

MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES

**A subcontratação na Comunidade Económica
Europeia**

nº 18

Abril 1990

Oficina do CES
Centro de Estudos Sociais
Coimbra

Maria Manuel Leitão Marques*

A SUBCONTRATAÇÃO NA COMUNIDADE ECONOMICA EUROPEIA

Alguns aspectos jurídicos **

1. A subcontratação industrial

A subcontratação industrial pode ser encarada sob diversas perspectivas (técnica, económica, jurídica), embora todas elas mais ou menos interdependentes. Privilegiarei neste comentário o seu enquadramento jurídico e a organização do contrato. Na selecção das questões a desenvolver tomo como guia as recomendações mais recentes da CEE nesta matéria.

Apesar de não desconhecer a grande informalidade que rodeia actualmente a subcontratação — e não apenas entre nós —, irei aqui indicar os factores que apontam para a necessidade de uma mais cuidada organização deste contrato entre empresas, .

Começarei por referir a importância e algumas das vantagens da subcontratação, não resistindo a mencionar uma das linhas do seu desenvolvimento. Dedicar-me-ei depois a alguns aspectos mais pontuais e práticos relativos à organização do contrato e redacção das suas cláusulas.

Parto de uma definição ampla de **subcontratação industrial**, pela qual designo a **operação através da qual uma empresa confia a outra a tarefa de executar para si, de acordo com um caderno de encargos ou requisitos pré-estabelecidos, uma parte ou a totalidade dos actos de produção de bens ou determinadas operações específicas.**

* Professora na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra . Investigadora do CES.

** Este texto reproduz, em parte, intervenções em dois colóquios sobre o tema da subcontratação, promovidos pela Associação Industrial Portuense e pelo Eurogabinete do Centro.

Designo como *empresa contratante* a parte que manda executar (aquela que "manda fazer fora", "dá a fazer") e como *empresasubcontratada* a outra parte.

Dispensó-me, neste contexto, de aludir às várias modalidades de subcontratação, de acordo com diversos critérios, como, entre outras, a distinção entre subcontratação conjuntural ou estrutural, de capacidade ou de especialidade, de mão-de-obra ou de produção, com destinatário determinado ou indeterminado, interna ou internacional, etc..

A subcontratação ocupa hoje um importante lugar no conjunto das relações entre as empresas, tanto no plano nacional, como no plano mundial.

- São numerosos os estudos teóricos que a têm tomado como objecto de análise;
- Há diversas organizações internacionais (ONUDI, OCDE, CEE) que têm dedicado recursos à sua investigação e difusão ;
- É crescente a atenção que lhe têm vindo a dar as associações industriais.

Não sendo fácil uma avaliação estatística precisa, alguns números publicados mostram a sua vastíssima implantação como prática industrial. Por exemplo:

- A Comissão das Comunidades Europeias, estima o mercado europeu da subcontratação em 100 000 milhões de ECU.
- No Japão a externalização atinge 70% e só a Toyota possui uma rede de 22000 empresas subcontratadas.
- Por sua vez, uma análise recente destinada a medir a frequência da subcontratação em França, concluía que ela é uma passagem quase obrigatória para todas as empresas de criação recente e que abrange 40% das empresas tendo entre 10 e 49 trabalhadores, mais de 35% das empresas tendo entre 50 e 199 trabalhadores e mais de 25% das empresas tendo entre 200 e 499 trabalhadores.

Como vantagens da subcontratação, tanto para as PMEs, como para a economia em geral, têm sido apontados, entre outros aspectos:

- o desenvolvimento da especialização (certas tarefas poderão ser exercidas a preços mais competitivos pelas pequenas e médias empresas);

- a economia de investimentos: (os custos fixos das pequenas e médias empresas são inferiores aos das grandes empresas);

- a manutenção de um tecido industrial segmentado;

- a minimização do efeito social negativo da concentração, que é a redução do número de empresas.

- e, para a empresa contratante: uma melhor gestão dos seus recursos financeiros, através da sua concentração em fases cruciais para a concorrência internacional (investigação de novos produtos, procura de novos mercados);

- um aumento de flexibilidade do seu aparelho produtivo;

São também indicadas alguns aspectos negativos, tais como: imposição dos contratantes aos subcontratados de condições pouco equitativas, insegurança e dependência para as empresas subcontratadas e vulnerabilidade às dificuldades conjunturais.

O desenvolvimento da subcontratação insere-se, aliás, num movimento mais vasto que é o do desenvolvimento de relações contratuais entre as empresas ou seja, estruturas organizacionais que vão desde o contrato de curto prazo à integração jurídica total, passando pelo contrato de longo prazo, pelo grupo contratual, pelos consórcios (*joint-ventures*), pelas participações no capital, pelo contrato de subordinação, etc.. Para Alexis Jacquemin, conselheiro da CEE e especialista em economia industrial, entre as relações de mercado e as relações intra-empresa (que traduzem a sua organização interna), é de introduzir, como categoria à parte, as *relações entre empresas*, que são por vezes preferidas às formas unitárias ou mesmo multidivisionais, por se

mostrarem mais adequadas à necessidade de flexibilidade. Ocupam, uma espécie de zona cinzenta entre o mercado e a hierarquia.

Trata-se, em parte, de uma consequência da aplicação de novas tecnologias como a "automação flexível (permitindo a produção contínua de bens diferenciados) e da gestão informatizada dos fluxos (diminuindo os 'custos de transacção'), as quais abrem novas possibilidades à desintegração vertical¹.

2. Recentes configurações da subcontratação

O desenvolvimento das relações contratuais entre empresas afere-se não apenas na multiplicação das formas tradicionais de subcontratação, como também no aparecimento de novas formas de subcontratação. Entre elas destacam-se os contratos de *original equipment manufacturing* e os contratos de emparceiramento industrial (*partenaria*). O emparceiramento industrial (*partenaria*) liga a empresa contratante a alguns dos seus subcontratados (que passam a ser designados por "parceiros"), previamente seleccionados em função de rigorosas apreciações sobre as suas capacidades no domínio técnico, da gestão e da inovação e sobre as possibilidades de acompanhar o contratante, no tempo (duração e variação de modelos) e no espaço (internacionalização)². O contrato permite uma maior liberdade ao subcontratado em matéria de concepção de produtos, sobretudo quando é incumbido de uma função completa e não apenas da produção de determinadas peças³. e exige uma maior cooperação tecnológica entre as partes

¹ Masahiko Aoki (1983) propõe mesmo que a empresa moderna seja estudada como uma coligação de accionistas, trabalhadores e *parceiros de negócios* (incluindo os subcontratados), em vez de identificada com um único maximizador, tal como o empresário.

² Normalmente, o subcontratado beneficia, durante um determinado período, de uma parte constante das encomendas de um produto ou dos produtos que cumpram uma certa função. Em contrapartida desta garantia de mercado, o subcontratado compromete-se a baixar os custos de produção e, conseqüentemente, os preços reais, a uma determinada taxa anual, garantindo a qualidade e a regularidade do abastecimento do contratante.

³ Para Constantinovitch (1988: 101), no sistema de *partenariat* mais do que peças são funções completas (sistema de travagem, função limpa-vidros, etc.) que são subcontratadas, o que pode exigir

envolvidas (esta é uma das novidades mais importantes desta forma de subcontratação). Daí que os suportes contratuais tradicionais não se adequem a este novo esquema.

Pelo contrário, as novas relações contratuais exigem uma maior formalização e uma concertação prévia ampliada. Procura-se, através deste novo tipo de subcontratação, evoluir de um sistema caracterizado pela dispersão e precariedade, para um sistema de ligações estruturais mais estáveis entre determinadas empresas. Pretende-se ainda que seja maior o efeito cooperação do que o efeito dependência entre empresas.

No entanto "a parceria industrial (*partenariat*) não tem vocação para incluir a totalidade das relações industriais entre empresas, nem o conjunto das relações entre os grupos e as pequenas e médias empresas; por este motivo, a subcontratação 'clássica' não parece que vá desaparecer".

3. A Comunidade Económica Europeia e a subcontratação

Por todas estas razões a CEE, sobretudo através da Comissão, mas também o Conselho - veja-se a sua Resolução de 26/9/89 - **tem integrado de diversos modos a promoção e enquadramento da subcontratação na sua política de apoio às PME**s. Considera que:

- a subcontratação está a tornar-se numa escolha estratégica para a empresa, inscrevendo-se no âmbito de uma política de utilização acrescida de recursos externos;
- a "realização do mercado único permitirá um recurso mais sistemático à subcontratação transnacional e, ao reforçar a concorrência intracomunitária, **acentuará as mudanças estruturais da relação de subcontratação**", implicando "uma alteração nas relações entre contratantes e **subcontratados** e exigindo esforços especiais da parte de cada um dos parceiros, noemadamente no que diz respeito à planificação das encomendas, à **organização das relações contratuais**, à adaptação às novas tecnologias e ao desenvolvimento de políticas de diversificação da clientela".

a colaboração do subcontratado na concepção do produto, implicando também uma diminuição do número de subcontratados.

Por isso a CEE tem empenhado os seus organismos responsáveis (Task force PME / BRE), concertados com os Estados-membros, em acções que visam

- melhorar a informação e a comunicação entre contratantes e subcontratados (especialmente elaboração de terminologias sectoriais e a melhoria dos instrumentos de procura de parceiros),

- **promover de relações mais equilibradas entre contratantes e subcontratados e, a melhoria do quadro jurídico da subcontratação.**

É precisamente a este último ponto que aqui será dedicada especial atenção.

Irei, portanto, a partir de agora, desenvolver alguns pontos especificamente relacionados com o enquadramento jurídico da subcontratação, tendo em conta as recomendações da CEE neste domínio.

4. O direito da subcontratação industrial

Para este efeito, interessa começar por considerar algumas fases da negociação de um processo de subcontratação.

A selecção da empresa subcontratada

A escolha da empresa subcontratada pela empresa contratante resulta de conhecimentos pessoais ou de contactos comerciais anteriores, do facto de a empresa subcontratada deter uma situação de exclusividade para determinada produção ou trabalho, ou ainda de uma consulta prévia a um determinado número de empresas. Neste último caso, sobretudo, a empresa contratante poderá recorrer, como intermediário, a uma *bolsa de subcontratação*.

As bolsas de subcontratação funcionam normalmente em associações de industriais ou em organismos congéneres, sendo o seu princípio base a reunião e o confronto de ofertas e procuras. A sua função é limitada à indicação de empresas que julguem capazes de produzir um determinado produto ou executar um certo trabalho. Feito o

contacto, a bolsa retira-se, não interferindo na escolha final, nem na organização da relação que venha a estabelecer-se. Na prática, contudo, o seu papel tem-se mostrado difícil, esbarrando com o secretismo e a informalidade que rodeiam a relação de subcontratação. As bolsas poderão vir a ter um papel mais activo, se organizarem a oferta de subcontratação, estimulando empresas a candidatarem-se a serviços que ainda não tenham realizado, e sobretudo informando-as e aconselhando-as sobre a oportunidade e o modo de praticarem a subcontratação. Neste caso, contudo, as bolsas não serão tanto um lugar de encontro entre a oferta e a procura de subcontratação, mas um meio de promover subcontratação junto das empresas potencialmente subcontratáveis.

Negociação das cláusulas contratuais

O contrato é normalmente negociado mediante proposta da empresa contratante. Muitas vezes, esta usa ou propõe formulações já elaboradas contendo cláusulas tipo. Existem limitações à inclusão de **cláusulas contratuais gerais, dado que a legislação portuguesa condições gerais dos contratos abrange tanto as relações com os consumidores como as relações entre empresários**. No entanto, proibição só em alguns casos é absoluta, dependendo em outros casos do quadro negocial em que se inserem. Ora, as práticas negociais mais comuns em matéria de subcontratação, isto é, o quadro negocial da subcontratação, consentem a inclusão de numerosas limitações à autonomia da empresa subcontratada.

Por este motivo, vem-se chamando a atenção das empresas sucontratadas para a necessidade de uma cuidadosa negociação das cláusulas contratuais (evitando especificações em termos vagos, como "boa qualidade") e, sobretudo, para a necessidade da sua redução a escrito. Trata-se de uma situação que é ainda pouco frequente, e não apenas entre nós. De facto, a Comissão das Comunidades Europeias reconhece que "é usual a tentação dos empresários subcontratados de prestarem pouca atenção aos aspectos jurídicos do contrato" e "serem indiferentes à sua redução a escrito", para o que contribui "o facto de não terem pessoal com

tempo e treino necessário para os esclarecerem sobre aqueles aspectos, tradicionalmente considerados de menor importância relativamente aos aspectos técnicos e comerciais” e ainda o facto de o subcontratado “ser, em alguns casos, a parte mais fraca no contrato”. No entanto, a Comissão tem advertido as empresas subcontratadas para o risco que correm ao entrarem num acordo contratual sem terem uma ideia clara sobre as suas consequências jurídicas e comerciais: “As responsabilidades que a subcontratação industrial impõe ao subcontratado são suficientemente importantes, mesmo no caso de existir uma adequada documentação jurídica; sem tal documentação, essa actividade pode ser extremamente arriscada. Qualquer risco será aumentado se o subcontrato envolver empresas de diferentes Estados Membros”.

Vejamos algumas das questões, aspectos ou cláusulas mais problemáticas em matéria de negociação do contrato⁴.

4. 1. Algumas obrigações e prestações da empresa contratante

No contrato poderá ficar acordada a obrigação de a empresa contratante fornecer à empresa subcontratada, no todo ou em parte, matérias-primas e/ou o equipamento de trabalho.

Pode ainda acontecer que o contrato fixe a obrigação para a empresa subcontratada de adquirir as matérias-primas a determinados fornecedores. Em qualquer dos casos, o contrato deverá determinar a propriedade relativamente aos desperdícios ou material com defeito não utilizado.

Quanto aos **equipamentos de trabalho** (ferramentas, moldes, etc.), é natural que seja a empresa contratante a fornecê-los, ou por ser essa a prática dominante no sector, ou por exigência do objecto do contrato — por exemplo, nos casos em que aqueles são especialmente adaptados a uma determinada produção e/ou exigem um longo processo para serem accionados, dificilmente

⁴ Seleccionei alguns aspectos jurídicos da subcontratação industrial que me pareceram mais importantes. Para posterior oportunidade de desenvolvimento deixei outros como, por exemplo, a qualificação jurídica do subcontrato (contrato de compra e venda, contrato de prestação de serviços ou contrato atípico ou inominado) e consequências, em matéria de regime, daí derivadas.

podendo ser reconvertidas para outra função —, ou quando implicam um grande investimento relativamente à capacidade financeira do subcontratado; a empresa contratante pode ainda preferir este sistema como meio de aumentar a sua flexibilidade na eventual substituição da empresa subcontratada.

Nas situações em que não se exija um grande investimento, ou em que se trate de ferramentas inespecíficas, é natural que a obrigação do seu fornecimento recaia sobre a empresa subcontratada. É ainda possível uma situação mista, isto é, de divisão do custo do investimento pelas duas partes.

Como pode ver-se, a escolha de qualquer das hipóteses, nomeadamente da primeira e da terceira, pode suscitar outros problemas que deverão igualmente estar previstos no contrato, a saber: **a responsabilidade pela manutenção e eventual reparação do equipamento e o efeito da resolução do contrato na propriedade do mesmo**. Designadamente nos casos em que o investimento tenha sido conjunto, a empresa contratante poderá ter opção na sua aquisição no fim do contrato e, no caso em que tenha sido a empresa subcontratada a adquirir o equipamento, o contrato pode prever, quando tenha por objecto a produção de peças ou elementos, que esta empresa seja obrigada a conservá-lo durante um período após a resolução do contrato, a fim de poder produzir a quantidade de peças sobresselentes necessárias aos produtos vendidos pelo contratante. Pode ainda levantar-se a questão de saber se a empresa subcontratada pode usar livremente o equipamento no fim do contrato ou se são admissíveis algumas restrições, problema este que será abordado mais à frente (4.7).

4.2 . A questão do preço

Uma das questões mais delicada é, justificadamente, o preço.

O contratante terá tendência a preferir um preço fundamentalmente fixo, para que o custo dos seus *inputs* seja mais facilmente controlável. Desejará também que o preço se mantenha por

uma período razoavelmente longo e que as suas variações sejam reduzidas ao mínimo possível", isto é, tenderá a evitar a **admissão contratual de cláusulas de revisão de preços**. É compreensível que os interesses dos subcontratados apontem normalmente em sentido contrário, isto é, que os preços possam reflectir as variações nos custos. **As eventuais formas de actualização em funções de variações nos custos ou nas cotações monetárias devem ficar claramente previstas no contrato.**

4.3. Condições e prazos de entrega

Também as condições e os prazos de entrega da mercadoria são fixados pelo contrato, sendo importante saber o momento exacto em que a responsabilidade passa da empresa subcontratada para a contratante. A questão do cumprimento de prazos constitui um ponto essencial para a empresa contratante, quer no caso de peças ou subconjuntos a integrar na sua produção, quer no caso de produtos que lhe compete comercializar. O desenvolvimento do sistema de aprovisionamento *just-in-time* veio alterar as relações entre as duas empresas neste aspecto, obrigando a uma colaboração mais estreita e continuada para além do contrato, relativamente à definição dos prazos de entrega.

4.4. Directivas, assistência técnica e controle da empresa contratante

Para a execução do subcontrato, empresa contratante fornece um conjunto de directivas, de indicações e dados técnicos que devem ser seguidos na produção, contidos num caderno de encargos e nos documentos de especificação que se lhe podem seguir.

A empresa contratante pode ainda fornecer **assistência técnica** e , em muitos casos, reserva também para si o **direito de controle** sobre o processo produtivo da empresa subcontratada, o que pode ser feito através do sistema de peça-tipo (aprovada previamente ao

início da produção), pelo acompanhamento, regular ou ocasional, da produção (controle de fabrico), ou ainda por um controle no momento da entrega da produção subcontratada.

A redução a escrito de todas as instruções, das formas de assistência técnica e de controle são da maior importância, designadamente, para efeito de determinação de responsabilidade por eventuais **defeitos que a produção subcontratada** venha, eventualmente, a apresentar.

Com efeito, tanto a Directiva do Conselho das Comunidades Europeias de 25 de Julho de 1985, como a lei portuguesa que a transpôs para a ordem interna - Decreto-lei n.º 383/89 de 6/ 11 - vieram instituir um caso de *responsabilidade objectiva*, ou seja de responsabilidade independente da culpa, limitada a 10 000 milhões de escudos, do produtor de qualquer bem móvel (com excepção das matérias agrícolas não transformadas e dos produtos da caça), mesmo que incorporado num outro bem móvel ou imóvel. Sublinhe-se que a directiva e a lei portuguesa fornecem um conceito amplo de produtor, abrangendo não só o fabricante do produto final, mas também o produtor de uma matéria-prima ou o fabricante de um componente e ainda qualquer pessoa que se apresente como produtor, ao inscrever no produto o seu nome, a sua marca ou qualquer outro sinal distintivo⁵.

A lei prevê, contudo, alguns casos de isenção de responsabilidade do produtor. Entre eles encontra-se o caso do fabricante de uma parte componente, quando o defeito possa ser imputado à concepção do produto no qual aquela foi incorporada, ou às instruções dadas pelo fabricante deste. Assim, no que se refere à empresa subcontratada, esta não será responsável, nem perante a empresa contratante, nem perante terceiros, se o defeito puder ser imputado exclusivamente ao desenho das partes componentes, pois, nesse caso, ainda que aquela empresa possa ter interferido parcialmente na elaboração das especificações técnicas para o seu fabrico, a responsabilidade final pela concepção cabe à empresa contratante, sendo a posição da

⁵ Além disso, para estes efeitos, são equiparados aos produtores todas as pessoas que importem um produto na Comunidade com vista à sua venda, locação ou *leasing* ou qualquer outra forma de distribuição no quadro da sua actividade comercial.

empresa subcontratada nesta matéria uma posição de subordinação. A mesma isenção de responsabilidade deverá ser aplicada nos casos em que o defeito for imputável a matérias-primas ou instrumentos de fabrico fornecidos pela empresa contratante. A situação será diferente apenas nos casos em que a empresa subcontratada assuma expressamente no contrato a responsabilidade pela globalidade das especificações.

Por defeitos causados no produto durante o seu processo de fabrico, incluindo os que resultarem das suas próprias especificações técnicas, o subcontratado não poderá eludir a sua responsabilidade directa pelos danos causados a terceiros.

No caso de várias pessoas serem responsáveis pelo mesmo dano, a sua responsabilidade é solidária.

Seja como for, o facto é que a possibilidade de responsabilização directa total ou parcial do subcontratado exige que este preste uma grande atenção à discussão e redução a escrito das cláusulas contratuais que o ligam à empresa contratante⁶. O significado das directivas e do controle do processo produtivo da empresa subcontratada pela empresa contratante deve ser *a priori* esclarecido, assim como o significado da colaboração prestada pela empresa subcontratada na fixação daquelas directivas. Pelas mesmas razões, assumem maior importância os testes de qualidade sobre o produto final do subcontratado. É, assim, provável que novas regras em matéria de responsabilidade venham a alterar a habitual informalidade com que se processam as relações de subcontratação, sob pena de efeitos perversos em matéria de responsabilidade⁷.

⁶ De facto, quando as directivas e controles não forem devidamente formalizados, a parte de responsabilidade imputável à empresa subcontratada por um eventual defeito poderá vir a ser excessiva, sobretudo se se tiver em conta que a posição relativa das duas empresas não é em muitos casos equilibrada. Um eventual desequilíbrio, associado à informalidade do contrato, poderá ter, em matéria de responsabilidade, um efeito negativo para a empresa subcontratada.

⁷ Para esse resultado deverá contribuir o facto de tanto a empresa subcontratada como a empresa contratante serem incentivadas a realizar seguros que cubram a sua responsabilidade (cf. *Practical Guide to Legal Aspects of Industrial Sub-Contracting within the European Community*, 1989.).

4.5. O pagamento e suas garantias

Naturalmente, recai sobre a empresa contratante a obrigação de pagamento à empresa subcontratada da obra efectuada.

O sistema de pagamento foi também indicado como uma das causas da desigualdade na relação de subcontratação num Congresso recente, realizado em França, e que teve como tema as *Entreprises & Marché Unique*. "o sistema de pagamento é tal, que a empresa subcontratada desempenha o papel de banqueira da empresa contratante" (1989: 285). Como se afirma a Comissão das Comunidades (1989: 68) "há certamente um número bem conhecido de soluções disponíveis para o subcontratado (e que devem estar previstas no contrato) no caso de não pagamento ou atraso no pagamento pela empresa contratante". Observando-se, porém, que em relação, por exemplo, aos juros, na prática, "raramente são exigidos, visto que o subcontratado não quer ofender o contratante, pressionando-o desse modo".

Sublinhe-se, aliás, que o problema das garantias do subcontratado quanto ao pagamento tem sido objecto privilegiado da intervenção legislativa em matéria de subcontratação. É o caso de França, da Bélgica (embora aqui esteja ainda ao nível de projecto) e do Japão, que foi, segundo creio, o primeiro caso. O que não significa que me pareça ser este o modo mais eficaz de resolver o problema. Penso, pelo contrário que é duvidosa a eficácia de uma intervenção normativa com carácter imperativo, devendo preferir-se acções de informação e de sensibilização das partes para a necessidade de organizarem como maior segurança as suas relações contratuais neste domínio.

4.6. Resolução dos conflitos entre as partes

As empresas poderão ainda prever no contrato o modo de resolução de eventuais conflitos, assim como o direito aplicável e a jurisdição competente nos casos de subcontratação entre empresas com sede em países diferentes.

Quanto ao primeiro aspecto, para além dos tribunais, as empresas poderão prever o recurso à arbitragem ou à mediação de uma terceira parte.

Quanto ao segundo aspecto - direito aplicável e competência jurisdicional -, ela deverá ficar prevista no contrato

Na falta de disposição contratual, e de acordo com a Convenção de Bruxelas de 1968, a jurisdição competente é a do Estado onde a empresa accionada tem a sua sede ou onde a sua gestão e controle são exercidos. Admite, contudo, alguns casos especiais de competência jurisdicional que são relevantes para o subcontrato, como sejam a do local de realização do contrato e, nas acções de indemnização, a do local onde ocorreu ou é provável que ocorra o facto causador do prejuízo⁸.

4.7. Subcontratação e concorrência

Para terminar não poderá deixar de ser feita uma referência às implicações da subcontratação em matéria de transferência de tecnologia e de direito da concorrência.

De facto, destes acordos pode resultar a transferência de conhecimentos e de equipamentos específicos da empresa contratante para a empresa subcontratada, com utilização limitada à execução do contrato. À subcontratação pode estar associado um contrato de licença ou, nomeadamente, de transmissão de Know-how, para o qual existem regulamentos próprios (Regulamento (CEE) n.º 556/89) que não será aqui referido com pormenor.

Por outro lado, a empresa subcontratada, no seu processo produtivo, utiliza também o seu próprio saber-fazer de que a empresa contratante poderá tomar conhecimento nos sucessivos controles ao longo da execução do contrato.

É também verdade que durante a fase de execução do subcontrato podem surgir melhoramentos e inovações tecnológicas que com ele se relacionem.

⁸ Cf. *Practical Guide to Legal Aspects of Industrial Sub-Contracting within the European Community*, 1989: 100-105.

No caso de existir um contrato escrito, ele poderá conter uma cláusula que estipule a obrigação de não concorrência, criando para ambas as partes um dever de segredo relativamente aos conhecimentos reciprocamente adquiridos no decurso do contrato. Entre nós, esse dever pode ainda ser deduzido da proibição genérica de concorrência desleal (art. 212.º do Código da Propriedade Industrial).

O contrato poderá ainda incluir outras cláusulas restritivas ou limitativas da liberdade da empresa subcontratada sobre a utilização a tecnologia transmitida, ou dispor dos melhoramentos por si introduzidos, mesmo que não protegidos por nenhum direito particular.

Não é de estranhar que se tenham levantado algumas dúvidas sobre a sua aplicação aos acordos de subcontratação e às limitações à liberdade das empresas neles contidas, das normas comunitárias de defesa da concorrência, ou seja do art.º 85.º do Tratado de Roma⁹.

Tais dúvidas levaram a Comissão a pronunciar-se sobre a matéria, na *Comunicação de 18 de Dezembro de 1978*, a qual, embora não tenha força de lei, dá conta da doutrina da Comissão das Comunidades¹⁰.

Convém definir o tipo de contratos nela visados.

Trata-se de contratos, consecutivos ou não a uma encomenda de um terceiro, em virtude dos quais uma empresa, "a empresa contratante", encarrega, de acordo com as suas directivas, uma outra empresa, a "empresa subcontratada", da fabricação de produtos, ou da prestação de

⁹ O art.º 85.º do Tratado de Roma proíbe "os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados membros, e que tenham como objecto ou como efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no interior do Mercado Comum". É indiferente a sua forma jurídica: "o acordo pode ser uma simples associação de facto; pode tratar-se de um contrato bilateral ou multilateral; tanto poderá ser vertical como horizontal (relativo ao mesmo estágio da produção); é apenas necessário que exista um concurso de vontades". No direito interno sobre a defesa da concorrência, problemas semelhantes poderão levantar-se, tendo em conta o art. 13.º do DL n.º 422/83, de 3/12.

¹⁰ É de observar que, em alguns casos, deverá também ter-se em conta o Regulamento (CEE) n.º 556/89 da Comissão, de 30 de Novembro de 1988, relativo à aplicação do n.º 3 do art.º 85.º do Tratado de Roma a certas categorias de acordos de licença de saber-fazer (*know-how*). Estes acordos tanto podem estar associados ao subcontrato, como fazerem parte integrante dele. O regulamento concede isenção de aplicação das restrições do art.º 85.º a certas categorias de acordos de licença de saber-fazer puros, bem como aos mistos (licença de saber-fazer e licença de patente) (art.º 1.º), e ainda a outros acordos que contenham obrigações restritivas da concorrência não cobertas nem excepcionadas pelo Regulamento, na condição de os acordos em questão serem notificados à Comissão (art.º 4.º).

serviços ou execução de trabalhos destinados à empresa contratante ou executados por sua conta.

A doutrina da Comissão é no sentido de isentar estes contratos, em determinadas condições, da aplicação do art.º 85.º do Tratado de Roma, por considerar que se tratam de **restrições inerentes** à natureza do contrato.

Assim, consoante o seu objecto, as características dos conhecimentos transferidos ou dos melhoramentos introduzidos e a situação da empresa subcontratada, assim as limitações serão ou não admissíveis¹¹.

De acordo com a decisão da Comissão, serão permitidas as cláusulas contratuais nos termos das quais o subcontratado seja impedido de utilizar os conhecimentos e equipamentos para outros fins, e proibido de os colocar à disposição de terceiros, ou seja, de fornecer os mesmos produtos, serviços ou trabalhos a estranhos ao contrato, *desde que se prove que tais conhecimentos e equipamentos têm uma relação estrutural com o objecto do contrato*, isto é, que são indispensáveis para a sua execução. Pressupõe-se, assim, que o subcontratado "**pratica um acto de produção para o qual não aparece como produtor independente no mercado**"¹².

As referidas limitações da liberdade do subcontratado deixarão, no entanto, de justificarse e a interdição prevista no art.º 85.º será aplicada (deixando o acordo de ficar abrangido pela isenção), se aquele "tiver à sua disposição ou puder obter em condições razoáveis" os mesmos equipamentos e conhecimentos. Procura-se assim que a empresa subcontratada não fique privada

¹¹ Repare-se, ainda, que o acordo relativo à transferência de tecnologia pode ser realizado numa base de exclusividade a favor do subcontratado, caso em que a empresa contratante estará impedida de subcontratar o mesmo produto, fabricado pelo mesmo processo, a outra empresa, obtendo a empresa subcontratada, reflexamente, alguma protecção sobre a confidencialidade do seu processo de fabrico, para além de uma maior segurança de mercado. Trata-se, no entanto, de uma situação pouco frequente.

¹² Note-se ainda que os conhecimentos abrangidos são todos os que se mostrem necessários para a execução do contrato e sejam transferidos pela empresa contratante, *independentemente de estarem ou não protegidos por um direito de propriedade industrial ou por um dever de segredo*. Acrescente-se que, para os conhecimentos protegidos, incluindo o know-how, o Regulamento (CEE) n.º 556/89 permite que seja imposta ao licenciado a obrigação de limitar a sua exploração a um ou mais domínios de aplicação técnica ("domínios de utilização") ou a um ou mais mercados do produto. Trata-se, aliás, de uma questão com relações óbvias com o problema que agora nos ocupa mas que pela sua autonomia, extensão e complexidade não poderá ser aqui abordada.

de desenvolver uma actividade económica independente nos domínios que são objecto do subcontrato. Além disso, uma vez terminado o subcontrato, a "proibição do uso após-termo" obviamente só se aplicará ao saber-fazer protegido por um dever de segredo, e não ao restante.

Outras limitações podem também, de acordo com a Comunicação da Comissão, ser incluídas nos subcontratos à margem da aplicação do art.º 85.º do Tratado. Trata-se, por exemplo, de cláusulas que obriguem o subcontratado a transmitir ao contratante os melhoramentos técnicos por si introduzidos, patenteáveis ou não, transferência que só terá lugar com carácter exclusivo quando os melhoramentos não possam ser utilizados de forma independente dos conhecimentos ou patentes detidos pela empresa contratante¹³.

A Comissão considera, portanto, em matéria de subcontratação, duas situações tipo:

— o caso em que a empresa subcontratada detém uma capacidade tecnológica própria para a produção do mesmo produto ou trabalho que lhe é encomendado;

— o caso em que a empresa subcontratada depende de algum modo dos conhecimentos, técnicas ou instrumentos fornecidos pela empresa contratante.

Será, pois, necessário traçar, caso a caso, na redacção do contrato, as fronteiras entre as cláusulas restritivas admissíveis e aquelas que deverão ser consideradas como cláusulas abusivas.

A posição comunitária em matéria de relações entre defesa da concorrência e subcontratação foi, assim, no sentido de proteger o desenvolvimento da subcontratação à custa da admissão de algumas limitações à concorrência.

¹³ Quanto a este aspecto, o citado Regulamento (CEE) n.º 556/89 dispõe, igualmente, no sentido de permitir cláusulas que criem a obrigação para o licenciado de conceder ao licenciante uma licença para os melhoramentos que introduziu no saber-fazer licenciado e/ou na patente, se o licenciado estiver autorizado pelo contrato a partilhar a experiência e invenções futuras adquiridas pelo licenciante e o licenciado mantiver o direito de divulgar a experiência adquirida ou de conceder licenças a terceiros, quando isso não implicar a divulgação do saber-fazer do licenciante (cf. ponto 4 do n.º 1 do art.º 2.º).