não aproveitava (é o mínimo que se pode dizer) à liberdade de concorrência, exactamente porque *fomentava a desigualdade entre os concorrentes*.

IV

a) Os litígios respeitantes às relações entre os membros dos cartéis e entre estes e os seus ex-membros só começaram a acudir às ins-

48 Cfr. G. SPINDLER, *id.*, *ibidem*.

49 *Vd.* a decisão citada por G. SPINDLER, *ob. cit.*, p. 62, nota 71.

tâncias na década de oitenta⁵⁰. A primeira decisão que encontramos mencionada é de 7 de Abril de 1888, e foi proferida pelo *Bayerische Oberste Landesgericht*: um cartel (de fixação de preço e de limitação a produção) pedia a condenação de um dos seus membros, que tinha ultrapassado a quota de produção que lhe tinha sido atribuída, no pagamento da *pena convencional* adrede fixada; o réu argumentava que o pedido era contrário aos bons costumes e aos preceitos dos §§ 1 Abs. 1 e 10 da GewO⁵¹. O tribunal não acolheu esta argumentação do réu; para justificar a não contrariedade aos bons costumes do cartel que dera azo ao litígio, foi dito o seguinte: “Die Hebung eines im Niedergange befindlichen Gewerbszweiges durch Veireinbarungen unter den Angehörigen desselben über die Art und Weise, wie sie ihr Gewerbe künftig betreiben wollen, verstößt gegenkein Sittengesetz, erscheint vielmehr als Aufgabe jedes umsichtigen Geschäftsherrn”⁵². Esta atitude de complacência em relação aos cartéis está igualmente presente no acórdão do RG de 25 de Julho de 1890, respeitante à seguinte *fattispecie*: em 1887, a “Börsenverein deutscher Buchhändler”, organizada sob a forma de sociedade cooperativa, tinha incluído nos seus estatutos uma cláusula obrigando os seus membros à observância do preço de capa fixado pelo editores dos livros que comercializavam, proibindo-lhes, outrossim, a concessão de quaisquer descontos. Os estatutos previam diversas sanções em caso de infracção a essa cláusula, sendo a mais pesada o “embargo ao fornecimento” (*Lieferungssperre*)⁵³. Um determinado livreiro, ex-membro do

50 Cfr., por exemplo, R. SCHRÖDER, *Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914*, Ebelsbach, 1988, p. 9 s.

51 Tratava-se de dois argumentos que eram habitualmente invocados, desde meados do século, para contestar a validade das chamadas “*Konkurrenzklauseln*”.

52 Traduziremos do seguinte modo: “A reanimação de um sector económico, em situação de decadência, através de acordos entre os empresários que nele actuam sobre a maneira como querem explorar no futuro as suas empresas, não viola nenhuma lei moral, antes se apresenta como um dever de qualquer empresário prudente”.

Mais desenvolvidamente sobre a fundamentação do acórdão, *vide* R. SCHRÖDER, *ob. cit.*, p. 10 s.

53 Tratava-se, no fundo, de um “cartel de desconto” (*Rabattkartell*), na base do qual estivera um “acordo de preços impostos de 2.ª mão” (*Preisbindung der zweiten Hand*), celebrado entre a “Börsenverein” dos livreiros alemães e os editores, e cuja finalidade era eliminar a concorrência de preço entre os seus membros; cfr. F. BLAICH, *Kartell-und Monopolpolitik im kaiserlichen Deutschland*, Düsseldorf, 1973, p. 43 s.

cartel, mas que estava a ser alvo de um processo por causa da política de preços que tinha seguido enquanto pertencera à organização, lançou mão de uma acção em que contestava a validade da referida cláusula, argumentando que a sanção do “embargo ao fornecimento” fazia perigar a existência económica dos “membros insubmissos” e, nessa medida, era incompatível com a *Gewerbefreiheit*. A acção foi julgada improcedente. Na opinião do RG, o cartel em causa prosseguia um fim lícito – o silêncio da ordem jurídica em relação a tais organizações não permitia concluir pela sua proibição, à luz, nomeadamente, do referido princípio da liberdade de comércio e indústria. Deste princípio – assim se lia na motivação do acórdão – não decorria a intocabilidade do livre jogo das forças económicas no sentido de que fosse proibido aos empresários a tentativa de, por meio de uma *auto-ajuda co-operativa*, regularem a acção de tais forças e evitarem os distúrbios que fossem havidos como prejudiciais⁵⁴.

b) A *legalização dos cartéis*, que ambas as decisões referidas já preludiavam, foi afirmada de modo inequívoco pelo RG no acórdão – “*zum sächsischen Holzstoffkartell*”, de 4 de Fevereiro de 1897⁵⁵. O caso respeitava a um acordo de cartel, celebrado em 1893 por um conjunto de produtores de pasta de madeira da Saxónia, pelo qual estes se obrigavam, nomeadamente, a vender toda a sua produção através de “uma agência comum de venda” (*eine gemeinsame Verkaufsstelle*)⁵⁶; a violação desta

54 No original: “Aus dem Prinzip der Gewerbefreiheit folgt keine Unantastbarkeit des freien Spieles wirtschaftlicher Kräfte in dem Sinne, daß den Gewerbetreibenden der Versuch untersagt wäre, im Wege genossenschaftlicher Selbsthilfe die Bethätigung dieser Kräfte zu regeln und von Ausschreitungen, die für schädlich erachtet werden, abzualten” (cfr. *Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen* (28), 1892, p. 244). Sobre este importante acórdão do RG, cfr., por exemplo, R. SCHRÖDER, *ob. cit.*, p. 11 s., e F. BLAICH, *ob. cit.*, p. 44 s.

55 Cfr. *Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen* (38), 1897, p. 155 s. É vastíssima a literatura sobre esta “*Grundentscheidung*” do RG, que, no dizer de F. BÖHM (“Das Reichsgericht und die Kartelle. Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Kritik an dem Urteil des RG vom 4. Februar 1897”, *ORDO*, 1948, p. 197 s.), abriu as portas a uma “cartelização desenfreada da economia alemã”; entre os autores mais recentes, destacaríamos W. MÖSCHEL, *70 Jahre Deutsche Kartellpolitik*, Tübingen, 1972, *passim*, F. BLAICH, *ob. cit.*, p. 45 s., R. SCHRÖDER, *ob. cit.*, p. 17 s., K. W. NÖRR, *ob. cit.*, p. 8 s., e DAVID J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 1998, p. 91.

56 E isso para “impedir, no futuro, uma concorrência perniciosa entre os fabricantes [membros do cartel, entenda-se] e para conseguir um preço conveniente para os respectivos produtos” (cfr. *Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen* (38), 1897, p. 155).

obrigação era sancionada com a aplicação de uma pena convencional. Numa acção intentada pelo cartel, tendente a obter a condenação de um dos seus membros no pagamento dessa pena, o réu alegou que não podia ser compelido a esse pagamento, dado que o acordo em causa violava o princípio da liberdade de comércio e indústria (§ 1 GewO). Apreciando esta objecção, o RG apontou uma dúplice finalidade ao referido princípio: a defesa do interesse público, por um lado, e a defesa do interesse individual, por outro, sendo que entre ambas as finalidades não existia qualquer hierarquia. Para concluir pela não violação da *Gewerbefreiheit* em sentido subjectivo nos acordos de cartel, o RG invocou a sua anterior jurisprudência sobre as cláusulas de não-concorrência: cláusulas insertas em contratos de trabalho e em negócios sobre a empresa (mormente, na hipótese de trespasse) vinculando, no primeiro caso, e com referência ao período posterior à cessação do contrato de trabalho, o trabalhador, e, no segundo caso, o transmitente da empresa a abster-se de exercer (directa ou indirectamente) uma certa actividade comercial ou industrial, durante um certo tempo e / ou em determinado lugar. Depois de algumas hesitações, o RG tinha-se fixado no entendimento de que essas obrigações só cobriam validade se, sendo merceológicamente limitadas (*scilicet*: limitadas no seu objecto), o fossem também temporal e espacialmente (acórdão de 19 de Maio de 1893)⁵⁷. Nesta perspectiva, a liberdade de comércio e indústria, na sua dimensão subjectiva, já não implicava a nulidade de qualquer restrição, contratualmente assumida, à liberdade de concorrência; por força dessa liberdade, era apenas proibido que a liberdade contratual fosse utilizada para aniquilar a liberdade de acção pessoal e profissional próprias. O resultado da aplicação destes dois postulados aos cartéis não reserva surpresas: porque neles, e como é da natureza das coisas, cada um dos seus membros não utilizava a sua liberdade contratual para se vincular a não entrar no mercado, mas antes para nele se manter; por causa disso, e também porque cada um desses sujeitos (pessoas humanas ou pessoas jurídicas), embora utilizasse essa mesma liberdade para restringir a sua liberdade de concorrência, essa restrição era *merceologicamente limitada* (*id est*: não ia além da respectiva indústria) e também temporal e geograficamente circunscrita (por norma os cartéis tinham uma duração e um âmbito geográfico determinados), fácil foi

57 Cfr., por exemplo, RAINER SCHRÖDER, *ob. cit.*, p. 74 s.

concluir pela compatibilidade dos cartéis com a “*Gewerbefreiheit im subjektiven Sinn*”. Havia ainda, é claro, a questão de saber se os cartéis eram conformes com o interesse público, pois que disso dependia o modo como eles haveriam de ser valorados à luz da *dimensão objectiva* (ínsita na afirmação) do princípio da liberdade de comércio e indústria. O RG, apoiando-se nos ensinamentos dos economistas alemães da chamada “Escola Histórica” (expressamente citado era, por exemplo, L. Brentano) – agrupados na *Verein für Socialpolitik*, fundada em 1871, esses economistas (claramente tributários da filosofia hegeliana) opunham-se radicalmente às doutrinas (do *laissez-faire*) do *Manchesterism* –, reconduziu essa questão a esta outra: respondiam os cartéis a uma necessidade económica, que relevasse do interesse da sociedade no seu conjunto? Quando num determinado ramo de negócio – assim dizia o RG – ocorre uma baixa prolongada e profunda dos preços, isso faz perigar ou torna mesmo impossível a exploração rentável das respectivas empresas, e a crise, que assim sobrevém, não é apenas perniciososa para cada um dos empresários, é-o também para o conjunto da economia; por conseguinte, é do interesse da comunidade que não existam baixas duradoiras e desproporcionadas dos preços num qualquer ramo do negócio⁵⁸. Na base destas baixas de preços, que, aos olhos do RG, constituíam verdadeiras “catástrofes económicas” (*wirtschaftliche Katastrophen*), estava, obviamente, a sobreprodução. Ora, uma das principais finalidades dos cartéis era precisamente a limitação da produção, adequando-a (quantitativamente falando, é claro) ao consumo – por essa forma os empresários(-*cartelizados*) conseguiriam vender os respectivos produtos a um “preço conveniente” (que eles próprios cuidavam de fixar...) e manter-se-iam todos no mercado (o número de falências seria, por isso mesmo, muito menor, como menor seria também o número dos trabalhadores desempregados). Vistas as coisas por este ângulo – que era, repete-se, o dos economistas da Escola Histórica –, a “*raiz do mal*” (em termos económico-sociais) estava (*de novo*) na liberdade de con-

58 “Sinken in einem Gewerbezweige die Preise allzu tief herab, und wird hierdurch der gedeihliche Betrieb des Gewerbes unmöglich gemacht oder gefährdet, so ist die dann eintretende Krisis nicht nur dem einzelnen, sondern auch der Volkswirtschaft im allgemeinen verderblich, und es liegt daher im Interesse der Gesamtheit, daß nicht dauernd unangemessen niedrige Preise in einem Gewerbezweige bestehen” (*Entscheidungen des Reichgerichts in Civilsachen* (38), 1897, p. 157.

corrência, e não nas restrições que os próprios concorrentes fazendo uso da sua liberdade contratual, lhe impunham: os cartéis, traduzindo um louvável esforço de *auto-preservação* contra os efeitos dessa liberdade e, nessa medida, servindo o interesse individual dos seus membros, representavam, outrossim, organizações inestimáveis do ponto de vista do interesse público. Reconhecendo isto mesmo, o RG afirmava que não ocorria violação do princípio da liberdade de comércio e indústria quando os membros de um sector de actividade se coligavam para manter esse sector robusto, protegendo-se contra a depreciação dos seus produtos e outros inconvenientes resultantes, em particular, dos abaixamentos de preços⁵⁹.

Conquanto concluísse pela conformidade dos cartéis com o interesse público, afirmando, do mesmo passo, a sua licitude à luz da *Gewerbefreiheit* (§ 1 GewO), o RG não deixou – importa dizê-lo – de identificar uma situação em que poderia prevalecer outro entendimento. Essa situação, apresentada como excepcional, ocorreria se fosse manifesto que a constituição do cartel tendia à criação de um efectivo monopólio e à exploração usurária (*wucherische Ausbeutung*) dos consumidores⁶⁰. A reserva, que assim era posta, à legalidade dos cartéis ou, dizendo de outra forma, a possibilidade, assim afirmada, de estes serem considerados ilícitos, se houvesse um manifesto *abuso* do seu poder de mercado, foi, contudo, muito pouco explorada pela jurisprudência posterior, incluindo a do próprio RG. E não importa se isso ficou a dever-se à política de preços efectivamente desenvolvida pelos cartéis – se desenvolvessem uma política de preços “amiga” dos consumidores, os cartéis, mesmo que constituíssem verdadeiros monopólios, não seriam passíveis de censura... –, ou antes à vontade dos tribunais, que, comprazidos com as *outras* vantagens dessas coligações, facilmente concluía pela inexistência de “exploração usurária dos consumidores”.

59 “Nicht wider das Prinzip der Gewerbefreiheit, soweit dieses das Interesse der Gesamtheit gegen den Eigennutz der einzelnen wahren soll (...), wenn sich Gewerbsgenossen zu dem in gutem Glauben verfolgten Zwecke miteinander verbinden, einen Gewerbszweig durch Schutz gegen Entwertung seiner Erzeugnisse und die sonstigen aus Preisunterbietungen einzelner hervorgehenden Nachteile lebensfähig zu erhalten” – assim se lê no acórdão em análise (cfr. *Entscheidungen des Reichgerichts in Civilsachen* (38), 1897, p. 158).

60 Cfr. *Entscheidungen des Reichgerichts in Civilsachen* (38), 1897, p. 158.

Fosse por uma razão ou por outra, a verdade é que a falada exceção ao principio da legalidade dos cartéis não pasou de um *flatus vocis*: por via dela, o processo de cartelização da economia alemã não sofreu qualquer sobressalto de monta. Com efeito, e como é unanimemente reconhecido, depois do referido acórdão do RG, perante o silêncio (*cúmplice*) do legislador, esse processo intensificou-se, ao ponto de se poder dizer que “*Deutschland wurde zum klassischen Land der Kartelle*”⁶¹.

61 Cfr., por exemplo, A. BAUMBACH / W. HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, 22. Aufl., München, 2000, Allg. anot. 38.